



Universitat de Girona

LA CONFIGURACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Ignacio CAMÓS VICTORIA

ISBN: 84-8458-147-0

Dipòsit legal: GI-471-2002

<http://hdl.handle.net/10803/7672>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

**LA CONFIGURACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE
JUBILACIÓN EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE
LA SEGURIDAD SOCIAL**

Tesis Doctoral

Ignacio Camós Victoria

Director: Dr. Eduardo Rojo Torrecilla

Girona, septiembre de 2000

INDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	7
PRESENTACIÓN.....	10
PARTE I LA PROTECCIÓN HISTÓRICA DE LA VEJEZ: EVOLUCIÓN Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS.....	24
Cap. 1º La vejez como hecho social y las consecuencias que de ella se derivan.	24
1. La vejez a lo largo de la historia: de los pueblos primitivos a la Edad Media.....	30
2. La importancia del envejecimiento demográfico en las políticas de protección de la jubilación.....	45
3. La vejez y el Estado: las políticas sociales de protección de la vejez.....	74
Cap. 2º. La regulación de la vejez en el ordenamiento jurídico español anterior al Texto Refundido de la LGSS de 1974.....	80
1. Las primeras manifestaciones referentes a la necesidad de proteger el riesgo de la vejez.	82
2. El establecimiento y desarrollo de la idea de previsión social.....	91
2.1 Las técnicas iniciales de previsión social: el ahorro y la beneficencia.....	93
2.2 El mutualismo como técnica de previsión social.....	96
2.3 El Estado y la previsión social a partir de la Revolución Industrial.	98
2.3.1 El denominado “ <i>intervencionismo científico</i> ”: el papel de la Comisión de Reformas Sociales y del Instituto de Reformas Sociales.....	103
2.3.2 El Instituto Nacional de Previsión y la técnica del Seguro Social: el seguro social de vejez.....	110
3. El establecimiento del retiro obligatorio.....	124
3.1 Retiro y vejez dos conceptos diferenciados.....	126
3.2 Aspectos fundamentales sobre los que se construye este sistema de protección de la vejez.....	129
4. La aparición del seguro obligatorio de vejez.....	134
4.1 Ámbito subjetivo de aplicación y contenido de la prestación.....	137

4.2 La actividad del Instituto Nacional de Previsión con posterioridad al establecimiento del retiro obrero con carácter obligatorio.	149
5. La Unificación de los Seguros Sociales.....	151
5.1 La unificación de los Seguros Sociales en el ordenamiento jurídico español.	153
5.2 La importancia del informe de Lord Beveridge “ <i>Seguridad Social y servicios afines</i> ” en el proceso de unificación de los Seguros Sociales.....	163
5.3 La actividad de previsión social desarrollada por las Mutualidades y los Montepíos Laborales.....	167
6. El establecimiento y desarrollo de un plan nacional de Seguridad Social.....	181
6.1 El avance en España hacia un sistema planificado de Seguridad Social.....	185
6.2 La Ley de Bases de 1963: alcance y significado de la misma.....	193
6.3 Contenido de la Base 9ª y la protección de la vejez.....	199
PARTE II FUENTES INTERNACIONALES Y ESTATALES DE PROTECCIÓN DE LA VEJEZ.....	216
1. La protección de la vejez en las normas internacionales.....	216
1.1 Los Convenios y las Recomendaciones de la OIT en materia de vejez.....	218
1.2 La protección de la vejez en el marco del Consejo de Europa.....	243
1.3 La política de protección social dispensada en el ámbito de la Unión Europea (antes Comunidad Económica Europea) y en especial la referida a la vejez.....	257
1.3.1 La adopción de medidas en favor de las personas de edad avanzada: la edad de jubilación y los regímenes flexibles de jubilación.....	280
1.3.2 La libre circulación de trabajadores y las prestaciones de vejez de los trabajadores migrantes.....	289
2. La protección de la vejez en el marco constitucional español.....	313
2.1 El contenido del art. 41 de la Constitución española y el régimen público de vejez...316	
2.2 Las diferentes políticas de protección de la tercera edad: art. 50 CE.....	330
2.3 El distinto tratamiento dispensado entre regímenes en materia de vejez y el principio de igualdad.....	340
2.4 Las competencias en materia de protección de la vejez por parte de las CC.AA.....	382

PARTE III LA CONFIGURACIÓN DE LA JUBILACIÓN A PARTIR DEL PRIMER TRLGSS.....387

Cap. 1º. La configuración de la jubilación en el Texto de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (Aspectos Generales).....387

1. La aprobación del primer texto refundido de la Seguridad Social.388
2. La sustitución del concepto de vejez por el de jubilación.....394
3. ¿Existe realmente un concepto de jubilación en el TRLGSS/1974?.....398
4. El marcado carácter contributivo de la pensión de jubilación.....404
 - 4.1 El peso de la contributividad en el marco de la prestación de jubilación.....407
 - 4.2 La prestación de jubilación en su modalidad no contributiva.416
 - 4.2.1 La aparición de la jubilación no contributiva y sus efectos en el marco del sistema contributivo.....418
 - 4.2.2 Requisitos específicos de esta modalidad de jubilación: especialmente la *edad pensionable* y carencia de ingresos suficientes.422
 - 4.2.3 Contenido y cálculo de la prestación.439
5. La quiebra del modelo “tradicional” de jubilación a través de las diferentes modificaciones operadas en el sistema de Seguridad Social a partir de la década de los años 80.....444

Cap. 2º La configuración de la jubilación a partir del primer TRLGSS: los elementos configuradores de la prestación de jubilación.450

1. Requisitos esenciales a partir de los cuales se construye la jubilación: la *edad pensionable*.456
 - 1.1 La importancia de la edad en la configuración de la jubilación.457
 - 1.1.1. Edad y jubilación o retiro dos conceptos interconectados.....466
 - 1.1.2. La edad de jubilación en Europa: El mantenimiento de una edad diferenciada por razón del sexo.....482
 - 1.1.3 La anticipación “voluntaria” de la edad de jubilación.....493
 - 1.1.3.1 La reducción de la edad de jubilación ordinaria en función de la actividad desarrollada.497
 - 1.1.3.2. La jubilación anticipada en aplicación del régimen transitorio: jubilación con coeficientes reductores.505

1.1.3.3 La jubilación anticipada como medida de fomento del empleo: jubilación especial a los 64 años sin coeficiente reductores y jubilación anticipada parcial y contrato de relevo.	522
1.1.3.4 La jubilación anticipada en el marco de planes de reconversión industrial o en empresas en crisis no sujetas a un plan de reconversión.....	540
1.1.3.5 La jubilación anticipada en el ámbito de la negociación colectiva	550
1.1.4 La jubilación forzosa por edad: origen y desarrollo de esta modalidad.	577
1.1.4.1 La incidencia de la Disposición adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores de 1980 en el ámbito de la protección de la vejez (Análisis y comentario de la STC 22/81, de 2 de julio).....	592
1.1.4.2 La consideración del Convenio Colectivo como el medio instrumento idóneo para el establecimiento de la jubilación forzosa por edad: límites y garantías (Análisis y comentarios de las SSTC 58/1985, de 30 de abril; y 95/1985, de 29 de julio).....	606
1.1.4.3 La jubilación forzosa de los estibadores portuarios y de los trabajadores centros militares.....	621
1.1.4.4 La jubilación forzosa en el ámbito de la negociación colectiva.....	630
1.1.5 Los problemas del empleo de los trabajadores de edad avanzada: el principio de no discriminación por razón de la edad.	641
1.1.6 La prejubilación como situación de tránsito entre el cese anticipado y la jubilación.	656
2. Elementos esenciales a partir de los cuales se construye la jubilación: el cese voluntario de la actividad laboral.	667
2.1 La voluntariedad como causa determinante del cese: un concepto en crisis.....	671
2.2 La extinción de la relación laboral por jubilación y la consideración de ésta como despido.....	675
Cap. 3º La configuración de la jubilación a partir del primer TRLGSS: el contenido, cálculo y dinámica de la prestación.	692
1. Contenido de la prestación de jubilación: requisitos para el acceso a la condición de sujeto beneficiario.....	692
1.1 La supresión del requisito de alta y afiliación. Alcance y significado de la misma.	693
1. 2 La exigencia general de un período de cotización previo y los desequilibrios que esto provoca	702
1.2.1 Supuestos de contributividad general: cómputo y cálculo de la cotización efectuada.	706

1.2.2 Supuestos de contributividad especial: cotización en los supuestos de contrato a tiempo parcial; cotización durante la situación de subsidio por desempleo para mayores de 52 años.....	713
2. Cálculo de la prestación.	724
2.1 Determinación de la base reguladora	727
2.1.1 Reglas especiales para el cálculo de la Base Reguladora.	730
2.1.2 Determinación de la Base Reguladora en los supuestos de pluriempleo y pluriactividad.....	744
2.2 Tipos o porcentaje aplicable.	754
2.2.1 Vinculación del tipo o porcentaje aplicable a los años de cotización.....	755
2.2.2 Cálculo de los años de cotización en los supuestos de existencia de cotizaciones anteriores a 1967.....	761
3. Dinámica de la prestación.	765
3.1 Nacimiento, solicitud y devengo de la prestación.....	766
3.2 El Régimen de incompatibilidades.....	772
3.2.1 La incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista.....	773
3.2.2 La compatibilidad y/o incompatibilidad de la pensión de jubilación con otras prestaciones.....	786
CONCLUSIONES.....	790
RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS	819
BIBLIOGRAFIA.....	845

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA.PP	Administraciones Públicas.
AA.VV.	Autores Varios.
Ar.	Aranzadi.
AC	Auto del Tribunal Constitucional.
AUE	Acta Única Europea
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BOP	Boletín Oficial de la Provincia.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
C.C.	Código Civil.
CC.AA.	Comunidades Autónomas.
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
CES	Consejo Económico y Social.
CRS	Comisión de Reformas Sociales.
Disp. Adic.	Disposición Adicional.
Disp. Trans.	Disposición Transitoria.
CES	Consejo Económico y Social.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
INP	Instituto Nacional de Previsión.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
IRS	Instituto de Reformas Sociales.
LCRSS	Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social.
LET/1980	Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.
LISOS	Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones del Orden Social.
LMU	Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado.

LPL/1990	RD-Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral
LPNC	Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.
LSS/1966	Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto de la Ley de Seguridad Social.
Núm.	Número.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
Op. cit.	Obra citada.
OM.	Orden Ministerial
OV	Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social.
Pág(s).	Página(s).
Rec.	Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, Curia, Luxemburgo.
RD	Real Decreto
RD-Legis	Real Decreto Legislativo.
RGP/1966	Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la seguridad Social y condiciones para el derecho de las mismas.
REA	Régimen Especial Agrario.
REEH	Régimen Especial de Empleados de Hogar.
REMC	Régimen Especial de la Minería del Carbón.
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
RETM	Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.
SOVI	Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STS	Sentencia del Tribunal Supremo (si no se cita la sala que dicta la resolución se debe considerar que se trata de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo).
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de... (en defecto de la expresión de la sala que dicta la resolución se debe considerar que se trata de la Sección de lo Social del Tribunal correspondiente).
TA	Tratado de Amsterdam, Amsterdam, 2 de octubre de 1997.
TCE	Versión consolidada del Tratado de la Comunidad Económica Europea tras la aprobación del Tratado de Amsterdam.
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea, Roma, 25 de marzo de 1957. Con la advertencia oportuna la expresión se sigue utilizando tras la aprobación del Acta Única Europea.
TCT	Tribunal Central de Trabajo.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TRLCP	Real Decreto-Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas
TRLET/1995	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
TRLGSS/1974	Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
TRLGSS/1994	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social
TRLPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
TUE	Tratado de la Unión Europea, Maastrich, 1992.

PRESENTACIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los elementos configuradores de la prestación de jubilación en su modalidad contributiva: la *edad pensionable*¹ y el cese voluntario de la actividad profesional; intentando recoger las diversas reflexiones que al respecto se han realizado por parte de la doctrina, especialmente las llevadas a cabo en estos últimos años y que han sido presentadas en el marco de los diferentes seminarios, cursos y encuentros en los que se ha debatido profundamente sobre el futuro del sistema de Seguridad Social y, más en concreto sobre la prestación de jubilación.

Las aportaciones doctrinales antes citadas han sido utilizadas no sólo como punto de partida para la realización de una reflexión más profunda sobre este tema, sino que también han permitido tener un contacto muy directo sobre las cuestiones trascendentales que giran alrededor de la pensión de jubilación.

No cabe duda alguna que nos encontramos ante un tema de capital importancia, sobre todo en un momento como el actual en el que las voces que se alzan en el ámbito internacional en torno a la necesidad de realizar una revisión en profundidad de los sistemas de Seguridad Social, con una especial mención a la prestación de jubilación, son si cabe más enérgicas. En España la reciente aprobación del informe conocido con el nombre de <<Pacto de Toledo>>² y su norma de desarrollo, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización de la Seguridad Social³ (en adelante LCRSS), han permitido, en cierta manera, encauzar el

¹ Esta expresión que hace referencia a la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación (65 años) aparece a lo largo del presente trabajo en cursiva, dado que el término pensionable, acuñado por la doctrina, no está en actualidad reconocido por la Real Academia de la Lengua Española.

² Se conoce con el nombre de Pacto de Toledo al Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que se deben acometer. *BOGC* de 12 de abril de 1995, Serie E, núm. 134.

³ *B.O.E.*, de 16 de julio.

debate sobre esta cuestión a partir de las consideraciones y recomendaciones contenidas en estos documentos, que parten de un principio básico y fundamental como es de consolidar y hacer viable el modelo actual de Seguridad Social.

La Seguridad Social y en particular la prestación de jubilación, en tanto que prestación central y principal del sistema si atendemos a su importancia tanto cuantitativa como cualitativa, en un futuro inmediato debe hacer frente a importantes retos, entre los que cabe destacar el fenómeno del envejecimiento demográfico⁴, cuya manifestación más directa lo constituye el cambio en la estructura de la población por edades derivado del importante descenso de las tasas de natalidad y fecundidad junto con el correlativo aumento de los índices de longevidad, que están desencadenando una profunda transformación de la pirámide demográfica, cuya alteración empezará a percibirse de forma especialmente intensa en España a partir del año 2010.

Estos cambios que están ya presentes en muchos países de nuestro entorno, lejos de conducirnos a lecturas catastrofistas, en muchas ocasiones intencionadas, sobre el futuro del sistema de Seguridad Social a partir de estrictos criterios económicos, y la aprobación de reformas que presentadas bajo la fórmula de medidas “racionalizadoras” recortan sensiblemente los derechos reconocidos⁵, debe llevarnos a

⁴ Tal y como, en este sentido se establece, entre otros, en el Informe de la OIT. *“De la pirámide al pilar de población. Los cambios en la población y la Seguridad Social en Europa”*: “conforme transcurre el tiempo, se hace cada vez más patente y adquiere mayor importancia la influencia de los factores demográficos en el desarrollo de la Seguridad Social en los países más industrializados, y en especial en los europeos. En todo caso crece la consideración que merece dicha influencia entre la opinión pública y círculos especializados, debido a que a partir de ahora casi todos los países europeos tendrán que estar preparados para hacer frente a las repercusiones derivadas de la coincidencia sin precedentes de dos tendencias. En primer lugar, la población europea está envejeciendo, ya que la proporción de personas de edad avanzada (cualquiera que sea la definición que se aplique) está creciendo progresiva y, a menudo espectacularmente. En segundo lugar, se advierte un descenso (continuo en la mayoría de los casos) de las tasas de natalidad en esos mismos países o al menos en muchos de ellos, y por lo general, ya no es posible tomar medidas que corrijan esta situación”. *Op cit.*, pág.13

⁵ Tal y como en este sentido señala MARTÍNEZ ABASCAL, A.V.; y DURÁN ROMMASEWSKYS, S., las reformas aprobadas como <<racionalizadoras>> del sistema, “son a todas luces soluciones impuestas por el Estado en su propio provecho, desde políticas claramente neoliberales de organización social. Pretenden sin duda el incremento del beneficio empresarial sustentado en políticas que junto a la desregulación de nuestro sistema de relaciones laborales, reduzcan el conjunto de la presión fiscal por cotizaciones sociales a favor de las empresas, e incrementen la apertura de nuevos espacios económicos en el sector de la previsión social, mediante la obligatoria complementariedad de la cobertura social que será precisa en el futuro”. *Cfr. “Jubilación: ni contributividad ni solidaridad dentro del sistema”*. Comunicación presentada al IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, mayo 1998. En un sentido similar se manifiesta, entre otros,

la adopción de medidas que, desde diversos frentes, corrijan estas tendencias o cuanto menos atenúen los efectos que provocan, como son, entre otras, las mejoras de las políticas de atención a la familia, la lucha contra las barreras de la edad o también la canalización de los flujos migratorios.

No parece, en cualquier caso, que la línea iniciada a partir de mediados de la década de los 80, de continuos retoques en forma de recortes sobre la prestación de jubilación, haya sido del todo acertada, ya que si bien ha permitido garantizar la viabilidad futura del sistema de jubilación a corto y medio plazo, no ha servido para apaciguar los continuos ataques que se vierten contra el sistema.

Las reformas que, en este sentido, se han realizado sobre la prestación de jubilación adolecen de una visión global e integradora de la misma⁶, que evite los efectos negativos que estos retoques parciales está provocando sobre el sistema de jubilación, cuya consecuencia más palpable es haber dejado a esta prestación al arbitrio de continuos vaivenes, al dictado de los poderes económicos, atribuyéndole un grado de inestabilidad innecesario en un momento en el que los desafíos presentes y futuros sobre el sistema son de suma importancia.

MONEREO PÉREZ J.L., al considerar que: "la sobrevalorada crisis fiscal del Estado se está utilizando más bien como coartada, para la contención del gasto social, reduciendo la intensidad de la protección que dispensa el sistema público a mínimos de cobertura asistencial y propugnar estrategias de privatización parcial de áreas de bienestar". Cfr. *"Instrumentalización jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (I)"*. REDT, nº 40, 1989, pág. 643.

⁶ En este sentido, tanto la LMU como la LCRSS, son aprobadas en un momento en el que ya sea debido a la crisis de finales de los años 70 que da lugar a una fuerte caída del empleo o bien a una cierta alarma sobre los efectos demográficos sobre el sistema, los condicionantes económicos han ejercido una importante influencia sobre las mismas, de ahí que en el fondo de ambas reformas subyace la idea de dar viabilidad financiera al sistema. No obstante, existen algunas diferencias entre la 1ª y 2ª reforma que forman una única unidad, siendo posible atribuir a la reforma del sistema de pensiones de 1997 un cierto carácter de madurez en relación a la de 1985, por cuanto que la LCRSS va precedida de un Informe previo (<<Pacto de Toledo>>), y de un Acuerdo firmado entre el Gobierno y los sindicatos UGT y CCOO, de aplicación parcial de este pacto. En este sentido ALARCÓN CARACUEL, M.R.; y GONZÁLEZ ORTEGA, S., sostienen que: "el Pacto de Toledo, y el proceso que se inicia, se asienta, en un diseño metodológico o de actuación con objetivos más claros a medio y largo plazo. Esto no excluye que, en el detalle, se signa produciendo medidas que parecen, y lo son realmente, contradictorias entre sí, pero por encima de esos pequeños vaivenes o contradicciones, es posible, encontrar, o al menos nosotros así lo creemos, un diseño general, una definición de objetivos y un concepto básico que nos permite intentar establecer, precisamente, cuáles son los <<principios de organización de las pensiones públicas>> que se derivan de este más articulado proceso de reforma del sistema de Seguridad Social". Cfr. *"Los principios de organización de las pensiones públicas"*. Ponencia presentada al IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre *"Las Pensiones Sociales"*, organizado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1998.

La pensión de jubilación se articula, sin duda alguna, como la prestación central del sistema de Seguridad Social, al tener por objetivo el ofrecer una renta a quienes deciden retirarse definitivamente de su actividad profesional al haber alcanzado la *edad pensionable*.

El sistema de Seguridad Social debería tener presente la gran trascendencia, no tan sólo cuantitativa de la jubilación (que es la que impera a la hora de acometer las diferentes reformas a modo de recortes), sino especialmente su variable cualitativa; es decir, la repercusión que en las sociedades occidentales tiene esta prestación en tanto que protección principal de la vejez como estadio del ciclo de vida al que esta abocado el ser humano, para dotarla de un mayor grado de estabilidad, de unas mayores dosis de suficiencia y muy especialmente para situarla en el lugar que se merece dentro del mismo, tendiendo a mejorar el contenido de la prestación, en dirección contraria a la que se ha estado actuando durante estos últimos años.

El presente trabajo se halla dividido en tres grandes partes. En la primera, al margen de profundizar sobre los retos a que está sometida la jubilación, y muy especialmente, cuestionar aunque de forma limitada (dado mi escaso conocimiento en el manejo de los datos matemáticos y prácticamente nulo entendimiento de las denominadas proyecciones actuariales), los diferentes estudios económicos que sobre todo con carácter previo al Pacto de Toledo fueron realizados en tono claramente catastrofista, realizándose un doble estudio histórico sobre la vejez.

En estos estudios económicos a los que hacía referencia, se realiza, en mi opinión, una lectura algo sesgada de los datos contenidos en los mismos al no tenerse en cuenta algunas variables importantes que pueden contrarrestar el impacto de éstos como, por ejemplo, el aumento de la tasa de actividad, especialmente femenina, el incremento del número de afiliados, el descenso de los niveles de desempleo, etc.

En el primero de los estudios históricos antes apuntados se aborda a modo de síntesis y con carácter meramente introductorio -de ahí su brevedad-, un examen con

carácter general de cuál ha sido el tratamiento dispensado a la vejez a lo largo de la historia, desde los pueblos primitivos hasta la Edad media, momento que coincide con la aparición de las primeras medidas articuladas de protección de la vejez.

Por lo que respecta al segundo de los estudios históricos, cabe señalar que se centra en hacer un examen -éste si ya más pormenorizado y detallado-, sobre la diferente regulación, que desde un punto de vista eminentemente normativo, se ha prestado a la vejez, desde el establecimiento de las primitivas instituciones de previsión social y la aparición de las primeras normas en materia de protección social, hasta la aprobación en 1974 del texto refundido de la Ley de Seguridad Social.

El estudio de la evolución histórica de un concepto como es la vejez y de una institución como la jubilación que aparecen estrechamente vinculadas, permite no sólo tener un mayor conocimiento de las mismas, al conocerse sus orígenes, fundamentos y evolución, sino que en el caso de la jubilación adquiere suma importancia al tratarse de una prestación de ciclo largo, de prolongada duración, sucediéndose en el tiempo numerosos y diversos regímenes sobre la misma y al subsistir, aún hoy, aunque con carácter residual pero con vigencia más o menos plena, antecedentes históricos del tratamiento dispensado a la misma, como es el caso de la prestaciones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). Precisamente, en este estudio histórico he tratado de hacer un especial énfasis sobre aquellos elementos de esta institución que han mantenido su vigencia hasta nuestros días.

Asimismo, el estudio histórico sirve para comprobar cómo de una concepción inicial de la vejez basada en el carácter de ésta como si de una invalidez por causa de la edad se tratara, se ha pasado a poner el acento en el hecho de que nos encontramos ante un derecho del individuo, el derecho al descanso del que ese hace acreedor quien después de pasar una parte importante de su existencia desarrollando una actividad profesional decide finalizar su vida laboral activa y pasar al retiro.

Esta estimación de la vejez conectada a la invalidez (en concreto como invalidez presunta), no ha sido en la actualidad abandonada del todo, por cuanto que, en

aquellos sistemas en los que se mantienen edades de acceso a la jubilación diferenciadas en razón del sexo, cosa que no sucede en España, está aún latente una cierta consideración de que la edad de acceso a la pensión en el caso de la mujeres debe ser inferior a la del hombre, dado que, entre otras justificaciones, se argumenta que las mujeres padecen un deterioro físico como consecuencia del paso del tiempo a una edad más temprana.

Esta cuestión es abordada en la parte central de este trabajo, a partir de los datos referidos al sistema pensionístico italiano, donde, a pesar de las normas internacionales que se han pronunciado en sentido contrario, continúa vigente la fijación de una edad diferenciada por razón de sexo, y al ser éste un asunto en el que tanto doctrinal como jurisprudencialmente se ha debatido mucho al hilo de las recientes reformas que se han aprobado en el sistema italiano.

El análisis de la evolución normativa de la jubilación permite poner de manifiesto que esta prestación ha deambulado por diversos sistemas hasta la aparición del primer texto refundido de la Ley de la Seguridad Social, pasándose de un sistema inicial de libertad subsidiada basado en el principio de capitalización a un sistema de seguro obligatorio fundado en el principio de reparto, con la participación complementaria en una segunda fase de las Mutualidades o Montepíos Laborales al haber devenido insuficientes las prestaciones ofertadas por el régimen público.

Este examen histórico-normativo permite, a su vez, poner de relieve como la evolución de materia ha dado lugar a que haya sido necesario abusar por parte del legislador de los regímenes o sistemas transitorios, que si bien no carecen de fundamento o justificación dotan al sistema de una flexibilidad a veces innecesaria. La sucesión normativa, en este sentido, ha evidenciado que nos hallamos ante un sistema no petrificado, demasiado flexible, que en ocasiones ha dado excesiva libertad al legislador para acometer recortes continuados.

En la segunda parte de este trabajo se procede a realizar un examen de cuáles son las fuentes tanto internacionales como estatales de protección de la vejez que

inspiran, y a la vez condicionan, las reformas que en esta materia se han llevado a cabo y es conveniente acometer.

En el ámbito internacional se hace especial mención a las normas emanadas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del Consejo de Europa y de la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea (CEE-UE), que, atendiendo a las dificultades existentes para la implantación de un único sistema, optan por fijar una serie de criterios generales referidos al contenido fundamental de la protección que debe dispensarse a la vejez en forma de mínimo común, o cuanto menos como límite a las reformas que se realicen sobre esta materia en cada uno de los países.

La verdad es que la preocupación por el tema de la vejez y la jubilación ha estado presente en estas tres instituciones, desde sus orígenes, y es por ello que se han dictado números documentos jurídicos en torno a esta cuestión que ha servido como punto de referencia de las prácticas nacionales, como es el caso de los convenios núms 35 y 36 de la OIT sobre seguro obligatorio de vejez (en la industria y en la agricultura respectivamente), que fueron aprobados en el marco de la 17ª reunión de la OIT, celebrada en Ginebra en 1933 y que entraron en vigor en 1937, y cuya revisión fue efectuada en 1967, mediante el núm. 128, unos años después de la aprobación del convenio núm. 102, sobre norma mínima en materia de Seguridad Social.

A pesar de que estos dos últimos convenios han sido redactados de forma flexible con el objeto de poder dar cabida en su contenido a las diferentes soluciones nacionales, a diferencia de lo que sucedía en el caso de los primeros convenios de 1933 que defendían el seguro social como único método de protección, ni el convenio 128, de 1967 ni el núm. 102, de 1952, este último por lo que respecta a la protección de la vejez (parte V), han sido ratificados por España.

En el caso del Consejo de Europa no fue hasta el protocolo adicional a la Carta Social europea, adoptado en 1987, cuando se recogió una mención específica a la vejez, aunque con anterioridad otros documentos de este mismo organismo, como es el caso

del Código Europeo de Seguridad Social aprobado en 1964, y cuyo origen se remota al anteriormente citado convenio núm. 102 de la OIT (que recoge de forma literal el contenido de éste) habían abordado el tema de la vejez.

Por su parte, en relación con el tratamiento dispensado a la vejez en el ámbito CEE-UE, lejos de hacerse un análisis del mismo estrictamente limitado al marco del denominado derecho originario (incluyendo obviamente el reciente Tratado de Amsterdam), se ha optado por incidir en aquellos aspectos que directa o indirectamente están conectados con principios del derecho comunitario como es el caso del principio de libertad de circulación y que se proyectan sobre la prestación de jubilación.

Así, por ejemplo, entre otras cuestiones se realiza un examen de la aplicación del principio de igualdad de trato sobre las prestaciones de jubilación en aquellos sistemas que mantienen tratamientos diferenciados por razón del sexo, con la inclusión no sólo del tratamiento normativo, sino también con una mención muy particular de la extensa doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante TJCE); de las recientes orientaciones de la UE en torno a la necesidad de avanzar hacia la implantación de regímenes de jubilación flexibles para poder acomodar mejor las necesidades e inquietudes de las personas de edad avanzada; y en última instancia, del difícil tema de las prestaciones de vejez de los trabajadores migrantes. Materia ésta compleja cuyas reglas como el principio de totalización, o pro rata temporis, etc., están fijadas en el Reglamento (CEE) nº 1408/1971, y cuyo tratamiento efectuado por el TJCE ha sido también intenso, sobre todo a raíz de las cuestiones prejudiciales que han sido planteadas por Tribunales españoles.

Por lo que respecta a las fuentes estatales de protección de la vejez, se ha tratado de poner énfasis en las mismas, no en vano, en el estudio actual de la jubilación y de las reformas que se puedan acometer, hay que tener muy en cuenta los condicionamientos constitucionales, tal y como, en este sentido, ha realizado el Pacto de Toledo, que supone, en cierta medida, una confirmación del modelo constitucional.

Obviamente, dentro del marco constitucional tiene gran trascendencia la ubicación de los arts. 41 y 50 de la Constitución Española (en adelante CE) en el capítulo de los principios rectores de la política social y económica, aunque es posible atribuirles el carácter de garantía institucional que implica dotarles de un mayor valor que el de simple norma programática.

Se aboga en el presente trabajo por hacer una lectura conjunta y sistemática de ambos preceptos constitucionales, de tal manera que la protección dispensada a la vejez debe combinar correctamente los diferentes principios emanados de los artículos indicados, en especial, las alusiones que en ellos se hace a la suficiencia de las prestaciones y a la protección de las situaciones de necesidad, pese a que ésta no sea la tendencia más reciente, al hacerse primar en las reformas operadas los aspectos contributivos por encima de las consideraciones antes referidas.

Mención a parte merece, el distinto tratamiento dispensado entre los diferentes regímenes de la Seguridad Social y el principio de igualdad en materia de jubilación. Las diferencias existentes afectan a materias muy diversas, entre otras: a la edad de jubilación, los porcentajes aplicables a la base reguladora, y la compatibilidad o no de la pensión y el trabajo; que conducen necesariamente a efectuar una crítica en este sentido, ya que, no son pocas las ocasiones en las que este tratamiento diferenciado carece de justificación y difícilmente supera el juicio de razonabilidad y proporcionalidad exigido por el Tribunal Constitucional, sin que sea suficiente argumentar, tal y como hace el propio TC, que esta desigualdad es una consecuencia de la propia estructura del sistema que es, en definitiva, la que permite este tratamiento diferenciado.

Esta segunda parte finaliza con un breve comentario de cuáles son las competencias que las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA), tienen atribuidas en esta materia, y que se derivan del contenido del art. 148.1. 20 de la CE donde se establece que es competencia exclusiva de éstas la Asistencia Social; y en la que se analiza ¿qué debe entenderse por asistencia social? y ¿cuál es la relación que existe entre ésta y la Seguridad Social?.

Las CCAA poseen escasas competencias en esta materia, al reconocer el art. 149 de la CE la competencia exclusiva a favor del Estado sobre la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, aunque sí que tienen facultades para, entre otras cuestiones, intervenir mediante la concesión de ayudas y estímulos a la superación de las barreras que comporta hoy en día la edad en materia de empleo, y en la aplicación de sistemas de jubilación flexible que permitan una verdadera sustitución de trabajadores, cuestiones éstas cuyo tratamiento está realizado en la tercera parte de este trabajo.

Precisamente en esta tercera parte, que sin duda alguna, es el núcleo central de la tesis, se acomete el examen de los elementos configuradores de la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, como son la edad y el cese voluntario de la actividad profesional. Las referencias que en la misma se hace de la modalidad no contributiva sirven, entre otras razones, para poder trazar las diferencias existentes entre una y otra prestación, especialmente, desde el punto de vista de los elementos configuradores de las mismas.

Se puede constatar, asimismo, cómo estos elementos han ido perdiendo la relevancia que inicialmente tuvieron como consecuencia de las numerosas e importantes reformas que han ido aprobándose a partir de la década de los 80, momento en el que se advierte una cierta "quiebra" del modelo tradicional de jubilación, al proyectar esta prestación que en sentido estricto es una medida propia de Seguridad Social sobre el Derecho del Trabajo, en concreto, sobre las medidas de política de empleo, cuyo balance debe ser considerado negativo, por cuanto que no sólo no ha conseguido los objetivos previstos, sino que, además, ha desconfigurado la prestación hasta el punto de tener hoy dudas sobre cuál es el objeto de la misma.

Respecto a la edad de jubilación, se ha tratado de hacer un análisis pormenorizado de este elemento y de cuál ha sido la utilización que del mismo se ha hecho, distinguiendo, por un lado, entre los supuestos de reducción o anticipación de la edad de jubilación (en función de la actividad desarrollada), y por otro, aquéllos en

los que fijada la edad ordinaria en los 65 años se ha optado por abrir la posibilidad a una jubilación anticipada, ya sea ésta como medida de fomento del empleo, en el marco de las crisis empresariales o como consecuencia del mantenimiento de un régimen transitorio.

El tratamiento abusivo dispensado a la edad de jubilación ha dado lugar a que la edad ordinaria de acceso a la pensión sea hoy prácticamente una excepción ,y ha provocado una salida masiva con carácter prematuro de trabajadores fuera del mercado de trabajo, que hasta su acceso a la jubilación (prejubilación) están necesitados de asistencia, comportando una excesiva carga para el sistema el coste derivado del mantenimiento de estos individuos, sin que los deseos de poder “regular” esta salida hayan contribuido a mejorar las expectativas de quienes figuran inscritos en las listas del desempleo.

Se hace, en este sentido, una especial mención a un tema de capital importancia en un momento como el actual relativo a las dificultades de empleo de las personas de edad avanzada y a la posibilidad de ser discriminadas por razón de la edad, con una referencia expresa al tratamiento dispensado a esta cuestión en el ámbito de la UE, influyendo en ello no sólo factores estrictamente demográficos sino también de índole cultural y social.

En relación a la voluntariedad del cese como elemento configurador de la prestación contributiva de jubilación, se ha producido, igualmente, con el devenir de los años, una ruptura respecto a la idea originaria de que la jubilación constituía un derecho del trabajador, al establecerse, sobre todo a partir del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que ésta era una causa de extinción del contrato de trabajo, y fijarse un límite de edad máximo para trabajar; aspectos éstos que fueron arduamente tratados por el TC, llegando a la conclusión de que la fijación de una edad de jubilación forzosa es legítima en el marco de las políticas de empleo y que el convenio colectivo es el instrumento idóneo para su fijación.

Delimitada esta cuestión y analizada las continuas interferencias que sobre el sistema de jubilación se han producido, en la parte final de este trabajo se procede a efectuar un comentario del contenido y dinámica de la prestación, con una especial referencia a cuestiones tales como: la exigencia de un período de cotización previo y los desequilibrios que esto plantea; el cálculo de la prestación (elementos y forma de proceder a su determinación); y, en última instancia, el régimen de incompatibilidades, especialmente la referida al desempeño de una actividad profesional y los problemas que esto comporta.

No quisiera finalizar la presentación del presente trabajo sin hacer una serie de aclaraciones. En primer lugar, apuntar que, se ha tratado de ir haciendo continuas referencias no sólo al marco pasado y presente de la jubilación contributiva, sino también, y de forma especial, a los debates abiertos en torno al futuro de esta prestación, impulsados no sólo a nivel nacional sino también internacional, siendo, en este sentido, numerosos los documentos en los que desde diversas ópticas se hace una reflexión en relación con la jubilación y los retos futuros. Para ello, ha sido de suma importancia poder hacer uso de las nuevas tecnologías aplicadas a la investigación, especialmente de Internet, que me ha permitido tener acceso a documentos sólo difundidos, en el momento de elaboración de este trabajo, a través de la red, y que ha sido de gran utilidad para abordar con amplitud el tema objeto de estudio.

En segundo lugar, creo necesario puntualizar que el tratamiento efectuado en relación con lo que se conoce como derecho comparado en materia de Seguridad Social, es sumamente complejo por cuanto que cada país tiene sus propios criterios y normas de funcionamiento no siendo posible establecer, tal y como sí puede hacerse con otras cuestiones, comparaciones de índole general, de ahí que se haya optado por ir estableciendo comparaciones en elementos puntuales, tales como la edad de acceso a la pensión, los coeficientes reductores, etc.; Las referencias en torno a estas cuestiones han sido extraídas fundamentalmente de documentos de la OCDE, la OIT (Tomando como punto de referencia, en especial, un estudio elaborado en el marco de la 76ª Conferencia de la OIT celebrada en 1989 sobre los Convenios núm. 102, 128 y 131, ya que pese a que han transcurrido once años desde su elaboración, sigue

siendo el único documento que con alcance mundial aborda de forma íntegra el tratamiento dispensado a esta prestación), de la UE (a través del *MISSOC- Système d'information communautaire sur la protection sociale*), y más recientemente a partir del Informe del CES *"Informe sobre la vida laboral y prejubilaciones"*, finalizado en junio del presente año.

En última instancia y para finalizar esta presentación, me parece oportuno - aunque sea brevemente- hacer alguna aclaración terminológica. En primer lugar para fijar cuál es la diferencia entre vejez, jubilación y retiro, ya que en ocasiones, son utilizados de forma indistinta, y en segundo término para clarificar la idea equivocada que identifica la nociones de riesgo y vejez.

En relación con la primera cuestión, es necesario apuntar que la vejez es un estadio del ciclo de la vida de todos los seres vivos⁷, mientras que el retiro y la jubilación aluden a la acción del cese de la actividad profesional y, en su caso, al pase a la condición de pensionista. Existiendo entre estas dos últimas, retiro y jubilación, una diferencia de matiz de carácter histórico, y en relación al sentido mismo de estas palabras, por cuanto que la idea de retiro se asimila con la de separación de la vida laboral activa, que en su conformación histórica suponía o implicaba precisamente el recogimiento, mientras que la jubilación, proviene etimológicamente del vocablo latino *iubilare* (acción de jubileo, alegría), aunque también se refiere, en ocasiones, a eximir del ejercicio, por ancianidad o por imposibilidad física, a la persona que desempeña un cargo o tarea, no llevando necesariamente incorporada esa noción de separación absoluta de la vida activa que sí comporta el retiro.

Por lo que respecta al tema del riesgo y la vejez. La vejez entendida, tal y como antes hemos visto, como estadio del ciclo de vida, no constituye ningún riesgo, no pudiendo hablarse, así pues, del riesgo de la vejez, es en todo caso, la contingencia protegida. Lo que no es obstáculo para considerar que, en tanto que fenómeno o

⁷ El autor en el momento de referirse precisamente a las personas que se encuentran en este estadio, frente a las diversas opciones existentes ha optado, generalmente, por la de ancianos o personas de edad avanzada frente a la de viejos, dado que ésta última, aún cuando se refiere a la vejez, tiene ciertas connotaciones peyorativas.

estadio, tiene atribuidos una serie de riesgos, sean éstos de índole sanitario como consecuencia de los achaques propios de la edad, de índole social, derivados de la inactividad, del abandono y de la soledad que con frecuencia acompañan a esta situación, o de índole económico, vinculados, en muchos casos, a la falta de recursos a que se ven abocados los ancianos, sin que por ello pueda afirmarse que la vejez es por si misma un riesgo.

Como conclusión a esta presentación, considero necesario formular una serie de agradecimientos, especialmente dirigidos a quienes desde la Universidad de Girona han hecho posible que este trabajo sea una realidad, en primer lugar al Dr. Eduardo Rojo por las continuas sugerencias y muestras de apoyo manifestadas hacia mí no sólo en la realización de este trabajo, sino desde que manifesté mi voluntad de incorporarme a la Universidad y dedicarme al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A los Profesores Camas Roda y Fusté Miquela, por las continuas manifestaciones de comprensión realizadas, y muy especialmente a Lourdes por el incesante apoyo prestado y colaboración brindada en todos estos años.

PARTE I LA PROTECCIÓN HISTÓRICA DE LA VEJEZ: EVOLUCIÓN Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS.

Cap. 1º. La vejez como hecho social y las consecuencias que de ella se derivan.

La vejez ha sido considerada a lo largo de la historia y es hoy también considerada como uno de los problemas que más han preocupado y preocupan a la sociedad. Son ciertamente numerosas y de índole muy diverso las consecuencias de todo tipo (económicas, sociales, culturales) que se derivan de la vejez y es por ello que ésta ha sido valorada y analizada desde diversos puntos de vista⁸.

Constituye un estadio natural al que la gran mayoría de seres humanos llegan de forma ineludible una vez ha transcurrido una parte importante de su ciclo de vida. Es el momento final de desenlace de la vida, y generalmente se convierte en una fuente generadora de múltiples y diversos problemas, la gran mayoría de los cuales se encuentran directa o indirectamente vinculados con la pérdida de empleo a que están abocados las personas en el momento de acceder a la condición de ancianos.

En la actualidad se han acentuado los problemas que la vejez genera al haber aumentado de forma considerable durante las últimas décadas, la esperanza de vida en el conjunto de la sociedad como consecuencia de muchos factores, entre los que cabe destacar: el progreso económico y social y los avances realizados por la ciencia y la tecnología, muy especialmente en el campo de la medicina donde ha sido posible mejorar las condiciones sanitarias y producirse un importante descenso de la mortalidad; siendo desde hace ya unos años perceptible un considerable aumento del

⁸ "A la Seguridad sólo le interesan determinadas facetas de la vejez, no el aspecto espiritual en si mismo, (...) sino la vejez desde el punto de vista cronológico y biológico y sus consecuencias económicas

envejecimiento de la población⁹, cuestión ésta que ha dado lugar a que las soluciones establecidas para afrontar las consecuencias diversas que se derivan de la vejez se hayan revelado como insuficientes y en cierta medida ineficaces.

La sociedad a lo largo de la historia, y muy especialmente a partir de la revolución industrial, ha mostrado una especial preocupación por el problema de la vejez como hecho social y las consecuencias de índole muy diversa que de ella se derivan.

El concepto de vejez puede ser entendido en un doble sentido, bien como sinónimo tanto de ancianidad, entendida ésta como la última etapa de la vida ordinaria del hombre a la que se llega después de un largo período vital dedicado a la producción, o bien como sinónimo de senectud o senilidad, entendida como minoración psicosomática de la capacidad producida por la erosión del tiempo¹⁰; tradicionalmente la vejez ha sido tratada de forma conjunta con la invalidez, como un supuesto de invalidez presunta.

Así, basándose en la idea de que las prestaciones o remedios que un sistema de protección establece deben ofrecerse sólo en los supuestos de incapacidad para el trabajo, "las prestaciones de vejez se preveían, por consiguiente, como una especie de

y sociales". ETALA, J. J. ; " *Seguro social de vejez y jubilación ordinaria*". Revista de Derecho del Trabajo, 1963, pág.. 385.

⁹ Vid, entre otros, OCDE " *Le vieillissement démographique. Consequences pour la politique sociale*". París. 1988. Madrid. 1993. Pueden consultarse los documentos de la OCDE sobre los aspectos económicos del envejecimiento y otros en: <http://www.oecd.org/subject/ageings/indexf.htm>; ONU. " *The determinants and consequences of population trend*". Nueva York, 1973; y MTySS. " *Europa en el movimiento demográfico. Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*". Madrid. 1993.

¹⁰ ALMANSA PASTOR, J.M; "Derecho de la Seguridad Social". Ed Técnos, 7ª edición, 1991, pág(s) 461-462, En opinión de Rivero Lamas: "Esta doble acepción del término en su significación general tiene una correspondencia en lo que afecta a la calificación de las prestaciones de previsión social por razón de vejez: según la primera (vejez como sinónimo de ancianidad), la pensión sería una contrapartida de la vida activa del trabajador, para garantizarle un descanso; para el segundo (vejez como sinónimo de senilidad), en cambio, se toma en consideración el desgaste fisiológico producido por la edad, la disminución de rendimiento y las limitaciones naturales impuestas por los años de trabajo, que dificultan o impiden una continuación eficiente de la vida en el trabajo" RIVERO LAMAS, J; " *Jubilación Laboral*". Nueva Enciclopedia Jurídica. Editorial Francisco Seix, S.A, vol. XIII. Barcelona. 1968., pág.. 800.

prestación de invalidez, de las cuales no se diferenciaban sino por las condiciones de adquisición del derecho a la misma”¹¹.

Tal y como señala, entre otros, Borrajo Dacruz, “el concepto de vejez es un concepto relativo, por no decir equívoco: aparece como sinónimo tanto de ancianidad (lo que ha vivido o durado mucho) como de senilidad (lo que se ha utilizado o desgastado por el tiempo). En cualquiera de ambos sentidos, la vejez hace relación al tiempo, pero el problema está en determinar si con el transcurso de un cierto tiempo se puede hablar ya de vejez o si, por el contrario, es preciso que el transcurso del tiempo de como resultado esa pérdida o disminución de vitalidad, salud, facultades, etc.,”¹².

En el ámbito del derecho comparado¹³ y también por parte de la doctrina jurídica, parece predominar el concepto de vejez como de invalidez presunta. El trabajador al acceder a una determinada edad, se ve, en general, inmerso en atención al desgaste y esfuerzo físico realizado durante los años de vida activa, a una pérdida de la capacidad laboral y rendimiento de trabajo que obliga al Estado a actuar con la finalidad de sufragar o atenuar las consecuencias que se derivan de esta pérdida potencial de la capacidad laboral, que se presume que los individuos padecen al cumplir una determinada edad.

¹¹ VERGEIGNER M.A, W; “*Relación entre los riesgos de vejez e invalidez*” Artículo publicado en la “*Revista de Seguridad Social*” noviembre de 1970 en Buenos Aires y reproducido en la Revista Iberoamericana de Seguridad Social (RISS), 1971 (I) pág. 827.

¹² BORRAJO DACRUZ, E; “*Estudios jurídicos de previsión social*”. Ed Aguilar, Madrid, 1962, pág.. 163-164

¹³ En el ámbito de derecho comparado también se aprecia esta doble consideración de la vejez como ancianidad y como senilidad, así señala Durand, “le risque vieillesse peut être l’objet de deux conceptions différentes. Dans la première, la pension se présente comme la contrepartie contemporaine des services rendus pendant la vie active. Parvenu à un certain âge, l’assuré a droit au repos; il perçoit, au sens le plus précis, une pension de vieillesse. Dans la seconde conception, la vieillard est présumé invalide. L’usure physiologique, les infirmités de l’âge, un rendement professionnel insuffisant rendent impossible la prolongation de la vie professionnelle, la pension deviente alors une pension de retraite”. DURAND, P; “*La politique contemporaine de Sécurité sociale*” Librairie Dalloz. París. 1953, pág. 193, en un mismo sentido, pero referido al ordenamiento jurídico italiano: “invalidità e vecchiaia coincidono perfettamente nel risultato: cessazione della capacità lavorativa: diferente è la causa: la tarad età quanto alla vecchiaia, una causa patologica, ad es malattia incurabili quanto all’invalidità” BARASI, L; “*Providenza sociale e lavoro subordinato I*”. Dott Antonio Editore Milano. 1954, pág. 365.

Se diferencia la invalidez y la vejez en virtud de las causas que las originan, ya que frente a las causas fisiológicas presentes con carácter preeminente en la invalidez, la vejez tiene su origen fundamentalmente en causas de índole patológico; "se trata, en efecto de la decadencia que normalmente acompaña, a partir de un cierto momento, al adentrarse del individuo en los años"¹⁴.

La relación o conexión causal que, en cualquier caso, se establece entre la invalidez y la vejez debe de ser matizada, por cuanto que la asimilación de estos dos riesgos parte de una presunción que en modo alguno es absoluta, en la medida que es posible afirmar que no necesariamente al cumplir una determinada edad todos los individuos ven reducida de forma "natural" su capacidad laboral.

El establecimiento de esta configuración especial de la vejez como un supuesto de invalidez presunta, toma como punto de partida la idea de considerar la edad como un factor determinante en la reducción o pérdida de la capacidad laboral, de tal manera que la asistencia, que en forma de prestación se debe ofrecer al individuo que accede a esta edad, en la que se manifiestan ya las reducciones de la capacidad laboral, tiende a ser una compensación por esta pérdida de capacidad a que se ve sometido a causa de la edad¹⁵.

Frente a esta consideración de la prestación que se ofrece en la vejez del individuo como compensación o sustitución de las rentas profesionales que deja de percibir como consecuencia de la reducción o pérdida de la capacidad a que se ve sometido el individuo como consecuencia de la edad, se puede considerar la protección de la vejez y la prestación que ésta origina, como un derecho al descanso,

¹⁴ VENTURI, A: " *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*". Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid. 1994, pág. 169 traducción española del original en italiano " *I fondamenti scietifici della Sicurenzza Sociale*". Milán , 1954.

¹⁵ GARCIA DE LEANIZ Y DE LA TORRE, señala que esta vinculación entre vejez e incapacidad parte del predominio que se establece en la regulación de la vejez o del retiro, de los factores económicos; "se suele considerar al trabajador factor de producción antes que ser humano. De ahí que en su valoración prevalezca en realidad su capacidad de rendimiento y que, cuando ésta disminuye por el desgaste de los años se establezca un "retiro" de la actividad laboral, normalmente obligatorio (...). Se parte, así, de hecho, la vida humana, desde una consideración económico-laboral, en dos mitades, la del "trabajo", mientras dura la capacidad productiva y la del "retiro forzoso" al cesar aquella". Cfr. " *La llamada tercera edad*". RISS,1976, núm. 6, pág.. 1646.

de tal manera que abandonando la recurrente conexión que se establece entre la edad y la invalidez, se parte de la configuración de la vejez como un situación que da derecho a un descanso protegido como contrapartida al trabajo desempeñado por el individuo en el desarrollo de su vida laboral activa.

La concepción de la vejez en uno u otro sentido afecta al alcance y significado de la prestación por razón de la vejez; "esta doble acepción del término en su significación general tiene una correspondencia en lo que afecta a la calificación de las prestaciones de previsión social por razón de vejez: según la primera (vejez como sinónimo de ancianidad), la pensión sería una contrapartida de la vida activa del trabajador, para garantizarle un descanso; para el segundo (vejez como sinónimo de senilidad), en cambio, se toma en consideración el desgaste fisiológico producido por la edad, la disminución de rendimiento y las limitaciones naturales impuestas por los años de trabajo, que dificultan o impiden una continuación eficiente de la vida en el trabajo"¹⁶.

El objetivo principal de las políticas de atención a la vejez debe ser el de garantizar que las personas que acceden a la condición de viejos o ancianos reciban una atención mínima que les permita transitar de forma digna por el último de los estadios o ciclos de la vida, así, con independencia de si cabe considerar la prestación a que se tiene derecho durante la vejez como una compensación de la que se hace merecedor el individuo como contraprestación a su contribución al sistema cuando accede a la condición de viejo o anciano, al ver disminuida o reducida su capacidad laboral como consecuencia del cumplimiento de una determinada edad biológica, o bien como un derecho del que es titular el anciano al situarse en el momento final de su vida y que pretende garantizar el descanso del individuo con total independencia de si éste es o no capaz para el trabajo, es por ello que la atención que se le debe prestar durante la vejez excede de lo estrictamente económico.

¹⁶ RIVERO LAMAS, J; "*Jubilación Laboral*". Nueva Enciclopedia Jurídica. Editorial Francisco Seix, S.A, vol. XIII. Barcelona. 1968, pág. 800.

En cualquier caso y al margen de esta última consideración de la prestación o pensión de vejez como compensación frente a la pérdida de capacidad o derecho al descanso, cuestión que abordaremos con mayor atención cuando estudiemos la configuración de la prestación de jubilación, la vejez ha sido objeto de preocupación fundamental en atención a los múltiples problemas que esta situación genera, problemas que afectan tanto al individuo que la padece como a la sociedad en la que se encuentra inserto.

Sobre el anciano recaen no sólo problemas de índole económico provenientes, en su caso, de la pérdida de capacidad ganancial a que se ve sometido al cesar en su actividad laboral, sino también sobre él revierten otro tipo de problemas como pueden ser de orden psicológico derivados del difícil tránsito que supone pasar de ser un individuo válido y activo a ser un individuo inactivo que dispone de un importante tiempo libre, o de adaptación a una nueva condición y, que en ocasiones pueden revertir mayor gravedad que los estrictamente económicos, provocando el decaimiento, la enfermedad e incluso la muerte prematura de quien los padece¹⁷.

La sociedad, por su parte, ha de hacer frente no sólo al alto coste que supone atender correctamente a la población anciana prestándole la asistencia necesaria, sino que ha de intentar evitar, además, a toda costa que éstos se conviertan en una mano de obra barata que haga una cierta "competencia desleal" a los trabajadores jóvenes, dificultando el denominado relevo intergeneracional.

Tal y como ya señaló a principios de siglo Alvaro López Nuñez, son diversas las circunstancias que convierten el problema de la vejez en una cuestión que trasciende de la estricta necesidad humanitaria, "la resolución del problema de la vejez, en una u otra forma interesa a la sociedad y al Estado desde el punto de vista económico en

¹⁷ "Considerada en el aspecto individual, la retirada forzosa del trabajo, a una edad en que el trabajador se considera aún apto par él, es causa de muchos males para éste. Se ve privado de la mayor parte de sus ganancias, reducidas a una pensión pequeña, apenas suficiente para subsistir, y obligado a recurrir a la caridad de sus familiares o amigos o de las instituciones públicas. A la depresión que este deterioro de sus situación económica acarrea se añade generalmente la producida por la sensación de inutilidad, de considerarse como una carga para los suyos o para la sociedad, de arrastrar una vida tristemente ociosa, sin objeto ni ocupación con que llenar las largas horas de la vejez". LÓPEZ VALENCIA, F; *"El problema de los trabajadores de edad avanzada"*. RT,1961 (I), núm. 1, pág.. 22.

tanto y cuanto que los ancianos desvalidos viven a pesar de su desvalidez: son elementos consumidores que no compensan su consumo con producción alguna, unas veces viven a expensas de la beneficencia pública, otras veces, se arrastran por calles y caminos, entregados al ejercicio de la mendicidad. En uno y otro caso su sustento pesa sobre la sociedad, ya en forma de presupuesto de la beneficencia, ya en el de limosna callejera y esporádica, (...) Si a ello añadimos que son un peligro para la salud pública, porque su miseria habitual les hace portadores de gérmenes morbosos que difunden por todas partes y que generan otro perjuicio social que dimana de la competencia que con su trabajo, de ordinario mal retribuido, hacen al trabajo de los obreros jóvenes (...) Interesa, pues, a todos resolver el arduo problema de la subsistencia de los ancianos pobres, en su aspecto positivo por el derecho que estos desventurados tienen a la vida y en su aspecto negativo por ahorrar a la colectividad los daños que derivan del abandono”¹⁸.

Son así pues, diversos, y no sólo de índole económico, los factores que convierten a la vejez, y a las consecuencias que de ella se derivan, en una cuestión que forma parte de los problemas que han preocupado y preocupan generalmente a la sociedad, sobre todo en un momento como el actual en el que el importante incremento de la población anciana está siendo una característica común de las sociedades occidentales.

1. La vejez a lo largo de la historia: de los pueblos primitivos a la Edad Media.

En las sociedades primitivas, partiendo de la premisa que la vejez era un estado o situación con un marcado carácter excepcional al ser más bien escaso el número de individuos que alcanzaban el grado de viejos, la comunidad adoptaba frente a este

¹⁸ Cfr; *“El seguro social de vejez”*. Conferencia pronunciada en el Ateneo de Sevilla el día 18 de marzo de 1917. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. Madrid 1917, pág.. 5 y ss.

fenómeno anormal e inusual de la vejez, una actitud que se movía entre la eliminación o el abandono y el respeto o la consideración hacia los ancianos.

Si bien, con carácter general, predominaba la segunda de las actitudes apuntadas. La posición que ocupaba el anciano en estas sociedades primitivas variaba considerablemente de un pueblo a otro, dependiendo del nivel de desarrollo y recursos de que disponía la comunidad¹⁹; así, en comunidades pobres era más frecuente ver que se optaba por el abandono o la eliminación de los ancianos²⁰, mientras que las sociedades pudientes se decantaban por el respeto y la consideración hacia los ancianos²¹.

La elección del abandono o la eliminación de los ancianos estaba, además, claramente condicionada, no tanto por la edad del individuo, sino por su condición o no de incólume, por cuanto que, el mantenimiento de los viejos achacosos, suponía una carga que, en ocasiones, era insostenible para estas sociedades, especialmente para

¹⁹ "La diversité des attitudes rencontrées semble, en majeure partie, être en corrélation étroite avec les conditions socio-économiques du milieu considéré. Dans les sociétés pauvres, démunies, à la limite de la misère, les vieillards semblent devoir être abandonnés: non seulement on leur refuse la nourriture, mais encore les laisse-t-on sur place quand le group entreprend une longue pérégrination (...) Quand les conditions d'existence paraissent moins défavorables, les vieillards qui détiennent un savoir religieux ou magique nécessaire (imaginairement) à la survie du groupe sont respectés tant qu'ils demeurent valides et sains d'esprit (...) Si les circonstances paraissent favorables, qu'il s'agisse de subsistance ou de sécurité, le sort des vieillards devient plus enviable. Ils détiennent même un véritable pouvoir: non seulement ils transmettent oralement les techniques, assurent la continuité du rituel et la permanence des coutumes, mais ils demeurent les intercesseurs indispensables entre les vivants et les ancêtres". THOMAS, L-V: *"Anthropologie de la mort"*. Bibliothèque scientifique Payot, Paris, 1994 pág.. 362.

²⁰ La opción por el abandono o la eliminación depende de la costumbre de cada pueblo o tribu, en ocasiones se opta por el abandono sin más de los mismos, en otras por el sacrificio ritual, el suicidio, e incluso en ocasiones se practica la antropofagia vid. MINOIS, G: *"Historia social de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento"*. Ed. Nerea, Madrid, 1987 pág(s) 26-27.

²¹ "Es perfectamente imaginable que en un período de penuria se decidiera, para bien de la comunidad, eliminar a los no productivos, y que pasado el período de hambre la costumbre subsistiera. Como es imaginable también que en sociedades prósperas la comunidad sostuviera a los viejos, parientes, de todos sus miembros, y que siguiera haciéndolo si se entraba en un período transitorio de penuria. Porque tanto el sostenimiento como la eliminación no aparecían a los ojos de los miembros de una comunidad como acciones económicas y si de raíz moral o mágica". ALBA, V: *"Historia social de la vejez"*. Ed. Laertes, Barcelona. 1992, pág.. 32.

las nómadas, las cuales optaban por el abandono, "para liberar a la comunidad de un fardo que le impedía moverse con facilidad"²².

En este sentido, tal y como señala López Nuñez, las comunidades primitivas reproducían el comportamiento de las aves migratorias que optan por eliminar a sus miembros inútiles antes que soportar el costoso lastre que supone, en la gran mayoría de los casos, cargar con ellos; "en los pueblos nómadas para aligerar la impedimenta, mataban a los ancianos, imitando según se dice, a ciertas aves emigrantes, que antes de emprender el vuelo colectivo, hacen lo mismo con sus inútiles, llevando a cabo sin saberlo una verdadera selección spenceriana"²³.

En atención a las múltiples y diversas dificultades que las citadas sociedades encontraban para mantener y dar sustento a los ancianos, se optaba por su abandono o eliminación; "en ciertas sociedades los recursos disponibles son tan escasos que se deshacen de los viejos ante la dificultad de sostenerlos"²⁴.

Por el contrario, frente a la actitud de algunos pueblos de abandonar a sus ancianos, otros pueblos primitivos, teniendo en cuenta el escaso índice de individuos que adquirirían la condición de ancianos, revestían a la vejez de una cierta aureola de magia y divinidad; "esta escasez de ancianos en la prehistoria les da un valor especial, porque sobrevivir tanto tiempo, es, para sus contemporáneos, un fenómeno tan extraño que no puede ser del todo natural. Acostumbrados a ver intervenciones de lo sagrado en todo los acontecimientos excepcionales, es muy probable que atribuyesen la longevidad a una protección sobrenatural o a una cierta participación del anciano en el mundo de lo divino"²⁵. Esta concepción que, en ocasiones, confería a los ancianos un importante margen de autoridad, no sólo de carácter espiritual, sino también formal al

²² ARCE CANO, G. *"De los Seguros Sociales a la Seguridad Social"*. Ed. Porrúa, S.A México, 1972, pág.. 287

²³ LÓPEZ NUÑEZ, A. *"El Seguro social de vejez"* Conferencia pronunciada en el Ateneo de Sevilla el día 18 de marzo de 1917. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Rios, pág.. 17.

²⁴ *Ibidem*, pág.. 35.

²⁵ MINOIS, G; *"Historia social de..."*. *Op. cit.* pág.. 24.

ser no sólo considerados como los jefes o patriarcas de la tribu o clan, sino que, además, eran apreciados por ser los depositarios del saber y la enseñanza²⁶.

La protección que, por parte de estas sociedades primitivas, se dispensaba a los ancianos, dependía no sólo de la escasez o abundancia de recursos de los que dispusiera la comunidad que, comportaba en muchos casos, tal y como ya he señalado anteriormente, la necesidad de optar por el abandono de los mismos, sino también del papel que el anciano ostentaba en el marco de la comunidad. Así, en aquellos pueblos en los que la vejez era considerada como fuente de sabiduría y estaba dotada de un cierto grado de divinidad, la comunidad asumía la necesidad de hacerse cargo del sustento de los ancianos, como contraprestación a los beneficios que la vejez comportaba para la colectividad.

En la gran mayoría de pueblos primitivos, el respeto y la protección que se dispensaba a la vejez no se hacía extensible a la totalidad de los ancianos de la comunidad. Así, parece que el respeto y la consideración hacia las personas de edad avanzada sólo se producía respecto de aquellos que accedían a la vejez de forma saludable, ya que los ancianos inútiles, en general, eran abandonados, al representar una carga innecesaria para la colectividad, "si'l est lui-même riche, en bonne santé, nanti d'une importante progéniture, on le respecte, on le considère même comme une sorte de talisman qui fait honneur au groupe. Toutefois, l'homme vieux sans force, sans fortune ni enfants, reste au bord du mépris; pis encore, on le traite comme un fléau; il est l'objet de perpétuels quolibets, on lui fait sentir qu'il aurait intérêt à quitter ce bas monde pour celui des défunts"²⁷.

²⁶ El primer texto histórico conocido que aborda el tema de la vejez, texto que tiene su origen en Egipto y fue escrito por el filósofo y poeta Ptha-hoep en el año 2500 antes de Cristo, traza respecto de la vejez un panorama sombrío; "¡Que penoso es el fin del anciano! Se debilita día a día; su vista disminuye, sus oídos se vuelven sordos; su corazón ya no conoce descanso; su boca se vuelve silenciosa y no habla. Sus facultades intelectuales disminuyen y les es imposible recordar hoy lo que fue ayer. Todos los huesos le duelen. Las ocupaciones a que se entregaba antes con placer sólo se cumplen con dolor y el sentido del gusto desaparece. La vejez es la peor de las desgracias que pueda afligir a un hombre. La nariz se le tapa y no puede oler nada más". Citado en DE BEAUVOIR, S; "La vejez". Ed. EDHASA, Barcelona, 1983, pág. 112.

²⁷ THOMAS, L-V; "Anthropologie de...". *Op cit*, pág. 363.

En las culturas y sociedades que podemos considerar como clásicas (sociedad hebrea, egipcia, griega y romana) se refuerza el papel del anciano como miembro destacado de la comunidad, otorgándole una posición privilegiada, así en el propio Libro de los Números recogido en el Antiguo Testamento, se narra la forma de creación del Consejo de ancianos; “ El Señor dijo a Moisés: reúname a setenta ancianos de Israel entre los que sabes que son ancianos y magistrados del pueblo. Los llevarás a la tienda de reunión; y que estén contigo. Yo bajaré y hablaré contigo; tomaré parte del espíritu que hay en ti y lo pondré en ellos para que lleven contigo la carga del pueblo y no tengas que llevarla tú sólo”²⁸.

Son numerosas las referencias que se pueden encontrar en el Antiguo Testamento y en otros textos de la época donde se habla de la vejez²⁹, destacando el carácter sabio, noble y venerable de este estadio, y el prestigio que supone tener la condición de anciano en la comunidad hebrea primitiva, al considerar a éstos como guías o jefes del pueblo dotados de ciertos poderes religiosos e incluso judiciales de carácter sagrado.

La posición privilegiada que ocupaban los ancianos en la sociedad hebrea se empieza a deteriorar a partir del establecimiento de la monarquía, cuya consecuencia más inmediata constituye: “la progresiva desintegración de la gran familia tribal, en la que los padres ancianos eran protegidos y representaban el punto de unión con los antepasados”³⁰, haciéndoles perder una parte importante de la seguridad y prestigio que hasta entonces ostentaban. Por todo ello, el anciano es abandonado a la suerte de sus familiares quienes debían socorrerle y ofrecerle cobijo y alimento, si el anciano no tenía parientes, quedaba condenado a la mendicidad.

La decadencia de la vejez en las comunidades hebreas coincide con la aparición y desarrollo de las primeras influencias griegas, mucho más contrarias a la consideración del anciano como la de un sujeto privilegiado.

²⁸ Libro de Los Números, 11, 16-17.

²⁹ Vid MINOIS, G; “*Historia social de...*”. *Op cit*, pág(s) 46-58.

³⁰ *Ibidem*, pág. 61.

En la época de la Grecia clásica, el culto y la veneración que existía hacia la belleza, la estética y la perfección humana, dio lugar a que se considerara la vejez como algo triste no deseado, y que en ocasiones se prefiriese la muerte a la vejez.

El universo mitológico helénico era un mundo dominado por los jóvenes y los guerreros, si bien encontramos en él alguna excepción como es el caso de Néstor, anciano personaje de la *Iliada* de Homero, al que, en más de una ocasión se recurre para pedirle opiniones y consejos. La mitología helénica no fue proclive a las prebendas con los ancianos.

En este sentido son abundantes los ejemplos que podemos encontrar en la literatura griega donde se aprecia una cierta valoración negativa de la vejez, siendo muy numerosas las veces en las que ésta aparece tratada como una circunstancia trágica, como una maldición. Así, es especialmente significativo el fragmento de Edipo en Colona de Sófocles donde se hace una profunda reflexión sobre la vejez cargada de múltiples connotaciones negativas: "todo aquel que quiere prolongar la corta duración de su vida me parece un insensato; pues los días, a medida que se multiplican no hacen otra cosa que acercarnos la pesadumbre. Aunque pidáis ardientemente una larga vida, difícilmente encontraréis en ella algún encanto; y cuando ante vosotros aparezca la Parca, que no conoce el himeneo, ni los cantos ni las danzas, entonces la muerte aportará finalmente un último remedio a nuestros males, al conducirnos por igual a los infiernos. Lo mejor que podría suceder al hombre sería no nacer; en segundo lugar, tener la dicha de volver lo más pronto posible a la nada de la que seguramente salió. En efecto, tan pronto llega la juventud, trayendo con ella la imprudencia y la insensatez ¡cuántos trabajos y preocupaciones se abalanzan sobre ella! Crímenes, discordia, querellas, combates y envidia; llega por fin la vejez, la odiosa vejez, débil, inaccesible, sin amigos, que concentra en ella todos los males"³¹.

En otras ocasiones, como en el caso de las comedias se prescinde de entrar a valorar la vejez y se opta por la ridiculización y por la satirización de todo lo que la

³¹ SÓFOCLES, "*Edipo en Calona*"...

envuelve, "la vieillesse présentée par les poètes, les tragiques ou les comiques entre le VI et le IV siècle n'est pas heureuse: drame personnel ou malheur d'une destinée, elle devient objet pitoyable de dérision"³².

Entre los filósofos griegos, la vejez fue uno de los temas preferidos, tal vez en ello influyó el hecho de que gran parte de los filósofos accedieran a la condición de viejos, de tal manera que, seguramente, en sus escritos reflejaban, no tanto la valoración del fenómeno de la ancianidad y sus consecuencias, sino su propia experiencia personal.

La consideración que éstos tenían de la vejez no difería mucho de la mantenida por el resto de la sociedad. No obstante, algunos filósofos abordaron la vejez desde un punto de vista más positivo, entre los que cabe destacar a Platón quien consideró que si bien la ancianidad es una situación que presenta algunas incomodidades que hace que algunas personas devengan insoportables al estar achacosas e irritadas, permite al ser humano disfrutar de la vida al quedar liberado de ciertas obligaciones.

Por contra, fue Aristóteles quien, de entre los filósofos más destacados, asumió y adoptó una posición negativa respecto de la vejez, al señalar que el desgaste físico del ser humano que alcanza la ancianidad lejos de potenciar su lado espiritual, tal y como defendía Platón, debilita toda su capacidad física y cultural, dando lugar a que se inicie un proceso progresivo de decrepitud que va convirtiendo al anciano en un ser inútil³³.

Durante el período helenístico, etapa que coincide con un aumento considerable de la longevidad de la población, se produce una cierta rehabilitación de la vejez así, frente a la Grecia clásica que prefería la juventud y la belleza y responsabilizaba a la vejez de todos los males, "la época helenística se abre más al exterior, y también a los ancianos. El ostracismo desaparece. La mezcla de culturas favorece a los marginados por la edad; en lo sucesivo, el valor no teme el número de

³² BOIS, J.P.; *"Histoire de la vieillesse"*. Presse Universitaires de France, 1994 pág. 14.

³³ Es especialmente significativa la valoración que Aristóteles hace de la vejez en su obra, "Ética a Nicomaco" y en "Retórica" donde culpa a la vejez de todos los males de la sociedad y traza una descripción del comportamiento de los ancianos, plagada de epítetos descalificativos.

años; en la esfera política, jóvenes y viejos rivalizan en hazañas (...). El anciano corriente no es seguramente mucho más dichoso que su antepasado heleno, pero es menos despreciado, menos ridiculizado, menos oprimido. Se le contempla en una forma divertida o compasiva"³⁴.

A medida que la vejez va perdiendo su carácter excepcional, el interés por el estudio de este fenómeno va disminuyendo y se va modificando su apreciación, en la medida que, no sólo es más habitual encontrar personas que adquieren la condición de ancianos, sino que, además, las generalizaciones en torno a la vejez que en un momento determinado pudieron hacerse desaparecen.

A pesar de que los ancianos no mantuvieron en el período griego los privilegios que las sociedades primitivas les habían atribuido, con la única excepción de Esparta, donde a diferencia de Atenas, la vejez gozaba de cierta consideración³⁵, fue en Grecia donde, no sólo existía una norma del derecho ateniense que imponía a los hijos la obligación de mantener a sus padres achacosos y senectos³⁶, sino que fue el lugar donde se abordó por primera vez la necesidad de crear instituciones de caridad destinadas al cuidado de los ancianos, instituciones que en períodos históricos posteriores fueron desarrolladas.

La autoridad y el poder que los ancianos tuvieron en Roma se materializó a través de la figura del *pater familia* y de la posición que éstos ocuparon en el Senado romano.

El *pater familia* era el jefe absoluto de la familia provisto, durante la época de la República, de un gran número de potestades (potestas); "al no estar él mismo sometido a nadie, ejerce derechos desorbitados sobre los miembros de la familia: la

³⁴ MINGOIS, G; "Historia social de...". *Op cit*, pág. 110.

³⁵ La sociedad ateniense comercial, individualista e innovadora, propendía a ser más bien desabrida para con la senectud; el respeto hacia los ancianos es más propio de una sociedad religiosa y conservadora como la de Esparta, mientras que la democracia disolviendo todas las trabas con la libertad, pone el acento en la juventud y favorece al joven frente al viejo". WILL, D.; "La vida en Grecia". Tomo I. Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1945, pág. 468.

³⁶ Vid. DE COULANGES, F; "La cité antique". Librairie Hachette. París, 1969.

domenica potestas sobre los esclavos, el *mancipium* sobre los *alieni juris* agregados a la familia mediante emancipación, la *patria potestas* sobre los niños, el *manus* sobre la esposa. Su autoridad no tiene límites: puede reclamar por justicia a los *alieni juris* fugados; puede vender a sus hijos en el extranjero como esclavos o en Roma a otro *pater*, puede echarlos de la familia; puede entregar un hijo a otro *pater* para compensar un delito cometido por este hijo; puede abandonar a los recién nacidos; puede condenar a muerte a un miembro de la familia tras pedir información a los parientes allegados y recibir su opinión. Y esta *potestas* sólo desaparece a la muerte del padre³⁷.

La posición extraordinaria que ocupaban los *pater familia* en la sociedad romana y el amplio abanico de potestades que éstos tenían atribuido, explica, en parte, el tratamiento negativo que la literatura hizo de la vejez, puesto que el conjunto de la sociedad odiaba y detestaba al anciano todopoderoso que actuaba y ejercía las funciones de jefe supremo concentrando una parte importante de poder. Diversos autores romanos y muy especialmente Plauto heredando parte del estilo de la comedia griega, solían describir al anciano como un ser tiránico, lujurioso, avaro y engañado por los que le rodeaban³⁸.

El poder del *pater familia*, se va debilitando al ir desdibujándose la República y desaparece con el posterior advenimiento del Imperio, ya que es entonces cuando los *pater familia* fueron desposeídos de parte de sus facultades al concentrarse todos los poderes en la figura del Emperador y pasaron a estar sometidos a control judicial, los excesos que éstos cometían en el ejercicio de sus potestades.

El poder y la influencia política que el Senado romano, formado mayoritariamente por ancianos ejerció en el período de la República fue igualmente decayendo durante el Imperio, si bien bajo la autoridad del emperador y con carácter excepcional algunos ancianos desempeñaron cargos importantes.

³⁷ MINGOIS, G; "*Historia social de...*". *Op cit*, pág. 118.

³⁸ Vid, entre otras, *El Mercader, la Asinaria, la Aulularia, los Menechmos* todas ellas obras de Plauto

A diferencia de lo que hemos visto que sucedió en Grecia, donde la vejez fue poco a poco adquiriendo una mayor y mejor consideración, el tratamiento de la ancianidad y el peso o influencia que ésta desarrolló en Roma, evolucionó hacia un declive del poder de los ancianos, marcado por las importantes transformaciones sociales y políticas que comportó el paso de la República, sistema en el que el poder lo ostentaba el Senado, al Imperio donde el Emperador concentró todo el poder.

Merece un comentario a parte la obra de Cicerón titulada "*Cato Maior de Senectute Liber*" (*Catón el Mayor (Viejo) o de la vejez*)³⁹, donde se aborda, en forma de tratado filosófico-moral, el tema de la vejez. Esta obra dirigida a Tito Pomponio Ático, quien al parecer se entristecía al ir envejeciendo. Para consolarle y distraerle, Marco Tulio Cicerón compuso este tratado sobre la vejez.

El libro, escrito en forma de diálogo, reproduce la conversación que Catón el Viejo o el Censor tiene con Escipión Emiliano y Cayo Lelio, quienes después de expresar la admiración que les produce la manera como Catón soporta la vejez le invitan a hablar sobre el tema.

Catón accede a la petición que le es planteada y después de señalar que la culpa de los lamentos o acusaciones vertidas sobre la vejez no dependen de la edad sino del carácter o de las costumbres de cada individuo, va examinando y rechazando las cuatro razones que, en su opinión, hacen miserable la vejez: "una, porque nos aparta de los negocios; otra, porque debilita el cuerpo; la tercera, porque priva de casi todos los placeres, la cuarta, porque no dista mucho de la muerte"⁴⁰.

Frente a la primera de las recriminaciones atribuidas a la vejez, el alejamiento de la vida activa o negocios que ésta produce, Catón sostiene que, si bien es cierto que

³⁹ De entre las numerosas traducciones efectuadas de esta obra, para el comentario y la transcripciones del texto realizadas, ha sido utilizado el texto traducido, ordenado directamente y cuya versión interlineal ha sido realizada por EDUARDO VALENTÍ FIOL. Bosch, casa editores. Barcelona, 1967.

⁴⁰ "quattuor raperio causas sur senectus misera videatur: unam, quod avocet a rebus gerendis, alteram, quod corpus faciat infirmius, tertiam, quod privet omnibus fere voluptatibus, quartam, quod haud procul absit a morte".

los viejos no hacen lo que los jóvenes, éstos hacen cosas mucho más difíciles e importantes; "las grandes empresas no se administran con las fuerzas, la agilidad o la velocidad del cuerpo, sino con la reflexión, el prestigio, el juicio, cualidades que en la vejez no se pierden sino que se acrecen todavía".

Respecto a la segunda de las acusaciones formuladas en contra de la vejez, el debilitamiento de las fuerzas del cuerpo que ésta provoca, Catón parece afirmar que este debilitamiento queda compensado con el aumento de la sabiduría y la experiencia de los años, que se adquiere durante la vejez; " el curso de la vida está determinado y la ruta de la naturaleza es una sola; a cada edad de la vida se le ha dado un carácter particular, de modo que tanto la debilidad de los niños como la fogosidad de los jóvenes, la gravedad de la virilidad y la madurez de la ancianidad son como frutos naturales que a su debido tiempo deben recogerse".

Es cierto en opinión de Catón que la vejez tal y como se señala en tercer lugar, priva al individuo de ciertos placeres, "más, ¡qué gran cosa es para el alma, cumplido ya, como quien dice, el servicio del deseo, de la ambición, de las contiendas, de las enemistades y de todas las pasiones, recogerse en sí misma, y como se dice, consigo misma vivir! Y si tiene además ciencia que le sirva de pasto para el estudio, nada hay más delicioso que la paz de una ancianidad semejante".

Finalmente, Catón defiende a la vejez frente a la cuarta y última de las recriminaciones planteadas, así dice que si bien es verdad que la vejez es vecina de la muerte, la muerte no debe ser temida, antes bien, deseada, como término natural de la vida, de este mundo y tránsito a otro inmortal y mejor.

Catón compara, de esta manera, la muerte inesperada y violenta del joven al que le queda mucho por vivir con la del anciano que ya ha vivido lo que en principio tenía que vivir; "¿Qué más de acuerdo con la naturaleza que para los ancianos el morir? Lo mismo sucede también con los jóvenes, pero en su caso la naturaleza se opone y se rebela. Y así, a mí me parece que los jóvenes mueren como se extingue una llama viva cuando le cae un abundante chorro de agua, los viejos, en cambio, como un fuego que

se apaga consumiéndose por sí solo, sin hacérsele violencia alguna; y del mismo modo que una fruta, si está verde, hay que hacer fuerza para arrancarla del árbol, si está madura y en sazón cae por sí sola, así los jóvenes les quita la vida la violencia y a los ancianos la madurez; madurez que, por lo que a mí hace, es tan placentera, que, cuanto más me acerco a la muerte mejor me parece divisar, por así decirlo, la tierra y el puerto al que tras larga travesía me toca por fin llegar”.

En otro orden de cosas cabe señalar que son escasas las referencias de que disponemos relativas a las condiciones de vida de los ancianos entre los pueblos bárbaros, es posible deducir que atendiendo al carácter guerrero de estos pueblos y a su afán conquistador, la condición de viejo debía de comportar una cierta carga para estas comunidades ávidas de jóvenes guerreros. Sociedades, en las cuales, las duras condiciones de vida, existencia y la práctica del nomadismo dificultaban que se accediera de forma regular a la vejez.

Ahora bien, a diferencia de los que sucedía con algunos pueblos primitivos, no parece que los bárbaros optasen por el abandono o la eliminación de los ancianos, ya que entre los pueblos germanos era muy fuerte la solidaridad familiar, y es posible por ello suponer que, al margen del desprecio que pudiesen padecer, la propia comunidad se hacía cargo de las necesidades de sus ancianos⁴¹, por norma general, quedando a merced de los que les rodeaban.

El triunfo del cristianismo que se impuso en el propio Imperio romano y se difundió entre los pueblos bárbaros no modificó el sentimiento existente hacia los ancianos.

⁴¹ Tal y como señalan diversos autores, hay un hecho preciso que demuestra que al envejecer el individuo sufría una devaluación ya que la compensación pecuniaria que el derecho visigodo exigía por el asesinato de un hombre libre estaba vinculada a la edad del individuo asesinado; si el asesinato se había cometido sobre un niño de un año se exigían 60 centavos (sous) de oro; si la edad del joven asesinado era de 14 años, 140 centavos (sous), si la edad era de entre 15 a 20 años, 150 centavos (sous); entre 20 y 50 años, 300 centavos (sous); entre 50 y 65 años, 200 centavos (sous); y por un hombre de más de 65 años, se exigía la cantidad de 100 centavos (sous). En el caso de que la persona asesinada fuese una mujer, se exigían 250 centavos (sous) en el caso que la mujer tuviese entre 15 y 40 años y 200 centavos (sous) por el asesinato de una mujer de 40 a 60 años. vid, entre otros, MINOIS, G; *“Historia social de...” Op cit*, pág. 158 y DE BEAUVOIR, S; *“La vejez”*. *Op cit*, pág. 151.

El cristianismo sólo en sus inicios mantuvo una posición clara en favor de los humildes y necesitados. Con la sucesión de los años, tal y como señala De Beauvoir, el cristianismo fue adoptando, con un claro propósito expansivo, una posición más ecléctica sobre la vejez, renunciando a su ideal primitivo de fraternidad y ayuda mutua, y es por ello que acabó prácticamente degradado por las costumbres de los pueblos a los que convirtió y fue heredando ideológicamente parte del pensamiento clásico que habían asumido estos pueblos, en general poco favorable hacia los ancianos⁴².

Esta evolución que sufrió el pensamiento cristiano y que sólo es perceptible con el transcurso de los años, permite señalar que la contribución que el cristianismo hizo a la vejez, sus problemas y las medidas que se habían de establecer para mejorar las condiciones de vida de los ancianos, partía de una clara contradicción, por cuanto que si bien, en ocasiones, la vejez era considerada como una maldición, como un castigo divino, sinónimo de pecado, en otras aparecía configurada como la etapa más próxima al final de la vida y por consiguiente más próxima a la vida junto a Dios.

Sin embargo, son muy numerosas las ocasiones en las que la vejez aparece dibujada con malicia, como una herencia que recibe la humanidad fruto del pecado original; por este motivo los ancianos son retratados casi siempre como seres lujuriosos, avariciosos, egoístas y repletos de vicios.

En cualquier caso es importante señalar que el pensamiento cristiano hizo una aportación altamente positiva en favor de los pobres y necesitados, ya que fue gracias a la Iglesia y al cristianismo que se construyeron y crearon a partir del siglo IV los primeros hospicios y hospitales donde se atendía a la población enferma y necesitada, entre la que se encontraba la población anciana⁴³.

⁴² DE BEUVOIR, S; *Ibidem*, pág. 152.

⁴³ "Fueron las comunidades cristianas y luego la Iglesia las que por primera vez en la historia pensaron en los viejos como seres merecedores de atenciones especiales. Conventos y monasterios los acogían si estaban desvalidos o abandonados. En el siglo IV se fundaron los primeros asilos y hospitales. El estado de ánimo colectivo creado por la Iglesia, según el cual la caridad era un medio de ganar el cielo, si bien moralmente distaba de ser sano, en la práctica debió de beneficiar a los viejos pobres". ALBA, V; *"Historia social de..."*. *Op cit*, pág. 47.

Es a partir de este momento cuando la comunidad asume la vejez como una etapa de retiro voluntario, así pues, teniendo en cuenta que si bien la familia atendía los mínimos de subsistencia del anciano, no podía garantizar su salvación eterna. Con el fin de alcanzar este objetivo, el anciano próspero, en la gran mayoría de los casos, optaba por retirarse a un monasterio para asegurar su salvación.

Indudablemente, en esta época se produce un importante salto cualitativo en el tratamiento dispensado a la vejez, por cuanto que se abandona la discusión dialéctica sobre los aspectos positivos y negativos de la vejez para pasar a ocuparse, en mayor medida, en la conveniencia del retiro alcanzado la misma: "Esta práctica, surgida en el siglo VI, marca un hito en la historia de la vejez. En primer lugar, porque introduce la idea de una ruptura fundamental en la vida humana y ayuda por ello a que se tome conciencia de la particularidad de la vejez. Por otra parte, la vejez se identifica con el cese de la actividad, con la ruptura con el mundo profesional: el término "retiro" se irá cargando poco a poco de estos diferentes sentidos. Sin duda alguna, los viejos patricios romanos se retiraban también algunas veces a sus tierras para terminar apaciblemente su vida en ellas. Pero sólo se trataba de un retiro parcial. Mantenían contacto con sus amigos y su familia, continuaban llevando una vida social, conservaban una actividad como propietarios de la tierra, dirigiendo ellos mismos su explotación, y permanecían en su casa, en su propia villa, rodeados de su familia o visitados por ella con frecuencia. Nada comparable con el aislamiento que representaba el monasterio aunque no se lleve en él una vida de recluso. La ruptura con el mundo es en este caso mucho más radical (...) Así se inicia la concepción moderna del aislamiento de los viejos, aislamiento por ahora voluntario; está ya en germen la desunión de las generaciones, y también la característica esencial de la vejez, pero en un sentido negativo: los ancianos, apartados de la vida en este mundo, están de paso; preparan la vida eterna"⁴⁴.

Desgraciadamente esta situación no afectaba por igual a la totalidad de los ancianos, ya que a diferencia de lo que sucedía en las clases pudientes, el anciano pobre quedaba, por norma general, supeditado a la voluntad de la comunidad familiar y debía por norma general, trabajar hasta que aguantaran sus fuerzas, quedando totalmente

⁴⁴ MINOIS, G; *"Historia social de..."*. *Op cit*, pág. 186-187.

desamparado y abocado a la mendicidad en el supuesto de que no tuviera familia. La Iglesia al no considerar la vejez como un motivo suficiente para tener acceso a la caridad pública, centraba sus esfuerzos en la atención de los inválidos y mutilados.

La vejez hasta mediados del siglo XIV, estuvo claramente marcada por la conciencia que fue asumiendo la sociedad en torno a la importancia y trascendencia del paso del tiempo y por la búsqueda de las causas y los remedios del envejecimiento⁴⁵.

Durante la época medieval, son numerosos los hombres y mujeres que poco a poco van accediendo a la condición de viejos. La vejez deja por ello de ser un fenómeno ajeno al conjunto de la sociedad y el trato que ésta les presta depende de los recursos disponibles y de las circunstancias que les rodean.

Aunque no es difícil encontrar ancianos que han sido abandonados por sus familiares, lo más habitual es que éstos sean relegados a un segundo plano dentro del entorno familiar a medida que van perdiendo facultades, pese a que no llegan totalmente a perder su poder o autoridad hasta que les acontece la muerte, sí van cediendo parte de éste en favor de generaciones más jóvenes. La intensidad y el carácter del amparo que cada familia otorga a sus ancianos depende de las relaciones afectivas existentes dentro del marco familiar.

Es precisamente en esta época donde empiezan a establecerse, con el objetivo de atender a los ancianos sin hijos o abandonados, las primeras casas o hogares de retiros dirigidas no sólo a la atención de los ancianos ricos, sino también se prestó la asistencia a la practica totalidad de los ancianos desvalidos.

Con anterioridad, esta función caritativa la ejercían los propios monasterios que se dotaban de enfermerías dedicadas al cuidado de los enfermos, y también de los ancianos abandonados a su suerte.

⁴⁵ De entre los diversos autores destaca el estudio de Roger BACON, titulado *"The cure of old age and preservation of youth"*, Londres, 1683.

El continuado tránsito del campo a la ciudad y el desarrollo de la actividad comercial dio lugar a un cierto giro de mentalidad respecto de la vejez por parte de quienes ejercieron la actividad comercial, no en vano, en el desarrollo de esta actividad, a diferencia de otras, en la vejez el comerciante acumula un mayor volumen de riqueza o ganancias, y aunque la Iglesia intentó influir sobre estos individuos para que ante la proximidad de la muerte renunciasen a sus riquezas y se retirasen, la mayoría de ellos no accedieron a tal invitación, siendo de importancia el peso y la influencia que estos comerciantes tuvieron.

El considerable aumento del número de ancianos que en los siglos XIV y XV, como resultado del hecho de que la gran mayoría de éstos permanecieron inmunes a los diversos brotes mortíferos de epidemias, especialmente de peste, que asolaron Europa de forma persistente durante este período, y que se ensañaron fundamentalmente en niños y jóvenes adultos, provocando un importante envejecimiento de la población; dio lugar a un aumento de la sensibilidad en torno a la vejez y a los problemas que de ella se derivan. Fue a partir de entonces, cuando en el marco de la Institución Gremial, surgida a raíz del desarrollo progresivo de la actividad comercial y artesana, se establecieron los primeros remedios organizados de forma colectiva para atender las necesidades de los ancianos, y muy especialmente, como más adelante veremos, su retiro.

2. La importancia del envejecimiento demográfico en las políticas de protección de la jubilación.

El tratamiento que se ha ido haciendo a lo largo de la historia de la vejez y de los problemas que ésta comporta ha dependido en cada momento histórico, no sólo del volumen de ancianos sobrevivientes y de la posición que éstos ocupaban en el seno de la familia y de la comunidad, sino también, y de forma muy especial, ha estado supeditado a las condiciones económicas de la sociedad en la que los ancianos se encontraban inmersos.

Tal y como hemos visto, el recurso al abandono o la eliminación de los ancianos, sobre todo por parte de los pueblos primitivos y posteriormente de algunos pueblos bárbaros, partía de la consideración, que en estas comunidades nómadas se tenía, de la vejez como una carga, y ante la dificultad que comportaba soportar el lastre de los ancianos y la imposibilidad de mantenerlos se optaba por las soluciones antes citadas⁴⁶.

A medida que la sociedad evoluciona, se va abandonando la práctica del nomadismo y la comunidad se va estableciendo sobre unas estructuras políticas y sociales cada vez más desarrolladas, modificándose el trato dispensado a la vejez. Así el paso de una comunidad nómada hacia una sociedad establecida alrededor de un núcleo más o menos estable de población, permite que se renuncie igualmente a la equiparación entre vejez y carga o lastre para la comunidad, concepción que condicionó durante mucho años la actitud que la sociedad dispensó a los ancianos.

Es a partir de entonces, una vez superado este obstáculo, cuando las condiciones económicas y sociales en las que se desenvuelve el anciano marcan en parte el trato que la comunidad le presta.

De tal manera que si la vejez sobreviene sobre un sujeto que pertenece a una clase social alta, noble y próxima al poder, la comunidad y muy particularmente los miembros de la clase a la que el anciano pertenece se hacen cargo de su amparo y sustento, mientras que si la vejez acaece sobre un individuo perteneciente a una clase social baja, alejada de la esfera del poder, la suerte que corre este anciano queda supeditada fundamentalmente al sustento que pueda proporcionarle el resto de su familia y en el caso de no tener o no poderle ésta prestar el amparo necesario, deberá vivir de la caridad o de la beneficencia.

⁴⁶ " Se observa una relación directa entre el nivel de productividad de una sociedad y el bienestar de sus personas ancianas. Las sociedades que viven al borde del hambre encuentran dificultades en mantener a los viejos y a menudo recurren a la solución de abandonarlos o quitarles la vida. En el otro extremo, sólo los sistemas muy productivos pueden permitir el retiro temprano y proporcionar pensiones adecuadas". TALMON, Y; *"Envejecimiento. II. Aspectos sociales"*, en Enciclopedia

Sin que en principio parezca que existiese un trato especialmente significativo en favor del anciano pudiente si que es posible afirmar que la suerte que éste corría dependía fundamentalmente de la posición social que ocupaba.

La gran mayoría de textos históricos de carácter filosófico o literario donde se aborda el análisis de los problemas que comporta la vejez y la consideración o posición que ésta ocupa en la sociedad, (que han constituido la fuente principal a partir de la cual se han elaborado la gran mayoría de estudios históricos al respecto), al trazar los caracteres y peculiaridades de la vejez centran su atención en el examen de la situación de los viejos pertenecientes a las clases más altas, es decir, de aquellos que ocupan una posición privilegiada en el seno de la comunidad.

Ciertamente son escasas las referencias que con carácter general se hacen de la vejez relativas al conjunto de la colectividad. En muy pocas ocasiones, los autores se centran en el estudio de la condiciones de vida de los ancianos pertenecientes a clases desfavorecidas, tan sólo se recurre de forma gráfica a aquellos que viven en condiciones miserables para constatar la difícil situación en la que estos subsisten y para ejemplificar lo lamentable y penoso que es llegar a ser viejo.

Resulta casi innecesario advertir, tal y como señala Luis S. Granjel, que: "tanto en Grecia como posteriormente en Roma, sociedades esclavistas, las referencias, positivas o de crítica y burla se refieren, en exclusividad, a los ancianos del estamento que ostenta el poder; los ancianos pertenecientes a las restantes clases de la sociedad antigua, si en ellas llegaron a alcanzarse edades que superasen a las de madurez, no figuran en los testimonios que permiten recomponer aquella etapa de la historia del mundo clásico y lo mismo cabe decir, anticipándonos en la rememoración, de etapas posteriores. De lo que pudo ser la vida del anciano integrantes del populacho de las ciudades, esclavos o libertos y del campesinado, todo se ignora si bien puede suponerse no debió superar casi nunca el nivel de miseria.

Será preciso llegar a la edad contemporánea para que se hagan realidad las primeras medidas efectivas de atención al anciano privado de recursos y su estampa humana atraiga el interés de los novelistas. Cuando la esperanza de vida alcanza, en su crecimiento, a todos los estamentos de la sociedad, ya en nuestros días, la vejez, sin distinción de clases, será objeto de protección legal y también de atención profesional⁴⁷.

Los ancianos opulentos han desarrollado, por lo general en la historia, al margen de alguna que otra excepción, una función práctica de asesoramiento y soporte a la labor de los mandatarios o jefes de la comunidad. En este sentido son numerosas las comunidades que crearon consejos de ancianos para el desarrollo de esta labor consultiva.

Se pasó, así pues, de un inicial respeto a la figura sobrenatural y mágica del anciano a una admiración de su persona, como individuo depositario del saber y la cultura que había ido adquiriendo a lo largo de su existencia. Fue entonces cuando se creyó necesario reforzar la figura de la vejez y potenciar su carácter sabio, y fue entonces también cuando se crearon instituciones como los Consejos de ancianos, donde el papel político desempeñado por los mismos era muy importante⁴⁸.

Obviamente, el ejercicio de esta función consultiva estaba reservada de forma exclusiva al hombre anciano; la mujer, con independencia de cual fuera su condición social, ocupaba una posición de segundo rango en el seno de la comunidad, dedicada exclusivamente al cuidado del hogar y de la infancia, apenas recibía un trato especial, ni siquiera digno. La sumisión al marido era absoluta y aún siendo cierto que con motivo

1994, pág(s) 296-297.

⁴⁷ Cfr. *"Historia de la vejez. Gerontología. Gerocultura. Geriatría"*. Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1991, pág. 30.

⁴⁸ Han existido Consejos de ancianos prácticamente en todas las épocas históricas. Así, en el marco de las tribus hebreas se crean consejos de ancianos, denominados consejo de sabios, en torno al jefe. En la Grecia homérica se recurre con frecuencia, especialmente en los momentos difíciles al Consejo de ancianos. En Roma, durante la República, fue muy importante el papel desarrollado por el Senado formado mayoritariamente por ancianos, e incluso durante el período del Imperio, muchas funciones o facultades inicialmente atribuidas al Emperador son encomendadas a algunos ancianos. En la Edad Media no sólo algunos pueblos bárbaros disponían de Consejos de ancianos, sino que incluso algunos jóvenes reyes mantenían en la retaguardia el asesoramiento de personas relativamente viejas.

del alto índice de mortalidad en los partos, era inferior el número de mujeres que llegaban a adquirir la condición de ancianas, la comunidad no atendía en plano de igualdad al hombre y a la mujer que accedían a la vejez.

Aún siendo numerosas las referencias que se pueden encontrar, incluso en el propio texto bíblico relativas a la edad madura de los gobernantes (emperadores, monarcas, etc.), debemos dar un crédito relativo a estas edades ya que no sólo se desconocía el factor temporal a efectos de poder calcular y determinar con exactitud la edad real, sino que, además, en muchas ocasiones el alcanzar una determinada edad formaba parte de la grandeza que se pretendía dar al cargo que se ocupaba, y es por ello que se hacía referencia a la misma como símbolo de poder, destino y grandeza.

Tal y como señala Minois, "estas exageraciones no indican necesariamente el prestigio de la vejez en la vida real. En muchos casos, los autores se inspiran simplemente en los relatos del Génesis, y estas cifras extraordinarias son utilizadas sólo para incrementar el carácter épico, heroico y sobrenatural del relato; incluso se puede decir que por encima de los cien años estos ancianos ya no son ancianos, son héroes mitológicos que escapan de la condición humana. Estas longevidades fabulosas lejos de testimoniar admiración por la vejez vivida son, por el contrario, un medio de facilitar a los héroes la huida de las debilidades y limitaciones de la decrepitud; la vejez fabulosa es negación de la vejez vivida, real"⁴⁹.

La sociedad no toma conciencia de la gravedad e importancia del problema de la vejez hasta el momento en el que el número de ancianos que sobreviven es tal que desborda cualquier intento de procurar su sustento y su supervivencia en el seno de la propia familia o comunidad.

Las "políticas" de amparo de la vejez, practicadas en el marco del entorno familiar devienen insuficientes, en la gran mayoría de los casos para hacer frente a la magnitud de éste fenómeno a medida que va aumentando el número de personas que

⁴⁹ MINOIS, G; "Historia social de...". *Op cit*, pág. 195.

adquieren la condición, y que se va incrementando la longevidad humana y por ende, el número de años de existencia bajo tal condición.

La sociedad se halla en la actualidad y desde hace ya bastante tiempo inmersa en un claro proceso de envejecimiento demográfico⁵⁰, que, en cierta medida, constituye una constante en la evolución histórica de la protección social desde la aparición de los primeros sistemas de Seguridad Social en la década de los años 40 hasta nuestros días. De tal manera que podríamos considerar la cuestión o el problema demográfico como un compañero de viaje histórico de los sistemas de Seguridad Social trasladando al ámbito de la Seguridad Social esta acertada expresión acuñada por Manuel Carlos Palomeque al referirse a la crisis económica y al Derecho del Trabajo⁵¹, aunque se ha acelerado, si cabe aún más, en los últimos años como consecuencia del importante descenso de los niveles de fecundidad.

Sin duda alguna el envejecimiento demográfico es un factor esencial en el diseño de un sistema u otro de protección social⁵² por cuanto que, como es obvio, actúa como elemento condicionante en el momento de aplicar unas determinadas medidas con la cuales poder hacer frente a la vejez y a los problemas que ésta comporta.

⁵⁰ GALA VALLEJO apunta como factores principales que impulsan a la población hacia el envejecimiento: "la escasa fecundidad, la baja mortalidad y la elevada migración, (...) La población suele por ello clasificarse de tres maneras, estacionaria, creciente y decreciente. Cuando no existen movimientos migratorios y la natalidad y la mortalidad son constantes, la población es estacionaria porque el número de habitantes y la distribución por edades se mantiene igualmente constante. Cuando el número de nacimientos aumenta anualmente y el de fallecimientos asciende, la población es creciente y de un marcado carácter juvenil. Y cuando los nacimientos decrecen anualmente y el número de fallecimientos desciende entonces la población es decreciente o vieja" Cfr. *"El hecho del envejecimiento (problemas y perspectivas)"* RSS nº 16, pág(s) 159-160.

⁵¹ Cfr. *"Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica"*. RPS, 1984, núm. 143, pág(s) 15 y ss.

⁵² En cualquier caso, es necesario tener en cuenta que éste es sólo uno más de los problemas a los que se enfrentan los sistemas de protección social. Tal y como, en este sentido, se establece en el Informe sobre la Protección Social en Europa 1999: "Se pueden identificar cuatro grandes tendencias de particular importancia: el envejecimiento de la población en todos los Estados miembros y las perspectivas de aumento del índice de crecimiento del número de personas mayores a partir de 2010; una participación cada vez más mayor de mujeres en el mercado de trabajo y los cambios en el equilibrio entre hombres y mujeres; la persistencia del desempleo de larga duración, especialmente entre los trabajadores de más edad y la tendencia hacia una jubilación anticipada; y el aumento del número de hogares en relación con el crecimiento de la población, con un aumento de personas que

Precisamente, lo que más llama la atención de este proceso, además de ser una cuestión de alcance general que afecta a la gran mayoría de países industrializados, es que se trata de un fenómeno prolongado en el tiempo y cuyo desarrollo ha sido constante, aunque se advierte una cierta aceleración en los últimos años.

Las implicaciones del envejecimiento demográfico son diversas, proyectándose sobre aspectos muy importantes del funcionamiento del Estado y muy especialmente sobre la política de pensiones. En este sentido, apunta Rodríguez Piñero, M.: “el factor demográfico incide en tres dimensiones del mercado de trabajo que condicionan muy directamente a esa política”, como son la dimensión del mercado de trabajo, la dimensión económico-financiera de los recursos disponibles y la dimensión social⁵³.

El ritmo de crecimiento de la población es tan importante que, tal y como señala Gala Vallejo, a pesar del descenso de natalidad que se está produciendo en la gran mayoría de países, con sólo mantener el ritmo de crecimiento actual, en un futuro no lejano, se habla de la mitad del S.XXI, vendrán al mundo, solamente en un año, un número mayor de personas que el total de los nacidos en los quince primeros siglos después del nacimiento de Cristo⁵⁴.

Es, en este sentido, especialmente significativo, el aumento que se ha producido a escala mundial del número de individuos de sesenta años o más, sobre todo a partir de la segunda mitad de este siglo, habiéndose pasado de los 200 millones de personas de 60 o más años de edad en 1950 a los casi 550 millones que hay aproximadamente en la actualidad. Asimismo las previsiones apuntan que en el año 2020 se alcanzará el umbral de los 1.000 millones y en el 2025 los 1200 millones. Así pues, en tan sólo 50 años se habrá, prácticamente triplicado el número de personas mayores de sesenta

viven solas y hogares en los que ningún miembro trabaja”. Bruselas, 21 de marzo de 2000 COM (2000) 163 final, pág. 8.

⁵³ Cfr. “La flexibilización de la...” *Op cit.*, pág., 247.

⁵⁴ Según datos facilitados por GALA VALLEJO, a comienzos de S. XVII, o sea en 1700, la población mundial pasó de 300 millones a los 500 millones, en 1850 la población se había doblado. En 1930 hay una nueva duplicación, en 1975 se pasó de los 4.000 millones y en 1980 la cifra estaba en 4.437 millones. Si continúa la misma tasa de aumento y la población se sigue duplicando cada treinta y cinco años, en el año 2.000 el mundo tendrá 8.000 millones, en 2045, 16.000 millones; en el 2080 más de 32.000 millones y así sucesivamente. Cfr. “El hecho del...” *Op. cit.*, pág(s) 162-163.

años, siendo si cabe incluso más espectacular aún el aumento estimado del número de personas mayores de 80 años de edad, ya que se prevé que en el período 1950-2025, a escala mundial este grupo se multiplique entre 8 y 10 veces⁵⁵.

La evolución de la población en España durante la segunda mitad de este siglo, por lo que se refiere a las personas mayor de 60 ó 65 años de edad, ha sido prácticamente idéntica a la producida en el resto de Europa⁵⁶.

Así según datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística, en adelante INE, en base a los diferentes censos de población elaborados en España de forma periódica por este organismo, de los 18.618.086 habitantes censados en España a principio de siglo, sólo 1.461.225 tenían 61 o más años de edad, lo que representaba el 7,84% del total de la población; en 1920, de los 21.320.957 habitantes censados, 2.707.498, alcanzaban la citada edad, es decir un 12,69%; en 1950, de los 27.976.755 habitantes, 2.022.533 se situaban en el grupo de los que tenían 65 o más años edad, por tanto un 7,22%; en 1970, de los 34.040.657 de habitantes, 3.105.519, un 9,12% eran ancianos; en 1981, de los 37.683.363 habitantes, 4.236.725 tenían 65 o más años de edad, el 11,24%, y, finalmente, según datos del hasta ahora último censo actualizado, elaborado en 1991, de los 38.872.268 habitantes censados, son ya 5.380.252 los que

⁵⁵ Datos extraídos de: United Nations Population Division, The sex and age Distribution of the World Population (The 1994 Revisions), reproducidos en la siguiente dirección internet: <http://www.un.org/esa/socdev/age4res2.htm>.

⁵⁶ Vid, A nivel europeo los datos extraídos del informe de la ONU sobre migraciones de reemplazo, donde se establece que si bien en 1995 el porcentaje de población de 60 o más años de edad era igual al 20,8% y de 65 o más años de edad del 15,5%, habiéndose producido un incremento porcentual del 6,9% y del 6% respectivamente entre 1950 y 1995, al pasar en el primer caso del 13,9% en 1950 al 20,8% en 1995, mientras que en el caso de los sujetos con 65 o más años edad se pasó del 9,5% en 1950 al 15,5% en 1995; las estimaciones son muy significativas, al preverse en el supuesto de variables medias que estos porcentajes sean del 21,9% y 16,4%, respectivamente, en el año 2000; 22,9% y 17,5% en el año 2005; 24,5% y 18,3% en el año 2010; 30,5% y 23% en el año 2025; y 35,35% y 28,9% en el año 2050. Si la estimación se realiza con variables altas, los porcentajes son sensiblemente inferiores, 21,8% y 16,4%, respectivamente, en el año 2000; 22,7% y 17,3% en el año 2005; 24,1% y 18% en el año 2010; 29,1% y 21,9% en el año 2025; y 30,6% y 25,1% en el año 2050. Mientras que si se toman como punto de referencia para realizar esta proyección variables bajas, los porcentajes de población por edades en estos dos sectores que estoy analizando, el de los 60 o más años de edad y 65 o más años de edad, las previsiones son elevadas, 21,9% y 16,4% para el año 2000; 23% y 17,6% para el año 2005; 24,8% y 18,6% para el 2010; 31,7% y 23,8% para el año 2025; y 40% y 32,7% para el año 2050. Fuente: United Nations Population Division, World Population Prospects: The 1998 Revisión en United Nations Population División, Replacement Migration, pág. 141.

integran el grupo de los que tienen 65 o más años de edad, un 13,65% del total de habitantes.

En España ha sido ciertamente significativo el aumento de la población que supera la edad de 65 años. Durante el período comprendido entre 1950 y 1981, se ha pasado de 2.022.533 habitantes que rebasan esta edad a 4.236.725; en tan sólo tres décadas se ha duplicado el número de personas que se sitúan en el grupo de los que tienen 65 o más años de edad. Aunque el porcentaje no ha sido espectacular, se ha pasado del 7,22% al 11,24%, sí que es importante tener en cuenta que supone un incremento aproximado del 209%.

En un estudio de proyección de la población de España para el período comprendido entre 1990 y el año 2020 realizado conforme a los datos elaborados por el propio INE a partir del censo de población de 1991, se prevé que la población española de 65 o más años de edad alcance, en el umbral del año 2020, la cifra de 7.888.101 de habitantes⁵⁷, lo que supone, en términos absolutos, un incremento del 47,16% respecto a 1991 cuando se contabilizaban un total de 5.359.908 personas ancianas.

Dentro del grupo de los que tienen 65 o más años, es especialmente significativo el incremento previsto en relación con los que tienen 80 o más años de

⁵⁷ Por quinquenios: 5.359.908 en 1990; 6.059.490 en 1995; 6.694.989 en el año 2000; 6.907.763 en el año 2005; 7.175.466 en el año 2010; 7.529.878 en el año 2015 y 7.888.101 en el año 2020. En los 30 años que comprende el período 1990-2020, este grupo de población habrá aumentado aproximadamente en más de dos millones y medio, 2.528.192 personas, para pasar a suponer frente al 13,79% del total de la población española en 1990 el 20,10% en el año 2020. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE). "Proyecciones de la población española calculadas a partir del censo de población de 1991 Total nacional: 1990-2020. Por Comunidades Autónomas y Provincias 1990-2005. INE, Madrid, 1995. En este mismo sentido vid MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES. INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES. *"La tercera edad en España: aspectos cuantitativos. Proyecciones de la población española de 60 y más años para el período 1986-2010"*. Madrid, 1990, en especial vid. el cuadro pág. 36, donde en base a los datos facilitados por el propio Instituto Nacional de Estadística en 1987 y 1988 se elaboró por parte del Ministerio de Asuntos Sociales, el presente estudio de proyección de población para el período comprendido entre el año 1986 y el 2010. Es importante, en este sentido, destacar, que las proyecciones efectuadas en 1990 en base a los datos de 1987 y 1988 son inferiores a las elaboradas por el INE con base al censo de 1990. Así, por ejemplo, frente a los 6.193.570 habitantes con 65 o más años previstos para el año 2010 en un estudio del Ministerio de Asuntos Sociales, el INE prevé que sean 6.694.478 los que integren el grupo de habitantes con una edad de 65 o más años de edad.

edad, franja en la cual es posible que se pase de los 916.489 habitantes censados en 1986 a 1.518.079 que se prevé que haya en el año 2010⁵⁸, ya que sin ser este incremento mayor que el de la población entre 65 y 79 años, sector en donde está previsto pasar de 3.734.549 habitantes en 1986 a 4.675.492 en el año 2010, sí es claramente representativo del importante proceso de longevidad y del correlativo aumento del nivel de esperanza de vida de la población^{59 60}.

Lo principalmente destacable no es que cada año que pasa son más los individuos que superan la barrera de los 65 años de edad, sino que cada vez es más considerable el índice de personas, que una vez superado este límite permanecen con vida un mayor número de años.

En este sentido es preciso señalar que si bien las cifras ponen de manifiesto que es cada vez mayor la incidencia que la población mayor de 65 años tiene en la estructura de la población (por cuanto que está previsto que en apenas 60 años se pase de un 8,2% en 1960 a un 20,6% en el 2020, y que incluso en el 2050 se alcancen

⁵⁸ 1.054.473 en 1990, 1.168.362 en 1995, 1.214.961 en el año 2000 y 1.379.051 en el año 2005. Las personas de 80 y más años de edad, que en 1986 suponen el 2,4% del conjunto de la población pasarán a representar el 3,7% del conjunto en el año 2010. Aunque el aumento de participación es de sólo 1,3 puntos porcentuales, es necesario valorar que ello supone más del 54 % respecto al valor de partida. *Ibidem*, pág. 31.

⁵⁹ La esperanza de vida al nacimiento en los países de la Unión Europea, se situaba en 1990 en 72,8 años para los varones y 79,4 años para las mujeres, siendo España uno de los países que presentaba unos de los índices más elevados. En concreto la esperanza de vida de los hombres en España, fijada en 73,3 años, se sitúa por detrás de países como Suecia con 74,8 años; Grecia con 74,6 años; Holanda con 73,8 años, Italia con 73,6 años; mientras que en el caso de las mujeres, España con 80,4 años de media de esperanza de vida, se sitúa en segundo lugar junto a Suecia siendo sólo superados por Holanda y Francia donde está fijada en 80,9 años de edad. La esperanza de vida de la población española es similar a la que mantienen países como Noruega, 73,4 años para los hombres y 79,8 años para las mujeres, Canadá 73 años los hombres y 79,8 años las mujeres, se sitúa por encima de la esperanza de vida de Estados Unidos, 71,8 años los hombres y 78,8 años las mujeres, pero por debajo de países como Japón y Suiza donde la esperanza de vida es de 75,9 para las mujeres, y 74 años para los hombres, y de 81,9 años para las mujeres y 80,7 para los hombres, respectivamente. Cifras extraídas del INE. "Proyecciones de la población..." *Op cit*, pág. 21 y Anuario EUROSTAT, *Estadísticas demográficas*, 1996, pág. 26 y MINISTERIO DE TRABAJO y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (MTySS). "La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI". Centro de publicaciones del MTySS, Madrid, 1996, pág. 64.

⁶⁰ Para el período 1990-2020, se prevé un aumento progresivo de la esperanza de vida por sexos en España, así para los hombres. de los 73,37 años en 1990 es posible que se pase a 74,14 en el año 2000; 74,83 el año 2005; 75,32 el año 2010; 75,69 el año 2015 y 76,01 el año 2020 y para las mujeres se prevé pasar de 80,43 años en 1990 a 81,88 en el año 2000; 82,51 el 2005; 82,95 el 2010; 83,36 el 2015 y 83,74 el año 2020. INE. "Proyecciones de la población...". *Op cit*, pág. 22.

valores próximos al 38%, 30,19% ó el 29,43% en una hipótesis alta, media y baja⁶¹, de proyección de la población, respectivamente), debe, en cierto modo, relativizarse la magnitud y relevancia de las mismas, ya que aún siendo este incremento importante, el período que va del 2000 al 2020 registra un aumento porcentual considerablemente menor. Así, frente al incremento del 2,53% en el quinquenio 1990-1995 y del 2,03% en el quinquenio 1995-2000, se producirá en las etapas posteriores un incremento inferior para cada período quinquenal, pasándose al 0,53% en el 2000-2005; 0,58% en el quinquenio 2005-2010; y 0,78 en el período 2005-2010. Con ello se evidencia que este aumento de la participación en la estructura social de los mayores de 65 años sobre el total de población es debido fundamentalmente a la disminución prevista en el grupo de edad de 0-19 años, el cual pasará del 35,4% en 1960 al 15,9% para el año 2020, más que a la intensidad del crecimiento en si misma.

La reducción prevista en el tramo de edad de 0-19 años, como consecuencia del descenso, cada vez más acentuado, de las tasas de natalidad y fecundidad^{62 63}, puede

⁶¹ Vid al respecto, FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A.; *"La evolución demográfica y su incidencia sobre las pensiones y el desempleo"*, especialmente los cuadros 6.3 referido a la población española según grandes grupos de edad en cinco variantes de proyección 1991-2050 (en miles de personas) y 6.4 referido al peso relativo de los grupos de edad 1991-2050 en FUNDACIÓN BBV; *"Pensiones y prestaciones por desempleo"*. Edita Fundación BBV, Madrid, 1996, pág. 108 y 109

⁶² Por lo que respecta a la natalidad, frente a una tasa bruta de natalidad que en 1900 se situaba en el 33,80 y que en 1903 se situó en su máximo histórico con 36,20, a partir de entonces y salvo algunas excepciones, la tasa de natalidad ha ido descendiendo de forma progresiva. Así por décadas, en 1910 era de 32,60; en 1920 29,40; en 1930 28,19; en 1940 24,37; en 1950 20,02, en 1960 21,60; en 1970 19,52; en 1980 15,21; y en 1990 10,33. Pudiéndose, de esta manera, constatar que en apenas 60 años 1930-1990 la tasa ha descendido 17,86 puntos. Esta previsto, según un estudio de proyección de la población española para el período comprendido entre 1991 y el año 2026 sobre datos de 1990, que en términos medios, esta tasa que en 1990 se situaba en el 10,33 se mantenga más o menos estable o incluso aumente en los próximos años, produciéndose una ligera recuperación de la misma en el período comprendido entre 1990 y el año 2010, para volver a retroceder a partir del año 2010. Así se prevé que en el año 2000 sea del 11,55; en el 2001 del 11,78; en el 2002 del 11,97; en el 2003 del 12,13; en el 2004 de 12,24; en el año 2005 del 12,29; y en el período comprendido entre los años 2006-2010 del 12,73, para iniciar entonces el retroceso, antes comentado, situándose en el 11,39 en el período 2011-2015; 9,87 en el período 2016-2020 y descienda a 9,08 en el período 2021-2025. Fuente: datos hasta 1990, a través del INE. A partir 1990 INSTITUTO DE DEMOGRAFÍA. *"Proyección de la población española"*. España 1991-2026". Madrid, CSIC, 1994. A nivel europeo, tomando como referencia los datos aportados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el *Informe Económico Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social, año 2000*, la tasa de natalidad de España en 1998 era del 9,2 (lejos de las previsiones previstas en el informe del Instituto de demografía, el 11,11). Cifra sólo superada por Italia, con una tasa de natalidad de 9, bastante lejos de la media europea que se sitúa en el 10,7 y por debajo del resto de países cuya tasa de natalidad supera la barrera del 10, 11,2 en Bélgica; 12,5 en Dinamarca; 9,6 en Alemania y Grecia; 12,6 en Francia y Luxemburgo; 14,4 en Irlanda; 12,7 en Holanda; 10,1 en Austria y Suecia; 11, 4 en Portugal; 11,1 en Finlandia; y finalmente el 12, 1% en el Reino Unido.

incidir, sin duda alguna, en el desarrollo y viabilidad del sistema de jubilación hasta tal punto que atendiendo al análisis de la proyección de población efectuada y de su distribución por grupos de edades según la fecundidad prevista en virtud del cual se pone de manifiesto la importantísima y estrecha relación existente entre estos dos factores esenciales⁶⁴, resulta del todo necesario, tal y como ya ha apuntado algún

Por su parte, en relación con la tasa de fecundidad o número medio de hijos por mujer, partiendo de la consideración de que 2,1 hijos por mujer es el índice idóneo para asegurar el remplazo entre generaciones, el índice español se ha situado por debajo de este índice idóneo sólo a partir de 1980 (2,04 en 1981); hasta entonces aunque había ido disminuyendo progresivamente, se había situado siempre por encima del 2,1; 4,22 en 1922; 3,56 en 1931; 2,45 en 1941; 2,46 en 1951; 2,77 en 1961; 2,86 en 1971. A partir de 1981, se inicia un descenso especialmente significativo alcanzándose en la década 1981-1991, el 1,33. En el estudio de proyección de la población española para el período 1991-2026 efectuado por el Instituto de Demografía, se trabaja sobre tres hipótesis: baja, media y alta. En los tres supuestos se puede observar que el descenso ya apuntado en el período anterior se extiende hasta mediados de la década de los años 90, en concreto 1994 fecha en que se obtiene el índice menor de 1,267, 1,314 y 1,367 en las tres hipótesis, iniciándose un ligero y progresivo incremento a partir de entonces, 1,353, 1,455, y 1,606 en el año 2000; 1,496, 1,646, y 1,887 en el año 2005; 1,570, 1,754, y 2,043, en el 2010; 1,589, 1,785, y 2,089 en el año 2015; y 1,599, 1,799, y 2,099 en el año 2020. Sólo en la hipótesis alta está previsto que se llegue al índice idóneo del 2,1 a partir del año 2022-2025. Vid al respecto, INE. *"Evolución de la fecundidad en España (1970-1994)"*. Madrid. 1998. INSTITUTO DE DEMOGRAFÍA. *"Proyección de la población..."* Op cit. datos reproducidos por BARRADA RODRÍGUEZ, A. *"Pensiones de vejez y futuro"*. Tribuna Social núm 84 octubre 1998 Número monográfico *"La reforma de la pensión de jubilación (I)"*. CISS, 1998, pág(s) 49 y ss. En los datos avanzados por el INE a inicios del año 2000 (enero) sobre la nueva Encuesta de fecundidad del año 1999 se confirman estas cifras al establecerse que las mujeres en edad fértil han tenido en promedio 1,07 hijos a lo largo de su vida. Consultar: <http://www.ine.es/prensa/np150.htm>. La tasa de fecundidad de España era en 1998 la más baja de los países de la UE, el 1,15 frente a una media de 1,45 y por debajo de países con una tasa de 1,94 (Irlanda), 1,72 (Reino Unido y Dinamarca). Puede observarse en el cuadro X.22 como el índice de fecundidad se sitúa en todos los partidos, por debajo del número de hijos por mujer considerado como el más idóneo, 2,1. Cfr. pág. 477.

⁶³ A pesar de que los datos expuestos son un reflejo claro del descenso de estos índices, algunos demógrafos sostienen que la tasa de natalidad ha iniciado una clara recuperación este año. En este sentido la directora del Centre d'Estudis Demogràfics de Catalunya, Anna Cabré, afirma que es muy posible que asistamos a una recuperación de las tasas de natalidad como consecuencia de la bonanza económica, en concreto, se espera pasar en breve en España de una tasa de natalidad de 1,2 a 1,6 por mil (en 1999 el índice de nacimientos se incrementó un 4,4%, aumento más importante desde 1975), esperándose que éste sea un incremento duradero, debido a factores tales como la disminución del desempleo y la estructura de población por edades. Según esta demógrafa, el aumento de la tasa de natalidad se explica por el hecho de que los jóvenes que ahora rondan los 25-30 años están empezando a emanciparse gracias a la mejora de la situación económica y a la reducción del desempleo, siendo mayor este aumento en aquellas CCAA donde el desempleo es menor, como es el caso de Baleares, Cataluña, Madrid y Canarias. *El País*, 14 de agosto de 2000. Vid <http://www.ced.uab.es/noticies.html>.

⁶⁴ Así, el estudio de proyección de la población española efectuado a partir del censo de 1981 en su distribución por grandes grupos de edades (0-14; 15-64; y 65 y más), sobre tres hipótesis o variantes de fecundidad 1,5 hijos por mujer en el primero, 1,8 hijos por mujer en el segundo y 2,1 hijos por mujer en el tercero; los resultados obtenidos son ciertamente significativos por cuanto que, en función de la tasa de fecundidad, la correspondencia entre grupos de edades es más equilibradas cuanto mayor es ésta, así está previsto que para el año 2051 en la primera hipótesis de fecundidad, los porcentajes sean del 12,4% en el grupo de edad de 0 a 14 años, 59,6% en el grupo de edad de 15 a 64 años y 28 %, para el grupo de 65 y más años de edad, frente al 15,9%, 61,8% y 22,3% en la segunda variante y 19,3%, 62,7% y 18% en el tercer supuesto; si bien en ambos casos la franja de edad en

autor, plantearse una nueva orientación de las políticas de protección de la familia y de la infancia dirigidas a mitigar el efecto que la disminución de estas tasas puede ocasionar en el futuro sobre el sistema de protección social^{65 66}, en especial de la

principio activa y cotizante 16-65 es netamente superior a la inactiva, en el marco de ésta última, en atención a las diferentes tasas de fecundidad, puede existir una diferencia porcentual de hasta el 10% según si la fecundidad es de 1,5 hijos por mujer o de 2,1; o del 4,3% según si ésta es de 1,8 hijos por mujer o de 2,1, cosa que no sucede en la franja o grupo de edad intermedio, donde, en cualquiera de las tres hipótesis, la diferencia porcentual es mínima: 3,1% entre la 1ª y 3ª hipótesis y 0,9% entre la 2ª y 3ª hipótesis. Fuente: MIGUEL CASTAÑO, C y AGÜERO MENÉNDEZ, I; *"Evolución demográfica y oferta de fuerza de trabajo"*, en *"Tendencias demográficas y planificación económica"*, coordinador OLANO, A, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 1986, pág. Tal y como se señala en el estudio de la FUNDACION BBV, el índice de mortalidad y de fecundidad son determinantes a la hora de apreciar la intensidad de los grupos de edad, especialmente del de 65 o más años de edad: "El número absoluto de personas mayores dependerá del curso de la mortalidad. Si ésta permanece constante al nivel actual (hipótesis baja) habrá 9 millones de personas de edad en el 2050. En el supuesto máximo de crecimiento de la esperanza de vida, su número superaría los 12 millones. El peso que los ancianos representan en la población depende del curso de la fecundidad que condiciona el volumen de la población total. Si se combina una fecundidad máxima con una mortalidad constante, el envejecimiento es mínimo: el peso de la población 65 o más sería del 23,9%, diez puntos por encima del porcentaje de 1991. Si por el contrario, un fuerte descenso de la mortalidad se combina con la permanencia de una fecundidad muy baja, el envejecimiento será máximo, pudiendo el grupo de 65 o más años de edad representar una proporción superior al 44% de la población, tres veces más que en 1991. *"La evolución demográfica y su incidencia..." en FUNDACIÓN BBV "Pensiones y ..."*. *Op cit*, pág. 110. En este mismo sentido se llega a reconocer que la importancia del envejecimiento y sus efectos sobre la carga de inactivos puede variar considerablemente según el curso que tomen la mortalidad y fecundidad. *Ibidem*, pág 113.

⁶⁵ En este sentido, entre otros EUZÉBY, Ch, advierte de las importantes consecuencias que se pueden derivar de este descenso de las tasas de fecundidad, sobre todo a partir de los años 2005-2010 que es cuando empezarán a jubilarse las generaciones nacidas después de la 2ª Guerra Mundial, así como señala cuáles son algunas de las medidas que se deben tomar al respecto teniendo en cuenta que estimular la fecundidad es una tarea muy delicada y por ello propugna un cambio de actitud; "Lo que tiene que evolucionar es toda una actitud de la sociedad con respecto a los niños. Esto implica una confluencia de las diversas políticas: la política familiar, que ofrece a las mujeres con hijos una real libertad de elección sobre cómo organizar su actividad profesional (interrupción provisoria, acompañada de una ayuda financiera significativa y de medios de reciclaje y de reinserción profesional; continuación de la actividad merced a un ordenamiento de los horarios de trabajo y a equipamientos colectivos y cómodos en número suficiente), política habitacional y de urbanismo (que no conciba ya el universo urbano únicamente en función de los adultos, sino que se preocupe realmente de los perjuicios de la circulación de automóviles, de la ausencia de espacios verdes y de áreas de juego, etc.); o política de empleo de los jóvenes (a menudo la desocupación de éstos es alta y frena la fecundidad). *Cfr. "La Seguridad Social del siglo XXI"*. Revista Internacional de Seguridad Social. vol. 51, 2/98, pág. 12-13.

⁶⁶ Es, en este sentido, alarmante, que, teniendo en cuenta el bajo índice de fecundidad existente en España, a diferencia de lo que podría esperarse, el esfuerzo en protección a la familia hayan permanecido prácticamente invariables durante el período 1992-1996 equivalente tan sólo al 0,4% del PIB, cifra muy por debajo de la media europea, que se sitúa en el 2,2%: "esto es, del orden del 80% menos, circunstancia especialmente relevante si se tiene en cuenta que España presenta la tasa de fecundidad más baja del mundo, 1,16 frente al 1,44 de media Europea y 2,1 tasa de reemplazo generacional, figurando esta cuestión entre las prioritarias que como <<telón de fondo>> habrán de ser abordadas en la renovación del Pacto de Toledo". CES. *"Memoria 1999..." Op cit.*, pág. 537-538. En la distribución de gastos de protección social 1996 por funciones (% total de gastos) se advierte un dato igualmente significativo, ya que frente al 2% que representa en España los gastos de familia e hijos, la media Europea se sitúa en el 8% y en algunos países se supera la cifra del 10% (Dinamarca, 12,4%; Irlanda, 12,8%; Luxemburgo 13,2%), 4 y cinco veces más de lo que representa en España. *Ibidem*, pág. 592

protección de la vejez mediante la aplicación del sistema de reparto según el cual cada generación actual soporta las necesidades de las generaciones precedentes inactivas.

No obstante, tal y como se desprende de los datos aportados en el informe de la Fundación BBV, el descenso del grupo de población de entre 15 y 64 años de edad, que corresponde con el grupo de individuos potencialmente activos, en cualquiera de las tres hipótesis, alta, media y baja, no se produce de forma acentuada hasta el año 2026, ya que en el período 1991-2021 se pasa sólo del 66,75 al 64,54 en la hipótesis media; al 62,65 en el caso de crecimiento máximo e incluso aumenta hasta el 69,51 en la hipótesis de crecimiento mínimo, por tanto, es únicamente a partir del año 2021 cuando el descenso es considerable, así para el período 2021-2050 se prevé pasar del 62,65, 64,5 y 69,51 antes mencionados al 53,42, 54,96 y 54,75 respectivamente, produciéndose un descenso en puntos de 9,23, 9,58 y 14,76 frente al descenso del 4,1, y 2,21 en la hipótesis alta y media, y el incremento de 2,76 puntos en el supuesto de crecimiento mínimo.

Debe por ello modularse el análisis que de estos datos pueda hacerse en la medida que no sólo hay que tener en cuenta que esta previsión esta hecha a medio plazo, con las dificultades que ello comporta, sino que además al ser considerable el margen de años que hay por delante no parece que sea desacertado plantear soluciones que permitan corregir esta tendencia⁶⁷.

Esta última consideración es igualmente válida en relación con el análisis que en los diferentes estudios sobre la viabilidad del sistema de Seguridad Social se hace de las tasas de dependencia, especialmente la tasa de dependencia demográfica (es decir

⁶⁷ En el propio estudio realizado por la Fundación BBV se alude a la inmigración como mecanismo para contrarrestar los desequilibrios que puede provocar a medio plazo la baja tasa de fecundidad especialmente en relación con el tramo de edad de entre 16 y 64 años, estableciéndose que para mantener el nivel actual de población en edad de trabajar (15-64 años) no sería necesario que aumentara el flujo de inmigrantes hasta el año 2006 y sólo a partir del año 2011 aumentarían en más de 100.000 al año; en 2021 aproximadamente 200.000 y habría que llegar a una entradas netas anuales de 500.000 personas entre los años 2046 y 2050, sin que ello fuese una garantía para que se pudieran corregir los problemas que plantea la evolución demográfica y advirtiendo, por el contrario, que la entrada de este contingente de inmigrantes plantearía unos problemas socioeconómicos superiores a los que se pretenden resolver. *"La evolución demográfica y su incidencia..." en FUNDACIÓN BBV "Pensiones y ..."* . *Op cit, pág(s) 102-103.*

aquella que establece el porcentaje de población de 0 a 14 y 65 y más años por cada 100 personas), por cuanto que aunque el aumento del porcentaje de población de 65 o más años de edad en cualquiera de las tres hipótesis es constante, se produce un salto cuantitativo considerable a partir del año 2021 en adelante⁶⁸.

El proceso de envejecimiento progresivo de la sociedad se ve acentuado en cuanto a su gravedad, no sólo porque cada vez es mayor el porcentaje de individuos que superan la barrera de los 80 años, sino también por la estructura actual del mercado de trabajo (caracterizado desde hace ya unos años por la existencia de una elevada tasa de desempleo y la reciente introducción de algunos elementos flexibilizadores de la relación laboral que han dado lugar a que se haya producido un importante aumento de la contratación temporal, del trabajo a tiempo parcial, y en especial donde la precariedad laboral ha alcanzado cuotas elevadísimas en perjuicio de la estabilidad laboral, constituyendo todos ellos factores que tienen una incidencia muy importante sobre los sistemas de protección social y sobre las expectativas de los propios interesados, generando considerables desequilibrios económicos sobre el sistema al disminuir el número de cotizantes regulares y al reducirse los espacios de cotización efectiva, con los consiguientes problemas que esto puede acarrear a efectos del cumplimiento de períodos de cotización cada vez más amplios a la hora de tener acceso a las prestaciones y más aun si tenemos en cuenta el aumento del número de beneficiarios del mismo)⁶⁹.

⁶⁸ Vid al respecto, el estudio dirigido por HERCE, J.A Y PÉREZ-DÍAZ, V. *"La reforma del sistema públic de pensions a Espanya"*. Serveis d'estudis de La Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona. Col.lecció Estudis i Informes núm 4. 1995, pág. 18; y cuadro 6.5 Tasa de dependencia demográfica (en porcentaje de la población de 15-64 años) 1991-2050 en *"La evolución demográfica y su incidencia..."* en FUNDACIÓN BBV *"Pensiones y ..."*. *Op cit*, pág. 112..

⁶⁹ Tal y como en sentido señalan MARTÍNEZ ABASCAL, A.V.; y DURÁN ROMASEWSKY, S.; "Que duda cabe de la proyección futura que las medidas <<flexibilizadoras>> del mercado de trabajo en materia de contratación temporal, va a hacer variar más que sensiblemente las posibilidades de acceso a las prestaciones del sistema, en cuanto al cumplimiento de los requisitos. La marcada inestabilidad en el empleo, la escasa duración de los contratos, así como la reducción del tiempo de trabajo, supondrá una variación sustancial y trascendente del período de ocupación cotizada, resultando casi impensable la existencia de jubilaciones con más de 30 años de cotización". *Cfr. "Jubilación: ni contributividad..."* *Op cit*, pág. 343. En este mismo sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S.; *"Reforma Laboral y Seguridad Social"*. RL 17/18. 1994.

En cualquier caso, tal y como hemos visto, se están produciendo importantes cambios en las estructuras de edad de la población, como consecuencia, entre otros factores, del descenso acentuado de las tasas de natalidad y mortalidad que han dado lugar a que se modifique considerablemente la relación de sujetos integrantes de estas estructuras al aumentar de forma muy significativa el porcentaje de población con 65 o más años de edad, simultáneamente al descenso evidente del porcentaje de quienes tienen menos de 20 años.

Que la modificación de estas estructuras es una realidad y que su incidencia sobre el sistema de pensiones es importante nadie lo pone en duda, las incertidumbres surgen a la hora de valorar cuál es el alcance real de este fenómeno y sobre todo cuáles son las respuestas que hay que dar frente al envejecimiento demográfico.

Tratándose de un fenómeno sobre el que inciden factores muy diversos, muchos estrechamente relacionados que constituyen nuevas previsiones que sólo se confirmarán con el tiempo, la verdad es que hay que tener presente que la gran mayoría de estudios sobre proyección de población sirven, fundamentalmente, como advertencia de los riesgos que se corren en las sociedades actuales si no se rompe o se ajusta la tendencia cada vez más acelerada en el avance hacia sociedades en las que el peso de las personas de edad será una preponderante.

El factor no único, pero sí principal, que ha contribuido de forma notable en el desarrollo acelerado del envejecimiento demográfico, lo constituye el importante descenso de los niveles de natalidad que se advierte en las sociedades industrializadas, que, aunque como fenómeno puede remontarse a mediados de la década de los años 60, no adquiere importancia y relevancia hasta principios de los años 80, cuando el citado índice se sitúa muy por debajo del nivel de reemplazo⁷⁰.

El descenso de la fecundidad se proyecta directamente sobre la estructura por edades, no en vano, dicho descenso se traduce en una disminución considerablemente

del número de sujetos que entran a formar parte de la estructura por edades dentro del sector de entre 0 y 15 años, que unido al aumento del número de personas mayores de 65 o más años de edad, genera un importante desequilibrio en esta estructura a favor de estos últimos.

En este sentido, parece necesario que los Poderes públicos impulsen reformas de índole legislativo que contribuyan a frenar este descenso de los índices de fecundidad, ya que aunque se trata de una cuestión que, en última instancia pertenece a la esfera privada, particular del individuo o de la pareja, ajena por tanto al Estado, no cabe duda que sobre ella inciden factores muy diversos, en los que sí puede intervenir el Estado, como sería en materia de ayudas a la natalidad, creación de más guarderías, etc.

Teniendo en cuenta este importante descenso de la natalidad/ fecundidad, y las implicaciones que ello comporta a nivel del sistema de Seguridad Social (muy especialmente sobre el sistema de pensiones), recientemente se ha profundizado sobre el valor que es posible dar al factor migratorio como elemento de reequilibrio de las estructuras de edad en aquellas sociedades en las que no está garantizado el reemplazo generacional.

A ello ha contribuido sin duda alguna la recientemente elaboración de un documento por parte de la División de Población de la ONU con el título de: *"Migraciones de Reemplazo: ¿Una solución ante la Disminución y el Envejecimiento de las Poblaciones?"*⁷¹. Si bien cabe señalar que con anterioridad al citado estudio era considerable la literatura al respecto⁷², que precisamente pone el acento en esta

⁷⁰ Vid, al respecto, GÓMEZ GARCIA, J.M.; *"El envejecimiento de la población y la economía"*. Secretaría de Publicaciones e Intercambio Científico. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997, pág(s).31-34.

⁷¹ El informe puede consultarse en: <http://www.un.org/esa/population/unpop.htm> (versión inglesa).

⁷² Vid, entre otros, COALE, A.J.; *"Demographic effects of Below-Replacement Fertility an Their Social Implications"*. Population and Development Review, Supp vol.12, 1986, pág(s) 203-216; COLEMAN, D.A.; *"Does Europe need inmigrants? Population and work force projections"*. International Migration Review, vol. 26, núm. 2, 1992, Staten Island, New York, pág(s). 413-461; ESPENSHADE, T.L.; *"Population Dymnamic with Inmigration an Low Fertility"*. Population and Development Review, supp vol. 12, 1986, pág(s). 248-

cuestión, es decir en la necesidad de contrarrestar el descenso progresivo de la población, que de hecho se está produciendo y va a producirse en los próximos 50 años, (entre el año 2000 y 2050), mediante el mantenimiento de ciertos niveles de inmigración.

Así, frente este aumento significativo del número de personas de más de 60 años, las reducidas tasas de natalidad, y, en general, ante los cambios demográficos en que estamos inmersos, y que a buen seguro enfrentarán al sistema de Seguridad Social y a su presupuesto a desafíos importantes, son muchos los que ven en la entrada de nuevas fuerzas laborales la posibilidad de amortiguar las consecuencias económicas de este proceso de envejecimiento⁷³.

Los flujos migratorios ejercen una doble influencia con efectos beneficiosos sobre el proceso de envejecimiento de la sociedad, ya que de un lado, la entrada directa de inmigrantes, la gran mayoría en edades de trabajar, permite un ajuste en la estructura por edades de la población, cuya incidencia mayor o menor dependerá del tamaño y la composición de la población inmigrante y de su relación con la población receptora: "el aflujo de ciudadanos de otros países, que lógicamente son personas en edad de trabajar, hace que la relación entre población activa y jubilados aumente, lo que facilita la financiación de los sistemas de Seguridad Social del tipo de los que hoy tenemos"⁷⁴, pero también, por otro lado, produce un efecto indirecto, al ser previsible que se alteren las tasa de fecundidad de la población, ya que, en general, la población inmigrante mantiene unos niveles de fecundidad más elevados que los propios de las sociedades donde se instalan.

261; MITRA, S. "Long Term Demographic Effect of a Constant Stream of Immigration when the Population is not Reproducing Itself". *International Migration Review*, vol. 28, núm. 4 1990, Geneva, pág(s). 497-508; SCHMEERTMANN, C.P; "Inmigrants' Ages and the Structure of Stationary Populations with Below-Replacement Fertility". *Demography*, vol. 29, núm. 4, noviembre 1992, pág(s). 595-611. Consultar igualmente la extensa bibliografía seleccionada que aparece en el Documento de la ONU, United Nations Population División, *Replacement Migration*, pág(s). 99-101.

⁷³ En este sentido, vid, DONGES, J.; ENGELS, W.; HAMM, W.; MÖSCHEL, W.; NEUMANN, M.J.M.; SIEVERT, O. "Política de inmigración: posibilidades y límites", en AA.VV. "La inmigración en Europa expectativas y recelos". Instituto de Estudios Económicos, 1994, pág(s). 55-110.

⁷⁴ MARTÍNEZ ARÉVALO, L.; "España en los años noventa: los problemas de la inmigración" en AA.VV. "La inmigración en Europa expectativas y recelos". Instituto de Estudios Económicos, 1994, pág. 121.

Obviamente, aunque puede fácilmente advertirse los efectos beneficiosos que el fenómeno de la inmigración comporta y puede llegar a comportar sobre el sistema de pensiones⁷⁵, (al ser considerado como “uno de los fenómenos más característicos encuadrables a finales del siglo XX dentro del proceso de globalización económica”⁷⁶), existe un cierto recelo en permitir la entrada de inmigrantes, al considerarse que se trata de un fenómeno que no sólo incide sobre aspectos tales como la demografía, sino que también tiene repercusiones sobre otras facetas en las que la sociedad se muestra, en general, especialmente sensible como son las de índole social, cultural, etc.

De ahí que sea importante, para poder aprovechar el factor positivo derivado de los flujos migratorios, que el Estado desarrolle una política de inmigración acorde con los tiempos actuales, permitiendo ante todo la integración del inmigrante, puesto que: “para poder mantener viva la esperanza de aliviar a través de los inmigrantes, la carga derivada del envejecimiento, es preciso encauzar de manera clara y consciente la corriente migratoria”⁷⁷.

Como es lógico, no es ni será ésta la panacea a los problemas derivados del envejecimiento demográfico. Estos deben abordarse con la adopción de medidas de índole muy diverso, pero sí debe tenerse en cuenta que la inmigración constituye un factor que puede contribuir, aunque sea parcialmente, a reducir el impacto resultante del fenómeno del envejecimiento demográfico y que como tal hay que considerarlo.

La adopción de una posición abierta y positiva ante el fenómeno de la inmigración, al considerar que los flujos migratorios devienen un contrapeso al

⁷⁵ A modo de ejemplo, a partir de los datos facilitados por el Ministerio de Interior, y reproducidos en *El País* del 3 de agosto del 2000, el incremento de extranjeros afiliados a la Seguridad Social a fecha de 3 de junio del año 2000, en relación con esta misma fecha del año 1999 ha sido espectacular al pasarse de 276.665 afiliados a 400.040, con un incremento del 144,5%. De los 400.040 extranjeros afiliados, 141.673, un 35,4%, han correspondido a afiliaciones de individuos no comunitarios, mientras que 258.367, un 64,5%, pertenecen a no comunitarios, en este caso con un incremento del 161% respecto a las cifras de 1999, 160.367.

⁷⁶ ROJO TORRECILLA. E.; “Comentario al art. 42 de la Constitución Española”. Ejemplar inédito, pág. 3

envejecimiento demográfico, hace descansar, en parte, en este fenómeno la viabilidad del sistema de Seguridad Social, lo que constituye una razón de suficiente peso como para salvar parte de los recelos que la inmigración genera de por sí.

La ONU, en el informe antes citado, llega incluso a plantear en forma disyuntiva la cuestión del mantenimiento de ciertos niveles de inmigración, por cuanto que se apunta que o bien se opta por esta solución, o bien en ausencia de inmigración y para mantener los actuales cocientes de dependencia potencial sería necesario desplazar la edad de jubilación a los 75 años de edad aproximadamente.

Tal y como ya he apuntado anteriormente, debe mantenerse una cierta cautela con las proyecciones demográficas que, en general, se hacen en materia de pensiones, sean de la índole que sean, máxime cuando en un tema como éste influye un factor tan importante como es la evolución de la tasa de fecundidad, de pronóstico totalmente incierto y sujeto a oscilaciones constantes. A pesar de ello, estas proyecciones son de gran utilidad para marcar tendencias y anticipar escenarios futuros con el objetivo de impulsarse políticas conducentes a evitar los efectos negativos que se producirían de concretarse las proyecciones realizadas, siempre y cuando los factores presentes que inciden sobre ellas no se corrijan.

De esta manera, en relación con el envejecimiento demográfico, y las consecuencias que este fenómeno comporta, especialmente en la distribución por edades de la población, parece del todo imprescindible el impulso de medidas que permitan corregir, en parte, esta tendencia. Actuaciones que pasen, necesariamente, por dar un impulso decidido al fomento de la natalidad, desarrollando de forma efectiva políticas de protección a la familia que la conviertan en prioritaria y aumenten el gasto destinado a las mismas⁷⁸. Por otra parte, es necesario canalizar correctamente

⁷⁷ DONGES, J.; ENGELS, W.; HAMM, W.; MÖSCHEL, W.; NEUMANN, M.J.M.; SIEVERT, O. "Política de...". *Op. cit.*, pág. 93

⁷⁸ Tal y como se apunta en el Informe de la OIT. "De la pirámide al pilar de población. Los cambios en la población y la Seguridad Social en Europa", a modo de conclusión, "En un estudio de este tipo, que se centra en las tendencias demográficas, la familia debe ser considerada como el principal objetivo de la intervención estatal y la protección social, especialmente en un momento en el que las bajas tasas de fecundidad dan lugar a un envejecimiento de la población". Aunque en un momento anterior de este

los flujos migratorios para contrarrestar de esta manera, las insuficiencias de las medidas que se adopten y conviertan la inmigración en lo que es un elemento positivo de solidaridad y de enriquecimiento cultural.

Dejando de lado el análisis que puede hacerse de las cifras aportadas y de los datos expuestos, conviene destacar que la sociedad a lo largo de la historia en el momento de valorar y precisar cuáles habían de ser las medidas que debían establecerse en torno a la protección de la vejez, para salvaguardar y mejorar las condiciones de vida de los ancianos, se ha visto claramente condicionada, de una parte, por la posición que estos sujetos ocupaban en la sociedad y de otra, por el reducido número de personas que alcanzaban determinada edad, puesto que, como he señalado anteriormente, no es hasta la segunda mitad del siglo XIX y durante el siglo XX que se produce, como consecuencia de muchos y diversos factores, un incremento significativo del número de ancianos supervivientes.

La economía ha ejercido históricamente y ejerce hoy en día una influencia considerable sobre la atención y deferencia que una determinada comunidad procesa respecto de la vejez y de los problemas que ésta acarrea, ya que no sólo de la economía dependen las soluciones que se han de adoptar en el seno de la familia y del grupo social al que pertenece el individuo, sino que, además, es muy importante destacar la influencia que ésta desempeña en el marco de las políticas de atención a la vejez, impulsadas para dar respuesta a los problemas que giran en torno a la misma por una gran parte de Estados a partir de 1850, al iniciarse un proceso continuado de

mismo informe se había manifestado que: "En la mayoría de países europeos, la experiencia ha demostrado que las políticas familiares no son simples instrumentos con los que se puedan conseguir resultados claros. No se ha podido frenar la reducción de las tasas de natalidad, incluso aunque éste fuera uno de los objetivos concretos que se hubiese marcado. En algunos aspectos, la fecundidad parece ser un fenómeno cíclico: las tasas de natalidad descienden, luego crecen y de nuevo vuelven a descender. Sea éste o no el caso, las políticas familiares siguen siendo consecuencia de un clima político favorable y, en ocasiones, puede que actúen como un agente de cambio o que refuercen una tendencia, aunque rara vez consigan invertirla". Así si bien parece advertirse por parte de la OIT que las políticas familiares han tenido una escasa incidencia o (una incidencia sólo transitoria), dada la complejidad y naturaleza múltiple de los cambios que experimentan las modernas sociedades postindustriales, ello no es un obstáculo para, en definitiva, situar a las políticas familiares como uno de los objetivos prioritarios de los modernos sistemas de Seguridad Social. *Cfr. Op cit.*, pág. 101 y 224. Para un estudio de los sistemas de protección de la familia en Europa vid, DUMONT, J.P., "*Les systèmes de protection Sociale en Europe*". 4e édition, Economica, pág(s). 161-191.

envejecimiento de la población y de aumento de la longevidad humana. Proceso que, si bien como apuntan algunos expertos, parece que iniciará próximamente una fase de desaceleración⁷⁹, continuará teniendo una trascendencia fundamental por lo respecta al alargamiento de la vida humana y al descenso de la natalidad.

En muchas ocasiones, las políticas de atención a la vejez están totalmente supeditadas al desarrollo económico de la sociedad en las que estas se quieren aplicar, y es por ello que se hace necesario e imprescindible diseñar políticas de atención de la vejez que superen el obstáculo actual que supone la estrecha conexión existente entre ésta y el desarrollo económico, sobre todo en un momento como el presente en el que el problema de la vejez ha alcanzado una dimensión considerable.

Tal y como después tendremos ocasión de apreciar, la protección de la vejez a través de la jubilación se ha convertido en el eje central de los diferentes sistemas de Seguridad Social y en el móvil o desencadenante de todas y cada una de las grandes e importantes reformas que se han acometido en el propio sistema, no sólo porque desde un punto de vista cuantitativo el importe de recursos, que en materia de pensiones, se destina para cubrir esta contingencia es superior a cualquier otro⁸⁰, sino además al ser ésta una de las contingencias en las que se ha demandado siempre un trato preferencial, al haberse configurado como un derecho (el derecho al descanso o

⁷⁹ "Si centramos el análisis en el grupo de personas mayores de 65 y más años, podemos constatar que hay una primera etapa de crecimiento rápido y sostenido, durante los años que restan del siglo XX, que da paso a una fase de estancamiento a partir del año 2000, que se alarga hasta el límite temporal de nuestro estudio el año 2010. En efecto, a lo largo de todo el período de referencia de la proyección, el ritmo de crecimiento de la población mayor de 65 años experimentará un apreciable descenso, pasándose de tasas de incremento acumulativo anual cercanas al 2,5 por cien en los últimos años de la década de los ochenta, a crecimientos de sólo el 0,15 por cien (en media quinquenal, con crecimientos negativos, incluso en algunos años considerados) entre los años 2005 y 2010. Esta ralentización del ritmo de crecimiento de la población anciana será suave al principio, para dar paso a una etapa de desaceleración importante en torno al final de siglo, con el resultado de una práctica estabilización de las tasas de crecimiento media interanual hacia el final del período de nuestra proyección". MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES. INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES. *"La tercera edad en España: aspectos cuantitativos. Proyecciones de la población española de 60 y más años para el período 1986-2010"*. Madrid, 1990 pág. 10.

⁸⁰ A partir de los datos del Presupuesto de la Seguridad Social para 2000, del gasto total en materia de protección social, durante este año se destina un 65,01% a prestaciones económicas (pensiones, prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, prestaciones familiares y otras prestaciones), de los cuales el 67,7%, en concreto, corresponden a jubilación, seguida de lejos por la viudedad, 18,7%, la incapacidad 11,9%, orfandad, 1,4%, etc. Vid: <http://www.seg-social.es/dgoss/presupuesto/docs>.

al retiro), del que se han hecho acreedores quienes durante una importante período de sus vidas, más o menos significativo, han contribuido al mantenimiento del sistema.

Esta especial consideración que la jubilación tiene en el marco de los sistemas de Seguridad Social, considerada como una parte esencial cuando no principal de cualquier sistema, y el elevado coste que su mantenimiento representa para el conjunto del mismo, la han situado en el punto central de los diferentes debates que, muy especialmente, a partir de la década de los años 80, se han producido en torno a la viabilidad del sistema de protección social, tal y como éste está configurado, al ponerse el acento en los futuros problemas de financiación de la Seguridad Social que se preveen si se mantiene el ritmo actual de crecimiento de las pensiones y de los pensionistas, que se ha puesto de manifiesto en algunos estudios más o menos recientes^{81 82}.

En la gran mayoría de estos estudios se hace, a mi entender, una lectura exagerada y algo sesgada de los datos aportados, porque se pone el acento sólo en los problemas demográficos -ya antes por mi apuntados- y financieros de la Seguridad Social, (aumento del número de pensionistas, incremento del número de pensiones a

⁸¹ Entre los estudios que más relevancia y proyección tuvieron es posible destacar: FUNDACIÓN BBV.; *"Pensiones y prestaciones..." Op. cit.*; BAREA TEJERO, J.; *"El sistema de pensiones en España, análisis y propuestas para su viabilidad"*. Circulo de Empresarios, Madrid, 1995; y también *"Escenarios de evolución del gasto público en pensiones y desempleo en el horizonte 2020"*. Fundación BBV, Ed. Mimeo, Madrid, 1995; CARPIO, M.; y DOMINGO, E.; *"Presente y futuro de las pensiones en España"*. Ed. Encuentro, Madrid, 1996; PIÑERA, J.; *"Una propuesta de reforma del sistema de pensiones en España"*. Circulo de empresarios, Madrid, julio 1996; HERCE, J.A.; y PÉREZ DÍAZ, V.; *"La reforma del sistema..." Op cit.*; MTySS. *"La Seguridad Social..." Op cit.*,

⁸² En junio de 2000, el Gabinete Técnico Confederal de CC.OO ha presentado un informe titulado *"El sistema de la Seguridad Social española en el año 2000. La renovación del Acuerdo de pensiones"*, elaborado a cargo de GARCÍA DÍAZ, M.A.; en el que retomando los datos expuestos en el documento *"La Seguridad Social en España. Prestaciones sociales y financiación"*, elaborados por la Confederación Sindical de CC.OO en 1996, a partir de los datos contenidos en el informe presentado por el MTySS *"La Seguridad Social en el umbral del Siglo XXI"*, se llega a la conclusión de que, teniendo en cuenta la incidencia de ciertas variables producidas en el período transcurrido 1996-2000, la proyección del gasto para los próximos 30 años aparece todavía más asequible que la previsión realizada entonces. Por lo que respecta a la previsiones a largo plazo previstas en este informe, se considera que la condición central para alcanzar una situación favorable de desarrollo del sistema de pensiones público y de reparto es la creación de riqueza, por cuanto que: "si el PIB español creciera a una tasa anual real acumulativa del 2,7% (tasa lograda en el período 1997-2000), el gasto en pensiones crecería tan sólo del 8,49% actual hasta el 8,78% del PIB el año 2030, apenas una 0,29 décimas más en tres décadas". Si la media de crecimiento fuera inferior, el 2,5% el incremento en el período 2000-2030 sería del 0,82; mientras que si

pagar, tasas de longevidad, etc.) sin mencionarse algunas otras variables que, con toda probabilidad, pueden contrarrestar los efectos negativos que las cifras apuntadas pueden ocasionar sobre el sistema financiero de la Seguridad Social, tales como el incremento de la tasa de empleo y de actividad⁸³, sobre todo femenina⁸⁴; el incremento del porcentaje del PIB que debe ser destinado al sostenimiento del sistema de Seguridad Social para aproximarnos a las media europea, aún cuando nos situemos lejos de los porcentajes de otros países; la posibilidad de desviar fondos, hoy destinados a la financiación de otras cuestiones como la educación⁸⁵, o el desempleo, hacia la protección de la vejez⁸⁶, máxime cuando la tendencia de los cambios

el crecimiento acumulado del PIB fuera del 2%, el incremento ascendería a un 2,29%. Op cit., pág. 77 y ss.

⁸³ Cuando se habla de tasa de empleo se hace referencia a la relación existente entre población activa ocupada y población total, mientras que cuando nos referimos a la tasa de actividad se alude a la relación existente entre la población activa ocupada más la población en busca de un empleo y la población total.

⁸⁴ Así por ejemplo en el propio informe de la Fundación BBV, si bien a la hora de identificar el problema se hace referencia de forma gráfica en primer lugar al hecho de que España es el país europeo con una menor tasa de actividad (ya que de cada 100 españoles mayores de 14 años, 61,73% son inactivos, cifra que está muy por encima de la media europea que es del 51,85%, siendo nuestra tasa de actividad un 7,26% por debajo de la media europea, 38,21% frente al 45,47%), en el momento de plantear la necesidad de avanzar hacia un sistema equilibrado y justo que, en opinión de los elaboradores de este informe, permitiría garantizar la viabilidad del sistema de Seguridad Social ampliándose el espacio e importancia de los planes privados de capitalización, se afirma sin más que la generación de empleo es condición necesaria pero no suficiente para aliviar las presiones sobre el sistema. FUNDACIÓN BBV. "Pensiones y prestaciones...". Op. cit., pág(s) 25 y 254. Vid, al respecto cuadro X24, Tasa de Actividad, Ocupación y Empleo en los países de la UE. Año 1998, del *Informe Económico Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social, año 2000*, pág. 478, donde se pone de relieve que la tasa de actividad en porcentaje sobre la población de 15 a 64 años que en España es del 61,3%, es una cifra inferior a la media Europea, 67,8% y por debajo de países que superan la barrera del 70% tal y como sucede en Dinamarca, el 79,4%; Alemania, el 70,7%; Holanda, el 72,6%; Portugal, el 70,2; Finlandia, el 73,1%; Suecia el 75,5%; y Reino Unido el 74,9%.

⁸⁵ Vid, al respecto, GÓMEZ GARCÍA, J.M.; "El envejecimiento de la..." Op cit., pág. 122-124, donde se establece que teniendo en cuenta los efectos sobre el gasto en educación durante el período 1980-2040 previstos por la OCDE, en el que tomando como índice 100 en 1980 se llega a la conclusión de que excepto en tres países, Australia, Canadá y Estados Unidos con índices del 128, 103 y 102 respectivamente, en los demás países descenderá el gasto en este concepto hasta alcanzar cifras como el 71 en Bélgica, 58 en Dinamarca, 53 en la Alemania Federal, 62 en Italia, 79 en Japón, 70 en Holanda, 83 en Suecia, y 85 en el Reino Unido siempre con el índice 100 índice de partida en 1980. No obstante se advierte, así pues, que aunque en la gran mayoría de países se experimentarán reducciones en esta categoría del gasto público con respecto a los niveles del 1980, "es posible que, pese a la reducción esperada en el número de potenciales demandantes, el gasto en educación no disminuya, o al menos, no lo haga en una proporción equivalente".

⁸⁶ En no pocas ocasiones se ha apuntado como un factor decisivo que comporta que se destinen escasos recursos del PIB a la protección de la vejez, el elevado desempleo, así como el coste que éste representa en España. La verdad es que, si comprobamos los datos facilitados por el propio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el *Informe Económico Financiero para el Presupuesto del año 2000*, en concreto los Cuadros sobre la evolución de gastos de protección social sobre el PIB por funciones en los países de la UE, se observa que se ha reducido el porcentaje de PIB destinado al

demográficos en los que estamos inmersos apuntan a un aumento de la longevidad humana y un descenso considerable de las tasas de natalidad, lo que puede permitir que sean destinados parte de los recursos hoy dirigidos a sufragar la carga del coste de la enseñanza a otros fines; el aumento del número de afiliados⁸⁷; una mayor y más eficaz lucha contra el fraude en las cotizaciones de la Seguridad Social (dado el elevado índice de morosidad existente que reduce considerablemente la cuantía de recursos disponibles⁸⁸); y muy especialmente, tal y como hemos visto, las consecuencias derivadas de los flujos migratorios que pueden producirse con la finalidad de contrarrestar la falta de mano de obra en determinados sectores productivos y de esta manera contribuir a un cierto reequilibrio de los diferentes tramos de población por edades y de forma muy específica de la tasa de dependencia (cotizantes-pensionistas).

La reciente aprobación del Informe "La reforma de les pensions davant de la revisió del Pacte de Toledo"⁸⁹ en relación a los citados estudios pone de manifiesto las siguientes cuestiones: los errores contenidos en los mismos que auguraban un déficit

desempleo, situándose hoy en el 3,2% (4,4% en 1992; 5,2% en 1993; 4,3% en 1994; y 3,6% en 1995, todas estos porcentajes se sitúan por encima de la media europea, cifrada ésta en el 2,3%). Asimismo es conveniente indicar, en este sentido, que no se ha repercutido, de forma directa esta disminución del coste de las prestaciones por desempleo sobre otras como la vejez o la protección de la famili

a. Pero es que además, a diferencia de lo que pueda creerse, hay países que destinan más a protección social que España (siempre tomando como valor de referencia el el porcentaje del PIB destinado a la protección social). Así por jemplo, frente al 3,2 de España en 1996, hay otros países en los que el gasto en pensiones y más específicamente en el caso de la vejez se sitúa en torno al 3,5% como es el caso de Suecia y Holanda; 4,3 en Finlandia; 4,5 en Dinamarca; y 4,1% en Bélgica.

⁸⁷ En relación con el número de afiliados se ha pasado de los 12.307.616 en 1995 a los 14.941.130 en el mes de abril del año 2000; en concreto 12.506.001 en 1996; 12.932.120 en 1997; 13.591.037 en 1998; 14.344.917 en 1999; y 14.560.936 en enero del año 2000; 14.693.970 en febrero del año 2000; y 14.800.363 en marzo del año 2000. Habiéndose ya superado la cifra del los 15 millones. Vid, datos MTySS. Anuario de Estadísticas Laboralesy Gráfico III-3 "Evolución del número de cotizantes de ocupados 1980-2000. CES. "Memoria 1999..." Op cit., pág. 546. Alcanzándose una cifra superior ya a los 15 millones en este año, en concreto, en el mes de mayo se ha alcanzado la cifra de los 15. 049.700 afiliados, que en e l mes de junio se ha elevado hasta los 15.127.000 afiliados (11.162.000 al Régimen General, 2.577.700 al RETA, 1.137.000 al REA (de los cuales, 804.000 por cuenta ajena y 332.200 por cuenta propia), 150.900 al Régimen de empleados de hogar, y 80.600 al Régimen del Mar (64.000 por cuenta ajena y 16.600 por cuenta propia). Vid, al respecto <http://www.mtas/estadisticas/bel/AFI/afi1.html>.

⁸⁸ En 1998 se dio por parte del Gobierno un importante impulso de la reclamación por vía ejecutiva, tal y como apunta, en este sentido el Director de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social: "desde mayo de 1996 hasta abril del año 2000 la cantidad de dinero recuperado por fraude asciende a 430.000 millones de pesetas, habiéndose recuperado durante los 6 primeros meses de este año un total de 55.536 millones de pesetas a través de las liquidaciones de cuotas sociales producidas por falta de cotización o por defecto de forma. *El País*, 20 de julio de 2000.

⁸⁹ HERCE, J.A., y ALONSO MESEGUER, J., "La reforma de les pensions davant de la revisió del Pacte de Toledo". La Caixa Col·lecció d'Estudis Econòmics, núm.19, 2000.

en el sistema de pensiones del año 2000⁹⁰, la dificultad de realizar proyecciones del tipo de las que se formulan en éstos (en atención a las numerosas variables que intervienen), las grandes lagunas que éstos presentaban⁹¹, y lo que es más importante, que la viabilidad del sistema esta garantizada hasta el año 2015-2022⁹².

Pese a las previsiones que consideran que al ritmo actual nuestro sistema de Seguridad Social tiene visos de ser viable hasta la segunda década del siglo XXI, es necesario hacer hincapié, en el hecho que el diferente porcentaje de gastos en protección social y particularmente en materia de vejez, que destina España, dista mucho del que asignan el resto de países de la UE a tal fin. Dato que conviene

⁹⁰ En tan sólo 4 años, tiempo transcurrido entre la publicación de la gran mayoría de estos estudios o informes y la actualidad, se ha puesto de manifiesto cuán inciertos e imprecisos eran los datos contenidos en los mismos. Sirva como ejemplo el hecho de que en el estudio elaborado por HERCE, J.A y PÉREZ DÍAZ, V., se aseguraba para el año 2000 un déficit del 0,38% del PIB en el régimen de pensiones, déficit que en el caso de Piñera se situaba en el 1,45% ó 1,54%, según se tratara de una proyección acumulada de la deuda sin o con intereses del 3% a partir de un PIB con un crecimiento del 2,5% anual en *Cfr. "Una propuesta de reforma..." Op cit.*, pág. 36. Mientras que, conforme a los datos facilitados por el propio Gobierno, no sólo no se espera que no exista déficit sino que incluso es previsible que este año se acumule un pequeño superávit. Vid, al respecto, HERCE, J.A., y ALONSO MESEGUER, J., *"La reforma de les..." Op. cit.*, pág. 16, donde se pone de manifiesto claramente los fallos de las proyecciones de gastos e ingreso del sistema de pensiones en los diferentes estudios elaborados los años 1995 y 1996, al preverse déficits en el año 2000 en torno al 1% de media cuando la realidad es que se espera un superávit del 0,16%.

⁹¹ Tal y como se ha puesto de manifiesto en el estudio de HERCE, J. A., y ALONSO MESEGUER, J., el error del informe elaborado en 1995 ha sido no tener en cuenta datos tan importantes como, en este caso, la evolución del empleo, cuestión ésta clave a efectos del sostenimiento financiero del sistema de Seguridad Social, pero que incomprendiblemente no había sido tomada en consideración con toda su amplitud en el estudio de 1995, lo que demuestra: que es difícil hacer proyecciones certeras, incluso a corto plazo (4 años), ya que son muchos los factores que pueden incidir sobre las mismas y que, los estudios de 1995-1996 eran algo sesgados al centrarse en las proyecciones demográficas y financieras. En este estudio elaborado recientemente, aunque se hace referencia al comportamiento del empleo como causa principal, se alude a una serie diversa de factores ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar el fallo de las proyecciones (aunque es conveniente valorar como muy loable el acto del reconocimiento de dichos errores, ello no exime de la importancia y trascendencia de los mismos); "després de l'anàlisi de l'evolució registrada per l'ocupació durant els últims anys, queda clar que la causa principal que hagin fallat les projeccions passades ha estat la previsió inadequada d'aquesta evolució (...) En resum, les projeccions fetes pels voltants de 1995 han fallat, fonamentalment perquè vam preveure malament el creixement de l'ocupació, en menor mesura, perquè han canviat les estimacions demogràfiques o perquè els models utilitzats eren menys perfectes que els actuals i, gairabé gens, perquè hi ha hagut desenvolupaments legislatius que han alterat les regles del sistema". *Ibidem*, pág (s). 19 y 20.

⁹² En este estudio se llega a la conclusión de que hasta el año 2015 el sistema presentará superávit y acumulará un fondo de reserva que podría representar el 3,7% del PIB, iniciándose a partir de entonces, según estos autores, un período inverso de acumulación de déficits sustantivos acabándose el año 2022 con los fondos previamente acumulados. *Ibidem.*, pág 7.

mencionar de manera especial, sobre todo para contrarrestar aquellas opiniones contrarias a aumentar los gastos en Seguridad Social.

Así, a partir de los datos contenidos en la Memoria 1999 elaborada anualmente por el Consejo Económico y Social, en adelante CES, sobre la situación socioeconómica y laboral se puede constatar que España, en términos comparativos con otros países de la UE, "no presentan unas buenas cifras en cuanto al esfuerzo en protección social medido por su importancia sobre el PIB, no solamente en cuanto a lo que representa en porcentaje de tal magnitud, sino también por su tendencia", situando a España en la cola de los estados de la Unión Europea-15 que menos destinaba a protección social en términos de porcentaje del PIB, 21,4% (20,4% en 1990, 21,6% en 1991, 22,8% en 1992, 24,4% en 1993, 23,3% en 1994, 22,6% en 1995, y 22,4% en 1996) cantidad que sólo supera a la de Irlanda, situada en el 17,5% siempre sobre PIB, y que se sitúa muy por debajo de la media europea, del 28,2% y muy alejada del porcentaje de otros países como es el caso de Alemania 29,9%, Bélgica, 28,5%, Austria 28,8%, Francia 30,8%, Holanda 30,3%, Finlandia 29,9%, Dinamarca 31,4%, y Suecia 33,7%.

Si comparamos los datos en este mismo sentido existentes a inicios de la década de los 90, observamos como frente a una media en la UE de 25,4%, España destinaba un 20,4% del PIB a protección social, siendo la diferencia de 5 puntos porcentuales. En 1997 (tal y como se dispone en el Informe del CES constituye 1997 el más reciente año del que se dispone de cifras con metodología uniforme para todos los países), la diferencia, lejos de disminuir o mantenerse, ha aumentado 1,8 puntos, contabilizándose en la referida fecha el gasto en España, en 21,4% y en la UE, en 28,2%, lo que implica una diferencia próxima a los 7 puntos. Desde 1993, se advierte en España un tendencia decreciente, traducida en una pérdida de 3 puntos, al pasar del 24,4% al 21,4%. Esta tendencia también se percibe en el resto de Europa, aunque con un alcance y proyección mucho menores al ser el descenso de tan sólo 0,8 puntos (de 29% al 28,2%). A diferencia de lo que podría pensarse, este período no ha servido para ajustar el gasto de España al del resto de países de la UE, si bien al contrario la distancia existente ha aumentado considerablemente.

En opinión del CES, "esta evolución porcentual no puede interpretarse como descenso cuantitativo del gasto social en España, puesto que en pesetas corrientes cada año presenta un incremento sustancial respecto al anterior y más atenuado en pesetas constantes (4,6% y 1,4% en 1996 respecto a 1995)" considerando asimismo que, en gran parte, la situación actual es culpa del importante peso que aún a día de hoy tiene en España el desempleo, al que se destinaba en 1993, prácticamente el doble de recursos, el 5,2% que en el resto de Europa el 2,7%, advirtiéndose también un descenso importante como consecuencia de la reducción de la tasa de desempleo, ya que en el año 1996 la diferencia es de tan sólo 0,9 puntos (3,2%, frente al 2,3%)⁹³ ⁹⁴.

⁹³ A partir de los datos contenidos en esta Memoria del año 1999 del CES, se advierte la existencia en Europa de 3 niveles de protección social, uno alto constituido por aquellos países próximos al 30%, caso de los países nórdicos (Suecia, Dinamarca, Holanda y Finlandia) así como Francia y Alemania; un nivel intermedio que correspondería a aquellos otros países cuyo gasto se sitúa entre el 25% y el 30% como sucede en la gran mayoría de países de Europa Central (Austria, Bélgica, Reino Unido y Luxemburgo) y donde se incluiría también Italia; y por último un nivel bajo constituido por los países del Sur de Europa, especialmente Portugal, España y Grecia, más Irlanda. Cfr. "Memoria 1999 sobre la situación socio-económica y laboral". Madrid. 2000, pág(s). 533-537. Vid en este mismo sentido, Cuadro X.1, Total de gastos de protección social, en *Informe Económico Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social, año 2000*, pág. 440. Cuyas fuentes son: 1990-1996: MTAS Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social, Ejercicio 2000. Informe Económico-Financiero; y EUROSTAT. New Release 17/2000, 3 de febrero de 2000 en 1997. Por su parte en el *Informe Económico Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social, año 2000*, se opta por clasificar a los países Europeos según el gasto en protección social en cuatro niveles, situando a España en el nivel con una menor protección junto a Grecia, Portugal e Irlanda. Cfr.pág. 438.

Si, por su parte, tomamos en cuenta, cuál es el gasto en protección social por habitante (en valor Ecus para 1995), España sale incluso peor parada porque desciende un puesto y pasa a ocupar el decimotercer lugar con 2.412 ecus por habitante, sólo por encima de Grecia, con 1.756 y de Portugal con 1.684, pero por debajo incluso de Irlanda que destina 2.729 ecus por habitante, y muy alejada de la media de la Europa de los 15 situada en 4.925 el doble que España y de los países que más gastan por habitante Dinamarca con 8.494 ecus por habitante, Luxemburgo, con 8.175, Suecia con 7.157 y Alemania con 6.645. Vid, al respecto. EUROSTAT. *Statistiques en bref, Population et conditions sociales*, n° 14/98, "La protection sociale dans l'Union Européenne". (Mémo 22/98, de 30 octubre 1998). Así, aún siendo el esfuerzo realizado en 1994 para España superior al de países como de Luxemburgo e Italia que en principio destinan una parte mayor de su PIB al gasto en protección social, y cuyo esfuerzo se sitúa respectivamente en valores de 82,1 y 91,7 sobre 100 frente al de España que se establece en 94, al igual que Bélgica, obtenidos estos valores al comparar el gasto real en Ecus realizado, que en el caso español es de 2.450,5, y el gasto esperado que para España era de 2.607,6, éste esfuerzo es inferior al de la media del resto de países europeos menos Suecia, que se fija en un valor de 102 e inferior al de muchos otros países como el Reino Unido, 102,2; Austria, 103,4; Alemania, 105,3; Francia, 105,7; Dinamarca, 113,8; y Finlandia, 124,4. Fuente: Ausgaben und Einnahmen des Sozialschutzes 1980-1994, Luxembourg, 1996, cuyos datos han sido elaborados a partir de los facilitados por EUROSTAT. Cuadro reproducido por BARRADA RODRÍGUEZ, A; "Pensiones de...". Op cit, pág. 60. Por lo que respecta específicamente a las pensiones, vid más recientemente AMERINI, G.; EUROSTAT, *Statistiques en bref* 6/2000. La protección social en Europe: dépenses de pensiones. Donde se establece que, el gasto en pensiones de España ha pasado del 9,2% en 1990 al 10,5% en 1997. Un porcentaje por debajo de la gran mayoría de países y por debajo de la media europea (Europa-15: 11,8% y 13% respectivamente; y Europa-11, 12,2% y 13,4% respectivamente).

Si nos centramos exclusivamente en el análisis de la evolución de los gastos de protección social sobre el PIB, destinados a vejez en el período comprendido entre 1980-1993, en los países de la U.E-12, observamos que, no es ni mucho menos significativo el incremento que se ha registrado en esta etapa en España, ya que se ha pasado de un 5,37% en 1980 a un 7,24% en 1993, continuando aún por debajo de la media europea, 10,05% en 1993. No sólo no se ha reducido la diferencia existente entre España y la media de la UE-13 en 1980, sino que, incluso, ha aumentado ligeramente. Así, frente a una diferencia de 2,59% en 1980 (7,96% de la UE-13 y 5,37% para España) en 1993 la diferencia aumentó a 2,81% (10,05% de la UE-13 y 7,24% para España). El crecimiento interanual ha sido insignificante, oscilando entre el 0,47% en 1981 y el 0,38 en 1993 como incrementos mayores pero situándose como media en torno al 0,17% (0,14 en 1982, 0,22% en 1983, 0,15% en 1984, 0,19% en 1985, 0,17% en 1990, 0,12% en 11991, y 0,24% en 1992). En el período inmediatamente posterior a la reforma operada por la ley 26/1985, de 31 de julio sobre la prestación de vejez, también se ha producido un descenso del 0,24% (-0,7% en 1986, -0,8% en 1987, y -0,9% en 1988).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el establecimiento de un sistema u otro de Seguridad Social, es asimismo, una cuestión de opción política, y que, obviamente, la adopción de una dirección u otra está enormemente condicionada por la consecución de unos determinados objetivos que en el ámbito de la Seguridad Social tiene unos marcados tintes político-económicos⁹⁵. Quizás una de las mayores

⁹⁴ Especial mención debe hacerse de Portugal, dado el importante avance que en este sentido se ha producido en este estado que en el año 1990 se situaba claramente a la cola de los países de Europa por lo que respecta al gasto de protección social en % del PIB, y muy alejado de la media Europea (15,5%, frente al 25,4%). Pero, en tan sólo 7 años, el porcentaje de PIB destinado a gastos de protección social ha alcanzado la cifra del 22,6% (frente al 28,2 de la UE), superando a países como España e Irlanda que en 1990 destinaba un mayor porcentaje de PIB a gastos de protección social; en concreto, 4,9 puntos y 3,6 puntos, respectivamente; situándose, sin embargo, en el año 1997 por debajo de Portugal con una diferencia de 1,2 puntos en el caso de España y de 5,1 puntos en el caso de Irlanda. *CES "Memoria 1999..." Op cit.,* pág. 538.

⁹⁵ Tal y como señala GONZÁLEZ CALVET, J., "El sistema de protección social no está en quiebra y los recortes no tienen ninguna justificación técnica ni económica sino que son tan sólo una opción política: la opción de transferir el importante negocio de los fondos de pensiones al sistema financiero; la opción de aumentar los beneficios de las empresas sin exigirles una mejora en su eficiencia sino mediante el artificio de recortar los costes laborales con rebajas en las prestaciones y, por tanto, en las cotizaciones, en suma, la opción de disminuir a cualquier precio la remuneración de los trabajadores

virtudes del Pacto de Toledo y de sus normas de desarrollo, haya sido la integración de las reformas en materia de Seguridad Social, aparentemente amparadas en el deseo de garantizar la viabilidad financiera y la consolidación futura del sistema público de pensiones bajo el paraguas del consenso social y político.

Por su parte, la mayor crítica que es posible plantear a la LCRSS sea la de no haber aprovechado las reformas acometidas para adaptar el contenido del sistema de Seguridad Social, y muy especialmente el de la pensión de jubilación, a la nueva realidad del mercado de trabajo, caracterizado por una contratación laboral fuertemente condicionada por la existencia de altos índices de precariedad que va a convertirse en un serio obstáculo para el acceso a las prestaciones del sistema tal y como están actualmente establecidas; "la precariedad en el empleo implica una reducción importante en los derechos de pensión porque se reduce el período de cotización (se está más tiempo desempleado), porque los salarios son menores y porque la irregularidad de las cotizaciones durante el período que sirve de base para el cálculo de la pensión es mayor"⁹⁶.

3. La vejez y el Estado: las políticas sociales de protección de la vejez.

La vejez ha interesado e interesa al Estado desde diversos y variados puntos de vista, y aún siendo una de las preocupaciones fundamentales de todas las políticas de protección de la vejez, garantizar al anciano, a través de la pensión de jubilación o retiro, un sustento económico con el que poder hacer frente a los distintos problemas que sobrevienen al acceder a la condición de viejo o anciano y al desaparecer su fuente principal de ingresos, el trabajo, las políticas de protección de la vejez tienden a ampliar de forma considerable su ámbito de actuación, dirigiéndose al ofrecimiento de

con independencia de su esfuerzo productivo". Cfr. *"Reforma y futuro del sistema de protección social"*. Mientras Tanto, núm. 67, Barcelona, 1996, pág. 78.

⁹⁶ *Ibidem*, pág. 74. Este autor se lamenta precisamente que el Pacto de Toledo no haya tenido en cuenta la situación de precariedad laboral de un tercio de los trabajadores con empleo. Cuantificando en un 3,4%, 5% ó 8% el porcentaje de pérdida de derechos de pensión con tasas de crecimiento de los salarios de un 1%, 1,5% ó 2,5% anual respectivamente.

servicios complementarios a la prestación económica de jubilación y tendentes todos ellos a la mejora de las condiciones de vida de los ancianos.

En atención a los múltiples problemas que genera la vejez, las políticas de protección de la misma tienen un marcado carácter asistencial que va más allá de la proyección estrictamente económica que ésta comporta.

Si bien es necesario señalar que existen numerosos estereotipos y creencias negativas de la vejez, generalmente motivadas por la imagen adversa que de la ancianidad se tiene⁹⁷, es posible afirmar que el envejecimiento provoca sobre el individuo una variedad de problemas de diversa índole: sociales, sanitarios, psicológico, etc; derivados no sólo del hecho de que muchos ancianos al acceder a la vejez se encuentran en una situación difícil para aceptar su nuevo estatus social, sino que, además, la escasez de ingresos y reservas impiden, en muchas ocasiones, poder mantener un nivel adecuado de alimentación, vestido, alojamiento y diversiones sociales.

Tal y como señala James E. Birren "en las personas de edad suele existir una elevada interacción entre factores económicos, psicológicos y de salud física. (...) Muchos factores, entre los que destacan el aislamiento social, el extrañamiento y la necesidad de servicios de mantenimiento (el cuidado de la casa, y las comidas), establecen una complicada matriz de fuerzas en las cuales se encuentra inmersa la persona de más edad, coartando su comportamiento"⁹⁸.

Esta interacción de factores genera importantes cambios en la conducta y forma de ser del anciano que en ocasiones casi sin percibirse, se ve abocado a un cambio radical en su vida. Es por ello, por lo que los Poderes Públicos deben adoptar políticas, más o menos integrales, de atención hacia las personas de edad avanzada,

⁹⁷ Vid en este sentido, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, R. *"Mitos y realidades sobre la vejez y salud"*. SG Editores. Barcelona, 1992; PINILLOS, J.L. *"Mitos y estereotipos, los mayores que vienen"* en AA.VV *"Una aproximación pluridisciplinar al entorno de la vejez"*. SG Editores. Barcelona, 1994.

⁹⁸ Cfr. *"Envejecimiento. I. Aspectos psicológicos"*. en Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales, dirigida por David L. Sills, vol. 4. Aguilar, S.A de ediciones. Madrid, 1994, pág. 289.

políticas dirigidas, por norma general, a disminuir los problemas de índole diversa que afectan a los ancianos.

Desde el punto de vista biológico, el envejecimiento del individuo provoca una serie de cambios que afectan a la capacidad sensorial, la actuación psicomotriz y al aprendizaje y al pensamiento.

Los cambios más importantes que atañen a la capacidad sensorial, producidos como consecuencia de la edad, afectan de forma especial a la vista y el oído, y sin ser estos daños exclusivos de las personas ancianas, el envejecimiento aumenta el riesgo de padecer problemas visuales y auditivos⁹⁹.

Las deficiencias sensitivas referidas provocan en el individuo una sensación de aislamiento o alejamiento del grupo social. Si a ello, añadimos las dificultades cada vez mayores de movimiento y coordinación, así como la pérdida de fuerza psicomotriz que el sujeto padece conforme se avanza en el proceso general de envejecimiento, es posible señalar que es ciertamente difícil adaptarse a las nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Ciertos autores relativizan estos cambios de capacidad que el individuo padece con el envejecimiento, así señalan que: "la adaptación del individuo a sus condiciones de trabajo, así como sus propias aptitudes, guarda relación con su eficacia total (...) Se sabe, por los estudios de laboratorio y los datos sobre los atletas, que a partir de los 40 años se produce generalmente una reducción en aptitudes tales como la agudeza y la intensidad de la percepción, así como un aumento en el tiempo de reacción. A menudo, sin embargo, la capacidad del individuo en su actuación profesional no resulta disminuida y suele estar suficientemente contrapesada con la experiencia y los métodos de trabajo mejorados. La capacidad cambia tan gradualmente que la

⁹⁹ Vid, en este sentido, KALISH, R.A: *"La vejez. Perspectivas sobre el desarrollo humano"*. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid donde se señala cuales son los cambios más importantes que se producen en los procesos sensoriales como consecuencia del envejecimiento biológico, así disminuye con motivo de la edad, la capacidad del ojo para ajustarse a la cantidad de cambios de luz, disminuye, igualmente, la visión de la profundidad, hay también una disminución en la sensibilidad auditiva y se producen alteraciones que afectan a otros sentidos como el tacto y el gusto.

adaptación es un proceso casi inconsciente. Si se producen cambios espectaculares en las aptitudes prácticas, probablemente se deberán a daños o enfermedades asociadas con una lesión neurológica. Quizás únicamente después de los 70 años las habilidades del individuo resultan cualitativamente <<viejas>>, debido sobre todo a la lentitud en la acción y a la tendencia a trabajar de acuerdo con un tiempo interno en vez de seguir un ritmo externo"¹⁰⁰.

Es difícil, por otra parte, mantener que, con la vejez disminuye la capacidad intelectual del individuo, aunque sí que es posible sostener que el envejecimiento actúa, aunque con menor intensidad, sobre el aprendizaje humano.

Aún siendo pequeños los cambios que la vejez provoca sobre la capacidad para aprender, el envejecimiento influye de forma indirecta sobre el aprendizaje, al disminuir de forma progresiva con el aumento de edad: la percepción, la predisposición, la motivación y la rapidez de asimilación de conocimientos; todos estos cambios producidos por la edad son factores que inciden sobre la capacidad de aprendizaje.

En gran parte, tal y como señala Bobbio, N.; la marginación de los viejos está motivada por el carácter estático o dinámico de las sociedades, que provoca importantes cambios en la consideración de los viejos dadas su mayores o menores disponibilidad al aprendizaje. De esta manera, los constantes cambios en una época como la actual en la que el curso histórico es cada vez más acelerado condicionan el trato dispensado hoy a los anciano, pudiéndose, en este sentido, trazar, tal y como hace este autor una clara distinción entre las sociedades estáticas y las sociedades dinámicas a la hora de valorar al anciano, por cuanto que: "en las sociedades tradicionalmente estáticas que evolucionan lentamente, el viejo encierra en sí el patrimonio cultural de la comunidad, de forma eminente con respecto a los demás miembros de ella. El viejo sabe por experiencia lo que los otros no saben aún, y necesitan aprender de él, sea en la esfera ética, sea en la de las costumbres, sea en la de las técnicas de supervivencia (...) En las sociedades evolucionadas el cambio cada

¹⁰⁰ BIRREN, J.E; "Envejecimiento...". Op cit, pág. 291.

vez más rápido, tanto de las costumbres como de las artes, ha trastocado la relación entre quien sabe y quien no sabe. El viejo se convierte crecientemente en quien no sabe respecto a los jóvenes que saben y saben, entre otras cosas, porque tienen más facilidades para el aprendizaje”¹⁰¹.

En el marco del análisis que tradicionalmente se ha hecho de los cambios que la vejez comporta, en ocasiones, se ha discutido sobre si la vejez, o más en concreto el envejecimiento, provoca cambios en el carácter y en la forma de ser del individuo.

En este sentido, tal y como señala Richard A. Kalish, apoyándose en dos estudios sobre esta cuestión realizados a finales de la década de los 70 por J. Botwinick, *“Aging and Behavior”* y por R.A.Ward, *“The aging experience: an introduction to social gerontology”*; “las características de la personalidad permanecen básicamente iguales a través del paso de los años. Esta afirmación, no quiere decir que las personas mayores no cambien, sino que significa que las cualidades de personalidad que existen en la temprana y mediana adultez tienden a permanecer cuando la persona alcanza los sesenta o setenta años”¹⁰².

En general, los cambios de personalidad que los ancianos padecen no se derivan tanto del envejecimiento como tal, sino del cambio que supone abandonar la vida laboral activa, y acceder a la jubilación o retiro: “El retiro tiene repercusiones de gran trascendencia en la mayor parte de los aspectos de la vida. Sin embargo el aspecto más importante del retiro es la pérdida de lo que la mayor parte de los hombres consideran su función cardinal. El énfasis de la sociedad sobre la producción y el éxito conduce a la fijación sobre el papel ocupacional, que se convierte en la esencia de la identidad personal. El cese en el trabajo rompe también con las costumbres básicas de la vida. No menos problemático es lo confuso del nuevo estatus(...). También hay otra fuente de tensión, que es la ruptura de la solidaridad con el grupo de colegas, la cual, para la gran mayoría de personas, es la fuente principal de compañerismo fuera de la

¹⁰¹ Cfr. “De Senectute y otros escritos biográficos” Traducción Esther Benítez. Ed. Taurus Pensamientos, Madrid, 1997, pág. 27.

¹⁰² KALISH, R.A; *“La vejez...”*. Op cit, pág. 113.

familia. De tal suerte, los efectos combinados del retiro llevan habitualmente a una grave desorientación. Muchos hombres retirados de su trabajo experimentan sentimientos de privación, aburrimiento y aislamiento, y en algunos casos el retiro conduce a una repentina degeneración física y mental”¹⁰³.

Son, por consiguiente, las dificultades del paso de la actividad al retiro las que provocan en el individuo cambios en su personalidad o carácter. Esta falta de identidad funcional o ocupacional que la jubilación comporta, es fuente generadora de algunos cambios en la forma de ser y actuar del anciano, entre los cuales, cabe destacar, el aumento del aislamiento y la desvinculación que da lugar a que, con frecuencia, el anciano se encierre en si mismo y que intensifique su deseo de soledad.

“El inevitable apartamiento que en las manifestaciones del convivir impone la jubilación, inicio social de la ancianidad, y que en ocasiones se hace asimismo perceptible en el más cerrado círculo familiar, el aislamiento que acarrea la vejez, favorece un replegamiento del individuo en su mundo interior, haciéndosele más manifiesto el cerco de minusvalías y discapacidades generadas por el deterioro orgánico y psíquico”¹⁰⁴.

Las alteraciones de todo tipo que el individuo padece, de forma gradual a medida que avanza su proceso de envejecimiento, dan lugar a que, al acceder a la condición de viejo o anciano, la persona se encuentre habitualmente no sólo necesitada del sustento económico preciso para subsistir, sino que, además, requiera de ciertas atenciones tales como prestaciones sanitarias específicas, auxilio psicológico, un entorno ambiental adecuado donde desenvolverse etc; necesidades todas ellas que obligan a los Poderes Públicos a diseñar y elaborar políticas generales e integrales de atención a la vejez y los problemas de índole diversa que ésta plantea.

¹⁰³ TALMON, Y; *“Envejecimiento. II Aspectos sociales”* en Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales” vol. 4. Aguilar S.A de ediciones. Madrid, 1974, pág. 300.

¹⁰⁴ GRANJEL, L.S; *“Historia de la...”*. *Op cit*, pág. 86. Más contundente en este mismo sentido se manifiesta Simone de Beauvoir para quien “verse brutalmente precipitado de la categoría de individuo activo a la de inactivo y clasificado como viejo, sufrir una disminución constante de los recursos y del nivel de vida, es, en la inmensa mayoría de los casos, un drama que acarrea graves consecuencias psicológicas y morales”. DE BEAUVOIR, S; *“La vejez”*. *Op cit*, pág. 316.

Tal y como ha indicado Gala Vallejo, en atención a la diversidad de problemas que plantea la vejez y al elevadísimo número de ancianos en nuestra sociedad, las necesidades socioasistenciales de este colectivo y al elevado coste social que supone para el Estado, "el tema de la vejez no admite, pues, un planteamiento sentimental; ha de ser tratado en consideración a los imperativos de la realidad y a sus impactos, como fenómeno con dimensiones biológicas, psíquicas, demográficas, sociológicas, económicas, políticas, jurídicas y patológicas y dentro de lo que podría llamarse <<fenómeno desglobalizador>> para la llamada tercera edad"¹⁰⁵.

Cap. 2º. La regulación de la vejez en el ordenamiento jurídico español anterior al Texto Refundido de la LGSS de 1974.

Con anterioridad a la aprobación del primer TRLGSS, el año 1974 la regulación de la vejez pasó por fases muy heterogéneas y dispares, pudiendo, en cualquier caso, y sin ánimo de ser excesivamente exhaustivo, establecerse una división de esta regulación en dos grandes etapas; la primera se extendería desde los orígenes hasta inicios del siglo XX, obviamente con numerosas y variadas subetapas, mientras que la segunda, aunque comprendería un período mucho más corto, desde 1919 hasta 1966-74 se caracterizaría por ser éste un período de fijación de las bases para la implantación de un futuro sistema de jubilación, configurado inicialmente en la Ley de bases de 1963 y concretado, posteriormente, en el primer texto de la Seguridad Social de 1966.

La primeras de estas etapas, por su parte, se caracteriza además de por abarcar un período de tiempo muy superior, por el hecho de constituir un período en el que las diversas medidas de protección de la vejez se suceden cronológicamente, de tal

¹⁰⁵ Cfr. "Ideas y motivaciones para una política global de la Tercera edad". RSS núm 15. 1982, pág(s) 246-247.

manera que van evolucionando tomando como punto de referencia fundamental el entorno sociopolítico en el que se establecen.

Dejando de lado las medidas primitivas, en esta etapa se da un salto cualitativo importante cuando, ante la magnitud de la gran mayoría de riesgos protegidos, entre ellos la vejez, las medidas existentes se muestran insuficientes para poder cubrir las necesidades de quienes los padecen, lo que conduce a la aparición de una serie de problemas de índole social, derivados no sólo de la insatisfacción de estos mecanismos, sino también de la importancia de los riesgos sociales y de los cambios introducidos como consecuencia de la aplicación de la maquinaria en el proceso productivo, y conocidos bajo la denominación de <<cuestión social>>, influyendo decididamente no sólo en el desarrollo y perfeccionamiento de una conciencia de clase, sino también en el cambio de posición o actitud del Estado para afrontar dicho problema, ante el riesgo cierto de que la dimensión y las proporciones del mismo se desborden de tal manera que vayan en contra del propio Sistema establecido.

Inicialmente la labor desempeñada por el Estado se centró, tal y como veremos, en la elaboración de estudios sobre los problemas de la clase trabajadora, entre los que se encuentran como es obvio la vejez, se abordaron otras cuestiones de índole económico como la pérdida del trabajo y de otros órdenes como el sanitario, social, etc., estrechamente vinculados con la vejez y/o la condición de anciano.

En un segundo momento, se procedió a aprobar una serie de medidas para subsanar o, cuanto menos, mitigar estos problemas. Es conveniente apuntar que hasta tal punto cambió la mentalidad del Estado que se hizo necesario proceder a extender la técnica del seguro privado a la cobertura de los riesgos sociales como mecanismo más eficaz para poder garantizar una cierta cobertura digna de los citados riesgos.

Una vez superada esta etapa inicial de aparición y desarrollo de las primeras medidas de protección de la vejez, insertadas dentro del conjunto de medidas existentes para la protección de los riesgos sociales y que en el caso de la vejez se concretó en 1919 con la aparición del Retiro Obrero (en un primer momento de

protección facultativa para después extenderlo ya con carácter obligatorio, y su posterior conversión en Subsidio de vejez al que más adelante se le añadió la Invalidez y la muerte hasta convertirse en el SOVI¹⁰⁶) surgió la necesidad, en gran parte, como consecuencia de la experiencia internacional y por influencia del informe Beveridge, de proceder a una reorganización de la red de Seguros Sociales ya implantada, de tal manera que se pudiera conseguir una mayor eficacia y coordinación, así como reducir su coste.

Como consecuencia de los avances conseguidos en este sentido, no sin ciertas reticencias sobre el alcance o contenido que había que dar a la unificación de los Seguros Sociales, y ante la imposibilidad de proceder sin más a la instauración de un sistema propio de cobertura de los riesgos sociales, se dio inicio a la fase de elaboración de un plan de Seguridad Social, entendiendo por tal una sistematización, que no simple fusión, de los Seguros Sociales existentes en el marco de un sistema organizado y articulado sobre unos principios básicos.

Por todo lo expuesto a continuación voy a tratar de exponer cuáles han sido los rasgos característicos de la evolución de esta materia incidiendo de forma especial, como es obvio, no tanto en los aspectos generales, que también serán objeto de examen, sino más bien en las referencias de índole diverso, aunque fundamentalmente de carácter normativo, que inciden de forma directa sobre la protección de la vejez.

1. Las primeras manifestaciones referentes a la necesidad de proteger el riesgo de la vejez.

¹⁰⁶ El Texto articulado de la Ley de bases, LSS/1966, la Disp. Transit. 2ª del TRLGSS/1974 y la actual Disp. Transit. 7ª del TRLGSS/1994 han mantenido vigente el SOVI, aunque con carácter residual (vid, al respecto STS de 7 de mayo de 1998 (Ar. 4104), concediendo una prestación a quienes el 1 de enero de 1967, con independencia de su edad, tuviesen cubiertos un período de 1800 días de cotización o, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al Retiro obrero, aunque condicionado al hecho de que no se tenga derecho a ninguna otra pensión a cargo de los Regímenes que integran el sistema de Seguridad Social. De conformidad con lo dispuesto en la Disp. Adic. 13ª del TRLGSS/1994, la cuantía de esta pensión se fija en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los efectos de la misma sólo se producen a partir del cumplimiento de los 65 años de edad

Tal y como establece Antonio Rumeu de Armas en su excelente obra sobre la Historia de la previsión social en España¹⁰⁷, y siguiendo la exposición realizada por este autor, nos hemos de remontar a la época de la conquista de España por los romanos para determinar cuáles son los antecedentes más remotos de las instituciones de previsión social que a lo largo de la historia se han preocupado de proteger, entre otras cuestiones, la vejez de los ciudadanos.

Con anterioridad a la aparición de las primeras instituciones romanas de previsión social, y aún teniendo en cuenta que en la Grecia clásica se establecieron unas asociaciones denominadas Eranoi que tenían por fin socorrer a los necesitados en forma de asistencia mutua, exigiéndoles a los socios pudientes el auxilio para los desvalidos, el mecanismo o la técnica de previsión más utilizada aunque lo hizo de forma limitada ya que sólo estaba al alcance de aquellos pocos que ostentaban cierta riqueza, era el ahorro individual, así en la época griega y romana los ciudadanos depositaban generalmente su dinero en los templos para el rescate o para su vejez¹⁰⁸.

Fue en un momento posterior cuando se establecieron y desarrollaron las primeras instituciones de previsión social aunque no puede determinarse cuál es el origen exacto y preciso de las corporaciones de trabajadores artesanos o Colegios romanos, primeras instituciones profesionales de previsión social, parece que su creación es fruto de la fusión de dos fines específicos; el mutualista y el religioso; si bien ha sido objeto de discusión por parte de los estudiosos de las asociaciones obreras el carácter o no de sociedades de socorros mutuos de estas instituciones, parece que además del móvil religioso, las asociaciones de artesanos romanos tenían un fin mutualista, de protección de sus asociados frente a determinadas necesidades (enfermedades, sepelios, etc.).

¹⁰⁷ Cfr. Ediciones "El Albir, S.A". Barcelona, 1981. La primera edición de esta obra apareció en el año 1944, en Ediciones Pegaso de Madrid.

¹⁰⁸ Vid en este sentido CERDÁ Y RICHART.; *"Teoría general de la Previsión y sus formas"*. Bosch, casa editorial. Barcelona, 1945, pág. 30.

Durante la época de la dominación romana, los *Collegia* o Colegios romanos, constituidos para fines profesionales, y las *Soladitates*, instituciones de carácter básicamente religioso-funerario, fueron los ejemplos más destacados de sociedades o asociaciones de socorro mutuo; sociedades que se mantuvieron durante la monarquía visigoda pero que desaparecieron con la invasión musulmana, dando lugar a que se produjese un importante vacío de instituciones de este tipo durante el período que va del siglo VIII al XI/XII.

Con el nacimiento y desarrollo con fines religioso-benéficos de la Cofradía medieval, al amparo de las parroquias o monasterios, cuyo origen se debe remontar a finales del siglo XI o principios del XII, se intensifican y extienden las formas asociadas de previsión social para hacer frente a determinados riesgos que acechan al individuo y que por medio de técnicas como el ahorro individual o de la beneficencia no es posible superar.

Estas Cofradías gremiales, que se desarrollaron fundamentalmente a partir del siglo XII y que guardan una estrecha relación con las *Collegia* romanos y con las Guildas germanas ("asociación de defensa y asistencia mutua propia y característica de los germanos unidas en una fraternidad de armas y banquetes"¹⁰⁹), se establecieron generalmente en forma de sociedades de socorros mutuos, si bien "no es posible reconocer, formas de cobertura de riesgos ajustadas a una organización definida y concreta, sino manifestaciones más o menos rudimentarias de auxilio social mutuo, consistentes en asistencia o subsidio a los enfermos, pago de los gastos de entierro y también, en ocasiones, socorros temporales, a manera de limosna, en favor de inválidos o ancianos. La cuantía de las prestaciones y de las cuotas estaban totalmente desligadas de la rigidez propia de toda idea de derecho y obligación, para depender en último término de la disponibilidad de caja o del espíritu de confraternidad reinante en

¹⁰⁹ Si bien como apunta este autor es difícil aventurar una opinión con respecto a si la Cofradía gremial de la Edad media tiene sus precedentes próximos en las "gildas" de mercaderes y artesanos de Inglaterra, Alemania y Francia, "admitida la influencia y penetración de la "gilda" o "cofradria" religioso-benéfica en nuestra patria, cabe muy bien suponer que ella diese origen a la Cofradía gremial". RUMEU DE ARMAS, A; "Historia de la...". *Op cit*, pág. 31-32.

el momento de otorgarse el socorro”¹¹⁰. Estas instituciones ejercieron una labor importante en orden a concienciar a la comunidad sobre la necesidad de prever la cobertura de necesidades futuras y potenciar el recurso a esta técnica colectiva de previsión social, para hacer frente, entre otros, a determinados riesgos, tales como. la enfermedad, la vejez y la muerte.

Cada gremio profesional solía crear una Cofradía que, aunque estaba estrechamente relacionada con éste, por cuanto había una coincidencia entre los miembros que formaban parte del gremio y la Cofradía, cada una de estas instituciones tenía vida independiente y se ocupaba de cuestiones diferentes; el gremio se encargaba de los asuntos económicos y jurídicos, era una organización económica de oficio, mientras que la Cofradía se ocupaba de las cuestiones religiosas y sociales, entre las cuales se encontraba la previsión social. En algunas ocasiones el propio gremio era quien asumía, al no existir Cofradía, las funciones de previsión social.

No siempre se daba este reparto de funciones, en ocasiones, la relación existente entre el Gremio y la Cofradía era más estrecha e incluso en algún caso el papel de previsión, generalmente atribuida a la Cofradía, lo asumía el propio Gremio: “Desde el punto de vista de la función de Previsión social, en algunos casos los gremios llegan a absorber la totalidad de tales fines, en otros sólo parte de ellos, quedando el resto encomendados a la Cofradía. En la generalidad de los casos la preocupación esencial gira en torno a la protección de la viudedad y de la orfandad que logra asentarse bajo el principio de socorro mutuo. Las prestaciones se concedían en forma de auxilios en caso de enfermedad, ya en dinero, ya mediante el trabajo de los demás cofrades, en asistencia médico-farmacéutica, en asistencia en el hospital propio de la Cofradía, habiéndose en determinadas Cofradías establecido la fórmula de un subsidio

¹¹⁰ UCELAY RIPOLLÉS, M; *“Previsión y Seguros Sociales”*. Madrid, 1955, pág. 84-85 En este mismo sentido Rumeu de Armas señala que: “la Cofradía y el gremio medieval no eran sino sociedades de socorros mutuos embrionarias, que más adelante derivaran hacia el mutualismo pleno con todas sus características. La Cofradía, es verdad que siempre concedía auxilios, pero sin que se evitase que lo fuesen más a título de gracia que de derecho pleno, y siempre supeditado a la pobreza del cofrade y no a la disminución de ingresos o aumento de gastos que cualquiera de esos riesgos ocasionaba al socio, fuese indigente o no. Es decir, que existían los elementos característicos del seguro social: una cotización por parte de cofrade y una prestación por parte de la Cofradía, pero aquella no daba derecho a ésta sino en caso de pobreza y, además sin cuantía fija o determinada”. RUMEU DE ARMAS, A; *“Historia de la...”*. Op cit, pág. 127.

que había que devolver en el caso de sanar, y que corría a cargo de las mismas si el enfermo llegaba a fallecer. El supuesto de accidente de trabajo se consideraba corrientemente incluido en el de enfermedad. Existía a su vez subsidios de invalidez y vejez, contra el paro forzoso, para el caso de muerte y el de supervivencia, así como el auxilio dotal, el de prisión y el de cautividad"¹¹¹.

Aún siendo los riesgos de enfermedad y muerte los más protegidos por las Cofradías, es de suponer y puede deducirse del contenido de las ordenanzas o reglas de funcionamiento de las mismas, que la vejez en cuanto generadora en muchos casos de pobreza, estaba también incluida dentro del ámbito de protección previsto por la Cofradía, "la práctica del auxilio en beneficio de los ancianos e inválidos entraba de lleno por completo dentro de los fines de las Cofradías, pues todas ellas se expresan en este sentido. Basta fijarse en un detalle para llegar a esta conclusión: las Cofradías, sin excepción, singularizan como fines preeminentes: asistir al enfermo y enterrar al cofrade pobre; pero todas, también sin excepción, añaden que se les asista en todas las demás necesidades que ocasiona la pobreza o falta de recursos. Excluida la enfermedad de las necesidades apremiantes del trabajador, forzosamente quedarán comprendidas dentro de ellas, el paro, la vejez y la invalidez"¹¹².

En los casos en los cuales no existía plena coincidencia entre los miembros del gremio y los de la Cofradía, estas últimas optaban por desvincularse de las primeras, de tal manera que la Cofradía pasaba a ser una institución sin otro fin, a parte de los religiosos, que el del auxilio mutuo.

Las Hermandades que surgieron durante la Edad Media¹¹³, si bien aparecieron al igual que sucedió con las Cofradías con un matiz eminentemente religioso y cuya finalidad principal era también el atender los casos de enfermedad, invalidez, vejez y

¹¹¹ RULL SABATER, A; *"La Seguridad Social en España"* vol. I. Euramerica, S.A. Madrid, 1971, pág(s) 14-15.

¹¹² RUMEU DE ARMAS, A; *"Historia de la..."*. *Op cit*, pág. 133.

¹¹³ Estas Hermandades se establecieron inicialmente "como una derivación de la Cofradía gremial, aparecen primero las Hermandades de socorro gremial que luego en el siglo XVIII tendrían un gran desarrollo como Hermandades de socorros generales, es decir no vinculadas al gremio". *Ibíd*em, pág. 16.

sepelio; respondían tal y como señala Ucelay Ripolles, a una concepción mucho más avanzada y perfecta; "al producirse el infortunio previsto el asociado ostentaba un auténtico derecho a la prestación correspondiente, sin que el ejercicio del mismo quedase supeditado al hecho de encontrarse en una situación de indigencia, ni su contenido al criterio de los demás miembros de la entidad; la relación entre cuotas y prestaciones era real y efectiva: aquellas debían satisfacerse en la cuantía y términos prefijados; incluso algunas Órdenes llegaron a consignar la obligación de contribuir por derrama cuando los fondos de Hermandad fuesen insuficientes para atender el cumplimiento de los fines de la institución, en líneas generales, análogos a los de las Cofradías"¹¹⁴.

Las Hermandades aparecen ya con un marcado carácter de mutualidad. Desaparece el auxilio destinado de forma exclusiva para los pobres y se avanza hacia el establecimiento de un derecho a la protección del asociado frente a los riesgos asegurados, en cuantía fija y determinada y sin necesidad de acreditar o justificar el estado de pobreza o necesidad extrema¹¹⁵.

A diferencia de lo que sucedía con las Cofradías medievales que velaban por la protección de la pobreza cualquiera que fuese la causa que la originase (ya con motivo de una enfermedad, invalidez, paro o veje), las Hermandades de socorro mutuo, cuyo fin esencial fue proteger la enfermedad y la muerte, no prestaron una especial atención a los riesgos de invalidez y vejez, a pesar que, tal y como señala Rumeu de Armas: "la Hermandad de socorro heredó el espíritu caritativo y benéfico de la Cofradía, algunas veces socorría a estos desgraciados, ancianos e inválidos, como por ejemplo, la

¹¹⁴ UCELAY, M; "Previsión y ...". *Op cit*, pág. 85.

¹¹⁵ En estos casos, tal como y señala Rumeu de Armas, "si hasta entonces la Cofradía practicó un seguro embrionario en beneficio de los humildes, a partir de ahora la Hermandad amparará con un derecho pleno, taxativo y determinado, a cuantos a la misma se asocien (...)La mutualidad nació, espontáneamente, por acuerdo expresado de los asociados, que establecían entre ellos una regla que a todos obligaba por igual. Esta era la ordenanza; en ella aparecían reguladas las admisiones y expulsiones, las cuotas y derramas, los cargos de gobierno y administración, el manejo de caudales y la distribución de fondos; y, con mayor detalle las prestaciones que cada socio había de recibir en los distintos riesgos: enfermedad, invalidez, muerte, prisión, etc. La cotización del socio estaba marcada y determinada, la prestación que recibía lo mismo, hasta en sus más mínimos detalles; y como garantía de todos, la caja o arca de la Hermandad y la responsabilidad solidaria de los mismos para garantizar, en el caso de agotamiento de fondos, el cumplimiento exacto -por medio de derramas- de las prestaciones taxativas y determinadas". RUMEU DE ARMAS, A; "Historia de la...". *Op cit*, pág. 210-211.

Hermandad de Nuestra Señora de la Encarnación, del gremio de Pasteleros, que daba un socorro mensual de 10 reales, previa certificación médica a todos “los ancianos, ciegos e impedidos” que habían sido contribuyentes de la Hermandad”¹¹⁶.

La decadencia de los gremios que ya a partir del siglo XVI-XVII habían prácticamente abandonado su labor de previsión social, tarea ésta que fue asumida, tal y como ya he señalado, por las Cofradías y Hermandades, siguió un proceso lento y se debió, en parte, a la persecución de que fue objeto esta institución y al desprestigio e impopularidad que acumuló como consecuencia de los excesos y abusos que los maestros gremiales cometieron, generalmente intentando dificultar el acceso de los oficiales a la maestría.

Los procedimientos que para ello se utilizaron fueron diversos; en unos casos se limitó en número de maestros de cada oficio que podía haber en una ciudad; en otros casos se hizo muy difícil el examen de ascenso a la maestría y en otros se obligó a pagar una suma muy elevada por el derecho a este examen y aunque si se dieron facilidades a los hijos o familiares de los maestros para que accedieran a la maestría, con todo ello la institución gremial fue haciéndose impopular y perdiendo el prestigio que había tenido, aunque su fuerza legal permaneció intacta hasta principios del siglo XVIII.

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII, se desarrolló, por parte del poder establecido, una intensa campaña de acoso y derribo contra las Cofradías gremiales y contra las Cofradías generales religioso-benéficas, al imponerse las tesis económicas liberales vigentes que defendían, entre otras cuestiones, la necesidad o conveniencia de eliminar la influencia que la Iglesia ejercía sobre las Cofradías, siendo este el motivo por el cual se obligó a que las Cofradías o Hermandades fuesen autorizadas por el Consejo de Castilla, para de esta manera intentar desvincularlas de la acción tutelar que sobre ellas ejercía la Iglesia¹¹⁷.

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 237.

¹¹⁷ En opinión de Rumeu de Armas, “la persecución de las Cofradías, más nominal que real, escondía otros fines ocultos (al margen del deseo de acabar con los abusos): someterlas a la jurisdicción

Sin duda alguna fue Pedro Rodríguez Campomanes, 1er conde de Campomanes¹¹⁸, quien, pese a no manifestar su oposición absoluta a los gremios, defendió la necesidad de realizar una reforma radical de los mismos. En su *Discurso sobre la educación popular de los artesanos y su fomento*, se mostró partidario del gremio mutualista, manifestándose a favor de sustituir los gremios vigentes por otras entidades de carácter laico, tales como los Montepíos o las Sociedades de socorros laicas. Estas manifestaciones de Campomanes, deben insertarse dentro de las corrientes revolucionarias del momento, que en España se acentuaron al dictarse en Francia el edicto de Turgot en 1776, que suprimió a los maestros y veedores¹¹⁹, y la Ley "Le Chapelier" que en 1791 prohibió todo tipo de asociación.

Con el fin de reemplazar a las Cofradías y Hermandades, se potenció la creación de Montepíos, con finalidades análogas a las de las otras dos instituciones, pero, desligados de los gremios y desprovistos, de forma parcial o total, de su carácter religioso¹²⁰.

Los Montepíos nacen, así pues, al albor de este deseo de convertirse en sustitutos de las Cofradías y Hermandades, como sociedades de socorros mutuos de carácter laico.

Al parecer se constituyeron tres tipos distintos de Montepíos; en primer lugar los Montepíos de crédito (Erarios), que a través del mecanismo del ahorro y del crédito, permitían hacer préstamos con un interés moderado en favor de los necesitados para librarlos de la usura. Estos Montepíos tomaron la denominación de

real, reducir sus gastos religiosos al mínimo, convertirlas en Sociedades de socorros mutuos laicas". *Ibidem*, pág. 409.

¹¹⁸ Político y economista nacido el año 1723 y muerto en 1802 que fue nombrado Presidente del Consejo de Castilla en 1793 destacando por ser, entre otras cuestiones, una persona que defendió con insistencia el poder libre del Estado frente a la Iglesia.

¹¹⁹ Nombre dado a los jueces reales durante la baja Edad Media y la Edad Moderna en Castilla y León que eran enviados por el monarca para inspeccionar la actuación de los oficiales encargados de la administración.

Montes de Piedad (el primero en crearse fue en el año 1702, el Monte de Piedad de Madrid, con posterioridad se crearon a imitación del de Madrid otros en Granada, Jaén, Zaragoza, etc. En segundo lugar los Montepíos de iniciativa oficial, aquellos que se constituyeron por iniciativa o impulso del Estado (Montepío militar, Montepío de ministerios, Montepío de las Minas de Almadén, etc.; y, finalmente, los Montepíos de iniciativa privada, en cuyo caso fue la iniciativa particular la que dio luz verde a la creación de estos Montepíos, en ocasiones tratando de incluir a las clases más humildes de la sociedad (Real Monte de Piedad del común de la Soledad y de San José para viudas pobres, el Montepío de labradores, etc.), mientras que en otras, se optó por agrupar a las clases sociales más pudientes (Montepíos de abogados, escribanos y notarios, médicos, etc.).

La organización y el funcionamiento de estos Montepíos no fue muy diferente del de las Hermandades de socorro mutuo, centrándose en la mayoría de los casos, en la protección de la viudedad y orfandad por encima de cualquier otro riesgo.

Si bien, en atención a la mayor importancia de las cantidades que los Montepíos manejaban, su organización y funcionamiento estaban más perfeccionados, es importante señalar que apenas se desarrolló la protección de la invalidez, vejez y supervivencia frente a la ya dispensada por las Hermandades.

De la misma manera que sucedió con las Hermandades de socorro mutuo, en el caso de los Montepíos, las clases más desfavorecidas, accedían con mucha dificultad a la protección prestada por estas entidades, en la medida que para poder tener derecho a las prestaciones, era necesario haber contribuido previamente, lo que suponía realizar un sacrificio que no estaba al alcance de la gran mayoría de los humildes.

La falta de colaboración económica del Estado con la gran mayoría de los Montepíos, unida al círculo vicioso en que estas instituciones se sometieron al admitir

¹²⁰ Entre los fines de los Montepíos tal y como señala Ucelay "no figuraban ya las clásicas medidas protectoras o de cobertura de los riesgos de enfermedad y muerte; su acción primordial se

desde su inicio a los ancianos, contribuyó, en opinión de Rumeu de Armas, al fracaso de esta institución; "este tipo de Seguros Sociales no puede vivir materialmente a no ser pesando como insoportable carga, sin la ayuda y colaboración del Estado. Aquellos que la consiguen, como los Montepíos de iniciativa oficial, con los arbitrios y subvenciones extraordinarias, se defienden, -con alguna cirugía- y viven; pero todos o casi todos los demás estaban de antemano condenados al fracaso.

Porque los Montepíos debieron empezar sin admitir a los ancianos y con carácter de obligatoriedad para los jóvenes, y se hizo casi todo lo contrario. Porque dichas instituciones giraban en un círculo vicioso. A los fundadores les interesaba para darles vida el mayor número posible de suscriptores y abrían las puertas a los ancianos; éstos dejaban al instante su pesada carga en forma de múltiples viudas que consumían los fondos y las cuotas; y, como consecuencia, los jóvenes -pese a los intentos de obligatoriedad- se retraían al perder la esperanza de todo posible disfrute. Como consecuencia moría el Montepío"¹²¹.

Como puede apreciarse, las primitivas instituciones de protección social tuvieron en sus orígenes un importante componente religioso, para ir poco a poco adquiriendo un cariz laico, aunque, en general, tanto unas como otras carentes de apoyo del Estado, factor éste que sin duda contribuyó a su declive progresivo. La atención dispensada a la vejez era escasa, quizás porque no era un riesgo específicamente recogido, aunque sí que era objeto de protección en aquellos supuestos en los que se manifestaba junto a la invalidez o la pobreza.

2. El establecimiento y desarrollo de la idea de previsión social.

Superada la etapa originaria de protección, entre otros, del riesgo de la vejez, caracterizada, tal y como hemos visto, por la aparición de instituciones creadas para

orientaba al de supervivencia y a los de vejez e invalidez". UCELAY, M; "Previsión y ...". *Op cit*, pág. 86.

¹²¹ *Ibidem*, pág. 485-486.

esta finalidad, vinculadas generalmente al poder religioso en un primer momento para pasar con posterioridad a desprenderse de este vínculo en el marco de un proceso amplio de secularización, en un segundo momento, (ya sea como consecuencia de las insuficiencias y/o defectos de las técnicas iniciales de protección de este riesgo; del desprestigio de las instituciones encargadas de este cometido, o bien del cambio de concepción del papel del Estado), coincidiendo con el siglo XX, fue conformándose una incipiente noción de previsión social, que en un futuro no muy lejano, se convertiría en el fundamento, en la base de lo que en una fase posterior, en la evolución de esta materia, conforma la Seguridad Social en tanto que sistema planificado de protección de los riesgos sociales.

A diferencia de lo que sucedía con las técnicas iniciales, la adopción por parte del Estado de un papel preeminentemente activo, inicialmente dirigido a corregir las desviaciones del Estado Liberal para más adelante, mediante la aprobación de ciertas leyes correctoras, dar luz verde a medidas más articuladas, permitió, no sin ciertos matices, dar un giro muy significativo en la evolución de esta materia al trasladar la técnica del seguro privado a la protección de determinados riesgos sociales, entre los que se encuentra la vejez. Riesgos sociales en tanto que riesgos de afectación potencial colectiva y cuya subsanación exige el esfuerzo y la participación de toda la colectividad¹²².

Este giro de prácticamente 180 grados en la protección, entre otros, del riesgo de vejez supuso, en termino generales, pasar del plano de las medidas estrictamente reparadoras a la adopción de un concepción fundada en el hecho de anticipar la protección del riesgo a un momento anterior a su advenimiento, máxime cuando se trata, como en el caso de la vejez, de riesgos cuya manifestación es cierta, para de esta

¹²² Vid, al respecto, la noción de riesgo social establecida en el Compendio de Seguridad Social de ALARCÓN CARACUEL, M.R y GONZÁLEZ ORTEGA, S., que surge de la unión del adjetivo <<social>> al sustantivo <<riesgo>> (estado potencial de sufrir algún daño), indicándose, a través de este adjetivo, precisamente: "que el origen de ese presunto daño no radica tanto en las características personales del individuo cuanto a las condiciones sociales en que se e constreñido a desarrollar su actividad, especialmente la de índole profesional. Y este origen <<social>> del daño es lo que determina, precisamente, la convicción, hoy generalizada y que se encuentra en el origen de la Seguridad Social, de que la propia sociedad debe preocuparse de proteger a sus miembros contra esas eventuales consecuencias dañosas". Cfr "*Compendio de...*" *Op cit.*, pág. 113.

manera poder combatirlo con mayor intensidad, ejerciendo en este sentido el Mutualismo un papel muy importante como técnica preventiva.

Si bien es cierto que el ahorro individual o colectivo es de hecho una técnica de índole preventivo, su ámbito de aplicación, tal y como a continuación veremos, dependía enormemente de las condiciones personales de quien lo ejercía, de tal manera que quedaba muy limitado en cuanto a su virtuosidad práctica.

Gracias, así pues, a la aparición y desarrollo de las ideas de riesgo social y previsión social, la evolución de esta materia avanzó considerablemente aposentando los cimientos de lo que en un momento posterior había de constituir la Seguridad Social en tanto que sistema organizado de protección de los riesgos sociales, sobre la base de la triple dimensión preventiva, reparadora y recuperadora, aunque con un marcado carácter preventivo, al tomar como punto de referencia la naturaleza previsible de la gran mayoría de riesgos objeto de cobertura.

2.1 Las técnicas iniciales de previsión social: el ahorro y la beneficencia.

Con anterioridad a la aparición de las instituciones romanas de previsión social como ya he tenido oportunidad de señalar, la protección del individuo frente a los riesgos sociales propios del momento (vejez, enfermedad, invalidez, etc.) quedaba por norma general supeditada o bien a la capacidad de ahorro del propio individuo o bien a la actuación benefactora, generalmente de origen privado, de un tercero que de forma voluntaria, y como acto de caridad, le otorgaba el sustento necesario.

El ahorro individual y la beneficencia se convirtieron, de esta forma en las primeras técnicas de previsión social.

Hay que tener presente que en el momento histórico en el que se establecieron y desarrollaron estos mecanismos de previsión, no sólo era en cierta manera reducido el número de individuos que, por lo que respecta a los problemas derivados de la vejez, accedían a la categoría de viejos o ancianos, sino que además la firme influencia ejercida por la comunidad familiar contrarrestaba las deficiencias de estos métodos primitivos de previsión social, por cuanto que el inválido, enfermo o anciano solía encontrar cubiertas sus necesidades gracias al esfuerzo del resto de la comunidad familiar.

El ahorro individual como mecanismo de previsión, aún siendo una técnica que de una forma u otra fue utilizada incluso por parte de los pueblos primitivos, (éstos renunciaban al consumo en exceso de ciertos productos excedentarios con el fin de reservarlos para momentos futuros en los cuales fuesen más necesarios), se manifestó como una técnica insuficiente no sólo porque no estaba al alcance de toda la población, al no poder valerse de ella la gran mayoría de individuos que obtenían lo indispensable para subsistir, sino que además se demostró, en general, como insuficiente para hacer frente a la magnitud e importancia de determinados riesgos, tales como la larga enfermedad, la invalidez, la vejez o el paro forzoso, riesgos de prolongada duración y que sólo fue posible paliar, en parte, por medio de la asociación colectiva¹²³.

Por su parte, la beneficencia como técnica de previsión que sin duda alguna se desarrolló, sin duda alguna, por influencia de la religión cristiana que procesaba la caridad como medio de acceder a la salvación del alma. Era una técnica que permitía remediar la necesidad surgida sólo cuando el mal o la necesidad ya había sobrevenido, consistiendo no tanto una técnica de previsión en sentido estricto sino más bien un mecanismo de reparación de la necesidad acaecida, y dejaba, así pues, al individuo a

¹²³ Tal y como señala Cerdá y Richart, "La previsión (en referencia a la asociación) es el medio de unión de todos los individuos para el logro colectivo y solidariamente de todos los beneficios que el ahorro ha de proporcionarles y que individual no puede conseguir, si se tiene en cuenta que los que cuentan con ingresos modestos no pueden hacer economías para hacer frente a largas enfermedades, paralizaciones de trabajo y para que sus familias puedan atender las necesidades más perentorias caso de su fallecimiento. Es la previsión, en su aspecto social, la que aprovecha en favor del individuo la fuerza enorme de la colectividad, y procede así porque sabe que el individuo en particular, vale poco bajo el punto de vista de su finalidad; en cambio por la suma de fuerzas individuales se logra una fuerza mínima susceptible de ser aprovechada por cada uno en particular". *Ibidem*, pág. 27.

merced de la generosidad y voluntad del benefactor ya fuese de carácter público, privado, religioso o laico.

La beneficencia sitúa al beneficiario de la misma, a diferencia de otras técnicas de previsión social, en una posición pasiva ya que le convierte, con carácter exclusivo, en receptor de la ayuda solicitada. El individuo que es de algún modo u otro socorrido, no contribuye en forma alguna a superar su necesidad y su actividad se limita a la mera solicitud del auxilio.

Pero no es ésta la única diferencia existente entre la beneficencia y el ahorro individual, el mutualismo y el seguro social. Tal y como señala Cerdá y Richart, tres son las cuestiones fundamentales que diferencian a la beneficencia de las técnicas de previsión en sentido estricto, (ya sean éstas a través del ahorro u otra técnica más desarrollada como el mutualismo o el seguro social), "1º) En las obras de beneficencia, el beneficiario es un elemento pasivo, es decir, únicamente receptor del beneficio, mientras que en las de previsión, a la vez que participa de sus beneficios, coadyuva con otros elementos a los fines que ella persigue, es decir, que es un elemento activo y pasivo; 2ª En las obras de beneficencia, el efecto es pasajero, esto es, dura poco tiempo, como ocurre con la limosna, que sólo es para una sola vez, mientras que el efecto de las obras de previsión es permanente, como la pensión que se concede al beneficiario que es para mientras vive o dure el mal que le aqueja, y 3º En que la beneficencia actúa cuando el mal ha sobrevenido, mientras que la previsión actúa como remedio preventivo, esto es, antes de que se produzca y con miras de evitar sus consecuencias, o en su defecto, reducirlos"¹²⁴.

Ha de tenerse en cuenta además que, en muchas ocasiones, el individuo necesitado recurría con cierta regularidad a la beneficencia, por cuanto que la necesidad generalmente estaba ligada a la pobreza y ante la imposibilidad de ahorrar o encontrar algún mecanismo de superación de su indigencia, la atención de sus necesidades de vida era prácticamente permanente. Difícilmente se prestaba un auxilio que fuera especialmente dirigido a atender, de forma exclusiva, una necesidad

¹²⁴ Cfr; *Op cit*, pág. 15.

inmediata. La estrecha conexión existente entre beneficencia y pobreza dio lugar a que sobre todo a partir del siglo XIV se fundaran en España, los primeros establecimientos de beneficencia¹²⁵.

2.2 El mutualismo como técnica de previsión social.

Frente a la técnica del ahorro y de la beneficencia se va desarrollando de forma simultánea, con la finalidad de salvar los inconvenientes que estos dos mecanismos de previsión social generaban, la técnica del mutualismo o la asociación con fines de previsión social, tal y como hemos tenido oportunidad de apreciar.

Este mecanismo de previsión cuyos orígenes se remontan a los Collegia romanos, apareció y se desarrolló, una vez superada esa etapa inicial romana esencialmente pagana, hasta bien entrada la Edad Media, bajo la influencia y órbita de la religión cristiana, de la que poco a poco y por expreso deseo del Estado, fue desprendiéndose.

En el marco de la sociedad medieval y por impulso de las Corporaciones gremiales se desarrolló con mayor amplitud la mutualidad o mutualismo, consistente en “una técnica que se basa en la solidaridad de un grupo social homogéneo que, afectado por el mismo tipo de riesgos, decide poner en común una parte de sus

¹²⁵ Si bien fue en esta fecha cuando se instauraron la gran mayoría de establecimientos de beneficencia, con anterioridad a la misma ya se procedió a la creación de algunos de ellos, así el año 1058 Alonso VI fundó en Oviedo el Hospital de San Juan; en 1083 D. Ramón Folch inauguró el Hospital de Cardona; en 1152 Doña Hodierna de la Fuente creó el Hospital de la Seo en Zaragoza; en 1212 Alonso VIII fundó en Burgos el Hospital del Rey; en el año 1229 por iniciativa de varios vecinos se creó en Barcelona el Hospital de la Creu y en el año 1232 doña Balesquina Giráldez fundó en Oviedo la Alberguería. Datos extraídos del Cuadro cronológico de los principales establecimientos de beneficencia en España. MAZA ZORILLA, E. *“Pobreza y asistencia social en España. Siglos XVI al XX. Aproximación histórica”*. Secretaria de Publicaciones. Universidad de Valladolid, 1987. Apéndice IV fuente: CONCEPCIÓN ARENAL : *La beneficencia, la filantropía y la caridad*”. Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1861, pág(s) 13-19.

ahorros para hacer frente a la situación/nes de necesidad, dimanante de estos riesgos, que pueda experimentar cualquiera de los miembros del grupo"¹²⁶.

El establecimiento y aplicación de este mecanismo mucho más depurado de previsión social surge como consecuencia de la interrelación de dos factores esenciales: el ahorro colectivo y la solidaridad; ya que no es sólo la puesta en común de los ahorros individuales de los integrantes y participantes de la mutualidad, la que posibilita que se creen fondos más abundantes con los que poder hacer frente a los efectos de ciertos riesgos que el individuo por si sólo no es capaz de superar, sino que ello unido a la incorporación de un concepto fundamental como es el de solidaridad en el marco de las técnicas de previsión social, constituyen los dos elementos claves que convergen en este mecanismo de previsión social. En todo momento el individuo que participa y forma parte de la mutualidad asume que, como contraprestación a la creación de ese fondo que se nutre de la suma de las aportaciones de todos los miembros que integran la mutualidad, cabe la posibilidad que la cuantía por él depositada sea destinada a cubrir la necesidad o necesidades de algún otro u otros miembros de la mutualidad.

El mutualismo al descansar sobre la base de estos dos pilares fundamentales: el ahorro colectivo y la solidaridad de los integrantes de la mutualidad; se fue desarrollando como una técnica valiosísima de protección o previsión social frente a determinados riesgos que afectaban a la comunidad, entre los cuales, obviamente se encontraba la vejez y las consecuencias derivadas de ésta, paro, invalidez, etc.

Esta técnica inicialmente fomentada al amparo y bajo la protección de la Iglesia fue desprendiéndose por influencia y expreso deseo del Estado de las vinculaciones mantenidas con la misma y se extendió hasta bien entrado el siglo XIX, adoptando formas y denominaciones diversas e iniciando un importante proceso de secularización.

¹²⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R Y GONZÁLEZ ORTEGA, S; *"Compendio de Seguridad Social"*. Ed. técnicos, 4a edición, 1991, pág. 16.

La aparición y desarrollo de la revolución industrial junto con el abandono de las teorías y principios del liberalismo político y económico, modificó considerablemente el panorama de la previsión social en España y en el resto de Europa, al asumir el Estado, que hasta entonces se había mantenido al margen, un papel activo en relación al fomento y desarrollo de mecanismos de protección social.

Las Sociedades de socorros mutuos que hasta entonces se habían manifestado como mecanismos eficaces de previsión y protección social, se vieron desbordadas ante la magnitud de ciertos riesgos que, con el desarrollo de la revolución industrial, adquirieron una notable y lamentable proyección.

Las dificultades para poder cubrir las necesidades de los asociados, que poco a poco se fueron convirtiendo en imposibilidades, contribuyó al fracaso de estas instituciones que si bien se mantuvieron y subsistieron dejaron de tener la importancia de épocas anteriores.

2.3 El Estado y la previsión social a partir de la Revolución Industrial.

Las lamentables condiciones de vida y de trabajo a las cuales estaban sometidos los trabajadores industriales (jornadas de trabajo agotadoras, explotación generalizada de los menores y las mujeres, salarios mínimos de subsistencia, ambientes insalubres y, en general el sometimiento a unas precarias condiciones de trabajo y existencia), que dieron lugar a que el acceso a la vejez y el desarrollo de la ancianidad se convirtiera en algo más que el inicio de la etapa final de la vida, por cuanto que esas penosas condiciones a que estaban sometidos los trabajadores y la comunidad, en general, les dejaban en una lamentable situación económica e higienico-sanitaria que hacía difícil poder transitar con cierta dignidad por la ancianidad, hicieron necesaria la intervención del legislador con la finalidad de corregir y frenar esa situación.

El Estado liberal que hasta entonces se había mantenido fiel a sus propias convicciones y al margen de cualquier tipo de tutela, se vio forzado a modificar su actitud precisamente, tal y como señalan Palomeque y Alvarez de la Rosa, "cuando los postulados del liberalismo político (doctrina del Estado policía, abstencionismo de los poderes públicos, laissez faire, etc.) gozaban de mayor fervor y predicamento, una vez asentados de la mano del triunfo de la burguesía revolucionaria, la sociedad capitalista iba a conocer, paradójicamente, un fenómeno de signo contrario (contradicción histórica "aparente") cual es la intervención en las relaciones de producción"¹²⁷.

Dos son las posiciones doctrinales que se pueden apreciar a la hora de determinar cuáles fueron los motivos o razones, que en última instancia, motivaron al legislador a provocar esta intervención del Estado, "en una primera postura se situarían quienes entienden que el intervencionismo iba dirigido principalmente a proteger a los/las trabajadores/ras, en cuanto seres necesitados de tutela (...). La intervención estatal se configura como "neutra" y "aséptica", que interesa a todas las partes de las relaciones de trabajo, al sistema económico y político del país, y no puede verse en ella el triunfo de una clase sobre otra"¹²⁸.

Más acertada parece en mi opinión la otra posición doctrinal que, al margen de destacar esta actitud humanitarista y filantrópica de la legislación laboral¹²⁹, defienden la idea que el Estado intervino para asegurar y garantizar la viabilidad y la pervivencia de un determinado modelo de sociedad; "la legislación obrera responde *prima facie*, así pues, a una solución defensiva del Estado burgués para, a través de una normativa protectora de los trabajadores, proveer a la integración del conflicto social en términos compatibles con la viabilidad del sistema establecido, asegurando de este modo la dominación de las relaciones de producción capitalistas"¹³⁰. El

¹²⁷ Cfr. "Derecho del trabajo" Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A 2ª edición. Madrid, pág. 68.

¹²⁸ ROJO TORRECILLA, E; "Proyecto docente para el acceso a la Cátedra de la Universidad de Girona". Girona, 1993, inédito, pág. 35 y 36.

¹²⁹ MONTOYA MELGAR, A.; "Ideología y lenguaje en las leyes laborales en España (1873-1978)". Madrid, Ed. Civitas, 1992, pág(s) 35 y ss.

¹³⁰ PALOMEQUE LÓPEZ Y ALVAREZ DE LA ROSA; "Derecho del Trabajo". Ed Centro de estudios Ramón Areces, S.A 2ª edición. Madrid, pág. 69. En este mismo sentido MONTALVO CORREA

Intervencionismo cumpliría, así pues, una función de defensa del modelo de sociedad existente frente a las presiones ejercidas por parte del movimiento obrero cuya fuerza era cada vez más importante¹³¹.

No en vano, frente a los efectos de índole negativo que padeció la población de finales del siglo XIX, principios del XX como consecuencias del conjunto de cambios introducidos sobre las relaciones que vinculaban directamente a los obreros y los patronos, y ante las alarmantes proporciones que adquirieron estos cambios, fue desarrollándose una conciencia social generalizada en torno a la necesidad de buscar una respuesta adecuada y urgente para afrontar la denominada "cuestión social"^{132 133}.

La aparición de la "cuestión social" o "cuestión obrera", y en especial la respuesta dada por el Estado ante este fenómeno creciente, que se concretó en la aparición de las primeras normas laborales, las cuales se promulgaron con la finalidad de establecer soluciones a los problemas que más preocupaban a la clases trabajadora (el trabajo de los menores y de las mujeres, las fatigosas jornadas de trabajo, la falta de

a la hora de exponer cuál es el fundamento histórico del Derecho del trabajo, establece que este se configura como una medida de defensa del Estado frente al creciente "poder" e influencia de la clase trabajadora: "el derecho del trabajo será sustancialmente una respuesta defensiva de la burguesía a la acción emancipadora de la clase obrera. En su fundamentación aparece más claramente este carácter defensivo del orden social que una supuesta filantropía o espíritu de reforma sustancial de la penosa situación de los trabajadores". Cfr: *Fundamentos de derecho del trabajo*. Ed Civitas, 1975, pág. 149.

¹³¹ En sentido estricto sería necesario indicar que la intervención tutelar del Estado actúa como una especie de doble defensa: "a) frente al movimiento obrero en auge, para evitar que sus reivindicaciones de contenido emancipador quiebren en lo esencial el orden social existente; b) frente a ciertos capitalistas que, movidos por la lógica del máximo beneficio económico, ponen así mismo en peligro el capitalismo globalmente considerado, por medio de la sobre explotación de la fuerza del trabajo". VILLA GIL, L.E.; GARCÍA BECEDAS, G.; y GARCÍA PERROTE, I.; *Instituciones de Derecho del Trabajo* Ed. Ceura, 1991, 2ª ed., pág(s) 19 a 22.

¹³² Bajo la denominación de la "cuestión social" se hace referencia a los problemas que atañen directamente a las relaciones entre obreros y patronos, los conflictos en torno a las mismas y todo lo que incumbe a la situación y condiciones de vida de los trabajadores. Abarca también a las múltiples derivaciones y conexiones sociales del problema obrero". PALACIO MORENA, J.I; *La institucionalización de las reformas sociales en España (1883-1924), la Comisión y el IRS*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1988, pág. 4.

¹³³ "Entre las clases dirigentes europeas se va imponiendo en la segunda mitad del siglo XIX, como necesaria respuesta a los problemas sociales que entraña la industrialización, el criterio intervencionista. Es decir, la legitimidad y validez de la intervención del Estado para superar la "cuestión social", rompiendo las barreras liberales clásicas. Esta corriente cobra nuevos bríos en las décadas finiseculares como reflejan los intentos generalizados de una legislación específica y la mayor receptividad de la Iglesia -una vez publicada la *Rerum Novarum*- para con los desequilibrios sociales. MAZA ZORRILLA, E; *Pobreza y asistencia social en España. Siglos XVI al XX. Aproximación histórica*. Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid. Valladolid. 1987, pág. 130.

medidas de seguridad e higiene y salud laboral, cuestiones todas ellas que repercuten directa o indirectamente sobre los ancianos y su nivel o calidad de vida), se ha de poner en clara conexión con la aparición, en la clase trabajadora, de una clara conciencia obrera.

Las míseras condiciones de subsistencia no eran exclusivamente el factor que predisponía a los trabajadores a enfrentarse a los patrones, también influyeron otros como el apercibimiento por parte de la población de unas desigualdades sociales cada vez más acentuadas, la marginación social a que estaban sometidos los desocupados, y las lamentables condiciones de vida de los ancianos que, ante la dificultad cada vez mayor de encontrar protección a través de las mutualidades, y el aumento considerable de la magnitud de ciertos riesgos, estaban abocados a subsistir en condiciones extremadamente penosas, etc. Todas estas circunstancias contribuyeron a la aparición de un cierto cambio de actitud de la clase trabajadora y dio paso a un importante proceso, mucho más organizado, de lucha social.

El antimaquínismo o luddismo, primera manifestación de lucha obrera frente a la introducción de la máquina en el proceso productivo como alternativa a la fuerza muscular, fue sustituido por la aparición de esta conciencia, articulada desde el año 1839 en tres direcciones diferentes pero a la vez complementarias; el mutualismo (sociedades de socorros mutuos), el cooperativismo (cooperativas de consumo y de producción) y el sindicalismo (sociedades de resistencia).

La intranquilidad e inquietud que la aparición de esta conciencia de clase generó en la burguesía dominante, también estuvo presente, como es obvio, en la conciencia del legislador. El intervencionismo normativo del Estado se hizo por todo ello necesario ante el importante y creciente papel desarrollado por el movimiento obrero desde finales del siglo XIX.

La aparición de esta conciencia de clase, junto con el inicio del proceso de articulación del movimiento obrero fueron factores claves para que se produjese este cambio de mentalidad del Estado; fueron elementos esenciales para que el Estado

abandonase progresivamente los planteamientos abstencionistas propios del liberalismo, e iniciase y desarrollase un nuevo planteamiento en favor del intervencionismo, como instrumento con el que corregir las insuficiencias y los defectos del modelo de Estado y de la sociedad surgidos como consecuencia de la revolución industrial.

Este "miedo" o inquietud de la burguesía por las consecuencias que podía conllevar la acción organizada del proletariado en defensa de la mejora de sus condiciones de existencia, especialmente en su vertiente anarquista, estuvo presente y constituyó una clara fuente de inspiración, tal y como más adelante veremos, de las primeras leyes obreras: "la aparente antinomia entre la inmovilidad burguesa y la promulgación de las primeras leyes obreras, que venía a romper el tradicional inhibismo normativo del Estado Liberal en esta materia, se desvanece al ser contemplada bajo la luz de estos miedos viscerales a la subversión del orden en la sociedad a la mutación del orden de la propiedad"¹³⁴.

Como es evidente, hubo una fuerte oposición conservadora ante las posibles soluciones que se pudiesen arbitrar con la finalidad de dar una respuesta adecuada a la denominada "cuestión social"¹³⁵.

A pesar de esta oposición conservadora, parece que, en general, se fue imponiendo la idea de que era conveniente dar paso al inicio de una actividad intervencionista por parte del Estado, con la finalidad de defender la propiedad privada frente a la amenaza de la subversión o alteración del orden de la propiedad. Esta actividad intervencionista se fue abriendo camino ante la cada vez más extendida conciencia sobre la necesidad de buscar soluciones positivas que, partiendo del Estado, fuesen capaces de mejorar las condiciones generales de la clase trabajadora, y es por

¹³⁴ MONTOYA MELGAR, A; *"Ideología y lenguaje en las Leyes laborales de España (1873-1978)"*. Ed civitas, Madrid, 1992, pág. 58.

¹³⁵ Vid en este sentido LÓPEZ KELLER, E; *"Hacia la quiebra de la mentalidad liberal: las resistencias al cambio"* en AA.VV *"Historia de la acción pública en España. Beneficiencia y Previsión"*. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid. 1990, pág(s) 137-160.

esto que la actividad intervencionista se desarrolló en un doble sentido: conservadora de la propiedad y reformadora de la situación preexistente¹³⁶.

Si bien las primeras medidas de intervención del Estado que se adoptaron fueron fruto de una reacción humanitarista o sentimental, con la cual se pretendía poner un cierto remedio a los defectos, desviaciones del Estado Liberal, pronto se optó por impulsar un intervencionismo que, de forma más organizada, se preocupase por el estudio de la realidad social; un intervencionismo que fuese mucho más allá de la simple elaboración de un número indeterminado de leyes laborales, puesto que se pretendía disponer de un estudio sistemático, extenso y detallado de la realidad social contemporánea con el objetivo básico de impulsar una reforma laboral general. En España esta tarea se asignó, en un primer momento, a la Comisión de Reformas Sociales, en adelante CRS.

2.3.1 El denominado “*intervencionismo científico*”: el papel de la Comisión de Reformas Sociales y del Instituto de Reformas Sociales.

Antes de 1883 se había producido algún intento o tentativa de creación de una comisión que se encargara del estudio de la situación de la clase trabajadora y de los remedios para mejorarla. Así, tal y como indica Juan Ignacio Palacio Morena¹³⁷, la petición formulada por Joaquín Francisco Campuzano en 1843 de creación de una

¹³⁶ Fue necesario, para que se concretase este avance hacia la tutela estatal como garantía de protección, que hubiese una ruptura progresiva con los postulados del liberalismo económico. En este sentido, es importante destacar el papel desarrollado por la doctrina social de la Iglesia desde la encíclica *Rerum Novarum* dada por el Papa León XIII, el 15 de mayo de 1891 donde se aborda el estudio sobre la situación de los obreros y se proponen soluciones prácticas a los problemas planteados, así se recoge la idea de que son los que gobiernan quienes deben impulsar las medidas necesarias para mejorar la situación de las clases necesitadas “... los que gobiernan deben cooperar, primeramente y en términos generales, con toda la fuerza de las leyes e instituciones, esto es, haciendo que de la ordenación y administración misma del Estado brote espontáneamente la prosperidad tanto de la sociedad como de los individuos (...) queda al alcance de los gobiernos beneficiar a los demás órdenes sociales y aliviar grandemente la situación de los proletarios; y esto en virtud del mejor derecho y sin la más leve sospecha de ingerencia, ya que el Estado debe velar por el bien común como propia misión suya”.

¹³⁷ PALACIO MORENA, JI; “*La institucionalización de...*”. *Op cit*, pág(s) 12-22.

comisión que examinase el estado de ilustración del pueblo y los mecanismos más adecuados para proporcionarla puede considerarse como el primer antecedente de la CRS; "lata ya en esta proposición la preocupación por las consecuencias sociales y políticas que se podrían derivar de las ínfimas condiciones de vida de una gran masa de la población.". Unos años más tarde, en 1855, siendo entonces Ministro de Fomento Alonso Martínez se presentó un proyecto de ley sobre "ejercicio, policía, sociedades, jurisdicción e inspección de la industria manufacturera" constituyéndose una comisión presidida por Pascual Madoz en la cual se discutieron los diferentes contenidos del proyecto de ley antes citado.

Durante el período que se abre con la revolución de 1868, renacen las tentativas para estudiar la situación de la clase trabajadora que proponen la creación de una comisión a tal efecto.

Por su parte, en los años 1869, 1871 y 1872 se presentaron diversas propuestas, peticiones y proyectos de Ley para la constitución de esa comisión, inicialmente por parte de Fernando Garrido, y más tarde por Sanromá.

Sin embargo no fue hasta el año 1883, cuando las citadas propuestas de creación de esta comisión obtuvieron sus frutos; a través del Real Decreto de 5 de diciembre de 1883¹³⁸, se procedió a dar luz verde a la denominada CRS¹³⁹.

¹³⁸ *Gaceta de Madrid*, 10 de diciembre de 1883.

¹³⁹ Como antecedente más inmediato de la CRS, es importante destacar que el mismo año 1883 se celebró en la ciudad de Valencia, el "I Congreso Nacional Sociológico". La importancia y trascendencia de este acontecimiento radica en opinión de Santiago Castillo, en el hecho que: " Por primera vez se reunía un Congreso interclasista para plantearse el tema de la cuestión social. El resultado era un claro exponente del nivel en que se hallaban en nuestro país las teorías y las actitudes respecto al intervencionismo estatal en cuestiones sociales. El termómetro marcaría en Valencia una elevada temperatura individualista contraria al intervencionismo (...) meses después, en conexión directa con el Congreso de Valencia -como patentizaba el mismo preámbulo de la ley de creación- Moret establecía desde el gobierno la Comisión de estudio que, anadando al tiempo, se llamaría de Reformas Sociales". CASTILLO, S: *Reformas sociales. Información oral y escrita publicada de 1889-1903*". Estudio introductorio, pág. XXXII-XXXIII. Volumen I. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. 1985. En relación al desarrollo del Congreso de Valencia este mismo autor en las páginas XXXIII-LXIX hace un estudio detallado.

En la exposición inicial del Real Decreto de 5 de diciembre de 1883, Segismundo Moret, redactor de la misma y principal inspirador e impulsor de la comisión, dejó más o menos claro cuáles eran los fundamentos y objetivos que se perseguían.

Se destaca así, por ejemplo, que el objetivo fundamental era el de crear una comisión formada por “personas que en sí mismas llevan sobrada garantía de imparcialidad, de suficiencia, de seriedad y de acierto para el cumplimiento de su alto cometido, a las cuales el Gobierno va a rodear, quizás por primera vez en España de cuantos elementos y medios puede facilitarles para que plenamente lo realicen”, con el objetivo de que se encargaran de estudiar “todas las cuestiones que interesan a la mejora del bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales, y que afecten a las relaciones entre capital y trabajo (art. 1 del Real Decreto), ya que “los que mañana van a ser preceptos de una ley irán de antemano aceptados por los mismos que han de obedecerlos y llevarán la sanción de la opinión pública que es superior a todas las sanciones legales”.

Como puede observarse, el objetivo fundamental de la CRS fue el de constituir y crear un organismo capaz de realizar un profundo estudio global de la realidad social del momento, con la intervención de todas las fuerzas sociales y con la finalidad de determinar cuáles eran las necesidades y cuáles habían de ser los remedios para mejorar esta situación e impulsar las soluciones pertinentes mediante las reformas sociales correspondientes.

Para conseguir este objetivo, y en virtud de las facultades atribuidas a la propia comisión, se organizaron comisiones provinciales, buscándose con ello el establecer una extensa red de información oral y escrita sobre el estado, la situación y las necesidades de los trabajadores.

Actualmente, se conserva una gran parte de escritos oficiales originales de los trabajos que se realizaron por parte de las diferentes comisiones provinciales entre los

años 1889-1893¹⁴⁰, que constituyen una fuente material de primer orden indispensable para poder conocer la realidad social española de finales del siglo XIX.

Aunque la CRS tuvo una acogida muy diferente, tanto entre los sectores sociales a los que iba dirigida, como por lo que respecta a los diferentes territorios del Estado español, es importante destacar: “el paso adelante que supone la Comisión en la institucionalización del conflicto social y en el avance en la presencia social y política del movimiento obrero (...), a pesar de la relativización que se puede hacer del significado de la Comisión, destacando la ambigüedad de su proyecto y la ineficacia en la que le encierra su propio origen burgués, la intervención obrera en la misma representa un salto cualitativo en la presencia social del movimiento obrero. El carácter público de sus intervenciones, el eco que tiene en la prensa, el reconocimiento implícito de la necesidad de diálogo y acuerdo con los representantes de los trabajadores, que supone el simple hecho de escuchar las declaraciones de independencia política y social de la clase obrera, deben valorarse en relación a las circunstancias de la época”¹⁴¹.

Durante los primeros años de funcionamiento de la CRS, su actuación se centró en la recopilación de esta información oral y escrita que sirvió para el conocimiento de la situación real de la clase trabajadora, y que se convirtió en la base sobre la cual se instauró con posterioridad una auténtica reforma social.

En 1890¹⁴², se procedió a reorganizar la comisión creada siete años antes. Así, se reconoció en la propia exposición preliminar que las ineludibles atenciones de carácter público que recaían sobre sus miembros no habían impedido que llenase su contenido con celo digno de mayor elogio. En este sentido, es importante destacar la

¹⁴⁰ *“Reformas Sociales. Información oral y escrita publicada de 1889-1893”*, edición facsímil con motivo del Centenario de su fundación. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. 1985 Contenido: Tomo Primero: Información oral de Madrid; Tomo Segundo: Contestación de Centros Oficiales de Madrid, de Corporaciones de Madrid y de Particulares; Tomo Tercero: Memoria de la Comisión Provincial de Valencia. Información oral y escrita; Tomo Cuarto: Información de las Provincias de Alicante. Avila, Badajoz, Burgos y Cáceres; Tomo Quinto: Información de las Provincias de La Coruña, Jaén, Navarra, Oviedo, Palencia y Vizcaya.

¹⁴¹ PALACIO MORENA, JI; *“La institucionalización de ...”*. *Op cit*, pág. 41.

¹⁴² *Gaceta de Madrid*, 14 de mayo de 1890.

elaboración de dos importantes leyes y la preparación de una tercera. Los proyectos de ley se refieren a la manera de afrontar los accidentes de trabajo que padecen los trabajadores y a la reglamentación del trabajo de los niños y las mujeres, y el proyecto en preparación a la organización de los denominados jurados mixtos.

Aunque no se dispone de mucha información sobre los trabajos realizados por este organismo en el período que va desde 1890 hasta 1903 (año que se crea el Instituto de Reformas Sociales, en adelante IRS), parece claro que la actividad desarrollada se intensificó, concentrándose, principalmente, en la preparación de leyes y normas de carácter social con el fin de impulsar definitivamente la legislación laboral, en la que España mostraba un notable retraso respecto a otros países occidentales¹⁴³.

La acción desarrollada por la CRS se vio completada por los trabajos realizados por el "Servicio de Estadística de Trabajo", creado en el año 1894 a iniciativa de la propia Comisión.

Con el intento frustrado de creación en 1902 de un Instituto de Trabajo por iniciativa de Canalejas, y el establecimiento, un año más tarde, del IRS, mediante el Real Decreto de 23 de abril de 1903¹⁴⁴, podemos considerar que la etapa inicial de institucionalización de las reformas sociales queda completada.

Por su parte, la creación del IRS (que se verifica como el continuador del trabajo realizado por la CRS, si bien, en este sentido, se diferencia básicamente en que va más allá de la exclusiva finalidad de orientar y dirigir, tomando como base las diferentes manifestaciones realizadas, las reformas sociales que se hayan de adoptar, convirtiéndose en un punto de referencia para los diferentes agentes sociales), respondía a la idea de que era necesario dar luz verde a un organismo capaz de constituir no sólo un importante centro de estudio y de conocimiento de la realidad social presente y futura, sino también de crear, a su vez, un foro en el que los

¹⁴³ PALACIO MORENA, J.I; *"La institucionalización de..."*. Op cit, pág. 47.

¹⁴⁴ *Gaceta de Madrid*, 28 de abril de 1903.

diferentes agentes sociales dispusieran de un espacio donde poder denunciar y reflexionar sobre su situación y posición en el conflicto capital-trabajo.

Llegados ya a un momento determinado en el que la intervención estatal orientada hacia la ordenación legal del trabajo no se veía con el recelo que podía existir en otros momentos históricos anteriores, parecía conveniente crear un organismo que diese un fuerte impulso a esta actividad estatal, un organismo capaz de ir desarrollando gradualmente y de forma sistemática la legislación social.

La norma de creación del IRS (dependiente del Ministerio de Gobernación), establece en su artículo primero la finalidad principal del mismo, que sería la de: "preparar la legislación de trabajo en su más amplio sentido, cuidar de su ejecución, organizando para ello los necesarios servicios de inspección y estadística y favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora o bienestar de las clases trabajadoras".

En general, todas las instituciones que, en este sentido, aparecen tanto en el mundo anglosajón como en el continental realizaban una doble actividad: de un lado se encargaban de investigar la problemática social existente mediante la confección de una serie de estadísticas, y de otro servían de "plataforma" para la preparación de los diferentes proyectos de legislación social que era necesario elaborar¹⁴⁵.

La considerable labor realizada por el IRS se extendió hasta 1924, año de su desaparición, si bien es necesario tener en cuenta que desde 1920, en el que se creó el Ministerio de Trabajo, el Instituto se integró dentro de este ministerio, que fue poco a poco absorbiendo las competencias del Instituto hasta relegarlo a una función exclusivamente consultiva.

¹⁴⁵ "Sólo con la creación del IRS la reforma social se institucionaliza y se produce el salto en la acción de reforma social. El resultado más inmediato va a ser el desarrollo de una amplia labor que abarca las distintas esferas del problema social (...) Además de las tareas de asesoramiento e información al Gobierno (...) emprende labores de estudio e investigación, elabora proyectos de ley como apoyo a la acción legislativa, es el órgano encargado de la vigilancia y cumplimiento de la legislación social a través del Servicio de Inspección". PALACIO MORENA, JI; *Op cit*, pág. 335.

La importante actividad de estudio e investigación de la realidad social desarrollada por estos organismos administrativos contribuyó a la aparición de los primeros textos legales que, en general, tal y como ya he señalado, lo que pretendían era disminuir los efectos negativos que el conjunto de cambios introducidos con motivo de la Revolución Industrial había producido sobre la clase trabajadora.

En estos primeros textos legales se planteaba la protección de los menores y las mujeres como cuestión de primer orden, tal es el caso de la primera ley laboral, la Ley Benot de 24 de julio de 1873, o de la ley de 13 de marzo de 1900 y su correspondiente reglamento de desarrollo, ejemplos de cómo el legislador decimonónico ante la contratación constante y permanente de menores para que participasen en el proceso productivo, se vio obligado a regular el recurso a la contratación de estos sujetos, limitando su uso y extendiendo esta limitación también a las mujeres.

En el ámbito de la protección social, el legislador se mostró en sus inicios especialmente sensibilizado ante los infortunios profesionales; “la inclinación humanitarista del legislador hacia la cuestión social toma como objeto de su dedicación predilecta el tema de la reparación de los accidentes de trabajo, en los que se muestra con la mayor crudeza la miseria y el desamparo de los proletarios”¹⁴⁶, no sólo por su vinculación directa con el trabajo que se desarrolla y con la utilización de máquinas en condiciones cada vez más peligrosas en el proceso productivo, sino fundamentalmente ante los efectos que produce el sufrimiento derivado de un accidente de trabajo¹⁴⁷, y es por ello que se dio luz verde a la ley de 30 de enero de 1900, sobre accidentes de trabajo en los establecimientos industriales y mercantiles, ley que ha sido considerada como punto de partida de las normas estatales en materia de protección social.

¹⁴⁶ MONTOYA MELGAR, A; *“Ideología y ...”*. *Op cit*, pág. 28.

¹⁴⁷ Son diversos, en opinión de Alarcon Caracuel y González Ortega, los motivos por los cuales las clases dominantes se mostraron especialmente sensibles respecto de los accidentes de trabajo, entre los que cabe destacar: “las consecuencias generalmente graves de estos siniestros, la lastimosa situación económica en que quedaban con frecuencia el accidentado y -factor de suma importancia- el hecho de que el accidente de trabajo fuera una consecuencia directamente imputable a la utilización de

2.3.2 El Instituto Nacional de Previsión y la técnica del Seguro Social: el seguro social de vejez.

La creación del Instituto Nacional de Previsión, en adelante INP, en virtud de la Ley de 27 de febrero de 1908¹⁴⁸ se debe, en parte, a la labor realizada por el IRS en favor del establecimiento de los Seguros Sociales.

Con la finalidad de impulsar el establecimiento de diversos Seguros Sociales con posterioridad a la aparición de algunas Cajas de pensiones, entre otras: la Caja Provincial de Retiros para la vejez e invalidez del trabajo en Guipúzcoa, creada el año 1889 por la Caja de Ahorros de Guipúzcoa, o el establecimiento en Barcelona en 1902 de una Caja de Pensiones para la vejez y de ahorro; el IRS convocó en 1904 una Conferencia de previsión popular. Sobre la base de los resultados obtenidos en dicha conferencia, el Instituto encomendó a José Maluquer y Salvador la elaboración de un proyecto de seguro social de vejez. Este proyecto que fue presentado en 1906 y plenamente asumido por el Gobierno, aunque la disolución de la Legislatura frustró su aprobación definitiva que tuvo que posponerse hasta el año 1908, en que fue presentado de nuevo. La celeridad en su aprobación, y más en concreto la ausencia de oposición al mismo, se atribuye al carácter facultativo de su contenido, al no imponerse obligación alguna.

Con anterioridad a la aprobación de esta ley, en algunos países de nuestro entorno y muy especialmente en Alemania, se había iniciado ya el período de establecimiento de los Seguros Sociales obligatorios: así, en 1883 se dio luz verde al seguro obligatorio de enfermedad; en 1884 al de accidentes de trabajo; en 1889 al de

las nuevas técnicas productivas y a la sujeción del individuo durante largas y agotadoras jornadas a la cadena de producción”, Cfr; *Op Cit*, pág. 19.

¹⁴⁸ *Gaceta de Madrid*, de 29 de febrero de 1908. Vid en este sentido; INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. “*Ley. Estatutos. Reglamentos de entidades similares y antecedentes*”. Madrid. 1909. Imprenta y Encuadernaciones de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos.

vejez e invalidez; y más adelante en 1911 al de supervivencia. Todos ellos recogidos en un Código de Seguros Sociales aprobado en el mismo año 1911.

Las razones o motivos de la aparición y posterior desarrollo de los Seguros Sociales partían del cambio de mentalidad o concepción del Estado respecto del movimiento obrero que se mostraba cada vez más articulado y organizado. Así, frente a la posición represiva mantenida hasta entonces se adopta una actitud más integradora, en el sentido de ir incorporando a la clase obrera y sus problemas en el propio sistema.

El Seguro social es, en opinión de Sánchez Monís: “una Institución de Derecho público, cuyo fin es atender de modo adecuado las necesidades eventuales ocasionadas por los riesgos y contingencias que gravitan sobre los trabajadores, mediante la solidaridad de los trabajadores, mediante la solidaridad de los miembros de producción y el Estado, en un sistema equitativo de compensación de estas cargas”¹⁴⁹. El seguro social puede ser configurado como un sistema de previsión social cuya esencia es: “asegurar la satisfacción de necesidades futuras e inciertas mediante la obligación asumida anticipadamente por otro de suministrar los medios económicos precisos para satisfacer dicha necesidad cuando se produzca”¹⁵⁰.

Si se pone en conexión con la técnica mutualista vigente hasta entonces, tal y como señalan Alarcón Caracuel y González Ortega el seguro social deviene: “una nueva técnica de previsión de los riesgos sociales que es también una maduración, en el campo de lo jurídico, de ideas fuerza existentes con anterioridad: la solidaridad del mutualismo obrero y el principio de responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo, a las que se une ahora otra fundamental: la necesidad de la intervención del Estado”¹⁵¹.

¹⁴⁹ Cfr. *“Ensayo sobre un seguro social de vejez e invalidez y muerte en un sistema unificado de Seguros Sociales”*. RISS 1956 (II) pág. 874.

¹⁵⁰ BORRAJO DACRUZ, E; *“Estudios jurídicos de previsión social”*. Ed Aguilar, Madrid, 1963, pág. 6. Por su parte GARCÍA OVIEDO define el Seguro Social como “una institución cuya finalidad es garantizar todas las consecuencias económicas de los riesgos que pueden originar la disminución o desaparición de la potencialidad del individuo para el trabajo que habitualmente venía realizando”. Cfr. ?.

¹⁵¹ Cfr. *“Compendio de...”*. *Op cit*, pág. 21.

El seguro social surge, en cierta medida, de la combinación de dos conceptos básicos, a saber: riesgo social y contribución financiera. El trabajador, el patrono y el Estado asumen la necesidad de proceder a la cobertura de ciertos riesgos sociales a través de su participación y aportación financiera con el objeto de poder cubrir las necesidades que el desencadenamiento de un potencial riesgo social puede provocar en el individuo que lo padece.

A diferencia de lo que sucedió con el establecimiento de un sistema planificado y organizado de Seguridad Social, donde apenas hubo resistencia social, las primeras manifestaciones o medidas de previsión social sí tuvieron una implantación y desarrollo difícil al manifestarse, por parte del conjunto de la sociedad, una cierta oposición y resistencia a las mismas, ya que aún siendo conscientes de que existía una cierta inseguridad ligada a la pérdida del trabajo y era necesario, por ende, establecer mecanismos para remediarla, mostraba una oposición o resistencia a la idea de previsión social¹⁵².

El seguro social constituye, tal y como ya hemos visto, una evolución o profundización del mecanismo del mutualismo obrero, del que, a grandes rasgos, se diferencia por la implicación o participación del Estado, que no sólo asume la facultad de gestionar, a través de ciertos entes instrumentales, la protección asegurada, sino que, además, decide participar de forma directa o indirecta en el mantenimiento del coste del aseguramiento a través de bonificaciones.

Partiendo de la necesidad de aumentar la seguridad de los trabajos y mejorar la estructura de la sociedad, el seguro social cumple cuatro funciones esenciales: primero no sólo protege la capacidad de trabajo en el sentido de prevenir y reparar las pérdidas de la capacidad productiva, conservar el factor humano y aumentar sus principales valores (la salud y la capacidad de trabajo), sino que en segundo término, además modifica las posibilidades de trabajo, al influir sobre el mercado de trabajo y

más especialmente sobre el salario, aligerándolo y estableciendo sobre él una nueva carga; en tercer lugar modifica el consumo, regularizándolo al convertir en compradores y consumidores a los beneficiarios de las prestaciones; y, finalmente, modifica la acumulación de los capitales ya que sus diferentes ramas a largo plazo se ven obligadas a constituir reservas matemáticas, cuyo empleo puede dar una nueva orientación a la política de inversiones¹⁵³.

Tal y como señala Cerdá y Richart, “el seguro social, considerado en su aspecto general se caracteriza: 1.) Por exigir, para su funcionamiento, que los cálculos de cuotas e indemnizaciones sean efectuados de conformidad con la técnica actuarial; 2.) Por beneficiar colectivamente a los trabajadores débiles; 3.) Por la intervención que en su organización y funcionamiento tiene el Poder Público; 4.) Por pagarse la casi totalidad de las cuotas por personas ajenas al beneficiario, es decir, por el elemento patronal y por el Estado; 5.) Por ser la indemnización un derecho que corresponde al trabajador cuando éste sufre un siniestro y 6.) Por tener el carácter obligatorio”¹⁵⁴.

La creación del INP y, en especial, la labor desarrollada por este organismo fueron factores esenciales para que se fuese avanzando en el desarrollo y la aplicación de nuevas técnicas de previsión social, como es el caso del seguro social. La Ley que da origen al INP le atribuye, en su artículo 1º, los siguientes fines: “primero, difundir e inculcar la previsión popular, especialmente en forma de pensiones de retiro; segundo administrar la mutualidad de asociados que a tal efecto y voluntariamente se constituya bajo este patronato en las condiciones más beneficiosas para los mismos; tercero, estimular y favorecer dicha práctica de pensiones de retiro, procurando su bonificación, con carácter general o especial, por entidades oficiales o particulares”.

¹⁵² Vid en este sentido, entre otros; “BLANCO RODRÍGUEZ, J.E y LARAÑA PALACIO, M.; *“La teoría de la Previsión Social española en sus iniciadores (1900-1936)”*. Cuadernos de Política Social. Instituto de Estudios Políticos, núm 18, 1953, pág(s) 59-73.

¹⁵³ STEIN, O.; *“Funciones y organización del seguro social”*. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Madrid. 1933. Imprenta y encuadernaciones de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, pág(s) 3-10.

¹⁵⁴Cfr. *“Teoría General...”*. *Op cit*, pág. 139.

Luis Jordana de Pozas en la conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia, el 27 de febrero de 1925, con motivo de la conmemoración del XVII aniversario de la Ley orgánica del Instituto, definió, en un sentido amplio, el INP al considerarlo como: una "institución autónoma creada por el Estado para regir todos los servicios intervencionistas en materia de Seguros Sociales y difundir e inculcar la previsión popular"¹⁵⁵.

Tal y como se establece en la propia Ley creadora de esta Institución, éste "es un organismo creado para fomentar y difundir la previsión popular, realizada en forma de Seguros Sociales. Su creación y sus posteriores desarrollos han obedecido a los mismos principios que en todos los países civilizados han impulsado a los Gobiernos y a la acción particular a evitar que, después de una vida de trabajo, el obrero quede entregado a la miseria o tenga que ser socorrido por la Beneficencia pública al llegar a viejo, o antes, si queda imposibilitado para ganarse el sustento"¹⁵⁶.

Por su parte, el seguro de vejez podría definirse en palabras de Severino Aznar, como: "aquel seguro social que defiende a los económicamente débiles contra la miseria, en que caerían al agotarse, por la vejez, su capacidad de trabajo, en daño de la sociedad entera, con un capital o una modesta pensión o renta vitalicia para los años de su vejez"¹⁵⁷.

El INP optó inicialmente por impulsar el régimen o sistema de libertad subsidiada, de tal manera que, los redactores del proyecto tomaron como referencia las experiencias belga e italiana¹⁵⁸, frente a la experiencia del régimen obligatorio

¹⁵⁵ INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN; *"El Instituto Nacional de Previsión, su obra, orientaciones presentes de los Seguros Sociales"*. Conferencia de D. Luis Jordana de Pozas. Discurso de D. José Marvá y Mayor. Publicaciones del INP. Madrid. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, pág. 15.

¹⁵⁶ INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN; *"¿Qué es el Instituto Nacional de Previsión?"*. Publicaciones del INP. Sobrinos de la Sucesora de M Minuesa de los Ríos. Madrid 1927, pág. 3.

¹⁵⁷ AZNAR, S.; *"El retiro obrero obligatorio. Curso para funcionarios del Instituto Nacional de Previsión. Lección días 6 y 8 de marzo de 1935"*. Imprenta y encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, pág. 5.

¹⁵⁸ "La ley belga de 11 de abril de 1900 implantó integralmente el régimen de libertad subsidiada, sobre la base de la Caja nacional de retiros, reorganizada por esta Ley. Las disposiciones esenciales de la Ley belga consisten en la concesión de subvenciones a las personas que se aseguran en

alemán, a pesar de que el "sistema latino" de libertad subsidiada había sido considerado en el ámbito internacional, en concreto, en el VIII Congreso internacional de Seguros Sociales celebrado en Roma en 1908, como un instrumento no demasiado idóneo para el fin de la previsión social^{159 160}.

La opción por este sistema más flexible de libertad subsidiada desempeñó una importante función estimuladora de la previsión social. Así en clave facultativa, el Instituto Nacional de Previsión, a través del seguro social voluntario, ejerció una importantísima misión educadora al preparar a la masa asegurable para la práctica de los sistemas de Seguridad Social obligatorios que más tarde habrían de implantarse. El Instituto tuvo muy en cuenta que, si coactivamente puede generalizarse lo que es observado por muchos, no es la fuerza medio aconsejable para imponer lo que pocos conocen y casi ninguno realiza, como señala Luis Jordana de Pozas: "antes de gestionar la imposición de un seguro como obligatorio lo ha hecho preceder de un período en

la caja de retiros con objeto de constituirse una pensión de vejez. La prima del Estado es de 60 céntimos por cada franco impuesto, sin exceder de 15 francos anuales, y hasta constituir una renta de 360 francos anuales. La edad de retiro puede fijarse entre cincuenta y cinco y sesenta y cinco años (...). En Italia, la ley de 17 de julio de 1898, modificada por la de 7 de julio de 1901, instituyó una caja de seguros, administrada por el Estado, en la cual están invitados a inscribirse los obreros. Las imposiciones no pueden ser inferiores a 50 céntimos ni superiores a 100 liras anuales; las bonificaciones del Estado se determinan cada año por la administración. A este efecto, los intereses de un fondo especial de bonificaciones se reparten entre los asegurados que hayan hecho imposiciones medias de 6 liras anuales desde su ingreso. Este fondo de bonificaciones comprende una suma de 10 millones de liras. A las pensiones anticipadas de los inválidos y de los obreros de edad avanzada al empezar a regir el sistema se conceden bonificaciones especiales, que les equiparan a los demás (...) También tienen implantado el sistema de libertad subsidiada los cantones suizos de Neuchâtel y Vaud, por las leyes de 29 de marzo de 1908 y de 2 de marzo de 1908, respectivamente.". LÓPEZ VALENCIA, F.; *"La acción patronal en el problema de los retiros obreros"*. Publicaciones del INP. Madrid. 1918. Imprenta de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, pág. 28-29.

¹⁵⁹ "Esta opción se basaba, sin duda, en razones de cautela. Así, el sistema alemán, paradigma de los Seguros Sociales obligatorios fue fruto de unas circunstancias totalmente distintas a las que atravesaba la España de principios de siglo: en el imperio alemán existía importantes precedentes de Seguros Sociales obligatorios, fuerte implantación de la socialdemocracia, opinión favorable de los socialistas de cátedra. Por el contrario, en nuestro país no existía precedentes significativos, las organizaciones obreras eran minúsculas y no existía tampoco una corriente doctrinal partidaria del seguro social. Más bien, había una opinión contraria que vencer". GARCÍA ORTEGA, J; *"El retiro obrero obligatorio: antecedentes y eficacia actual"*. Tribuna Social, nº 39, marzo 1994, pág. 22.

¹⁶⁰ Tal y como señala VIGIL MONTOTO, M, tres eran los sistemas existentes: el sistema establecido en Inglaterra, Nueva Zelanda, el Estado australiano de Victoria, Dinamarca y quizás algún otro país, a cargo exclusivo del Estado; el sistema obligatorio que regían en el Cantón suizo de Ginebra, Francia, Alemania, Austria y que estaba en estudio en otros países como Noruega, Suecia, Rusia y Finlandia; y en última instancia, el sistema oficial facultativo o de libertad subsidiada implantado en España, Bélgica, Italia y el Cantón suizo de Neuchâtel. Cfr. *"Los retiros obreros en España y otros países"*. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, 2 edición, Madrid, 1926, pág. 5 y en este mismo sentido, CODERCH, Rafael; *"Retiros obreros"*. Vol. I, pág(s) 59-78.

que la enseñanza, la propaganda y el llamamiento a la convicción fueron constantes. Y sólo cuando existía una masa considerable de personas que voluntariamente lo practicaban, ha extendido obligatoriamente a los demás lo que la experiencia había aprobado como bueno”¹⁶¹.

Aún reconociendo esta importante labor pedagógica y el importante papel desarrollado por el seguro social de vejez en régimen de libertad subsidiada, la opción por el no establecimiento de un seguro social obligatorio, tal y como sucedió en Alemania restó, como es obvio, eficacia a los efectos reales de previsión social que el seguro podía generar.

La eficacia de un sistema de libertad subsidiada está supeditada a diversos y variados factores, así, por ejemplo, es necesario que en el país donde se aplique exista un nivel de vida próspero que permita a los individuos destinar parte de su capital a la suscripción de un seguro voluntario. En ocasiones, la eficacia del sistema está condicionada a que el Estado otorgue subvenciones o bonificaciones que fomenten su utilización, y en definitiva su aplicación práctica depende en última instancia del nivel de desarrollo de la conciencia social en favor de la adhesión voluntaria al sistema. Tal y como señala, en este sentido, Paul Durand, las dificultades de aplicación del sistema de libertad subsidiada derivan del espíritu imprevisor y de la insuficiencia de recursos con el que hacer frente al seguro, quedando, con frecuencia sólo en poder y en disposición de las clases sociales pudientes¹⁶².

¹⁶¹ INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. *“El Instituto Nacional...” Op cit, pág. 29.* Vid en este sentido la labor de apoyo y educación en la previsión efectuada por SEVERINO AZNAR en su obra *“La vejez del obrero y las pensiones de retiro”*, donde no sólo se considera a la previsión sobre la vejez como una flor de cultura y de energía contrapuesta a la incultura e ignorancia, sino que además se precisa en que consiste la previsión y se destaca cuáles son sus virtudes; salvaguardar la vejez frente a la miseria y la desventura; “La previsión significa ahorro y el ahorro es esfuerzo y privación (...) Si no hacemos esto podemos tener la seguridad de que la enfermedad y la vejez serán para nosotros la miseria y la desventura. Ser previsor significará dedicar una parte, la mayor, a satisfacer las necesidades presentes e ir guardando una partecita para las necesidades futuras, que seguramente vendrán. Ser previsor es ver con tiempo una necesidad e ir ahorrando para tener con qué satisfacerla a su tiempo. Y ahorrar, para el obrero, es limitar sus necesidades actuales, privarse de algún placer inútil, y aun privarse de alguna necesidad que no sea perentoria”. Cfr. *Op cit.* Publicación del Instituto Nacional de Previsión. Madrid. 1915. Imprenta de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, pág. 4-8.

¹⁶² Vid Cfr *“La política contemporánea de Seguridad Social”*. MTySS, Madrid, 1991, pág(s) 119-120. En opinión de este autor, el conflicto entre el seguro facultativo (o de libertad subsidiada) y el seguro obligatorio pone de relieve en el fondo la existencia de dos concepciones de la libertad, “para unos, la

El fundamento filosófico que justifica la necesidad de potenciar y fomentar los Seguros Sociales, frente a otros mecanismos o técnicas de cobertura de los riesgos sociales, es doble; "la imposibilidad de satisfacer, con el esfuerzo individual o familiar, necesidades perentorias esenciales que sienten grandes masas de población y la de evitar las repercusiones perturbadoras que ello produce en la sociedad entera. Los Seguros Sociales son las defensas contra esa imposibilidad y contra sus perturbaciones, y sin ellos los Seguros Sociales no tendrían razón de ser, serían impertinentes e innecesarios, no tendrían fundamento"¹⁶³.

En el caso específico de la vejez, la lastimosa situación en que se encuentran los obreros al cesar en el trabajo justifica el establecimiento de un seguro social específico: "los obreros no tienen más que el trabajo para cumplir el deber de vivir, para hacer eficaz su derecho a la vida que nadie les puede negar, una vez desaparecido el trabajo, su derecho a la vida no tiene más garantía que el capricho tornadizo de los demás. Estas son las repercusiones de dejar sin satisfacer y sin garantizar el derecho a la vida de los obreros viejos, que ya no pueden trabajar, y esas repercusiones e injusticias, unidas a la imposibilidad en que esos viejos están para poder vivir por su cuenta, es el fundamento doctrinal del seguro de vejez"¹⁶⁴.

Habitualmente son muy escasos los medios propios de que dispone el obrero para hacer frente a la vejez; "el obrero en general no gana un salario suficiente. Viviendo con la mayor austeridad y administrando, mejor que un Ministro de Hacienda, el pobre presupuesto de su hogar, apenas puede atender a las imperiosas necesidades del día. No hay que pensar en que pueda ir acumulando y ahorrando un capital con que vivir los años últimos de su vida, cuando ya sus brazos, cansados, no podrán darle el trabajo que es su pan. La vejez le sorprende indefenso, sin reservas. Entonces, que

libertad es la facultad reconocida al hombre de obligarse sólo por su propia voluntad: el hombre es libre desde el momento en que él decide soberanamente realizar un acto, incluso si las condiciones económicas, sociales le obligan de hecho a abstenerse o actuar. Para otros, el hombre no es libre más que si se ha liberado efectivamente de los condicionamientos que pesan sobre él y que dificultan su completo desarrollo en tanto que persona humana". *Ibidem*, pág. 120.

¹⁶³ AZNAR, S.; "El retiro obrero obligatorio ..." *Op cit*, pág. 7.

¹⁶⁴ INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS. "Los Seguros Sociales". Madrid, 1947, pág. ?

tiene menos resistencias para el sufrimiento, es cuando va a comenzar el horrible calvario de la miseria sin esperanza. A una larga vida de trabajo y de privaciones le espera el triste premio de la humillación y el hambre”¹⁶⁵, y es por ello que se hace necesario que el Estado y el patrono participen ofreciéndole un sustento a éste y le inciten con el ejemplo a practicar el ahorro y la previsión.

Aún siendo facultativa la participación en el seguro social de vejez, el INP otorgaba unas bonificaciones a aquéllos que, voluntariamente, optaban por suscribirlo, “mediante las cuales, de una parte, se estimula a los ciudadanos a ser previsores y preservar en la previsión, y, de otra, se presta legítima ayuda a los que dan el edificante ejemplo de ayudarse a si mismos, para no ser carga de los demás”¹⁶⁶. Las pensiones que el Instituto ofrecía podían suscribirse a capital cedido o a capital reservado, “la pensión es a capital cedido cuando el imponente cede las cuotas que va pagando a cambio de la pensión que ha de cobrar desde que llegue a la edad estipulada hasta su muerte. La pensión a capital reservado es aquella en que con las cuotas se compra la pensión y además se asegura un capital, que se entregará a los herederos o derechohabientes al ocurrir la muerte del asegurado”¹⁶⁷.

Frente al supuesto de renta diferida suscrito a capital cedido, en el que asegurado concertaba un seguro de pensión de retiro al que accedía al alcanzar la edad de retiro y cesar en el trabajo y que mantenía hasta su muerte, tal y como ahora lo concebimos, en la renta suscrita a capital reservado, el disfrute del seguro de pensión de retiro se extendía a los herederos o derechohabientes del asegurado, convirtiéndose entonces en una especie de capital-herencia. En este segundo supuesto, el asegurado concertaba un “doble” seguro, por cuanto que además de la pensión de retiro se aseguraba un capital que a su fallecimiento se entregaba a sus herederos o derechohabientes.

¹⁶⁵ AZNAR, S. “*La vejez del obrero y...*” *Op cit*, pág. 3.

¹⁶⁶ LEAL RAMOS, L.; “*El primer balance del Instituto Nacional de Previsión*”. Conferencia pronunciada en la Unión comercial de Sevilla el 19 de marzo de 1917. Publicaciones del INP. Madrid. 1917. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, pág. 19.

¹⁶⁷ INSITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN, “*¿Qué es el ...?*”. *Op cit*, pág. 7.

Los dos tipos de pensiones no sólo obedecen a propósitos distintos, sino que es posible considerar que al atenderse la previsión con un alcance distinto en un caso individual y en otro colectivo su configuración es diferente; “la pensión a capital cedido representa la previsión exclusivamente personal, el esfuerzo consagrado a asegurar nuestro porvenir. Es una forma de previsión simple. La pensión a capital reservado combina la pensión personal con el seguro de vida; da al ahorro una doble aplicación; es, como si dijéramos, una forma de previsión compuesta, previsión para nosotros y para los que de nosotros dependen”¹⁶⁸.

La elección de una u otra forma de pensión era libre, si bien como es obvio la suscripción de una pensión en el modelo de renta a capital reservado era más costosa que la suscrita a capital cedido, y en la práctica la elección de la forma de pensión se hacía depender de las necesidades o circunstancias del asegurado, así, si éste carecía de obligaciones familiares optaba por norma general por la renta a capital cedido, mientras que si tenía de mujer e hijos a los que cuidar y mantener, lo más frecuente era concertar una renta a capital reservado para que en el momento de su fallecimiento éstos dispusiesen de algún capital como medio de subsistencia¹⁶⁹.

El Instituto Nacional de Previsión admitió cuatro combinaciones de la pensión suscrita a capital reservado; en primer lugar podía constituir una renta pagadera desde la edad de 55, 60 ó 65 años con derecho a devolución de la totalidad de las aportaciones al producirse el fallecimiento del titular de la pensión con independencia del momento en que ésta se produjese, ya aconteciese antes o después de la edad de retiro; también se podía constituir una renta en las mismas condiciones que acabamos

¹⁶⁸ INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. *“Pensiones de retiro para la vejez”*. Madrid. 1912. Imprenta del Colegio Nacional de Sordomudos y ciegos, pág. 10. En este mismo sentido vid. INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. *“Que es el Instituto Nacional de Previsión. Su origen. Operaciones que realiza. Disposiciones por que se rige. Tarifas”*. Madrid. 1910, pág. 12 e INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. *“Tarifas de pensiones vitalicias diferidas a capital reservado”*. Madrid. 1909, pág. 4.

¹⁶⁹ “Las pensiones a capital reservado pueden ser más convenientes, en muchos casos que las pensiones a capital cedido. La elección de una u otra forma de previsión depende de las circunstancias individuales del adquirente. A aquel que no tenga obligaciones de familia, le convendrá más adquirir una pensión a capital cedido. Aquel otro que tenga que cuidarse, no sólo de su propio porvenir, en los años de la vejez, sino de la suerte de su mujer e hijos o de sus padres ancianos, hallará en las pensiones a capital reservado el medio de conciliar la previsión personal con el cumplimiento de estas otras sagradas obligaciones impuestas por los lazos de la familia”. *Ibidem*, pág. 12.

de ver, pero con derecho sólo a la devolución de la mitad de las aportaciones efectuadas; en tercer lugar, se podía convenir asimismo la devolución de las mismas sólo para el caso en el que el fallecimiento se produjese con anterioridad a la edad de retiro; o bien, en última instancia, se podía acordar en el mismo supuesto anterior (fallecimiento antes de la edad de retiro) que el reembolso sería el equivalente al importe correspondiente a la mitad de las aportaciones efectuadas.

El importe de las imposiciones que se habían de realizar en el supuesto de suscripción de una pensión a capital reservado tenía un alcance y significación que era diferente según cuál hubiese sido la modalidad de pensión escogida. En este sentido, tal y como señala el propio Instituto Nacional de Previsión: "entre estos cuatro tipos de pensiones a capital reservado existen dos substanciales diferencias. La primera se caracteriza por el valor de reembolso: la totalidad, o solamente la mitad de las sumas entregadas; de tal modo que, que, optándose por la mitad, se puede contratar con condiciones menos onerosas que si se estipula la devolución íntegra. La segunda diferencia se refiere a la época (momento) estipulada para el reembolso: o el capital es siempre reembolsable, al fallecimiento del titular, sobrevenga la muerte antes o después de la edad en la cual la pensión debía percibirse, o no es reembolsable sino cuando el fallecimiento ocurra antes de esta edad; esta última combinación es naturalmente la más económica, puesto que limita el riesgo. Adoptándose este género de pensión un padre de familia puede afirmar fundadamente que, cuando llegue a la edad del retiro, sus hijos estarán en condiciones de ganarse la vida, y que a él lo que le preocupa es garantizarles contra el riesgo de quedar en la indigencia, si muriese antes de esta época, es decir, cuando quizás se encontraría en la más tierna edad"¹⁷⁰.

El incentivo de la bonificación a que daba derecho las aportaciones de los trabajadores, no contribuyó a que se extendiera este mecanismo de previsión social¹⁷¹;

¹⁷⁰ INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. "El Instituto Nacional" *Op cit*, pág. 10-11; en este mismo sentido: *Cfr "Tarifas de pensiones vitalicias..." Op cit*, pág. 4. "Pensiones de retiro..." *Op cit*, pág. 12-13 Tal y como señala en este último supuesto al suscribirse una pensión a capital reservado, el ahorro encuentra una doble aplicación: la de previsión personal y la de seguro en beneficio de las personas con quienes nos ligan los deberes y los afectos de la familia.

¹⁷¹ Según datos facilitados por GARCÍA ORTEGA, J, "el número de afiliados facultativos fue insuficiente, sin duda alguna debida a la imposibilidad objetiva de los trabajadores de detraer de los bajos

de un lado la no existencia de costumbre previsoras y de otro, la insuficiencia de los salarios fueron unos serios obstáculos para que se pudiera consolidar este mecanismo facultativo de previsión social¹⁷².

El mecanismo de funcionamiento era algo complejo; a cada solicitante de una pensión de retiro se le abría una cuenta individual en los libros del Instituto Nacional de Previsión, en ella se abonaban tanto la imposición inicial como las posteriores que se efectuasen, así como sus correspondientes bonificaciones. El titular de la cuenta no estaba obligado a efectuar ninguna aportación periódica. Anualmente en el mes siguiente al cumplir años el titular, el INP expedía un certificado donde establecía cuál era la pensión que, de conformidad con la respectiva tarifa de pensión de retiro, correspondía a la totalidad de las imposiciones realizadas desde el anterior cumpleaños, y la pensión anual vitalicia que en su día iba a cobrar el titular era el equivalente a la suma de todas las pensiones declaradas anualmente desde la emisión de la libreta individual del interesado hasta la fecha establecida para el inicio del pago de la misma, por parte del propio Instituto Nacional de Previsión.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 14 de la Ley de 27 de febrero de 1908, se estableció una imposición mínima y una máxima, al disponerse que: "no se admitirán imposiciones que excedan de las necesarias para producir una pensión máxima de 1.500 pesetas a favor de la misma persona, ni entregas inferiores a 50 céntimos de peseta". Las pensiones superiores a 60 pesetas anuales se abonaban mensualmente, las demás anualmente y todas tenían atribuida la condición de inembargabilidad, no siendo además posible su transmisión.

jornales el dinero necesario para pagar la prima del seguro. Así, a finales de 1909 había 1.261; 8.313 en 1910; 65.350 en 1915; 109.236 en 1920; 123.820 en 1925; 170.047 en 1930 y 189.020 en 1935". *Cfr. Op cit*, pág. 23.

¹⁷² En opinión de CERDÁ Y RICHART, B, son cuatro las objeciones que pueden establecerse al seguro libre, objeciones que dificultan su aplicación generalizada: "si se deja al obrero la libertad de asegurarse contra sus riesgos, no lo hará por las razones siguientes: 1ª Porque su salario no será la fuerza económica suficiente para atender a los gastos exigidos por los seguros; 2ª Porque es indispensable una verdadera estimación de la previsión para que el obrero se de cuenta de los beneficios que aquella puede proporcionarle; 3ª Porque la imprevisión es inherente a la naturaleza humana y 4ª Porque el obrero no se decidirá, la mayoría de las veces, a sacrificar una parte de su bienestar presente

La edad del individuo en la fecha en que se efectuaba la imposición era un factor esencial para el cálculo de la misma, siendo responsabilidad del propio sujeto declarar su edad en el momento de concertar la pensión, si bien el INP se reservaba, la facultad y el derecho de reclamar en su día testimonio fehaciente de la fecha de nacimiento.

En síntesis, se puede considerar que: “el importe de la pensión se calcula por cada entrega, por mínima que sea, según la edad del asegurado, aplicando tarifas establecidas con extremada precisión, conforme a las reglas matemáticas conocidas y aplicada en Francia en materia de seguros sobre la vida y sobre la base de un interés de $3 \frac{1}{4}$ por cien anual. Este importe se calcula sobre la cifra neta de la entrega, sin hacer deducción ninguna por gastos de administración ni cualesquiera otros. Por el contrario, los asegurados se benefician de los excedentes de los ingresos y de las diversas bonificaciones de carácter general provenientes del Estado, de Corporaciones o de particulares. Las cifras contenidas en las Tarifas indican la suma que el Instituto pagará anualmente durante toda la vida del titular, a partir de los cincuenta y cinco, sesenta o sesenta y cinco años, por cada peseta entregada, al respecto de la edad que tenía dicho titular en el momento de la imposición. En otros términos: cada entrega se considera como una prima única, pagada por la adquisición de una renta anual vitalicia a partir de la edad prefijada en el contrato. Cumplida esta edad, el total de las pensiones de este modo adquiridas por cada una de las imposiciones efectuadas, sea cual fuere la época en que se realizaron, constituye la pensión anual que debe satisfacer el establecimiento. Con este sistema (y en esto consiste el carácter notable en extremo y liberal del régimen consagrado por la Ley española de 1908) no hay ninguna obligación de hacer imposiciones periódicas o a fechas fijas: interrumpiendo o cesando el titular es sus entregas, éste no pierde nada de su derecho, una vez adquirido por entregas anteriores”¹⁷³.

Seguramente, fue esta consideración de cada aportación efectuada como una prima única que permitía al asegurado verse liberado de la obligación de hacer imposiciones periódicas, una de las grandes ventajas que pudieron encontrar los

en aras de eventualidades y contingencias que pueden no presentarse o presentarse muy tardíamente”. Cfr. “*Teoría general...*”. *Op cit*, pág. 148.

obreros del sistema de libertad subsidiada, implantado por el Instituto Nacional de Previsión, frente a los sistemas obligatorios, "es decir, la de la libertad en que el afiliado queda de hacer sus imposiciones cuando pueda y bien le parezca, libre, por tanto, del agobio de la prima periódica, de la que ineludiblemente se ha de pagar cada año o cada trimestre, y que es, en verdad, torturante, para quienes, por falta de recursos, se han de ver, con frecuencia en la dura alternativa de perder los derechos adquiridos por falta de pago, de aceptar una liquidación desventajosa de su contrato o póliza, o de pagarla privándose hasta de lo más necesario o contrayendo deudas ruinosas. El Instituto, en efecto, no exige periódicas imposiciones, aunque las aconseja: por cada imposición que recibe acredita una pensión, y así, la que en su día paga al asegurado es la representada por la suma de las pensiones correspondientes a las diversas imposiciones hechas en los años anteriores al elegido para empezar a recibir el retiro"¹⁷⁴.

Pese a no ser muy significativo el volumen de seguros suscritos, el régimen de seguro de vejez establecido en España en 1908 tuvo con el transcurso de los años, una buena acogida¹⁷⁵ y cumplió una función esencial, tal y como ya he tenido ocasión de señalar, como es la de fomentar la práctica del seguro social hasta entonces desconocida en España. El Instituto Nacional de Previsión, en este sentido, promovió y difundió por medio de la propaganda, de sus publicaciones y estudios las diferentes actividades que el Instituto tenía atribuidas, en especial su actividad previsor.

¹⁷³ INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. "EL Instituto..." *Op cit*, pág. 11.

¹⁷⁴ LEAL RAMOS, L.; "El primer..." *Op cit*, pág. 7-8. Es especialmente gráfico y significativo el ejemplo explicativo desarrollado a continuación, según el cual un obrero que hiciese imposiciones mensuales y que con ellas, las bonificaciones patronales y del Estado, acreditase en su cuenta 40,50 pesetas cuando tuviese 25 años, 96 al año siguiente, 105 al otro y 108 cada uno de los siguientes, alcanzaría, para los 65 años de edad, la pensión de 25,75 pesetas por las imposiciones del primer año referido, 58,75 por las segundas, 61,84 por las del tercero, 61,23 por las de cuarto y 58,86 por las del quinto, o sea, en total 266,43, que sería la cantidad que, año en pos de año, cobraría el obrero desde que cumplierse los 65.

¹⁷⁵ Entre las diferentes causas de la satisfactoria aceptación que encontró el Instituto por parte del pueblo español, destaca; "la conciencia, que cada día va teniendo más clara de, de los riesgos del trabajo, y, por consiguiente, de lo que es y de lo que consigo lleva aparejada la vejez, la muerte prematura, la invalidez, el anhelo legítimo, y cada vez más vehemente, de ponerse a cubierto de los apuntados siniestros sociales, y como consecuencia de todo, la discreción y buen juicio y el certero instinto, tal vez en los menos ilustrados, para buscar el summum de las ventajas y las garantías y colocarse bajo la égida protectora del organismo que se las ofrece". *Ibidem*, pág. 7.

El sistema de seguro de vejez regulado por la ley de 27 de febrero de 1908, fue concebido como un sistema con un marcado carácter transitorio, por cuanto que el fin último, era la instauración de un sistema de Seguros Sociales obligatorios. En palabras de López Nuñez, el régimen de libertad subsidiada “es muy propicio para la educación de las masas, así trabajadora como capitalista. El Estado, en efecto, en este régimen, se impone, desde luego, la obligación de seguro social, bonificando las pensiones creadas por el esfuerzo individual, ya del patrono, ya del obrero, y, al propio tiempo, ofreciendo a unos y otros el instrumento técnico necesario para la práctica de este seguro. Pasados algunos años, cuando la experiencia haya dado ya los primeros frutos saludables del régimen, cuando se hallen difundidas por todas partes, así las doctrinas del seguro social como las reglas prácticas para obtener sus ventajas, cuando una gran masa de beneficiarios demuestre la posibilidad de los esfuerzos individuales, entonces ya nadie podrá alegar ignorancia, y será llegado el momento de implantar el seguro social con carácter obligatorio para los reacios”¹⁷⁶.

Cumplió, así pues, este primer seguro social de vejez una doble función: educar a la sociedad en la cultura de la previsión y destacar, por medio del ejemplo voluntario individual, cuáles son las virtudes fundamentales de este mecanismo de previsión, haciendo, de esta manera, más factible su aceptación y favoreciendo su implantación general con carácter obligatorio.

3. El establecimiento del retiro obligatorio.

El establecimiento de un sistema de retiro obligatorio forma parte del cambio de mentalidad que va imponiéndose en la sociedad sobre los riesgos y necesidades de los individuos y la forma de remediarlos, que se sustenta en la convicción, en otro momento ya apuntada, de que la edad condiciona la capacidad y aptitud profesional del individuo, y siendo necesario garantizar un descanso a aquéllos que han dedicado parte de su esfuerzo personal al desarrollo de una determinada actividad profesional.

¹⁷⁶ Cfr. *Op cit*, pág. 11.

La aparición del seguro de vejez, primero con carácter facultativo, después extendiéndolo con un alcance obligatorio, supuso dar un cierto vuelco a la atención prestada hasta entonces a la ancianidad, ya que se pasó de abandonar al anciano a su suerte, generalmente vinculada ésta a un asilo o la práctica de la mendicidad, a dotarle de una pequeña pensión; “el nuevo régimen significa una rectificación de conducta. En vez de asilados o mendigos, se hace de ellos unos pequeños rentistas. Con su renta, encontrarán las caras alegres de los hijos, que les cederán un rincón en su hogar, o pasarán solos los últimos días de su vida, sin exponerse al cierzo de los caminos y al otro cierzo, más duro, de la miseria y de sus humillaciones”¹⁷⁷.

Tal y como posteriormente tendremos ocasión de apreciar, fue cada vez mayor el sentimiento favorable a la obligatoriedad del seguro social como mecanismo que permite garantizar un sustento en favor del anciano; así, señala Severino Aznar, la implantación del retiro obrero, comporta ventajas al patrono tanto en el orden moral como en el orden económico; desde el punto de vista moral “hace más apacible y tranquila la vejez de sus obreros y se reduce así la horrenda contribución que pagaban al dolor y a la miseria (...) Crea un ambiente de mayor justicia: echar a los viejos inútiles al asilo o a la mendicidad parecía un acto inhumano; ya tienen un medio de librar a su clase de esa acusación, de mostrarse más justa y más humana. (...) Tiene el obrero un derecho reconocido, en virtud de lo cual ve al patrono más justo y a su porvenir más tranquilo y gozoso. Eso tiene que traducirse necesariamente, a la larga, en satisfacción interior, y, por tanto, en mayor paz y tal vez en mayor rendimiento de trabajo”, desde el punto de vista económico; “ya no tendrán los buenos patronos que sostener a sus obreros viejos, a quienes no echaban a la calle por lástima, pero quienes apenas les daban apreciable rendimiento de trabajo. Esos viejos tendrán su pensión su renta, y los patronos podrán sustituirlos por obreros jóvenes y fuertes sin remordimiento”¹⁷⁸.

¹⁷⁷ AZNAR, S.; *“Algunas acotaciones al nuevo régimen legal de retiros obreros”*. Publicaciones del INP. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. 3a edición. Madrid. 1925, pág. 26-27.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pág. 48.

La experiencia alemana, que desde sus inicios optó por el establecimiento del seguro social con carácter obligatorio, fue, en cierta medida, el ejemplo a seguir, y se convirtió en el espejo en el que reflejarse; así, poco a poco, se fue imponiendo con menor o mayor intensidad la necesidad de impulsar el sistema obligatorio como paso previo al establecimiento de un sistema articulado de Seguros Sociales.

3.1 Retiro y vejez dos conceptos diferenciados.

A partir de la aparición del seguro de vejez en el régimen de libertad subsidiada, es cuando se emplea, por vez primera, de forma expresa, el término de retiro frente al de vejez utilizado hasta entonces. Cuestión ésta en la que se ve de manifiesto muy gráficamente al instaurarse el año 1919, tal y como más adelante veremos, el seguro obligatorio de vejez, al hacerse mención expresa de la intensificación que el mismo ejerce sobre el retiro obrero en el propio RD por el que se aprueba.

Aún siendo cierto que la idea de vejez y retiro aparecen coligadas de forma inseparable al ir desarrollándose las diferentes medidas de previsión social y de protección del riesgo de la vejez, se trata de dos conceptos diferenciados que, aunque se manifiestan generalmente de forma simultánea, obedecen a ideas y conceptos diferentes.

La vejez constituye una fase del ciclo vital del individuo, el estadio final o de desenlace de la vida del ser humano que acaece de muy variadas y diversas maneras, en atención a cuestiones tan heterogéneas como el entorno social, las condiciones sanitarias del propio individuo y de la sociedad a la que pertenece, del medio en que se éste se halla inserto, de la época histórica de referencia, etc; cuestiones todas ellas que dificultan el establecimiento de un momento unificado de inicio de esta etapa vital, aún cuando a nivel sanitario es posible señalar que la aparición de ciertos síntomas permiten indicar que el sujeto, a nivel particular, accede a este estadio biológico.

Por su parte el concepto de retiro está mucho más próximo a la idea de protección social, entendida ésta como conjunto de mecanismos o medidas tendentes a proteger a los individuos frente a los riesgos o contrariedades que éstos padezcan y que genere en él o en sus familiares con los que conviven, una situación de necesidad. Así, la persona se hace merecedora de un derecho al descanso, un retiro cuando al cumplir una determinada edad disminuye su capacidad y se va de forma gradual separado del mundo laboral ordinario.

En el desarrollo histórico de la vejez y de su tratamiento, hemos podido apreciar como se combinan estas dos ideas, pudiéndose constatar que la sociedad inicialmente y los Poderes públicos con posterioridad se ha preocupado tanto de la pérdida general de capacidad ganancial que el sujeto sufre con la edad y que le excluye, en ocasiones, del entorno profesional, como del descanso de que se ha hecho acreedor el individuo después de haber dedicado una parte importante de su esfuerzo personal al progreso individual y colectivo.

Prácticamente hasta finales del siglo XIX y principios del XX, las medidas de protección de la vejez se centraban en el ofrecimiento de un sustento que los miembros de una determinada comunidad ofrecían a sus ancianos con el fin de garantizar su subsistencia. La finalidad que se buscaba con la entrega de este sostén era facilitar un desenlace digno de la vida del individuo para que, ante la escasez y dificultades de previsión, no se viera abocado él y en ocasiones también su entorno familiar a vivir en la miseria. Hemos tenido ocasión anteriormente de apreciar cuáles han sido los llamamientos que en este sentido se hicieron para combatir y corregir la lastimosa situación y condiciones de vida de los ancianos.

Una vez se han establecido y extendido las medidas de previsión social es cuando aparece unida a la vejez la idea del derecho al descanso o retiro. El individuo, en atención al trabajo realizado, y a los años de dedicación profesional empleados, se hace acreedor de un derecho al retiro, sin que ello vaya, en modo alguno, en perjuicio de él ni de su familia.

Se liga de esta manera el retiro con el derecho a la vida; "nadie tiene más derecho a descansar como el que trabajó durante muchos años. Nadie tiene tanto derecho a una pensión en la vejez como el que se hizo viejo rindiendo en el trabajo su juventud y madurez"¹⁷⁹, y aun manteniendo que la atención de los viejos es una labor que compete al Estado, no puede defenderse que sea una función privativa de éste, de tal manera que tanto el patrono como obrero están obligados a colaborar en el desarrollo y ejecución de esta función preventiva. El patrón porque se beneficia del trabajo prestado por el obrero que es el origen de su desgaste orgánico, así se convierte la aportación patronal, tal y como más adelante veremos, en parte de salario que se reserva para atender las necesidades que el obrero tendrá en la vejez, y el obrero porque no puede permanecer pasivo ante los beneficios y estímulos que recibe tanto del Estado como del patrón, aportando los medios económicos que estén a su alcance para remediar las necesidades futuras.

Es por este motivo que se va extendiendo la idea de previsión social. El individuo y la comunidad deberán procurar garantizar que, en el momento de cumplimiento de una determinada edad, se genere, en favor de aquéllos que cumplen la edad fijada, un sustento con el que poder garantizar no sólo su porvenir, sino muy significativamente su derecho al retiro.

Como más adelante tendremos ocasión de examinar, no son pocas las veces en las que, la idea de retiro o jubilación se une a la necesidad de fomentar el empleo en pro de los desocupados, tratándose de promover y estimular el denominado "relevo generacional".

¹⁷⁹ DE CASTRO, C.; *"Hacia otra España. Los retiros obreros"* en el Heraldo de Madrid, 31 de octubre de 1931, artículo de prensa transcrito y recogido en *"Preparación de las bases de un proyecto de ley de Retiros obreros"*. Ponencia nacional de Retiros Obreros. Secretaría General. Madrid, 1918. Sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, pág. 123. Este mismo autor señala que, si bien el intervencionismo del Estado en los retiros obreros era, en principio, una acción patriarcal y económicamente vindicadora, en el sentido de entender que frente a la desidia individual y colectiva opone el Estado su misión tutelar y vigilante a la omisión distributiva patronal, imponiendo una función reparadora del olvido económico, poco a poco se fue abandonando este carácter intervencionista y se fue pasando a la doctrina societaria de restitución, "según esta doctrina, las cantidades que el Estado, en primer término y los patronos, después, deben destinar a los retiros obreros, no representa una gracia, sino un derecho indiscutible. Ello se relaciona con el intercambio político entre el Estado que recauda los tributos y el obrero, que obtiene los servicios públicos. De consiguiente, los retiros obreros, tienen

En síntesis puede destacarse que, en la evolución del tratamiento que se ha dispensado a la vejez podemos observar como de unas primeras medidas de atención tendentes a proteger al anciano frente a los achaques propios de la vejez y evitar su desamparo, se pasa a fomentar y potenciar el desarrollo de otras medidas que favorezcan el derecho al descanso o retiro del individuo y, acompañadas de algunas otras medidas conducentes a potenciar y favorecer la jubilación como una mecanismo de fomento del empleo.

La vejez constituye un concepto mucho más amplio que el de retiro, de hecho es el propio estadio de vejez lo que genera que se devengue el derecho al retiro. A su vejez la situación que en sentido estricto da derecho al retiro, convirtiéndose en condición necesaria para el acceso al mismo el cumplimiento de una determinada edad. Siendo la vejez un estadio que se encuentra ciertamente ligado al de retiro, no son dos conceptos sinónimos; la vejez es una de las etapas o ciclos de la vida del ser humano y el derecho al retiro es una de las medidas previstas para garantizar una ancianidad más o menos digna, así, si bien las políticas de protección de la vejez mantienen con fuerza el derecho al retiro, incluyen otras medidas complementarias, de carácter más estrictamente asistencial, de atención psicológica, de ocio y diversión, etc.

3.2 Aspectos fundamentales sobre los que se construye este sistema de protección de la vejez.

La aparición del seguro de vejez, en su versión facultativa u obligacional, obedece a un propósito claro del Estado de abandonar las medidas coyunturales de atención a la vejez y establecer mecanismos que garanticen, en la medida de lo posible, la suficiencia ante la magnitud de ciertos riesgos, tales como éste.

ya aquí un carácter de servicio público, como la educación o la sanidad, y el Estado no puede excusarse de prestarlos bajo ningún concepto. *Ibidem*, pág. 124.

A través del mecanismo del seguro social, lo que se trata es de garantizar que el individuo no quede privado de medios de subsistencia, capital, cuando cumpla la edad de acceso al retiro, “la finalidad esencial, la razón de ser misma del Seguro está constituida por la atención de modo adecuado y, por consiguiente, suficiente y ponderado de las necesidades eventuales, extraordinarias, que inciden sobre la economía del trabajador y de su familia y, como consecuencia, debe restablecer el preciso equilibrio económico para llegar a conseguirlo, en lo posible, anular tales consecuencias económicas, compensándolas, y debe facilitar además los medios propios para reparar los daños que afectan a la salud e integridad física”¹⁸⁰.

Las Instituciones Gremiales a través del mutualismo ya intentaron proteger al obrero anciano, pero las dificultades reales de crear fondos suficientes con los que poder dar cumplimiento efectivo a este propósito hicieron que fracasase este primer intento de establecer una renta o pensión de retiro.

El aspecto fundamental o característica básica del sistema de protección de la vejez instaurado a principios de siglo reside o se basa en el hecho de implicar al Estado en el desarrollo de este mecanismo o sistema de protección, ya que es, al parecer, sólo a través de la participación de los poderes públicos cuando se puede garantizar la efectividad del mismo.

La participación del Estado en el sistema del seguro social se centra no sólo en la gestión del sistema, al que se le atribuye un carácter público, sino que además, y fundamentalmente, el Estado contribuye con su participación en la financiación del sistema por medio de sus aportaciones¹⁸¹.

¹⁸⁰ SÁNCHEZ MONÍS, F; *“Ensayo sobre un seguro social de vejez e invalidez y muerte en un sistema unificado de Seguros Sociales”*. RISS, 1956 (II), pág. 877.

¹⁸¹ LÓPEZ NUÑEZ, mantiene en este sentido que la participación del Estado en el seguro social y el carácter obligatorio que le es atribuible a éste derivan de la función social que ejerce la previsión, así, partiendo de la idea de que la previsión constituye una función social y que sin ella sería imposible la vida colectiva; asimismo establece que le corresponde al hombre no menospreciar el derecho que tiene a ser previsor con la finalidad de no poner en peligro la vida de la sociedad, “siendo pues la previsión una función social, es inevitable su cumplimiento por parte de todos y la sociedad unificada, o sea, el Estado, ha de procurar por cuantos medios tenga a su alcance, facilitar este cumplimiento y evitar su abandono. En este aspecto es como puede entenderse la obligación, que no merece estrictamente este nombre, sino en cuanto es una cierta acción natural e interna, a la que la voluntad humana sólo puede

La implicación del Estado en el marco de los Seguros Sociales, va más allá de la simple participación de éste como ente gestor del sistema, ya que destaca, por encima de todo, su aportación al sostenimiento del mismo a través de aportaciones económicas específicas.

Por muy contradictorio que pueda parecer la implantación y desarrollo del sistema de Seguros Sociales que se inició en Alemania y se extendió después a otros países, debe señalarse que ese proceso surge, en cierta medida, con un cierto y marcado carácter defensivo e integrador, ya que fue ante el auge del movimiento obrero y con clara la intención o propósito de incorporar a la clase obrera en el propio sistema establecido, que se dio impulso en la Alemania de Bismarck a la creación y de desarrollo a finales del siglo XIX e inicios del XX de los primeros Seguros Sociales.

La técnica del seguro social es, en gran parte y en este sentido, una adaptación y extensión del mecanismo del seguro privado adecuado a la protección de los riesgos sociales, en la que sobresale, entre otras cuestiones, la implicación o participación del Estado y el hecho de establecerse una cierta correspondencia entre aportación y prestación. A medida que se va ampliando cuantitativa y cualitativamente la participación del Estado y se extiende el ámbito de protección del seguro a un mayor número de riesgos sociales se va distanciando el seguro social del seguro privado.

Es importante destacar, en cualquier caso, que, si bien la técnica del seguro social se inspira en la del seguro privado, son numerosas las diferencias que existen entre uno y otro tipo de seguro; los Seguros Sociales, por norma general, son obligatorios o bien tienden a serlo, tienen por objeto básico y fundamental proteger a las personas económicamente más débiles, los riesgos objeto de aseguramiento son normalmente difíciles o imposibles de cubrir a través del seguro privado, los recursos

oponerse por un verdadero desorden moral. No se fuerza, pues, la libertad humana obligando a los hombres al cumplimiento de estas obligaciones sociales; antes bien, lo que se hace con esta coacción es mantener la voluntad en la esfera de su propio ejercicio, y evitar que, por circunstancias fortuitas y apartadas del recto camino, permanezca excéntrica al orden moral, sin el que sería imposible que el hombre cumpliera su misión providencial en el mundo". Cfr. *"Ideario de previsión social"*, Madrid, 1947, pág. 91.

del sistema proceden no sólo de los asegurados, sino también de personas que no están aseguradas y que no van a recoger sus beneficios, y en última instancia el seguro social no persigue un fin lucrativo. El seguro privado, por su parte, se fundamenta en la participación libre y voluntaria de las personas interesadas, los recursos del sistema se constituyen con carácter exclusivo sobre las aportaciones de los interesados o de aquellas realizadas por otras personas en su nombre, se contrata libremente el beneficio se seleccionan los riesgos objeto de protección y se actúan por un claro móvil o interés lucrativo¹⁸².

A pesar de las diferencias existentes entre el seguro privado y el seguro social, no cabe duda alguna, que, en cierta medida, este último es una síntesis, un compendio de las medidas anteriores: "los Seguros Sociales se constituyen mediante la combinación de fórmulas preexistentes: recogieron las ideas del mutualismo, en lo relativo a la coordinación de esfuerzos solidarios ante el infortunio y adoptaron la técnica del seguro privado, puesta al servicio de los fines asistenciales del Estado"¹⁸³.

¹⁸² Vid en este sentido, entre otros, JIMÉNEZ, I; *"El seguro social y el privado"*, Madrid, 1934 pág(s) 2 y ss. El papel intervencionista que adopta el Estado, fiscalizando el funcionamiento de las empresas aseguradoras, el manejo de los fondos confiados por los asegurados y las condiciones de las pólizas, en modo alguno pueden conducirnos, tal y como señala GOÑI MORENO, a confundir el seguro social con el seguro privado, por cuanto que en opinión de este autor "se distinguen uno y otro a través de diversos elementos concurrentes: 1) objetivos: los seguros privados resarcen el daño económico mediante compañías aseguradoras que persiguen fines de lucro. Los Seguros Sociales se organizan en cumplimiento de finalidades sociales y públicas sin perseguir fines de lucro; 2) modalidades del vínculo: a) voluntariedad u obligatoriedad. En los seguros privados las relaciones celebradas por la libre voluntad del asegurado dan lugar a contratos de derecho privado. En los Seguros Sociales, el vínculo del cual surgen es obligatorio para el trabajador, para el dador de trabajo y para las instituciones públicas a las cuales se transfiere la gestión de los seguros (...); 3) formación de la relación, la génesis de las relaciones del seguro privado presupone la autonomía del empresario y del instituto asegurador, desembocando en un explícito acuerdo contractual (...) en la previsión social, la ley que protege un interés público, se sustituye a la autonomía privada; determina la naturaleza de la prestación y fija los límites de la contribución (...); y 4) obligaciones del asegurado. En los seguros privados al celebrarse el contrato se exige el pago de una prima proporcional a las probabilidades del riesgo o suceso imprevisto ajeno a la voluntad de los contrayentes. En los Seguros Sociales, el aporte no constituye una cantidad equivalente a la contraprestación, o sea al riesgo asumido por el instituto asegurador. Las relaciones tampoco se desarrollan sobre cálculos de equivalencia entre prima y riesgo, ni se ejercita con el criterio de la correlatividad entre prestación y contraprestación". Cfr. *"Derecho de la previsión social"*. I. Parte General. Ediar, Sociedad Anónima de Editores, Buenos Aires, 1956, pág(s) 56-60.

¹⁸³ *Ibidem*, pág. 55. Tal y como apunta, en este sentido RICHARDSON, J. Henry, el éxito alcanzado a través de los mecanismos del seguro privado y de las empresas dedicadas a ello, y las ventajas que generó a través del Mutualismo la previsión colectiva sobre la individual, fueron algunos de los factores que en mayor o menor medida contribuyeron a la aparición y desarrollo de los Seguros

El seguro de vejez quedó en definitiva configurado como un seguro de utilidad pública que: "aseguraba con la pensión la dignidad del viejo trabajador y algo que han olvidado a veces elementos patronales, que es la influencia que tiene en la producción todo aquello que signifique satisfacción interior del obrero"¹⁸⁴.

Este sistema de protección de la vejez se basa también, tal y como ya hemos visto, en la implicación y participación de los patronos, quienes, no sólo por razones de justicia y de moralidad, deben cooperar en hacer más soportable al obrero su vejez¹⁸⁵, sino también deben favorecer y potenciar la suscripción de este tipo de seguro con el fin de mantener la paz social¹⁸⁶ y como estímulo para el trabajo.

Sociales. Cfr. "La Seguridad Social. Aspectos económicos y financieros". Cap VII "Edad y Retiro"; Ed. Victor Leró, SRL, Buenos Aires, 1960.

¹⁸⁴ MALUQUER Y SALVADOR, J.; "Aspectos sociales del retiro obrero". Conferencia pronunciada en la Casa del Pueblo de Madrid el día 14 de febrero de 1924. Federación Local de obreros de la Industria de la edificación. Madrid. 1924. Sobrinos de la sucesora de M Minuesa de los Ríos, pág. 10. Tal y como señala este autor, a continuación, a modo de ejemplo: "así se ha reconocido, por ejemplo, el año 1922, en una Conferencia celebrada en Dresde, que si la industria alemana, había sobresalido en la competencia con otras industrias, había sido, no a pesar, sino debido, en buena parte, a la existencia del seguro obligatorio, es decir, que aquel gasto no había sido un gasto sólo de eficacia humanitarista, sino además había servido para la producción y también para fines generales de sanidad y de cultura".

¹⁸⁵ En este sentido, LÓPEZ VALENCIA, al fijar cuál es el fundamento de la acción patronal en materia de retiros obreros hace nacer no sólo del contrato el deber de asistencia al precisar que "entra dentro de los deberes de equidad emanados del contrato de trabajo la solicitud con que el patrono ha de cuidar del bienestar de sus operarios, sobre todo en aquellos trances adversos que tienen su causa en el mismo ejercicio de la profesión. En este respecto, nada tan justo y equitativo como la reparación de los accidentes de trabajo, y, análogamente la reparación de los males de la invalidez o de la vejez, que, de ordinario, son la consecuencia de una vida laboriosa entregada a la producción", y traslada la teoría del riesgo social aplicada a los accidentes de trabajo a los seguros de vejez, así como a otros Seguros Sociales: "en el riesgo de vejez se ve tal vez mejor que en otro alguno la equidad de la doctrina del riesgo profesional a cargo del patrono, pues siempre resultará el obrero incapacitado para el trabajo, después de una vida entregada a una producción, de la que el mayor beneficio ha sido para el patrono, en la organización capitalista. Justo parece, pues, que quien se ha lucrado en gran parte con aquel trabajo, destructor de la propia fuerza que lo ha creado, no abandone al obrero viejo como a un trasto inútil, sino que le atienda eficazmente, cuando ya el sólo, con sus propias fuerzas no pueda subvenir a sus más preciadas necesidades". Cfr. "La acción patronal..." *Op cit*, pág. 14.

¹⁸⁶ "El obrero que tiene la seguridad de disponer de un minimum alimenticio, en los inciertos días de la vejez, se siente más apto para el esfuerzo continuado, porque se halla libre de las preocupaciones del porvenir. La incertidumbre del mañana es siempre un elemento de pesimismo, de indiferencia, de dejadez; a veces lo es de ira y de despecho, produciendo las criminales prácticas del sabotage (...) puede resultar esta acción patronal como un verdadero estímulo para el cumplimiento del deber, y aun para ventajosos acrecentamientos y saludables iniciativas, en lo que se refiere al trabajo del obrero". *Ibidem*, pág. 15.

4. La aparición del seguro obligatorio de vejez.

En el tránsito de un sistema de libertad subsidiada a un sistema de seguro obligatorio, jugó un papel trascendental la Conferencia de Seguros Sociales celebrada en Madrid en 1917, donde se reconoció de modo expreso la necesidad de implantar el sistema de Seguros Sociales obligatorios.

Como resultado de esta Conferencia Nacional, el Gobierno convocó mediante el Real Decreto de 29 de julio de 1917, una conferencia técnico-social de carácter básicamente consultivo, que se reunió en Madrid del 24 al 31 de octubre de 1917 para proponer la adopción de cuantas medidas fuesen oportunas con el objeto de implantar con alcance obligatorio los siguientes Seguros Sociales: de accidente de trabajo, vejez, invalidez, paro involuntario y maternidad; dando, de esta manera, cumplimiento a la necesidad expresada en el Congreso de Economía Nacional, organizado por la Sociedad de Estudios Económicos de Barcelona y que se celebró en mayo de 1917 en Madrid, de implantar con carácter obligatorio el seguro de retiro obrero.

El nuevo régimen de seguro de vejez, instaurado por el Real Decreto de 11 de marzo de 1919¹⁸⁷ por el que se establece el Régimen de intensificación de los Retiros Obreros, surge, tal y como se establece en su Exposición inicial, como resultado de una doble necesidad: “como una de aquellas medida que con mayor urgencia reclama nuestra economía nacional, no sólo por las altas consideraciones de justicia social, de bien entendido humanitarismo y aun de utilidad del Tesoro público, abrumado por atenciones de beneficencia, que deben serlo de previsión, sino también por razones de conveniencia técnica, toda vez que con el transcurso del tiempo se encarece el seguro, dificultando así su contratación en términos de facilidad y de comodidad para todos”.

¹⁸⁷ *Gaceta*, del 12 de marzo de 1919. Para el estudio de los trabajos preparatorios vid. INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. “*Preparación de las bases de un proyecto de ley de Retiros obreros*”. Ponencia Nacional de Retiros Obreros. Secretaría General. Madrid, 1918. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos.

Partiendo del sistema de libertad subsidiada establecido por la Ley de 27 de febrero de 1908 que creó el Instituto Nacional de Previsión, el Estado propuso dar un paso adelante, en sintonía con las opiniones mantenidas en la Conferencia antes citada, y establecer un sistema de seguro obligatorio de vejez por medio de este Real Decreto de 11 de marzo de 1919, cuyo origen es un Proyecto de Ley elaborado por una ponencia nacional, organizada por el propio INP y en la que participaron fuerzas patronales y obreras de todas las tendencias interesadas en la reforma, así como personas de renombre destacado significados en estos estudios. El proyecto, pese a merecer la aprobación del Congreso y el dictamen del Senado, no pudo llegar a conseguir la definitiva aprobación, como consecuencia de la suspensión de las sesiones parlamentarias que tuvo que adoptar el Gobierno por aquel entonces.

Restablecidas las sesiones parlamentarias, el Gobierno, a través del mecanismo del Real Decreto y ante la urgente necesidad manifestada en éste de llevar a la práctica una medida como ésta, para dar satisfacción, en parte, a las aspiraciones obreras y para el bien de la economía nacional, dio luz verde al sistema de seguro obligatorio de vejez que inicialmente, sólo obligaba a los patronos y al Estado. El Real Decreto finalmente aprobado reproducía en gran parte el dictamen de la Comisión del Senado que aceptaba, a su vez, lo aprobado por el Congreso.

España no hizo más que incorporarse a la tendencia europea a favor de la obligatoriedad del seguro social. El primer país en adoptar el sistema de seguro de vejez con carácter obligatorio, tal y como hemos visto, fue Alemania quien mediante la Ley de 22 de junio de 1889 implantó este tipo de seguro.

Otros países siguieron el modelo alemán países, incorporando este sistema de seguro "según la ley alemana, todo empleado u obrero cuyo sueldo sea menor de 1.000 marcos (1.250 pesetas) anuales, está obligado al seguro desde los diez y seis años, incluyéndose en esta obligación los aprendices y criados, como también los profesores privados cuyos haberes no lleguen a 2.000 marcos; para los artesanos, la adhesión es facultativa. Las primas se obtienen mediante una retención del salario, que

varía, según el importe de éste, entre 9 y 23 pesetas anuales. Los patronos contribuyen con otra cantidad igual. El Estado interviene con una subvención fija anual de 50 marcos (63,50 pesetas) por cada pensión de retiro liquidada; para las pensiones de invalidez, la bonificación es de 3 a 13 peniques por semana de seguro. Además, el Estado se encarga de los gastos de administración de la Oficina imperial de seguros y de los del pago de las rentas. Las pensiones de vejez varían de 110 a 230 marcos (137,50 a 287,50 pesetas), según los salarios y la duración del seguro, y son pagaderas desde los sesenta años y después de treinta de seguro”¹⁸⁸.

Francia, por su parte, aunque adoptó a partir de 1910, siguiendo el modelo alemán, el sistema de seguro obligatorio a través de la loi de 5 avril sur les R.O.P (retraite ouvrières et paysannes)¹⁸⁹, el establecimiento de este seguro obligatorio de vejez fracasó, no sólo porque el sistema con alcance obligatorio no fue aplicado en la práctica, ni porque el montante de las prestaciones fuese débil, sino porque el contenido de dos sentencias de la Cour de Cassation française dictadas interpretando el alcance de esta Ley (la primera de 11 de diciembre de 1911 y la segunda de 22 de junio de 1912), anularon todo su carácter obligatorio al señalar que la no presentación, a instancias del trabajador, del documento o carta que acredita la cotización, no permite al empleador descontar del salario la cotización obrera; los patronos no están a su vez obligados a cotizar y lo que es más importante, la no presentación del documento les exime de cualquier responsabilidad¹⁹⁰.

¹⁸⁸ LÓPEZ VALENCIA, F.; *“La acción patronal...”*. *Op cit*, pág. 23-24. Vid en este mismo sentido VIGIL MONTOTO; *“Los retiros obreros en...”* *Op cit*, pág(s) 15 y ss donde no sólo se hace un análisis y examen de las principales legislaciones sobre retiros obreros, sino que además se incluye un resumen o síntesis final donde se recogen las grandes líneas comunes y generales de las diferentes legislaciones en cuestiones tales como: ámbito subjetivo, pensión, edad de retiro, importe de las imposiciones y de las bonificaciones del Estado, etc.

¹⁸⁹ “La loi de 1910 sur les R.O.P retient le principe de l’obligation pour les salaires dont la rémunération annuelle ne dépasse pas un plafond de 3000 francs; le régime est facultatif pour ceux qui disposent d’une rémunération comprise entre 3000 et 5000 francs, le financement est assuré par une capitalisation de cotisation ouvrières et patronales d’un montant égal de 9 francs par an pour un homme et de 6 francs par an pour une femme, la cotisation ouvrière était retenue sur le salaire par l’employeur; sans demande expresse du salarié, la retraite est constituée à capital aliéné. Un financement public, extrêmement faible s’y ajoute puisque la retraite ainsi constituée est complétée par une allocation viagère d’État de 60 francs versée sous réserve de conditions d’âge (65 ans minimum) et d’un nombre suffisant de versements annuels des assurés (trente ans minimum). LEROSIER, JJ et BASLE, M.; *“Les premières lois sociales”*. *Revue française des Affaires sociales*” Janvier-mars, 1981, pág. 225.

¹⁹⁰ “ils précisent, en effet, que si les salariés refusent de présenter à leur employeur la carte annuelle sur laquelle doivent être apposés les timbres témoignant du versement, les employeurs ne

Siguiendo los modelos alemán y francés de establecimiento del seguro social con carácter obligatorio, Inglaterra que se incorporó en 1908 a través de la *Old age pensions Act* a la tendencia manifestada en algunos países como Dinamarca, Nueva Zelanda, los Estados australianos de Victoria y Nueva Gales del Sur y Francia de adoptar una ley de asistencia a la vejez que concediera pensiones, a cargo exclusivo del Estado, para cubrir las necesidades básicas de los ancianos indigentes, implantó en 1911 el seguro obligatorio contra la enfermedad, la invalidez y el paro forzoso, por medio de la *National Insurance Act*, "según esta ley, toda persona menor de sesenta años, cuyo sueldo sea inferior a 4.000 pesetas, será asegurada obligatoriamente. Las primas serán pagadas en la forma siguiente: dos quintos de la cantidad semanal de 10 peniques, por el obrero; otros dos, por el patrono, y el quinto restante, por el Estado"¹⁹¹.

4.1 Ámbito subjetivo de aplicación y contenido de la prestación.

El sistema de seguro obligatorio de vejez, instituido por el Real Decreto de 11 de marzo de 1919, alcanzaba a la población asalariada, entendiéndose por tal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1. 4º del Reglamento de 21 de enero de 1921¹⁹² y para el régimen obligatorio de retiro obrero, "los obreros, cualquiera que sea su sexo, su patrono, la clase de su trabajo, agrícola, industrial o mercantil, y la forma de su remuneración", de entre dieciséis y sesenta y cinco años de edad, cuyo haber anual por todos los conceptos no excediese de 4.000 pesetas.

A estos efectos, se consideraba clasificada la población asegurada en dos grupos: el primero, formado por los individuos que no hubiesen cumplido los cuarenta

peuvent pas retenir la cotisation ouvrière; ils ne sont pas obligés de verser la cotisation patronale et sont dégagés de toute responsabilité". *Ibidem*, pág. 226.

¹⁹¹ LÓPEZ VALENCIA, F.; "La acción patronal..." *Op cit*, pág. 26-27.

¹⁹² *Gaceta*, de 23 de enero.

y cinco años en el momento de entrada en vigor del Real Decreto, y el segundo por los que excediesen de esa edad.

Aunque se optó por el establecimiento del régimen obligatorio, se renunció en un primer período a las imposiciones personales del obrero, no aceptándose de esta manera el mecanismo o fórmula de la triple contribución (Estado, patrón y obrero), por cuanto que, en esta primera etapa, sólo era obligatorio efectuar imposiciones por parte del Estado y del patrono, no por el obrero, en cuyo caso, la aportación se configuraba como un derecho y no un deber. Así, en este sentido, el art. 14 del Reglamento general para el régimen obligatorio del retiro obrero de 21 de enero de 1921¹⁹³, establecía que: “es obligatorio para el Estado y para los patronos el pago de las cuotas con las que ha de constituirse la pensión inicial de vejez”¹⁹⁴.

Particularmente se rechazó que fuera el Estado quien sufragase con carácter exclusivo el coste del retiro obrero por dos motivos fundamentales: uno, ante la imposibilidad económica de hacerlo y otro al considerar que esta práctica iría en contra del principio de responsabilidad patronal que orienta la gran mayoría de Seguros Sociales.

En contra, se manifestaron, entre otros, Severino Aznar, quien sostenía que los gastos del seguro de vejez debían repartirse entre los tres, Estado, obreros y patronos,

¹⁹³ El desarrolló reglamentario del Real Decreto de 11 de marzo de 1919, que éste encomendó al INP y que se preveía que fuese dictado con cierto carácter urgente, no fue finalmente aprobado hasta transcurridos casi dos años, dificultándose de esta manera, como es obvio, la aplicación y eficacia del régimen de intensificación de los retiros obreros.

¹⁹⁴ Tal y como se establece en las Notas explicativas de las Bases aprobadas por la Ponencia nacional de la Ley de retiros obreros, el seguro obligatorio de retiros se implantó “mediante la gradación en dos periodos: el primero, de pensión inicial, constituida por la acción patronal y del Estado, y el segundo, de pensión normal, o sea completada por la cuota obligatoria del obrero, cuando la experiencia lo permita y aconseje. Es decir, se establece la contribución obligatoria pero gradual, del Estado, del patrono y del obrero. La peculiaridad del régimen proyectado en España evita las enormes dificultades de su implantación cuando se impone el concurso inicial del obrero, del patrono y del Estado, de lo que es ejemplo Francia, lo que se agravaría en muchas provincias por la carestía de subsistencias derivadas de las anormales circunstancias presentes”. INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN.; “Preparación de las...” *Op cit*, pág. 100-101. La aplicación inicial de la contribución tripartita hubiese podido hacer fracasar el sistema; “si como deber se le hubiera impuesto, hubiera sido estéril y hubiera puesto en peligro la eficacia y sería aplicación del régimen. No lo hubiera cumplido, porque a una enorme masa de obreros se imponía bruscamente, y sin la evolución, preparación y laborioso

no sólo para aligerar la carga que éste comporta, sino que todos deben cotizar por motivos más trascendentes; el patrono debe cotizar porque tiene la responsabilidad de mantener la capacidad de trabajo: "cuando compra una máquina de hierro, procura amortizarla. ¿Vale menos y merecerá menos consideración la máquina humana? Luego debe amortizarla y asegurarla contra el riesgo de que se desgaste o inutilice con los años. El gasto de amortización es su cuota en el seguro (..), el patrono paga la cuota del retiro por los mismos motivos por los que paga el salario. ¿Quién diría que el patrono no tiene derecho a pagar el salario a sus obreros? o ¿cómo negar al Estado el derecho a imponer al patrono la obligación de reservar esa parte de salario, si es el único medio que tiene de garantizar al obrero el derecho a la vida cuando aquél sea viejo y de evitar que perturbe el bien común con su miseria y rebeldía?"; el obrero, "porque para él es la mayor utilidad del seguro, porque el seguro le da derecho a reclamar las prestaciones como cosa suya, y si no cotiza, se expone a no tener derecho más que a mendigarlas; no tendrá seguro, sino asistencia, y no será asegurado, sino un asistido; si del salario debe salir lo que necesita el obrero para vivir, lo mismo cuando trabaja que cuando no debe trabajar, es natural que contribuya a su seguro el que recibe y guarda la mayor parte del salario, que si no es suficiente para ello, ya pedirá un aumento. Es necesario que el obrero se interese por el seguro, y se interesará más si en él puso su dinero, una parte de su pan".

Por su parte, el Estado debe contribuir "porque tiene el deber de garantizar a los obreros su derecho a la vida, porque sin el seguro tiene que aumentar innecesariamente el presupuesto de la imprevisión, es decir, el de la asistencia, porque no hay bien común posible con ejércitos de desamparados y hambrientos; en resumen por la utilidad que a todos eso procura y por estar en condiciones de cumplir deberes fundamentales suyos"¹⁹⁵.

Al vincular el seguro de vejez con el derecho a una vida digna del obrero anciano y atribuir al patrono la obligación de garantizar al obrero su sustento futuro, se llegó a considerar que la cuota patronal no era en si misma una contribución, sino una

aprendizaje que los nuevos hábitos sociales demandan, un hábito social oneroso que impunemente podría eludir". AZNAR, S.; *"Algunas acotaciones..." Op cit*, pág. 5-6.

parte del salario que, en lugar de abonar al obrero junto con el resto de su remuneración para que pudiese hacer frente a las necesidades presentes, se guardaba e ingresaba en la cuenta de retiro, para que fuese abonado en forma de pensión cuando el obrero al alcanzar la vejez, teniendo en cuenta que entonces dejaba de ser válido o apto para el trabajo. Frente a los que alegaban que era excesiva la carga para el patrono, relacionando la cuota patronal con el salario, es posible señalar tal y como hace Aznar que: "es una cantidad insignificante, menor que la que les cuestan los accidentes de trabajo, menor que cualquier alza en los salarios que a veces violentamente se impone, menor que el valor del poco rendimiento del trabajo de sus obreros, incomparablemente menor que lo que representa el sencillo decreto que impuso la jornada de ocho horas"¹⁹⁶.

A pesar de no ser obligatoria la contribución obrera, el Reglamento general estimulaba a los obreros para que contribuyesen de forma voluntaria al incremento de su pensión. De esta manera se preveía la posibilidad de que los beneficiarios del seguro (obreros) incrementasen voluntariamente su pensión inicial, mediante la entrega de una cuota para acrecentar ésta, o bien aplicasen sus cuotas para tener derecho a una pensión temporal que anticipase la edad de retiro, o una indemnización en favor de sus derechohabientes en caso de fallecimiento. Si el asegurado no indicaba de forma expresa cuál era el destino de su cuota, a falta de tal indicación, de conformidad con el art. 23 del Reglamento, se entendía que se deseaba destinar dicha cuota a acrecentar la pensión inicial.

La facultad atribuida al obrero de abonar cuotas voluntarias para mejorar los derechos que le concedía el Reglamento General a cargo de las cuotas obligatorias del Estado y del patrono, era sin duda alguna una de las ventajas que tenía nuestro régimen de retiro frente a los regímenes extranjeros.

¹⁹⁵ AZNAR, S.; *"El retiro obrero ..."*, *Op cit*, pág. 20-21.

¹⁹⁶ AZNAR, S.; *"El retiro obrero y la agricultura"*. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. Madrid. 1925. 2 edición, pág. 51.

Tres eran, así pues, las modalidades del régimen de mejoras complementarias, en atención al destino que se daba a la aportación obrera, a saber: la 1ª destinada a aumentar la pensión que le correspondía a los 65 años; la 2ª con la finalidad de constituir una pensión temporal que permitiese adelantar la edad de retiro, desde los 55 o desde los 60 años, según se prefiera; y la 3ª, establecida con el propósito de constituir un capital-herencia para ser entregado a los familiares del asegurado en caso de fallecer antes de los 65 años.

La finalidad era distinta en cada modalidad de mejora; de un lado, se pretendía aumentar la exigua pensión de una peseta diaria desde los 65 años; de otro adelantar la edad de retiro ante el temor de no llegar a ella; o bien, en definitiva, dejar en favor de ciertos familiares un capital en el supuesto de fallecimiento prematuro.

La constitución de la modalidad de capital-herencia era obviamente la que mayor atractivo producía, al diversificar las posibilidades de destino de las cantidades abonadas, que tanto podían servir como pensión de retiro al alcanzar el asegurado los 65 años de edad, como de herencia en favor de sus familiares cuando éste fallecía con anterioridad a haber alcanzado la edad de retiro.

Podían disfrutar de los beneficios de la tarifa para constituir este capital-herencia, los afiliados al régimen de retiros que tuviesen abierta una cuenta de individual de pensión de vejez en la que se estuviesen haciendo a su favor (por parte del patrono, un tercero o el mismo) imposiciones continuadas y fuesen en la fecha de la solicitud menores de 50 años de edad. La imposición mínima era de una peseta mensual, y la máxima aquella que produjese un capital-herencia aproximadamente igual al quintuplo de las que el mismo año se hubiesen efectuado para constituir la pensión de retiro.

Cada imposición representaba una prima única pagada para la adquisición de una fracción de capital-herencia. Los imponentes no estaban obligados a efectuar imposiciones periódicas ni perdían las efectuadas en el supuesto de interrupción de las imposiciones. Las aportaciones se bonificaban con el 5%, hasta un máximo de 3 pesetas

por año y afiliado, y el capital-herencia que se constituía por cada imposición era diferente en atención a la edad en la que se hacía la imposición¹⁹⁷.

Si el titular de la cuenta capital-herencia cumplía los 35 años y no tenía mujer, ni hijos ni ascendientes, podía solicitar el rescate de las cantidades entregadas o bien designar libremente al beneficiario. Debía, igualmente, tenerse en cuenta que si durante el plazo de un año o más se interrumpían las cotizaciones en la cuenta individual de pensión de retiro del titular de la cuenta de capital-herencia, las imposiciones efectuadas anteriormente, no eran aplicadas a constituir el capital-herencia, sino que se imputaban, mientras duraba la interrupción, a la cuenta individual de pensión de retiro.

Prescindiendo del régimen de mejoras previsto, es importante señalar que los individuos integrados en el primero de los grupos, antes apuntados, es decir, aquéllos que no hubiesen cumplido la edad de cuarenta y cinco años, tenían derecho a una pensión inicial de 365 pesetas anuales desde la edad de sesenta y cinco años¹⁹⁸, gracias

¹⁹⁷ Vid los ejemplos en este sentido apuntados por MALUQUER SALVADOR, J.: "un obrero afiliado que haya ampezado a cotizar a la edad de veinte años una peseta mensual, si fallece a la edad de veinticinco años, habra pagado 60 pesetas, y su familia percibe 266,70; si muere a los treinta y cinco años, habrá pagado 180, y la herencia será de 780; si a la edad de cuarenta y cinco ocurre la defunción, por las 300 pesetas pagadas recogen los herederos 1.276,50 pesetas; si la muerte es a los cincuenta y cinco años, habiendo pagado 420 pesetas; el capital-herencia es de 1.813, 45 pesetas, y si ha muerto a la edad de sesenta y cuatro años, con el total de imposiciones de 528 pesetas que habrá hecho dejará a su familia 2.945,60 pesetas". Cfr *"Vulgarización del régimen legal de retiros obreros"*. Publicaciones del INP. Oficina Tipográfica del Instituto Nacional de Previsión. Madrid, 1930, 3ª edición, pág. 36-37.

¹⁹⁸ La fijación de la edad de 65 años no fue aceptada de forma pacífica por la clase obrera ante el temor existente de no llegar a cumplir la edad señalada, sobre todo por parte de los trabajadores de industrias o profesiones insalubres. Ante esta oposición y la dificultad de aceptar una edad inferior por el alto coste que esto suponría, "nuestro régimen de retiro obrero ha buscado una solución, suya, característica, que es una transacción, una manera juiciosa de atender lo que hay razonable en esta petición. ¿Quiénes pueden tener fundados temores de no llegar a los sesenta y cinco años? Parece que los que trabajan en industrias o profesiones insalubres; los que manipulan mercurio, el plomo, el albayalde o el fosforo; los que trabajan en el fondo de los pozos de las minas; los que se tuestan junto al fuego de los altos hornos. Pues que se anticipe para ellos la edad de retiro, porque ofrecérsela a los sesenta y cinco años, sería ofrecérsela a los muertos. Si se anticipa a los sesenta años, esos patronos deberán pagar el doble de lo que paguen hoy. Es un riesgo profesional que la profesión debe atender". AZNAR, S. *"Retiro obrero y ..."* *Op cit*, pág. 48-49. A este respecto vid, INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. *"La anticipación del retiro en las industrias agotadoras"*. Comisión Asesora Nacional Patronal y Obrera. Publicaciones del INP. Sobrinos de la Sucesora de M Minuesa de los Ríos, Madrid, 1925, donde no sólo se intenta delimitar qué es lo que se entiende por industrias agotadoras, sino que además se efectúa una muy acertada investigación sobre cuál es el régimen existente en las legislaciones extranjeras. Se llega a la conclusión de que no hay ninguna legislación en la que exista un precepto general como el art 12 del Reglamento de 1921, que hable de la anticipación de la edad de retiro en las industrias agotadoras, aunque sí se encontraron legislaciones donde existían disposiciones al respecto y solucionaban el problema a través de tres mecanismos distintos: 1º establecer un régimen de invalidez

a la contribución que el Estado y el patrono habían efectuado en su favor¹⁹⁹, respecto a los del segundo grupo, que comprendía a los trabajadores mayores de 45 años y menores de 65 años, no se estableció el importe de la pensión que habían de percibir cumplidos los 65 años, ya que su cuantía dependía de la cifra de capital acumulado a nombre de los mismos, que se presumía suficiente a lo sumo para constituir a favor de dichos individuos una renta vitalicia de 180 pesetas anuales.

A diferencia de lo que acontecía en otros países, como es el caso, entre otros, de Alemania e Italia, así como, en general, en aquellos que habían optado por seguir el modelo alemán (Luxemburgo, Rumania y Austria), donde la pensión era proporcional a las cuotas obreras y patronales, y éstas eran a su vez proporcionales a los salarios, “el régimen español es de mayor sencillez. A todos los asalariados se les constituye la misma pensión, y por todos habrá de pagar el patrono la misma cuota. La diferencia de pensiones no dependerá de su sexo, ni de su edad, ni de su salario, sino sólo de los días de trabajo que aporte a su profesión”²⁰⁰.

Con el propósito de garantizar y asegurar, en cierta medida, el cobro de la pensión generada, se abría en las Cajas una libreta de ahorro en favor de cada obrero (sometida al protectorado del Ministerio de la Gobernación o en la Caja Postal), donde se incluían anualmente, además de la cuota del Estado, la cuota patronal, así como sus aportaciones personales, si las hubiera, y las bonificaciones que les fueran aplicables²⁰¹.

que se hiciese cargo de aquellos que se inutilicen antes de llegar a los sesenta y cinco años; 2º observar la estadística, y cuando se encuentre que la tasa de morbilidad o mortalidad sea mayor en un sector profesional, imponer allí un aumento de cuota, que será partido para el patrono y el obrero; y 3º la solución adoptada en la Ley francesa de 1910, fijar como edad normal los 65 años pero autorizar al obrero para que anticipe o retrase la liquidación de su cuenta, disminuyendo o aumentando la pensión.

¹⁹⁹ Se fijó como cuota media inicial patronal para constituir la pensión de 365 pesetas anuales, la de 3 pesetas mensuales por cada asalariado menor de 45 años que lo hubiese sido del mismo patrón durante todo un mes, y de 10 céntimos diarios cuando el plazo fuese menor, computándose en este segundo supuesto tantas cuotas por cuantos días medien entre el día de inicio del trabajo para el patrono y el día de finalización del mismo, ambos inclusive y sin exceptuar los festivos (Art 17.1 del Reglamento). Por su parte, la cuota del Estado se fijó en 12 pesetas anuales por cada asalariado que haya trabajado 1 año, en 1 peseta por cada asalariado que haya trabajado un mes y en 0, 333 pesetas por cada asalariado que haya trabajado un día (art 15.1 del Reglamento).

²⁰⁰ AZNAR, S.; “*Algunas acotaciones al...*”. *Op cit*, pág. 23.

²⁰¹ Tal y como se establecía en la Disposición Transitoria Primera, punto 3º, se concedían ventajas especiales, en forma de aumento de las bonificaciones normales del Estado, a favor de aquellos patronos que con anterioridad a la fecha de 1 de enero de 1917 hubiesen concertado el Seguro de vejez de sus obreros con el INP o con sus Cajas colaboradoras; de los centros de trabajo que, de igual

Asimismo se preveía la posibilidad de atribuir a los herederos del titular de la libreta el capital acumulado, fruto de las cuotas patronales y personales recaudadas desde la apertura de la misma con sus intereses acumulados, en el caso de que el titular falleciese antes de cumplir la edad de sesenta y cinco años.

También, estaba regulada la posibilidad de optar por el rescate del capital acumulado más los intereses en el caso de sobrevenir la invalidez del titular con anterioridad a la edad de sesenta y cinco años.

Ciertamente era peculiar la forma de hacer efectiva la renta en el momento de devengarla; si en el momento de cumplir la edad de sesenta y cinco años, la suma acumulada en la libreta de ahorro era suficiente para constituir una renta vitalicia inmediata de 180 pesetas anuales, se procedía a constituir la misma en el régimen del Instituto Nacional de Previsión, por contra si el ahorro acumulado no era suficiente para constituir esa renta, el capital acumulado en la libreta de ahorro era transferido a la institución pública o social a la que la Ley hubiese atribuido la obligación de asistencia al anciano hasta su fallecimiento.

¿Cuáles eran, pues, los mecanismos que permitían garantizar el desarrollo y la aplicación obligatoria de este sistema de seguro social?

Si bien, en principio eran dos: es importante destacar con carácter general, que se vinculaba el cumplimiento de esta obligación con el disfrute de derechos derivados de la condición de patrono, así, se establecía la necesidad de que el patrono cumpliera el contenido del Real Decreto para no quedar excluido de determinados beneficios previstos en el ordenamiento jurídico, optándose, de esta manera, por privar al

manera lo hubiesen concertado antes de la promulgación del Real Decreto en cuestión; de aquéllos que lo concertasen antes de la época en la que legalmente lo tenían que hacer y en favor de los obreros que en el período inicial contribuyesen con imposiciones personales a acrecentar la pensión mínima a cargo del Estado y del patrono, o a cualquiera otro de los fines previstos (pensión temporal que anticipe el retiro, o indemnización para los derechohabientes en caso de fallecimiento).

patrono incumplidor de algunos derechos o privilegios en vez de imponerles multas o amenazas de libertad²⁰².

De tal manera que los patronos necesariamente debían de haber cumplido las disposiciones del régimen establecido para poder optar, en primer lugar, a las concesiones administrativas del Estado, la provincia o el municipio y para intervenir en subastas y suministros, para ser, elector o elegido en las elecciones públicas de carácter social o representativo de clase o profesión, y para tener derecho a los beneficios concedidos a las industrias y al comercio por la Ley de Protección a las industrias, instituciones de crédito y demás organismos tutelares de ambas clases económicas, (Base Tercera del Real Decreto de 11 de marzo de 1919 y art. 43 del Reglamento de 1921).

El patrono que no quisiese quedar excluido de ciertos beneficios o concesiones administrativas estaba obligado a cumplir con el sistema obligatorio de retiros obreros.

El Real Decreto de 11 de marzo de 1919 incluía además en su Base séptima, en correspondencia con el art. 46 y ss del Reglamento de desarrollo, una referencia específica a la forma de hacer efectivo la falta de pago de la cuota patronal que facilitaba de forma indirecta el cumplimiento de la obligación de aseguramiento por parte del patrón, así, de esta forma, se establecía que transcurridos los plazos para el ingreso de las cuotas sin que el patrón no las hubiese hecho efectivas, esta falta de pago podía ser denunciada por cualquier persona, incluida el propio obrero, ante la Inspección correspondiente quien, después de investigar de forma sumaria la falta o no de pago de la cuota patronal y comprobar su existencia, pasaba la denuncia de oficio al juez de Primera Instancia, el cual procedía a la exacción por la vía de apremio.

Al parecer fue más pertinaz la resistencia que el retiro obrero encontró en la agricultura que en la industria y comercio, y fueron muchas las causas de ésta; "no es que el labrador sea más duro de corazón con sus trabajadores, porque es donde más

²⁰² "En vez de multas o amenazas de libertad del patrono, se le priva de derechos o privilegios que tienen excepcional importancia en la vida de relación ciudadana, y con el que el Estado no puede

abundan los casos de patronos que viven en condiciones de igualdad, o en patriarcal convivencia con sus obreros, preocupándose de sus apuros, necesidades e inquietudes. No es que las clases agrarias sean más levantiscas contra los Poderes públicos, ni menos honradas ni menos escrupulosas para resistir a las tentaciones de quedarse con lo que no es suyo. La explicación de esa resistencia al retiro obrero está en que es más difícil su aplicación en los campos, en que es mayor en ellos la incultura, en que es más penosa y cara la propaganda y difusión de esta Ley, en que hay pocas Asociaciones obreras que puedan con independencia reclamar el derecho de sus socios, en que abundan extraordinariamente los patronos con escasos recursos para hacer frente a las aportaciones con que tienen que contribuir a las pensiones de sus obreros, y en que son patronos millares y millares que, por la dureza de su vida e inseguridad de su vejez, necesitan la pensión tanto como sus trabajadores²⁰³.

Al no ser éste un problema exclusivo de España, el legislador español tuvo muy en cuenta cómo se había resuelto esta resistencia al retiro obrero en el ámbito agrario de Italia y Francia. En Italia, se trató de resolver a través del aumento de la propaganda, de la concienciación sobre las ventajas y bondades del retiro obrero, mientras que en Francia se intentó solventar esta resistencia por medio de la fusión del seguro de vejez con el de invalidez, enfermedad, viudedad y orfandad, de tal manera que no pudiera asegurarse al seguro de vejez quien no se hubiese asegurado al resto de seguros, que se pagase una sola cuota por todos los seguros y que el no pago o abono de la cuota del retiro prive al asegurado del seguro de invalidez, enfermedad, y muerte.

Se rechazó no sólo recomendar el procedimiento utilizado en Francia al considerar que era demasiado caro, sino que también se rehusó el uso de medidas sancionadoras optándose por aconsejar el sistema utilizado en Italia, al tener en cuenta los efectos prácticos del método de la propaganda: "propagar, es convencer y persuadir; propagar el régimen de retiro obrero entre las clases agrarias, es persuadirlas a que lo cumplan después de haberlas convencido, es despertar en ellas lo que hay de buen sentido y de instinto de justicia, es cambiar la voluntad después de

premiar a los que merecerían castigo". AZNAR, S.; *"Algunas acotaciones al..." Op cit*, pág. 38.

²⁰³ AZNAR, S.; *"Retiro obrero y..." Op cit*, pág. 31.

haber iluminado su inteligencia. El procedimiento es más benévolo, más suave, más respetuoso con las conveniencias, y aun con la dignidad humana que los apremios de la inspección y que las multas del Juez. Siempre es más decoroso, más digno y menos molesto cumplir un deber por convencimiento, porque se vea su justicia y su conveniencia, que cumplirlo por imposiciones violentas, por las coacciones del Poder público o por medio de las Sociedades obreras”²⁰⁴.

Siguiendo con la explicación del contenido del régimen del seguro obligatorio de vejez, es importante señalar que era ciertamente significativo el destino que se debía dar a una parte de los fondos acumulados con el objeto de que éstos pudieran dar frutos. El régimen español optó por colocar los retiros obreros, de entre las colocaciones que ofrecían garantías absolutas, en aquellas que reportaban beneficios más inmediatos y positivos a las clases modestas y en especial al proletariado.

Tal y como se establecía en la Base Cuarta, punto 1º y en el art. 57 del Reglamento de desarrollo: “una parte prudencial de las reservas técnicas y de los fondos de capitalización deberán ser colocados en los fines siguientes: a) préstamos para la construcción de Escuelas y casa higiénicas y baratas; b) en la construcción directa de Dispensarios, sanatorios antituberculosos, leproserías, Hospitales o clínicas... etc; c) en préstamos hipotecarios a las asociaciones agrícolas y pecuarias y a los individuos con garantías especiales, ...etc; d) en obras de utilidad general.

De entre los diferentes y tradicionales sistemas de financiación del seguro social, y también como veremos más adelante de los sistemas de Seguridad Social, el de capitalización o el de reparto, el retiro obrero obligatorio optó por el sistema de capitalización, aplicándolo en su doble vertiente individual y colectiva.

En España, por primera vez, se discutió de forma amplia sobre el alcance y significado de estos dos sistemas financieros en un Congreso Nacional de Ingeniería celebrado en noviembre de 1919 que concluyó defendiendo el sistema de capitalización en base a las siguientes cuatro grandes consideraciones: 1º) porque

²⁰⁴ *Ibidem*, pág. 37-38.

basándose en la ciencia actuarial que permite en todo momento fijar el valor actual de un riesgo o de una obligación condicionada por la mortalidad o supervivencia, ofrece toda la elasticidad apetecible para que, dentro del sistema, sin soluciones de continuidad ni perturbaciones de ningún género, puedan tener satisfacción todas las aspiraciones o necesidades que en orden a la previsión social puedan sustentarse (...); 2º) porque cada imposición se realiza siempre en provecho de persona determinada y, por consiguiente, las cuotas patronales sirven exclusivamente para formar pensiones de sus propios dependientes y obreros (...); 3º) porque en el régimen de capitalización establecido en España, las pensiones se constituyen a favor de cada individuo en particular, consolidándose a tenor de las imposiciones que se van realizando de manera definitiva, y estando desligadas de toda contingencia ulterior (...); y 4º) en definitiva porque se reduce el coste a su mínima expresión al concurrir el factor interés (que se descuenta al fijar las cuotas) en la formación del caudal necesario para el pago de las pensiones que en el régimen de reparto han de cubrir íntegramente las cuotas²⁰⁵.

En el caso de los trabajadores menores de 45 años se estableció el sistema de capitalización colectiva, en la medida en que a diferencia de los que sucedía para el grupo de los mayores de esta edad, el equilibrio financiero no se aseguraba individualmente, sino para el conjunto de los asegurados.

En los sistemas de capitalización colectiva el equilibrio financiero "se establece entre el total de los valores actuales probables para todos los compromisos del organismo asegurador y el total de los valores actuales probables de los ingresos. No

²⁰⁵ Cfr. "El sistema de reparto o el de capitalización". RSS nº 1-2, 1947, pág(s) 13-15. A estas consideraciones que se extraen del Congreso Nacional de 1919 y que el autor hace suyas, añade dos ventajas más: en primer término, que es más barato para los largos períodos en que se han de constituir y percibir las prestaciones. Se agrandan los recursos con los intereses que producen y con las cantidades abonadas por los asegurados que se aseguran de un riesgo que no llega, por su muerte o por perder su condición de asegurado y segundo lugar, se valúa el coste, no por el de las prestaciones recibidas en el año, sino por el valor actual de las prestaciones que el seguro tiene que dar en su día. Este coste se paga a plazos y en largo tiempo. Así se forman con el mínimo esfuerzo las reservas necesarias. Y esas reservas son las que dan seguridad, no sólo a las pensiones en curso sino también a las que se van constituyendo". *Ibidem*, pág(s) 19-21

solamente considera la población asegurada presente, sino también las generaciones futuras”²⁰⁶.

Por su parte, en el supuesto de la capitalización individual, las primas abonadas en favor de cada asegurado se consignan en una cuenta individual para constituir los fondos necesarios para el pago de las prestaciones del solicitante. En este caso se establece una relación muy estrecha entre las cotizaciones o primas pagadas y las prestaciones recibidas.

La protección dispensada a la vejez por medio del seguro obligatorio se completaba, en favor de aquéllos que por un motivo u otro habían quedado al margen de las prestaciones ofrecidas por este seguro a través de los denominados Homenajes a la vejez, los cuales constituían una obra tutelar de carácter asistencial íntimamente ligados a la institución del retiro obrero, con la que los Poderes públicos obsequiaban a aquellos ancianos que no podían participar de los beneficios del seguro social de vejez. Dos, eran, en principio, los objetivos fundamentales que se perseguían con la realización de estos Homenajes a la vejez: la prestación de asistencia pública en favor de los ancianos que habían quedado al margen del sistema establecido, y profundizar en el desarrollo educativo y el fomento de la realización de actos de auxilio y apoyo de los ancianos desamparados²⁰⁷.

4.2 La actividad del Instituto Nacional de Previsión con posterioridad al establecimiento del retiro obrero con carácter obligatorio.

²⁰⁶ GOÑI MORENO, J.M.; *“Sistemas de financiamiento de la Previsión Social”*. RISS 1954 (I), núm. 2, pág 219.

²⁰⁷ Tal y como señala, en este sentido GARCÍA OVIEDO, C, son fines concretos de los Homenajes de la Vejez: 1º Enaltecer la ancianidad, inculcando en el ánimo de las gentes, el amor y el respeto a los viejos; 2º Fomentar y proteger las ideas y operaciones de la previsión; y 3º Realizar obras de beneficencia en favor de los ancianos pobres”. *Cfr. “Tratado Elemental de...”*. *Op cit*, pág. 752. Para un estudio en mayor profundidad de los Homenajes a la vejez, vid JIMENEZ, I.; *“La obra de los Homenajes a la vejez”*. Madrid. 1931.

Si, tal y como hemos podido apreciar, el papel desempeñado por el INP fue importante para la aparición y desarrollo de seguro social de vejez, inicialmente con carácter facultativo para proceder con posterioridad a su establecimiento obligatorio, no fue menos importante la tarea desempeñada por esta institución una vez establecido el retiro obrero, desarrollando su actividad a partir de entonces en dos direcciones principales: de un lado, el control y seguimiento del despliegamiento del retiro obrero, y de otro, la fijación de una bases embrionarias que permiten la coordinación de los diferentes Seguros Sociales, agilizándose, de esta manera, su práctica e utilización.

Una vez alcanzada esta situación, se advierte que el amplio abanico de funciones desarrolladas por el INP tiene menor incidencia, en gran medida, porque la actividad educativa clave para la aparición y consolidación del régimen de Seguros Sociales, había calado en la sociedad y había dado ya sus frutos fundamentales.

La labor realizada por el INP a partir del establecimiento del retiro obrero se centró, así pues, en el avance hacia una ampliación y perfeccionamiento del régimen de Seguros Sociales, dando el impulso necesario para la implantación progresiva de los mismos y tendiendo, en un primer momento a facilitar la unificación de los ya existentes, para poder fijar, de esta manera, las bases de un sistema posterior estructurado de Seguros Sociales.

Tal y como posteriormente tendremos ocasión de apreciar, aunque, en este segundo momento, se pudo percibir con mayor claridad las insuficiencias del sistema de seguros obreros que, en parte, fueron subsanadas con la participación de los Montepíos y las Mutualidades Laborales, el balance que puede hacerse del papel desempeñado por el INP es altamente positivo, no sólo porque, en tanto que continuador de los trabajos desarrollados inicialmente por la CRS y asumidos con posterioridad por el IRS, contribuyó muy activamente en la mejora de las condiciones de vida de la clase trabajadora, sino que especialmente por haber cooperado, de forma muy decisiva, en la consolidación de una actitud favorable en pro de los Seguros Sociales, y entre ellos, el de vejez, y en lo que éstos representan, y además al haber

fijado las bases iniciales de lo que en un momento posterior sería el sistema español de Seguridad Social.

5. La Unificación de los Seguros Sociales.

Los diferentes Seguros Sociales se constituyen de forma gradual, al ir dándose luz verde a la creación de cada uno de los Seguros Sociales a medida que se manifestaba, de forma más o menos contundente, la necesidad que se quería reparar. No obedecían a un plan de conjunto, sino que eran producto de múltiples causas de tipo político, económico y social, y se dirigían fundamentalmente a reparar las necesidades más urgentes de los trabajadores.

Cada seguro social era independiente de los demás, se desarrollaba con técnicas diferentes, con sistemas financieros distintos y con órganos administrativos propios. Este desarrollo descoordinado de los Seguros Sociales, restaba eficacia a los mismos y desdibujaba la finalidad que se perseguía; "el proceso de aparición histórica de los diversos Seguros Sociales ha conducido a la coexistencia y, a veces competencia de diversos órganos gestores y, lo que aun es peor, de muy dispares sistemas de seguro social, con base y orientaciones a veces contrapuestas, con medios económicos irrisoriamente desiguales y con resultados, por consiguiente, muy deficientes, pues de donde debía surgir uno de los más eficaces móviles de solidaridad y unión social, puede derivarse efectos radicalmente contrarios"²⁰⁸.

Una vez implantados de forma general la mayor parte de los Seguros Sociales, fue cuando empezó a estimarse que éstos estaban desarrollándose de forma dispersa y disgregada, momento en el que aparecieron las primeras manifestaciones en las que se apuntaba que era necesario proceder a su unificación, al entender que ante la

²⁰⁸ SÁNCHEZ MONÍS, F.; *"Ensayo sobre un seguro social de vejez e invalidez y muerte en un sistema unificado de Seguros Sociales"*. RISS, 1956 (II), pág. 878.

multiplicidad y variedad de los mismos era imprescindible ir a la búsqueda de una simplificación que asegurase su máxima eficacia.

La carencia de unidad, la falta de uniformidad y de coordinación de los Seguros Sociales eran las principales características que éstos habían ido asumiendo a medida que se fueron estableciendo.

La ausencia de visión de conjunto con la que había sido establecido los Seguros Sociales, unida a la complejidad de la legislación existente sobre esta materia hacían imprescindible que de uno u otra manera, se plantease la necesidad de proceder tal y como antes he referido, a su simplificación con la finalidad de combatir las carencias apuntadas y adaptar de forma sistematizada estos mecanismos de previsión social a los fines o propósitos perseguidos.

Este anhelo o deseo de establecer una unificación de los Seguros Sociales que facilitase su desarrollo y aplicación fue una preocupación constante que estuvo latente en nuestro país durante muchos años.

Alemania, país pionero en la aparición e implantación de los Seguros Sociales obligatorios, disponía ya desde 1911 de un Código de Seguros Sociales, como claro ejemplo de esta necesidad de establecer, en aras a la simplificación y eficacia del sistema, una estructura unificada de los mismos.

Cuando se habla en cualquier caso de unificación tal y como señala González Posadas, "se alude, al deseo, con frecuencia manifestado, de que desaparezca de un país los regímenes independientes y hasta diferentes de Seguros Sociales, uno para cada riesgo, y su sustitución por un sólo régimen en el que se combine la atención de todos los riesgos"²⁰⁹.

La finalidad esencial que se perseguía con esta unión era la de simplificar los Seguros Sociales que habían ido desarrollándose con carácter disperso, y avanzar en el

²⁰⁹ Cfr. "La unificación de los Seguros Sociales". Información Jurídica, 1948, nº 58, pág. 4.

establecimiento de un único sistema de Seguros Sociales que a través de la sistematización permitiese conseguir la uniformidad y unidad de los mismos.

Este deseo de simplificar el sistema de Seguros Sociales ni mucho menos fue ajeno al propósito de mejorar su eficacia, ya que en última instancia este era el móvil fundamental del proceso de unificación, por cuanto que el desarrollo de un único sistema unificado de Seguros Sociales que concentrase los esfuerzos de todos, eliminase las complejidades y contradicciones existentes y evitase la duplicidad de órganos y operaciones facilitaba, sin duda alguna, la posibilidad de obtener resultados más satisfactorios y rápidos, y aumentaba la eficacia de los mismos.

La unificación de los Seguros Sociales permitió dar un primer paso hacia la preparación del que vendría a ser un sistema posterior de Seguridad Social más ordenado, que abarcase todos los aspectos o ramas del mismo, incluyendo los Seguros Sociales.

5.1 La unificación de los Seguros Sociales en el ordenamiento jurídico español.

Asumida la necesidad de proceder a la unificación de los Seguros Sociales la doctrina mantuvo dos posiciones diferenciadas en relación al sentido y alcance que se había de dar a esta unificación, tal y como señala el profesor González Posadas: una que defendía la unificación propiamente dicha de los Seguros Sociales, y otra que propugnaba su coordinación o unificación orgánica.

Dentro de la primera de las posiciones aludidas, la de los defensores de la unificación de los Seguros Sociales, era a su vez posible distinguir dos concepciones claramente diferenciadas en relación con la forma o procedimiento a seguir para la consecución de ésta: de un lado estaban aquéllos que eran partidarios de la

denominada teoría del riesgo único, cuyo pionero y máximo defensor fue Álvaro López Nuñez²¹⁰, y de otro, los que apostaban por la fusión de los Seguros Sociales.

Los partidarios de la teoría del riesgo único se amparaban en la idea que obtenían del análisis de las diversas formas de Seguros Sociales, al considerar que todas las desventuras a que subviene el seguro social tienen una misma causa como es la falta de trabajo, aunque ésta se manifieste de forma diferente y es por ello que “el trabajo debe estar asegurado contra los riesgos de paro, de la vejez e invalidez, de la enfermedad y de la muerte, en virtud de su reconocimiento moral y legal como estado natural del hombre y como condición indispensable para el cumplimiento de sus fines”²¹¹.

Por su parte, los defensores de la fusión de los seguros, como es el caso de Martí Bufill, hacían descansar en la comunidad la garantía de protección contra los riesgos a que está expuesto el trabajador y que le generan una necesidad, defendiendo que la manera de atender estos riesgos y necesidades había de ser única, mediante el establecimiento de un derecho a un seguro social único y total con el que hacer frente a las consecuencias negativas que comporta la producción de cualesquiera de los riesgos²¹².

²¹⁰ Vid, en este sentido; Cfr *“Sinopsis para un estudio de la Institución del Seguro”*, Madrid, 1906. Teoría que fue posteriormente defendida por KRZECZKOWSKI en su artículo *“Les assurances sociales et la législation internationale”* en *Revue Internationale du Travail*, vol VIII, núm 5, noviembre 1923, pág(s) 687-693.

²¹¹ LUÑO PEÑA, E.; *“El problema de la unificación de los Seguros Sociales fuera de España”*. Publicaciones del INP. Imprenta y encuadernaciones de los Sobrinos de la Sucesora de M Minuesa de los Ríos. Madrid, 1935, pág. 19.

²¹² “Concebido el seguro social de acuerdo con la doctrina de la fusión del seguro -en la que se elimina el concepto de responsabilidad, que en los primeros momentos del seguro social buscó el legislador como soporte del mismo -, hay que aceptar el derecho total de garantía nacido de la dignidad del trabajo. Es un derecho que tiene, naturalmente, diversas modalidades de aplicación, según los riesgos porque cada uno crea necesidades distinta. Y de esta manera llegamos al “seguro social total”, que jurídicamente supone estos dos principios: 1º, la pluralidad de riesgos deja de constituir diversos derechos independientes y 2º, la unidad del seguro no se busca en la igualdad del riesgo (que no existe), sino en la identidad del derecho que posee todo trabajador, a satisfacer la necesidad resultante de cualquiera de los riesgos típicos y generales que tiene como trabajador”. GONZALEZ POSADA, C. *“La unificación de los...”*. *Op cit*, pág(s) 6 y ss.

Los que alejándose de las teorías unificadoras eran partidarios de la coordinación o unificación orgánica de los Seguros Sociales, aun admitiendo la separación técnica del seguro para cada riesgo²¹³, se inclinaban por la unificación o el encuadramiento de todos los Seguros Sociales en una organización administrativa única, "se preocupan por el aspecto administrativo de los seguros, reconocen y mantienen la independencia de cada seguro y ven una ventaja en la supresión de servicios iguales o semejantes en la existencia de un sólo servicio que gestione o atienda a las necesidades de los seguros"²¹⁴.

Aunque el desarrollo del proceso de unificación o articulación de los Seguros Sociales, bajo las coordenadas teóricas antes expuestas, tuvo un alcance e intensidad diferente en cada país, siendo posible distinguir hasta cuatro modelos diferentes de legislaciones²¹⁵, España contó con la suerte y ventaja de tener un organismo como el INP que no sólo dio, desde su creación, el impulso necesario para la implantación progresiva de los Seguros Sociales, sino que además permitió mantener una cierta unidad orgánica²¹⁶, facilitando la coordinación de los diferentes Seguros Sociales como un primer paso hacia la unificación de los mismos.

²¹³ Entre otros, JIMENEZ, I para quien la coordinación de los Seguros Sociales comportaría una serie de ventajas en planos distintos, " (...) en lo legal, porque se ordenarían todos los seguros en un sólo texto; en lo técnico, porque respetando la inevitable variedad entre los riesgos, ganarían mucho los seguros con poseer una sola dirección actuarial que tuviera una visión de conjunto de la constitución; en lo social, porque se evitaría la separación de la masa asegurable; en lo administrativo., porque sólo inconvenientes trae para el patrono y para la economía del seguro la diversidad de oficinas y también en lo sanitario; en lo inspectivo; en lo jurisdiccional y en cuanto al control". Cfr. *"La unificación de los Seguros Sociales"*, Madrid, 1935, 2a edición, pág(s) ???

²¹⁴ *Ibidem*, pág. 7.

²¹⁵ "I. Legislaciones instauradoras de la unificación de los Seguros Sociales (Polonia, Rumania, Grecia); II Legislaciones instauradoras de la codificación de los Seguros Sociales (Alemania, Dinamarca, Luxemburgo); III. Legislaciones inspiradas en la idea de la coordinación de servicios para la unificación progresiva de los Seguros Sociales (Austria, Checoslovaquia, Francia, Holanda, Italia); IV. Legislaciones con tendencia hacia la coordinación y unificación de los Seguros Sociales (Bélgica, Bulgaria, Finlandia, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Hungría, Irlanda (Estado Libre), Japón, Suecia, Suiza y Yugoslavia). LUÑO PEÑA, E.; *"El problema de la ..."* Op cit, pág. 43.

²¹⁶ "unidad orgánica que en modo alguno significa monopolio absorbente ni mucho menos excluye la coordinación con entidades y servicios afines y la colaboración con instituciones de carácter social como los sindicatos". JORDANA DE POZAS, L. *"El principio de unidad y los Seguros Sociales"*. Información Jurídica, 1942, nº 12, pág. 8.

Así pues, con el propósito de potenciar la efectividad de los Seguros Sociales y reducir el coste económico de los mismos, tal y como hemos visto, ya desde un primer momento, se planteó la necesidad de unificar los Seguros Sociales, de tal manera que se pudiera aumentar a través de esta unificación su eficacia y economía; se abogaba porque "fuera, en general, única la institución aseguradora, fuera una sola cuota, aunque en ella estuviera diferenciada técnicamente las primas de cada seguro, siendo cuando fuera posible uno sólo el acto de afiliación y uno sólo el documento o instrumento que acreditara el pago de las cuotas, fueran únicos el material y las instituciones sanitarias para todos los seguros que las requieren, y única la inspección del cumplimiento de la Ley, la jurisdicción contenciosa y la revisión anual de balances"²¹⁷.

Se quiso, como es obvio, aprovechar el empuje de la unificación de los Seguros Sociales no sólo para simplificar el régimen de los mismos, sino también para mejorar su contenido; así por lo que respecta al seguro de vejez, en la segunda mitad de la década de los años 30 estaba prevista la introducción de notables mejoras e innovaciones para satisfacer las aspiraciones reiteradamente expuestas desde diversos sectores sociales, en el marco del proceso de avance que representaba la incorporación del seguro de vejez en los Seguros Sociales unificados²¹⁸.

Entre otras mejoras, se preveía introducir la siguiente: en la pensión de vejez, que, salvo imposiciones voluntarias y supuesta la continuidad en el trabajo, era de 360

²¹⁷ BLANCO, J.E.; *"Planificación de la Seguridad Social"*. Ediciones Marte, Barcelona, 1964, pág. 30-31.

²¹⁸ En este sentido y por lo que respecta a la consolidación del Régimen de Retiro Obrero obligatorio se presentó a la Asamblea del Instituto y Cajas Colaboradoras celebrada en Sevilla el año 1930 una ponencia donde se exponían las probabilidades y dificultades para lograr: 1º la reducción del período diferido para el percibo de las pensiones mediante la refundición en uno solo de los dos grupos existentes; 2º la implantación del seguro de invalidez unido al de vejez; 3º la constitución de un modesto capital-herencia. Esta ponencia coincidió en el tiempo con la Conferencia Internacional de Trabajo que se celebró en 1932 y 1933 y con el encargo que se hizo al INP por Orden de 10 de mayo de 1932 para preparar un proyecto de seguro de enfermedad y otro de seguro de invalidez y muerte. A tal fin se constituyeron sendas Subponencias. La encargada de los seguros de vejez, invalidez y muerte, se constituyó el día 13 de febrero de 1933. Vid en este sentido INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. *"Unificación de los Seguros Sociales. El seguro de vejez, invalidez y muerte. Labor de la subponencia y conclusiones"*. Publicaciones del INP. Imprenta y encuadernaciones de los Sobrinos de la Sucesora M. Minuesa de los Ríos. Madrid, 1934, donde se incluye el texto íntegro de las Bases para el seguro de vejez, invalidez y muerte.

pesetas anuales en el régimen del Retiro Obrero e igual para todos los obreros afiliados al régimen antes de cumplir los 45 años, se pensaba convertirla en una pensión variable que siendo como mínimo de 360 pesetas anuales para los que pudiesen acreditar un mínimo de 500 cotizaciones con carácter mensual, pudiese ser mayor para la generalidad de obreros y empleados que hubiesen cotizado durante más de 10 años, lo que equivalía a las 500 cuotas mensuales.

Asimismo estaba previsto que la pensión constase de dos partes diferenciadas: una que fuera el resultado proporcional al número y cuantía de las cuotas semanales abonadas en favor del asegurado, y otra de 120 pesetas anuales procedentes del Estado. La finalidad de esta distinción era la de favorecer a aquéllos que ganaban más y por consiguiente, pagaban mayores cuotas ya que percibían una pensión superior.

Igualmente se preveía la posibilidad de acrecentar la pensión mediante un subsidio por cargas familiares, siempre y cuando los recursos de sistema lo permitiesen y para el supuesto caso que el beneficiario de la pensión al cumplir los 65 años tuviera familiares a su cargo en los términos y condiciones previstas en el correspondiente Reglamento.

La pensión de vejez se establecía no sólo en beneficio de aquéllos que pudiesen acreditar el cumplimiento de las 500 cotizaciones mensuales sino también para aquellos otros que, por estar ya próximos a una edad avanzada y cerca del retiro, pese a que no dispusiesen de tiempo suficiente para alcanzar las cotizaciones exigidas, acreditarasen cotizaciones suficientes que junto con las bonificaciones del Estado se daría derecho a alcanzar siquiera las 220 pesetas anuales de pensión. Únicamente aquellos que, por haberse afiliado próximos a los 65 años, o por los que se hubiesen satisfecho muy pocas cuotas, no se les pudiese siquiera constituir esta pequeña cuantía, se les iba a hacer entregar de lo que por ellos se hubiese cotizado y las bonificaciones del Estado.

Por lo que respecta a la edad de retiro, aun manteniéndose la de 65 años, estaba prevista la introducción de una notable novedad, que permitiría al asegurado que al cumplir los 60, pudiese acreditar al menos 750 cuotas, solicitar la liquidación y

cobro de su pensión, penalizando esta anticipación con una reducción de la misma pensión. Así, alcanzados los 60 años de edad y cubiertas las 750 cuotas exigidas, se podía optar por empezar a cobrar una pensión de retiro menor, o esperar a cumplir los 65, para pasar a disfrutar de la pensión ordinaria sin reducción alguna.

La introducción de estas considerables mejoras sólo era posible si se aumentaba la cuota del Retiro Obligatorio, estableciendo la cotización obligatoria del obrero y modificando la forma de bonificación del Estado; de esta forma, estaba previsto que el patrono pagase las cuotas en relación con los salarios y que el obrero pagase otra cantidad igual, sin que en cualquier caso ambas aportaciones superasen el 12% del salario. Las cuotas abonadas no sólo servían para el seguro de vejez sino que se imputaban a todos los seguros unificados.

La aportación del estado, en vez de ser una bonificación ordinaria de un tercio de las cotizaciones patronales, contribuía al aumento de la pensión, costeando, a sus solas expensas, una pensión suplementaria de 120 pesetas anuales para cada obrero que cumpliera los 65 años, y en cuyo favor se hubiesen hecho 500 cotizaciones mensuales.

Al margen de las novedades de índole financiero previstas y de la posible anticipación general, aunque penalizada, de la edad de retiro, las más significativas innovaciones partían, sin duda alguna, de la utilización del salario como punto de referencia no sólo para el cálculo de la pensión, sino también para la determinación de la cuota obrera y patronal²¹⁹.

El proceso de unificación de los Seguros Sociales se inicia formalmente en España a partir de la aprobación de la Orden de 10 de mayo de 1932 (*Gaceta* de 10 de mayo)²²⁰, que encomendaba al INP la preparación de sendos proyectos de seguros de

²¹⁹ Para un estudio con más detalle sobre el nuevo régimen previsto vid. INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. *“El seguro de vejez en el proyecto de unificación de los Seguros Sociales”*. Hojas divulgadoras del Instituto Nacional de Previsión, núm 2. Madrid. 1936.

²²⁰ Con anterioridad a 1932 encontramos alguna muestra clara de este deseo de avanzar en la unificación de los Seguros Sociales, incluso con carácter previo a la aparición propiamente de los

enfermedad e invalidez y muerte, y la realización de un estudio técnico necesario para la unificación de los Seguros Sociales que se indican y su coordinación con los Seguros de accidente de trabajo en la industria y en la agricultura.

El INP realizó la tarea encomendada entre los años 1932 y 1935, organizando para tal fin una Ponencia Nacional, y fruto del trabajo desarrollado en este período, se elaboró un anteproyecto de ley de unificación por coordinación de los Seguros Sociales, utilizando el mecanismo de la coordinación, en cuyo texto se recogían dos únicos Seguros Sociales; uno que cubriría los riesgos a largo plazo de invalidez, vejez, y muerte, y otro que ampararía, los riesgos a corto plazo de enfermedad y maternidad.

La tentativa de avance en el proceso de unificación de los diferentes Seguros Sociales en España tantas veces denunciada, se vio frustrada por cuanto que en la práctica, y como paso previo a esta unificación, y a pesar de las recomendaciones y estudios elaborados, se optó por completar el proceso de implantación de los restantes Seguros Sociales.

mismos, el legislador se había ya manifestado a favor de la unificación de los futuros Seguros Sociales, así el Decreto de 5 de marzo de 1910 sobre seguros populares establece en su exposición de motivos que "es a la vez de interés muy grande simplificar la administración del seguro social, unificando sus diversas y sucesivas manifestaciones, y cree que esto puede hacerse en España fácilmente organizándola dentro de la amplia esfera del Instituto Nacional de Previsión, en el que legalmente caben bajo una misma gestión técnica y administrativa varias Cajas de Seguro Popular que trabaje con separación de funciones, pero en constante y mutua relación". Unos años más tarde, en 1919, meses después de la aprobación del Decreto de 11 de marzo, por el que se instauraba el retiro obrero obligatorio, el Real Decreto de 20 de noviembre de 1919 (*Gaceta*, de 23 de noviembre) establecía la necesidad de adoptar un plan de Seguros Sociales para que, como se dice en el preámbulo del mismo, la labor encomendada al INP se mueva por cauces de sistemático ordenamiento, con el fin de darle mayor eficacia. En este mismo sentido RULL SABATER, A, señala que es en la Conferencia Nacional sobre Seguros de enfermedad, maternidad e invalidez celebrada en noviembre de 1922 en Barcelona, donde se pueden encontrar las primeras preocupaciones importantes relativas a la necesidad de lograr un sistema coherente y articulado de Seguros Sociales; "En la implantación de los Seguros... debe procurarse cuidadosamente la coordinación, no sólo entre ellos, sino también con los de vejez, accidente y paro. En su consecuencia es deseable: a) que los distintos Seguros Sociales tengan la misma finalidad social, delimiten de igual manera el sector de población asegurable y se ajusten con tal exactitud que no dejen riesgo de anormalidad económica procedente del trabajo que no sea previsto; b) que sin perjuicio de las variantes orgánicas propias de cada uno, articulen su organización de tal manera que reduzcan al mínimo el número de funcionarios, simplifiquen los procedimientos de recaudación y pago, de manera que impongan el menor número posible de prestaciones y molestias..." *Cfr. "La Seguridad Social en España"* vol I, Euroamérica, S.A, Madrid, 1971, pág. 54-55. Ahora bien, cabe señalar que no fue hasta la aprobación el 9 de diciembre de 1931 de la Constitución republicana, que se dio el primer paso decisivo en favor de la unificación de los Seguros Sociales, en este sentido, es importante, destacar que el art 46 de la Constitución de 1931, hacía alusión a que, con el propósito de asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna, la legislación social regularía, entre otras cuestiones, los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte.

En cierta modo, la protección dispensada a la vejez, constituye una excepción a este fracasado intento de fijación de un seguro total, o en su defecto, de la unificación de los seguros existentes, en la medida que siendo relegada a un segundo plano la práctica de la unificación y optando por el sistema de fusión, el Real Decreto de 23 de diciembre de 1944²²¹, en el que se debían fijar las normas y disposiciones fundamentales que en materia de previsión social obligatoria debían adoptarse con carácter previo a la implantación de un sistema de Seguro total, autorizaba la constitución de una comisión encargada de redactar un proyecto de ley para su presentación en las Cortes por el Gobierno.

Tal y como se establece, en este sentido, en el preámbulo de este Real Decreto: "aún cuando el establecimiento del Seguro total implique un propósito más que de reforma, de perfeccionamiento e integración de lo ya realizado, reviste tan extraordinaria importancia, incluso como avance para lograr en su día el necesario reajuste de las diversas instituciones de previsión pública, que su instauración exige y requiere el previo análisis de cuantos extremos se relacionan con los principios informadores del sistema y de las consecuencias que deriven de su aplicación a fin de articular con criterio de permanencia las normas a que al mismo haya de adaptarse y, en especial, las relativas a la forma en que todos los españoles y la renta nacional contribuirán a la ejecución de tan magna obra de justicia social"²²².

²²¹ *Boletín Oficial*, de 13 de enero de 1945.

²²² Las declaraciones y principios en los que debía inspirarse el proyecto de ley en el que se establecerían las normas y disposiciones fundamentales en materia de previsión social obligatoria (proyecto que debía redactar la comisión constituida a tal efecto), son básicamente ocho, a saber: 1º la consideración de que la previsión en cuanto garantiza al trabajador la seguridad de su amparo en el infortunio, constituye una función social del Estado, cuyo cumplimiento exige, dentro de un sistema de Seguro total, una completa hermandad de todos los españoles (...); 2º La organización administrativa de cuantos servicios integren el Seguro total objeto del proyecto quedará establecida bajo la dependencia del Ministerio de Trabajo; 3º Unas mismas normas fundamentales regularán la protección que deba dispensarse a los trabajadores de las distintas ramas de la producción y a los familiares y derechohabientes de los mismos (...); 4º Con carácter unitario se fijarán las condiciones que han de reunir los productores y, en su caso, sus familiares y derechohabientes, para que puedan exigir las prestaciones de los servicios del Seguro a que respectivamente tuvieran derecho; 5º Las prestaciones podrán hacerse efectivas con absoluta independencia de las que particularmente pudieran corresponderles por pertenecer a Montepíos o Mutualidades de previsión social. (...); 6º Se determinará en el proyecto, las bases para la reorganización de los actuales servicios del Instituto Nacional de Previsión, conforme a un criterio que, sin detrimento de su eficacia, logre su máxima coordinación evitando en absoluto cualquier género de duplicidad en los mismos. Inexcusablemente se establecerá la

Con anterioridad a la aprobación de la constitución de esta comisión, el año 1939, se aprobó una ley, la Ley de 1 de septiembre de 1939, que sustituyó el retiro obrero obligatorio por el subsidio de vejez e introdujo importantes y significativas novedades; “las características esenciales del nuevo régimen consistieron en triplicar el importe de la pensión normal de vejez que quedó fijada en tres pesetas diarias; en sustituir por un régimen de reparto el anterior régimen de capitalización; en hacer proporcionales a los salarios las cuotas patronales que antes eran fijas; y en dar carácter inmediato a la percepción del subsidio por aquellos trabajadores que estuvieran inscritos en el régimen de retiros obreros con anterioridad a la publicación de la ley y hubieran cumplido sesenta y cinco años de edad o sesenta si estaban afectos de una invalidez laboral producida por causas independientes del accidente de trabajo”²²³.

El Decreto de 18 de abril de 1947²²⁴, en cumplimiento de lo previsto en el Decreto de 23 de diciembre de 1944, dio luz verde a la creación de un seguro obligatorio de vejez e invalidez, así, señalando en su propio preámbulo, que: “los seis años de vigencia del Régimen de subsidio de vejez, permiten ya, con conocimiento de causa en la experiencia obtenida, iniciar el perfeccionamiento del sistema ampliando su ámbito protector hasta llegar a un régimen definitivo que responda a un completo amparo de las situaciones adversas que impiden al trabajador, al tener definitivamente que cesar en su actividad laboral, obtener el jornal que es su único medio de subsistencia”.

unificación de los servicios facultativos de asistencia médico-quirúrgica. (...); 7º Los recursos necesarios para poder atender a los expresados beneficios y prestaciones y al normal funcionamiento de los servicios del Seguro que estarán constituidos por: primero, por las cuotas de las empresas; segundo, por las cuotas de los trabajadores por cuenta ajena; tercero, por las cuotas de los productores autónomos; cuarto, por la aportación del Estado que anualmente consignará en sus Presupuestos. (...); 8º El total recaudado por los conceptos antes expresados, se ingresará en un solo Fondo general del Seguro, con cargo al cual y con sujeción a las normas que el proyecto determine, se situarán en los diferentes servicios las cantidades que precisen para el puntual pago y ejecución de las prestaciones y beneficios que el Seguro comprende (...).”.

²²³ INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. *“Los Seguros Sociales en España de 1936 a 1950. Informe sobre las actividades y resultados de la gestión del Instituto Nacional de Previsión, presentado por el Excmo Sr D. Luis Jordana de Pozas”*. Ministerio de Trabajo. Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1953, pág. 27

²²⁴ *Boletín Oficial*, de 5 de mayo.

El legislador se inclinó, tal y como ya he apuntado, por el sistema de fusión, rompiendo, de esta manera, con la doctrina española que mayoritariamente se había manifestado a favor de la unificación de los Seguros Sociales mediante la coordinación de los mismos. Así pues, alejándose de las tendencias vigentes en aquellos momentos, se optó por la ampliación en el caso del seguro de vejez, de su ámbito de aplicación, extendiéndolo en un primer momento al riesgo de invalidez con la creación en 1947 del SOVI (seguro obligatorio de vejez e invalidez)²²⁵, el cual que fue posteriormente ampliado con el riesgo de muerte, en virtud del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955²²⁶.

El proceso de unificación, fusión y coordinación de los diferentes Seguros Sociales obedecía a un objetivo claro y preciso: simplificar los dispersos Seguros Sociales, dotándolos de una mayor eficacia y reduciendo de esta manera su coste económico.

Con esta finalidad, en fecha 29 de diciembre de 1948²²⁷, se aprobaron dos Decretos muy significativos en los que se procedía de forma efectiva a desarrollar el proceso de unificación de los Seguros Sociales. En el primero de ellos, se simplificaba y unificaba la afiliación y la cotización en el seguro de vejez, invalidez, subsidio familiar y seguro de enfermedad, ya que, tal y como se exponía en su preámbulo, “el afán de dar realidad inmediata a las consignas del Fuero de Trabajo (referido a los preceptos de la sección X) y a la implantación rápida de los Seguros Sociales, motiva, en algunos casos, una duplicidad innecesaria de actividades en los distintos regímenes, que urge evitar para conseguir una considerable reducción en los gastos de gestión unida a una mayor simplificación del sistema administrativo, con la consiguiente economía y máxima comodidad para las empresas”.

²²⁵ Orden de 18 de junio de 1947, Boletín Oficial de 20 de junio.

²²⁶ *Boletín Oficial*, de 23 de octubre.

²²⁷ *Boletín Oficial* de 18 de enero de 1949.

Por su parte, en el segundo Decreto de diciembre de 1948, se procedía a determinar un concepto unitario de salario que tuviese virtuosidad y aplicación en todos los Seguros Sociales, incluido el de Accidentes de trabajo.

A medida que se iba abandonando la idea inicial de establecer un único seguro social total, el legislador se optó por ampliar el campo de aplicación del sistema de los Seguros Sociales, integrando dentro de los seguros existentes otros de nuevos. Aún cuando se mantenía la identidad de cada uno de los riesgos que se pretendía cubrir, por medio de la simplificación se consiguió clarificar aspectos tales como la dependencia orgánica del seguro, su funcionamiento (reconocimiento y pago)... etc, cuestiones todas ellas que mantenidas para cada riesgo cubierto dificultaban, hacían complejo y encarecían el sistema de los Seguros Sociales.

En este sentido es como debe entenderse la doble ampliación del campo objetivo de aplicación efectuada en 1947 y 1955 en el caso de la vejez, que, tal y como he tenido ocasión de señalar inicialmente, está referido a la invalidez y posteriormente a las prestaciones en caso de muerte. La idea de distinguir entre dos únicos Seguros Sociales (uno que cubriría los riesgos a largo plazo y el otro que cubriría los riesgos a corto plazo), estuvo presente en el desarrollo del proceso de unificación o simplificación de los Seguros Sociales y facilitó el establecimiento posterior de un auténtico sistema de previsión o protección social.

5.2 La importancia del informe de Lord Beveridge “*Seguridad Social y servicios afines*” en el proceso de unificación de los Seguros Sociales.

Sin duda alguna, fue trascendental, , la influencia que en el desarrollo del proceso de unificación y sistematización de los Seguros Sociales ejerció el informe elaborado por la comisión que presidió Lord Beveridge en 1942 por encargo del gobierno británico y que fue presentado ese mismo año bajo el título de “*Social*

Insurence and Allied Services" (Seguridad Social y servicios afines), como parte del resultado de la investigación que sobre los planes nacionales del seguro social y de servicios conexos había realizado la comisión a estos efectos nombrada.

Con anterioridad a la elaboración del Informe Beveridge, la ley americana de 14 de agosto de 1935 (*Social Security Act*), aprobada en el marco de la política intervencionista impulsada y desarrollada por el presidente Roosevelt para hacer frente a las consecuencias del crack económico de 1929, ya había destacado, en parte, la necesidad de diseñar un sistema de Seguridad Social²²⁸.

Con anterioridad a la aprobación de la *Social Security Act* (momento en el que muchos sitúan el origen de la historia moderna de previsión social en Estados Unidos), los gobiernos federales, estatales y locales habían puesto en práctica políticas concretas de atención y protección a la vejez, de tal manera que a nivel federal se ofrecía a los estadounidenses, bajo la denominación de pensiones de la Guerra Civil, un importante y significativo subsidio de vejez y discapacidad²²⁹.

²²⁸ "La ley de 1935 creó un sistema de seguros de vejez para los trabajadores de la industria y del comercio como una garantía de largo alcance contra los azares de la indigencia en la vejez. Para las necesidades inmediatas se adoptó el régimen de subsidio federal a los Estados en tres formas de asistencia pública: los ancianos necesitados, los ciegos necesitados y los niños a cargo. El plan del seguro establecía prestaciones mensuales de vejez, a partir de 1942, para los trabajadores asegurados solamente y una suma global como indemnización funeraria. La cotizaciones patronales y obreras se fijaron: el 1% del salario para 1937 al 1939; el 1'5 por ciento para 1940 al 1942; el 2 por ciento para 1943 al 1945; el 2'5 por ciento para 1946 al 1948; y el 3% para años sucesivos". MAESTRO, M.; *"La reforma de la Seguridad Social de Estados Unidos en 1950 (antecedentes, alcance y perspectiva)"*. Ministerio de Trabajo. Publicaciones del INP, Madrid, 1951, pág. 6.

²²⁹ "Desde la década de 1870 hasta principios del siglo XX, el gobierno federal y muchos estados de Estados Unidos establecieron costosas pensiones e instituciones de custodia para ayudar a los veteranos de guerra del ejército de la Unión y a sus dependientes. Ésta fue la primera fase de la Seguridad Social moderna en Estados Unidos: se ayudó a muchos ciudadanos estadounidenses discapacitados, ancianos y dependientes con más generosidad que los jóvenes estados extranjeros benefactores de la época". SKOCPOL, T.; *"Los orígenes de la política social en los Estados Unidos"* texto publicado originalmente en inglés en 1992 por Harvard University Press con el título *"Protecting soldiers and Mothers. The Political Origen of Social Policy"*. MTSS, Madrid, 1996, pág. ? Así tal y como señala este propio autor, "en 1910, cerca del 28 por ciento de todos los hombres estadounidenses de 65 años o más, más de un millón y medio de ellos recibieron beneficios federales promediando 189 dólares al año. En estados como Colorado (26,8%); Distrito de Columbia (37,6%); Indiana (28,4%); Kansas (30,4%); Ohio (25,5%) y Wyoming (26,1%), más de una cuarta parte del total de la población con 65 o más años de edad recibían pensiones de Guerra". Vid Apéndice 1. Porcentaje de ancianos en los Estados y en el distrito de Columbia que perciben pensiones de guerra en 1910". *Cfr. Ibidem*, pág. 699-700. Los primeros en establecer un verdadero sistema de pensiones de vejez fueron las Trade Unions americanas quienes a partir del sistema establecido en 1905 por la "Granite Cutters Internacional Association of America" fueron adoptando los planes de pensiones de invalidez y vejez (tipógrafos, tabaqueros, canteras,

En el caso de Estados Unidos es difícil determinar por qué este país rechazó la posibilidad de sustituir y transformar ese primer sistema de previsión social en un seguro para los trabajadores o en una pensión de vejez más general. Entre los diversos factores que contribuyeron a que no se produjese esta transformación destaca, sin lugar a dudas, la permanente y creciente preocupación por el elevado gasto público, que por aquel entonces era ilimitado, circunstancia que constituyó un importante condicionante en el empeño de extender el sistema previsto en la *Social Security Act*.

En el caso de Informe Beveridge, después de poner de manifiesto que la provisión para la mayoría de las variedades de necesidad, ya fuera ésta originada por la interrupción de los ingresos o por otras causas que pudieran surgir en las comunidades industriales modernas como era el caso de Gran Bretaña, en donde se había alcanzado un alto grado de consolidación, se señalaba que: "el seguro social y los servicios afines tal y como existen en la actualidad son dirigidos por un conjunto de organismos administrativos, complejos y desconectados entre sí, que actúan según principios diferentes y que realizan un incalculable servicio, pero con unos costes, tanto de dinero como de dificultades y tratamientos anómalos para idénticos problemas, para los que no hay justificación"²³⁰.

Constatada la importancia y el alcance de la implantación de los Seguros Sociales en Gran Bretaña, Beveridge denuncia la descoordinación y desconexión existente entre éstos.

Para poner fin a las deficiencias señaladas, el propio lord Beveridge plantea la necesidad de realizar una serie de cambios con la finalidad de conseguir una mayor y mejor coordinación de los Seguros Sociales, ya que tal y como señala el propio autor, "con una coordinación más adecuada, los servicios sociales existentes pueden hacerse, a la par, más beneficiosos y más inteligibles para aquéllos a quienes sirven, y más

tranviarios,...). JORDANAS DE POZAS, L.; *"El seguro social de vejez en los Estados Unidos y Canadá"*. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid. 1930.

económicos en su administración”²³¹, y es por ello que se alude en repetidos momentos del informe a las grandes ventajas que puede comportar la Seguridad Social unificada

De entre los 23 cambios propuestos en el Informe de Beveridge y que constituyen el grueso del Plan para la Seguridad Social, es necesario, en mi opinión, destacar dos que por si solos evidencian la importancia y la necesidad de avanzar en la unificación de los Seguros Sociales; así por ejemplo, una de las propuestas consiste en la unificación del seguro social en relación a la cotización, es decir, permitiendo que cada persona asegurada obtenga todas las prestaciones mediante una única cotización semanal o hecha en un documento único.

La unificación de los Seguros Sociales por lo que respecta a la cotización implicaría, como se apunta en el propio informe, un triple ahorro: un ahorro importante de papel, de molestias para las personas aseguradas y un ahorro en la administración para los patrones. Asimismo, no conllevaría cambio alguno en la práctica de asignar las cantidades recaudadas a los distintos propósitos (vejez, enfermedad, desempleo...), ni parece que sea absolutamente necesario el establecimiento de un Fondo de seguro social, “Hasta cierto punto, el Fondo de seguro social, creado para hacer frente a las distintas necesidades de un mismo cuerpo general de personas aseguradas, debería ser un fondo común, y sería más fuerte de ser así. Pero cierto grado de separación es necesario y el parlamento puede establecer cualquiera que se considere adecuado”²³².

Igualmente se alude a la necesidad de proceder a la unificación del seguro social y de asistencia, con relación a su administración, con la creación de un Ministerio de Seguridad Social. La ventaja que comportaría este cambio, en palabras de Beveridge, es: “una eficiencia enormemente mejorada, en el sentido de una mayor satisfacción de las personas aseguradas, en tanto que consumidores del seguro social”.

²³⁰ MINISTERIO DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *“Seguros Sociales y servicios afines. Informe de Lord Beveridge”*, Madrid, 1989, pág. 5.

²³¹ *Ibidem*, pág. 5.

El establecimiento de esta unificación administrativa y la aparición de un organismo único como es el Ministerio de Seguridad Social, permitiría solucionar, en opinión de Beveridge, numerosos problemas, se conseguiría que las personas aseguradas tuvieran una única autoridad con la que tratar, se eludirían los conflictos de demarcación, así como la duplicación y la superposición de las prestaciones, entre otras cuestiones²³³.

Como puede apreciarse en el modelo o Plan de Seguridad Social elaborado por la comisión presidida por Lord Beveridge (que constituye, sin duda alguna, un estudio de importancia fundamental en la aparición y desarrollo de los sistemas de Seguros Sociales), la demanda de un mayor grado efectivo de coordinación y unificación de los Seguros Sociales es un elemento clave en el diseño y desarrollo del Plan, en aras a simplificar el sistema, dotarlo de mayor eficacia y reducir el coste económico del mismo.

5.3 La actividad de previsión social desarrollada por las Mutualidades y los Montepíos Laborales.

Paralelamente a la actividad de gestión y desarrollo de los Seguros Sociales llevada a cabo por el Instituto Nacional de Previsión, el Estado dio luz verde al establecimiento, con carácter complementario, en unos aspectos y suplementario, en otros, de las Mutualidades y Montepíos Laborales con la finalidad básica y esencial de incrementar la política de previsión social²³⁴.

²³² *Ibidem*, pág. 32.

²³³ *Ibidem*, pág. 33-34.

²³⁴ El Ministerio de Trabajo tal y como señala SOLER LONGO, N-D, no encauzó el régimen de previsión social complementaria a través de un sistema rígido, a pesar de que la aparición de entidades mutualistas fuese generalizada, sino que optó por adoptar una variedad de formas que el propio autor resume en cuatro: "1. Creación de entidades de tipo mutualista; 2. Libertad para que las empresas cubran los riesgos previsibles que la Ley determina como mínimos; 3. Opción reconocida a las empresas

La Ley de Mutualidades y Montepíos Laborales, de 6 de diciembre de 1941²³⁵, en su art. 1º y a los efectos de esta ley, consideraba estas instituciones como “las asociaciones que con aquella o con cualquier otra y sin ánimo de lucro, ejercen una modalidad de previsión de carácter social o benéfico, encaminada a proteger a sus asociados o a sus bienes contra circunstancias o acontecimientos de carácter fortuito y previsible a los que están expuestos, mediante aportaciones directas de los asociados o procedentes de otras entidades o personas protectoras”.

El preámbulo de la citada Ley de creación y constitución de las Mutualidades y Montepíos Laborales, señalando que a partir de la Ley de 14 de mayo de 1908, reguladora de las sociedades de seguros, la previsión ejercitada en forma de seguro se había ido desarrollando en base a dos orientaciones distintas: una de ellas, de espíritu industrial, cuyos instrumentos eran, por norma general, empresas mercantiles y a veces también mutualidades; y otra, de espíritu eminentemente social y privado, para lo cual las entidades adoptaban siempre la forma mutualista o de asociación.

Las entidades que bajo el nombre de Mutualidades o Montepíos ejercían esta modalidad de previsión de carácter social o benéfico quedaron exceptuadas de las previsiones contenidas en la Ley de 14 de mayo de 1908 y carentes por consiguiente de regulación específica.

El creciente desarrollo y volumen alcanzado por la previsión en el campo del seguro privado llegó a significar, tal y como se exponía en el propio preámbulo de la Ley, una partida muy considerable de la economía nacional y representaba el esfuerzo y la esperanza de las clases modestas. Este hecho dio lugar a que el Estado adoptase una actitud intervencionista en el campo del seguro privado con el objeto de regular tanto el desarrollo administrativo como técnico de las entidades dedicadas a este

para concertar los riesgos previsible con entidades aseguradoras o cubrirlos por sí mismas; y 4. Facultad concedida a las empresas para crear y sostener cajas privadas de previsión”. Cfr. “*Montepíos Laborales*”. Huesca, 1950, pág. 17.

²³⁵ *Boletín Oficial*, de 16 de diciembre.

género de actividad, que estaban excluidas del contenido de la ley de seguros de 14 de mayo de 1908 y que carecían de reglamentación específica.

En ocasiones, la inadecuada formación, junto con el deseo, el desacierto en el cálculo, así como en su interpretación, o por causas administrativas, se produjeron algunas defraudaciones morales que ocasionaron el correspondiente descrédito para con las instituciones de previsión social y unas pérdidas irrecuperables para los asegurados que habían confiado su porvenir a estas Mutualidades.

Así pues, fueron dos básicamente los motivos o razones que dieron lugar a que el Estado adoptase una actitud intervencionista en este campo, reglamentando y vigilando el desarrollo de estas entidades mutualistas; de un lado, la relevancia e importancia que había ido alcanzando esta forma de previsión social, y por otro, las frustraciones de los asegurados y el correspondiente descrédito de esta institución que comportó un mal conocimiento y uso de las mismas.

Reguladas, las Mutualidades y los Montepíos Laborales, por voluntad expresa del legislador, estas entidades fueron concebidas "como un instrumento idóneo para la consecución de tres finalidades esenciales: una redistribución de bienes, con la que la participación de los trabajadores en la renta nacional se incrementa; una vía ancha y expedita para incrementar las prestaciones sociales, en favor de aquéllos y un resorte ágil de insospechadas virtudes de eficiencia para operar la profunda reorganización que en el sistema de previsión social española, se advierte, abriendo cauces a la implantación del seguro total"²³⁶.

Con la aprobación de la Ley de Mutualidades y Montepíos Laborales, de 6 de diciembre de 1941, se autorizó el establecimiento y desarrollo de un sistema complementario de previsión social de carácter profesional o por ramas de producción, que complementaba y mejoraba el sistema de previsión social que los Seguros Sociales administraban.

²³⁶ *Ibidem*, pág. 16.

El mecanismo de funcionamiento de estas entidades de previsión de carácter complementario era muy similar al que existe en la actualidad en la gran mayoría de sistemas de Seguridad Social. Las aportaciones a cargo de las empresas y de los trabajadores de las mismas constituían la fuente principal de ingresos de las Mutualidades o Montepíos Laborales. La cotización o aportación se obtenía aplicando un porcentaje sobre el salario-base. El capital disponible por los Montepíos Laborales era invertido en Deuda del Estado o del Tesoro, en valores mobiliarios o en inversiones de carácter social con la finalidad de obtener un determinado rendimiento y destinar esta rentabilidad obtenida al cumplimiento de sus fines de previsión.

La participación como asociado-contribuyente en el Montepío Laboral permitía que esta institución reconociese a este sujeto (que adquiriría la condición de asociado-beneficiario), la posibilidad de gozar de ciertas prestaciones como compensación o en correspondencia a sus aportaciones, especialmente en los supuestos de jubilación, viudedad, orfandad, paro, enfermedad, etc., siempre y cuando cumplierse con determinadas condiciones.

Los Estatutos de cada Montepío Laboral fijaban las condiciones, cuantía, requisitos así como el procedimiento administrativo para la concesión y el disfrute de las prestaciones.

Aunque estas Instituciones actuaron como entidades de previsión social de carácter complementario, cuestión ésta que quedaba reflejada en el hecho de que tal y como se establecía en el art. 4º de la Ley de 6 de diciembre de 1941, y en el art. 11 de su Reglamento de desarrollo de 26 de mayo de 1943²³⁷, las prestaciones que se devengaban en las Mutualidades o Montepíos eran independientes y compatibles con los beneficios que pudieran corresponderle a los asociados como consecuencia de los Seguros Sociales obligatorios establecidos por el Estado, a excepción de que alguna disposición expresa del Ministerio de Trabajo las declarase substitutivas de aquéllos; no es posible afirmar, tal y como en un primer momento se hizo, que el sistema previsto por el Mutualismo Laboral, configurara la prestación ofrecida por el Seguro de vejez

²³⁷ *Boletín oficial* de 10 de junio.

como una prestación mínima o básica y la concedida por las Mutualidades como prestación complementaria a la concedida por el Instituto Nacional de Previsión, por cuanto que no existía vinculación o conexión alguna entre una y otra, que se gestionaban y administraban por instituciones independientes.

Así pues, determinado el alcance de la prestación ofrecida por el sistema de los Seguros Sociales, la prestación a que daba derecho el Mutualismo, en el supuesto de que se hubiese contribuido al mismo, venía a completar, nunca a reemplazar, la generada en virtud de los diferentes Seguros Sociales.

Si bien, inicialmente cubrían espacios no cubiertos o cubiertos de forma imprecisa por el régimen de los Seguros Sociales y actuaban con carácter complementario, "alcanzaron, sin embargo, las prestaciones de este sistema teóricamente complementario, cifras verdaderamente desacostumbradas en el panorama de la Seguridad Social española, y lo que es más importante, siendo esas cifras contenido, en muchas ocasiones, de prestaciones paralelas de las previstas en el régimen de los Seguros Sociales generales"²³⁸. Este último aspecto, hace difícil que se pueda mantener la idea de que este mecanismo de previsión desempeñaba un papel complementario, ya que en determinados supuestos ejercían incluso una labor de sustitución más que de complemento de las prestaciones generadas por los Seguros Sociales.

En concreto, fue en el marco de las Reglamentaciones de Trabajo (que aparecieron con posterioridad a la aprobación del Fuero del Trabajo en 1938 y cuya regulación inicial fue establecida en la Ley de 16 de octubre de 1942 configurándolas como un conjunto de normas dictadas por el Ministerio de Trabajo sin delegación posible donde se fijaban de forma sistemática las condiciones mínimas a que habían de ajustarse las relaciones laborales en las distintas ramas de la producción), donde se estableció la necesidad de impulsar, la previsión social a través de la creación de las Mutualidades y/o Montepíos Laborales.

²³⁸ MEILÁN GIL, J. L.; *"El Mutualismo Laboral"*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Junta de estudios Económicos jurídicos y sociales. Madrid, 1963, pág. ?

Por lo que respecta a la protección dispensada por estas entidades, era en los Estatutos de las Mutualidades o Montepíos Laborales donde se fijaba, entre otras cuestiones, el alcance, las condiciones, la cuantía, los requisitos y el procedimiento administrativo para la concesión y el disfrute de la prestación que se concedía en forma de pensión.

A modo de ejemplo conviene examinar muy brevemente, cómo estaban reguladas estas prestaciones complementarias de jubilación en las Mutualidades y Montepíos Laborales en dos actividades profesionales ciertamente dispares como es el caso de las industrias de aceites y derivados, y de las empresas de construcción y Obras públicas.

En el caso de las industrias de aceites y derivados, en la Orden de 18 de abril de 1947²³⁹ por la que se aprobaba la Reglamentación de Trabajo de estas industrias, se establecía en su art. 70, que para el cumplimiento de los fines de previsión se debía constituir una Mutualidad de carácter provincial o interprovincial, a la cual pertenecerían todos los trabajadores afectados por la Reglamentación, incluyéndose entre las obligaciones que debían de ser atendidas por la Mutualidad la concesión de una pensión o indemnización en caso de jubilación o retiro.

La Orden de 2 de marzo de 1948²⁴⁰, se aprobaron los Estatutos del Montepío de las industrias de aceite y derivados, regulándose en su cuerpo legal los medios específicos de previsión social dirigidos a esta actividad laboral.

Así se fijaba para el sostenimiento financiero del sistema una aportación del 4%, por parte tanto de las empresas como de los productores o trabajadores. A su vez, las prestaciones que en su caso el Montepío otorgaba eran diferentes según si se tratase de productores que trabajaban con carácter fijo o no de conformidad con lo previsto en el art. 89 de los Estatutos.

²³⁹ *Boletín Oficial* de 2 de mayo.

²⁴⁰ *Boletín Oficial* de 2 de mayo.

En el caso de los trabajadores fijos, alcanzada la jubilación se tenía derecho a una pensión vitalicia en el supuesto de que se cumplieran dos condiciones esenciales: tener 65 años de edad y llevar 10 años como mínimo en la profesión. La cuantía de la pensión era diferente en atención a los años de servicio. Si se habían acreditado 10 años de servicio en la profesión se tenía derecho a una pensión equivalente al 30% del salario medio; si se acreditaban 20 años de servicio, el 40% del salario medio, así sucesivamente hasta 50 o más años de servicio que daban derecho al 70% del salario medio.

Para el resto de asociados-beneficiarios, especialmente aquéllos que trabajaban con carácter no fijo, el art. 108 de los Estatutos del Montepío establecía que se les otorgaba un premio de vejez al cumplir los 65 años de edad, siempre y cuando de la suma total de las diversas temporadas de trabajo resultase que el individuo había trabajado un mínimo por espacio de 3 años. Si se reunía ese mínimo de 3 años, se tenía derecho al premio de vejez que consistía en una anualidad completa (12 meses) de sus salario medio; si se reunían 4 años, 18 mensualidades completas; si eran 5 los años de servicio, 24 mensualidades; en caso de ser 6, 32 mensualidades; y finalmente si se superaba los 6 años y hasta un máximo de 10, se tenía derecho a 40 mensualidades completas.

En el caso de la empresas de construcción y obras públicas, el art. 104 de la Orden de 11 de abril de 1946²⁴¹, por la cual se aprobó la Reglamentación de Trabajo de estas empresas, recogía, al igual que hemos visto para las industrias de aceites y derivados, la necesidad de que se procediese a la constitución de una Mutualidad para el cumplimiento de los fines de previsión contenidos en la propia Reglamentación.

Inicialmente para el cumplimiento de esta finalidad previsora, se crearon por medio de una Orden de 12 de febrero de 1947²⁴² una serie de Montepíos provinciales, aunque posteriormente se constituyó un Montepío de carácter nacional (Orden de 24

²⁴¹ *Boletín Oficial* de 14 de abril.

²⁴² *Boletín Oficial* de 25 de febrero.

de julio de 1948²⁴³). Los Estatutos de este Montepío nacional fueron aprobados por una Orden de finales de 1948, de 29 de diciembre de 1948²⁴⁴, donde, como es obvio, se fijaban las bases de funcionamiento de estos Montepíos.

Por lo que respecta al contenido de la previsión fijado en el Montepío nacional, si bien inicialmente se estableció en el 6% y el 3% la cotización o aportación de las empresas y de los productores respectivamente para el sostenimiento financiero del sistema, estos porcentajes tuvieron vigencia sólo hasta el 31 de diciembre de 1948, ya que a partir del 1 de enero de 1949 se rebajó medio punto el porcentaje de aportación de las empresas, dejándolo en el 5,50%.

Los Estatutos del Montepío en su art. 103 reconocían una pensión vitalicia a todos los productores afiliados que se jubilasen después de haber cumplido los 65 años de edad, siempre y cuando reuniesen tres condiciones o requisitos: a) llevar como mínimo 10 años en la profesión; b) estar al corriente en el pago de la cuota patronal y obrera; y c) tener en total como antigüedad en los Montepíos provinciales y en el Montepío nacional un mínimo de 5 años y haber cotizado 1200 días desde el 1 de abril de 1946.

La cuantía de la prestación se determinaba en atención a los años de antigüedad en la profesión, así de esta manera, si se acreditaba de 10 a 15 años de antigüedad, se tenía derecho a una pensión equivalente al 30% del salario regulador; si se acreditaba de 15 a 20 años, el 40%; de 20 a 25 años, el 50%; de 25 a 30 años, el 60%; y 30 años o más, el 70%.

La rapidez con la que fue admitido el Mutualismo laboral, lo que permitió que alcanzara de forma casi automática una importante popularidad, fue debida a múltiples y diversas circunstancias²⁴⁵, pero, sobre todo, al hecho de que en el momento de

²⁴³ *Boletín Oficial* de 5 de agosto.

²⁴⁴ *Boletín Oficial* de 22 de enero de 1949, reproducidos en el *Boletín Oficial* de 29 de enero

²⁴⁵ "No puede discutirse al Mutualismo Laboral la enorme y casi automática popularidad alcanzada. Ha contribuido a ello, en primer lugar, la considerable cuantía de las prestaciones, que en su mayor parte vinieron no a completar las del Instituto Nacional de Previsión, sino a cubrir una inmensa

aparición de este sistema de previsión social se supo valorar las deficiencias de la técnica del seguro social e introducir, tal y como señala Eugenio Blanco, un “nuevo estilo” en la concepción de los Seguros Sociales, haciendo más participes a los asegurados y aproximando la Institución a la población asegurada²⁴⁶.

Sin embargo, no fue aceptada de forma unánime la coexistencia de estos dos regímenes de protección de la vejez: el régimen administrado por el INP y el régimen correspondiente al Mutualismo laboral obligatorio; al considerar que, en determinados casos, las Mutualidades Laborales quebraban el principio de solidaridad nacional frente a los riesgos porque establecían coberturas especiales para determinados grupos de trabajadores²⁴⁷.

La nueva regulación de la jubilación configurada en los diferentes Estatutos de las Mutualidades o Montepíos Laborales, dio lugar a que se introdujesen diversas y numerosas novedades con respecto a la regulación del seguro social obligatorio de vejez e invalidez, gestionado por el Instituto Nacional de Previsión, hasta entonces vigente.

Sin duda alguna, el cambio más significativo que se introdujo en la nueva regulación de la jubilación o retiro establecida en las Mutualidades o Montepíos Laborales, comparándola con la ya existente en el seguro social obligatorio de vejez e invalidez, se refería a en la forma de cálculo y fijación de la prestación de jubilación, ya que se abandonó la idea de determinación de esta prestación en atención a una

laguna que éstas dejaban. Otro factor importante en el éxito del Mutualismo es una mayor autenticidad representativa, ya que sus órganos de gobierno están compuesto exclusivamente de trabajadores y empresarios. También han codyuvado al éxito la libre disposición del 2 por 100 de la cotización para prestaciones extrarreglamentarias y la agilidad y simplicidad burocrática que le permite su régimen de prestaciones, donde están excluidas las de gran complejidad administrativa; subsidios familiares y -sobre todo- enfermedad (enfermedad “común” o “normal”, diríamos, para diferenciarla de la “larga” enfermedad del Mutualismo. BLANCO, J.E.; *“Planificación de la...”*. *Op cit*, pág. 152.

²⁴⁶ Tal y como señala este autor, “tampoco puede negarse al Mutualismo Laboral la implantación de un <<nuevo estilo>> - al menos en la práctica- en la concepción de los Seguros Sociales, inspirado esencialmente en la preocupación de hacer solidarios con la institución gestora a los asegurados; en dignificar al beneficiario, encomendándole absolutamente todas las funciones de gobierno; en lograr << relaciones humanas>> con la población asegurada, dando a los trabajadores el trato que merecen”. *Ibidem*, pág(s) 152-153.

cantidad previamente establecida (tal y como se hacía en el seguro obligatorio de vejez e invalidez que fue introducido en 1947 en sustitución del subsidio de vejez que en 1939 modificó el retiro obrero), al señalarse que ésta debía fijarse y determinarse aplicando un determinado porcentaje sobre el denominado salario regulador²⁴⁸.

Aunque inicialmente se optó por ajustar el importe de la prestación aplicando un porcentaje distinto según los años de antigüedad o de servicio en la profesión, poco a poco se fue adoptando el criterio de vincular el porcentaje aplicable, no en atención a los años de antigüedad, tal y como se venía haciendo, sino en función de la edad de acceso a la jubilación. De esta manera, fijada en términos generales la edad de jubilación en 65 años, el porcentaje aplicable al salario regulador aumentaba cuando el beneficiario retrasaba su edad de jubilación y disminuía cuando adelantaba la edad de retiro.

De conformidad con los datos facilitados en el examen comparativo elaborado por Juan Eugenio Blanco, de las prestaciones en los Estatutos de las Mutualidades laborales se evidencia que²⁴⁹ se evidencia una importante heterogeneidad en el sistema de previsión laboral, atribuible a razones de índole actuarial y al potencial económico de cada actividad, más que a motivos derivados de las características específicas de cada una de las diversas actividades laborales o ramas de producción²⁵⁰.

²⁴⁷ Vid en este sentido ALONSO OLEA, M; "Instituciones de Seguridad Social". 1ª edición, ed. Civitas. Madrid, 1959, pág. ?.

²⁴⁸ La Ley de 1.9.1939 sustituyó el régimen de capitalización del retiro obrero por el seguro de vejez. Desde 1939 en adelante, la labor del legislador se limitó a la extensión subjetiva del régimen del subsidio de vejez a colectivos inicialmente no incluidos: así en 1943, se extendió a los trabajadores agrícolas y a los pescadores, en 1944 a los trabajadores del servicio doméstico y en la prestación de asistencia a los ancianos que al introducir el régimen del subsidio de vejez habían quedado excluidos de éste. De esta forma, en 1942 y posteriormente en 1944, se extendió los beneficios del subsidio de vejez en favor de aquellos ancianos que no pudieron afiliarse al régimen por exceder de la edad límite fijada y que tampoco podían acogerse a dichos beneficios por no haber pertenecido al régimen del retiro obrero, así como a los ancianos trabajadores que, habiendo cumplido la edad de sesenta y cinco años antes del 23 de julio de 1921 (fecha de vigencia del Retiro Obrero obligatorio), hubieran prestado servicios por cuenta ajena por lo menos durante cinco años.

²⁴⁹ Cfr. "Examen comparativo de las prestaciones en los Estatutos de las Mutualidades Laborales" Revista de derecho del Trabajo nº 5, pág(s) 94-98, donde se incluye un cuadro de cuotas y prestaciones del mutualismo laboral, reproducido en el libro de este mismo autor "Planificación de...". *Op cit*, pág. 387.

²⁵⁰ Heterogeneidad que se mantiene incluso en los tipos de cotización aplicables sobre el salario-base, que tampoco son del todo uniformes, aunque oscilan entre un mínimo del 5% y 8% a cargo de la empresa y 3% a cargo del trabajador (Mutualidades de alimentación, artes gráficas, artistas,

Tan sólo dos parejas de Mutualidades mantienen una misma escala de jubilación: por un lado, construcción y cemento, cuya escala es de 40% del salario regulador a los 60 años, 45% a los 61, 50% a los 62, 56% a los 63, 62% a los 64, 70% a los 65, 71% a los 66, 72% a los 67, 74% a los 68, 77% a los 69, y 80% a los 70 años; y por otro, las Entidades de Tenerife y Las Palmas (Mutualidades de carácter provincial), cuya escala es del 44% de salario regulador a los 60 años, 50% a los 61, 56% a los 62, 62% a los 63, 68% a los 64, 75% a los 65, 77% a los 66, 80% a los 67, 83% a los 68, 86% a los 69 y 90% a los 70 años. La gran mayoría de porcentajes aplicable, oscilaban entre el 40% o 45% a los 60 años y el 70%, 75% o 80% a los 70 años.

En algunas Mutualidades como en las de Confección de vestidos y tocados, Actividades diversas, Madera, Vinícolas, Siderometalúrgicas, entre otras) se establecían diferencias de escalas de jubilación para hombres y mujeres aunque se unificaban a partir de los 65 años de edad.

Esta estrecha, aunque desigual vinculación, entre los años de antigüedad o la edad del individuo y la cuantía o porcentaje de la prestación, supone un cambio esencial en la forma de fijación y cálculo de la prestación de jubilación, permitiéndose ajustar el importe de la pensión de jubilación al salario de cada trabajador, facilitando, de esta manera, que se diese cumplimiento a la finalidad básica de las prestaciones económicas de los Seguros Sociales y de la Seguridad Social como es la de suplir el salario que deja de percibir el trabajador al pasar a la situación de retiro o de jubilación; "el concebir la pensión de jubilación con cuantía uniforme equivale a igualar a todos los asegurados. Sólo dos consideraciones ajenas a la técnica y a la sustancia del seguro social pueden justificar la pensión igual para todos los jubilados. La primera, de tipo asistencial, si se concibe la pensión como el medio para remediar estados carenciales de emergencia en sectores residuales de población, tales como aquellos

cemento, construcción, extractivas, harinera, etc.) y un máximo del 11% o del 7% a cargo de la empresa y 4% a cargo del trabajador (Mutualidades de agua, gas y electricidad, ahorro y previsión, banca, panadería, periodistas, etc.). Especialmente significativo es el tipo de la Mutualidad de los porteros de fincas urbanas, fijado en el 10%, a partes iguales, 5 % a cargo de la empresa y 5% a cargo del trabajador, y el de la Mutualidad textil que tiene fijado un tipo del 11%, 9,5% a cargo de la empresa y 1,5% a cargo del trabajador.

que, por diferentes motivos, no disfruten de los Seguros Sociales y se encuentren en la indigencia. La segunda, cuando al seguro se le contempla exclusivamente como un instrumento de redistribución de renta. Entonces, al realizarse la cotización en porcentaje del salario y otorgarse las prestaciones fijas, está claro que quienes cobran más ayudan a quienes menos cobran”²⁵¹.

La concesión de una cantidad fija y uniforme en concepto de pensión de jubilación, a través del seguro de vejez que el INP gestionaba, era consecuencia del deseo de ofrecer una prestación igual para todos los asegurados. La asignación por parte de las diferentes Mutualidades Laborales de una prestación ligada al salario permitía que se pudiera mantener, en cierta medida, el mismo nivel de vida alcanzado hasta el momento en que se produce el hecho causante que genera la pérdida de capacidad ganancial y la prestación ofrecida por el sistema, aunque esta correspondencia apareciera supeditada, en muchos casos, a la edad o antigüedad del trabajador.

El establecimiento de este nuevo sistema para el cálculo y fijación de la prestación de jubilación que permite considerar la prestación como substitutiva del salario, ya se venía aplicando en las prestaciones de los Seguros Sociales, como es el caso, entre otros, de la pensión de viudedad y orfandad, del subsidio de enfermedad y del subsidio de paro. No así en la prestación de jubilación e invalidez junto con los subsidios familiares que mantenían hasta entonces la técnica o mecanismo del pago de una cantidad uniforme.

Esta asociación entre la prestación de jubilación y el salario del trabajador dejado de percibir que permite considerar la prestación como una renta substitutiva del salario, fue el criterio adoptado en el Reglamento General del las Mutualidades Laborales aprobado por Orden de 10 de septiembre de 1954²⁵², al establecerse en su art. 62 que “la cuantía de la pensión de jubilación será fijada en función del salario

²⁵¹ BLANCO, JE; “*La Planificación ...*” *Op cit*, pág. 319-320.

²⁵² *Boletín Oficial*, de 17 de septiembre.

regulador del mutualista", delegando en los Estatutos la potestad de fijar una escala con los porcentajes aplicables.

El citado Reglamento establecía cuáles eran las condiciones generales que era necesario acreditar para tener derecho a la prestación de jubilación, se exigía no sólo haber cumplido la edad de sesenta años, sino que además era necesario haber cubierto un determinado período de carencia (era necesario acreditar que se había cubierto un determinado período de cotización previo), y era igualmente preciso reunir un mínimo de años de trabajo efectivo por cuenta ajena dentro del territorio nacional.

Por lo que respecta al período de carencia exigido para tener derecho a la prestación de jubilación, éste dependía del tiempo transcurrido desde la fecha inicial de cotización en el sector laboral a que pertenecía el mutualista hasta la fecha del hecho causante de la prestación (el día siguiente en el cese en el trabajo por cuenta ajena), así, tal y como se establecía en el art. 35 al que nos remite el art. 57 de dicho Reglamento; a) si el tiempo transcurrido no excedía de un año, se exigían ciento ochenta días de cotización; b) si no excedía de mil cuatrocientos días, se exigía la mitad de los días transcurridos; y si c) excedía de los mil cuatrocientos, se exigía haber cotizado un mínimo de setecientos días.

A los efectos de poder acreditar que se había cubierto el período de carencia exigido, sólo podían computarse aquellos días de cotización que fueran anteriores al hecho causante y que estuviesen comprendidos dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

El importe de la prestación se determinaba en el caso de la jubilación aplicando un tanto por ciento mensual sobre el denominado salario-regulador o salario-base²⁵³,

²⁵³ En el art 32 del Reglamento General de las Mutualidades Laborales, aprobado por Orden de 10 de septiembre de 1954 (*Boletín oficial de 17 de septiembre*), se especifica qué se debe entender por salario-regulador, "El importe de aquellas prestaciones cuya cuantía venga determinada en mensualidades o tantos por ciento del salario del mutualista será calculado sobre el salario regulador de prestaciones.

Dicho salario regulador será el cociente que resulte de dividir por 28 cuando se trate de pensiones, o por 24, cuando se trate de subsidios, la suma de las restricciones que hubiesen servido de base para la cotización del mutualista en un período de veinticuatro meses.

mientras que la base a partir de la cual se calculaba la cuota que se tenía que liquidar, era equivalente a la remuneración que recibía el trabajador por cuenta ajena bajo dependencia de otro, bien fuese en dinero o en especie o en cualquier otra forma de bienes.

De entre todas las previsiones establecidas en los arts. 57 a 64 del Reglamento, reguladoras de la prestación de jubilación, destacan aquellas contenidas en los arts. 60 y 61 donde se señala que “el disfrute de la prestación de jubilación es incompatible con todo trabajo remunerado por cuenta ajena”.

Aunque el art. 61 del Reglamento permitía que el pensionista trabajase, los beneficios obtenidos por estos nuevos trabajos en ningún caso eran válidos para mejorar la pensión, ni le permitían adquirir nuevos derechos mutualistas. Para hacer uso de esta facultad debía ponerlo en conocimiento de la Mutualidad antes de dar comienzo al trabajo por cuenta ajena, produciéndole los siguientes efectos: a) suspensión de la pensión y asistencia sanitaria consiguiente mientras continuaba trabajando; b) consideración de pensionista de jubilación si falleciese en esta situación; y c) restablecimiento de los mismos derechos que disfrutaba cuando comunicas su nueva baja en el trabajo.

La determinación del período indicado y de las retribuciones que deban computarse se ajustarán a las siguientes normas:

a) Los veinticuatro meses serán naturales y sucesivos, constituyendo de tal forma un período de tiempo ininterrumpido, aun cuando dentro del mismo existan lagunas en la obligación de cotizar de cualquier duración y por cualquier causa.

b) El citado período de tiempo será elegido por el interesado entre la fecha en que el mutualista inició su cotización y la del hecho causante de la prestación y dentro de los siete años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

c) En ninguno de los veinticuatro meses podrán computarse retribuciones que excedan del límite máximo que para cotización tenga establecido la Institución en que se cause la prestación.

d) En ningún caso se computarán aquellas retribuciones que aun habiendo servido de base para cotizar en el período elegido correspondan a retribuciones de meses distintos a los que formen dicho período.

e) Las retribuciones por las que el mutualista hubiese cotizado a otras Instituciones de Previsión Laboral dentro del período elegido únicamente se computarán cuando el mutualista hubiese causado baja en aquellas con anterioridad a la fecha del hecho causante; y si tal hecho causare prestación en dos o más Instituciones a que el mutualista perteneciera en dicha fecha, sólo se computarán en una de ellas, a elección del beneficiario (...).

Como puede claramente apreciarse, el régimen jurídico del Mutualismo Laboral y particularmente al referido a la cobertura de la vejez, se aproximaba mucho, en cuanto a su contenido y funcionamiento, al régimen jurídico de la jubilación tal y como hoy lo conocemos, cuyo origen podría situarse en el primer texto articulado de la LSS/1966 (sobre todo en aspectos claves de éste como son: las condiciones para tener derecho a las prestaciones, el cálculo de la prestación, el régimen de incompatibilidades con el trabajo, etc.) poniendo de manifiesto, a nivel histórico, lo que representó un cambio muy importante en la configuración de la protección de este riesgo que sentó las bases originarias de lo que sería en el futuro la prestación de jubilación en el sistema público de la Seguridad Social, al incorporarse a éste muchas e importantes referencias que contenía el régimen Mutualista.

6. El establecimiento y desarrollo de un plan nacional de Seguridad Social.

Una vez implantada y extendida en numerosos países de nuestro entorno con carácter obligatorio, la técnica de los Seguros Sociales, esta institución traspasó las fronteras del espacio europeo donde inicialmente se desarrolló y fue instaurándose en otras zonas o regiones tales como el continente americano y en determinados países de la Commonwealth, como Australia, Nueva Zelanda y África del Sur.

La gran mayoría de estos países, siguiendo el modelo inglés o alemán, habían ido avanzando en el establecimiento y desarrollo de determinados Seguros Sociales por medio de leyes que, en un sentido y con un alcance distinto en atención a las circunstancias propias de cada uno de estos países, protegían a sus ciudadanos a través del mecanismo del seguro social frente a determinados riesgos, entre los cuales se encontraba, como es obvio, la vejez²⁵⁴.

²⁵⁴ Así, a modo de ejemplo, es posible señalar que Chile fue el primer país de América latina que en 1925 inauguró el sistema de Seguros Sociales, creando los seguros de enfermedad, maternidad e invalidez, e instituyendo un ahorro obligatorio para sustituir al seguro de vejez; en 1933, Brasil organizó un régimen de Seguros Sociales en favor de determinados grupos profesionales que protegía básicamente los riesgos de enfermedad y de vejez; en 1936 Perú, siguiendo el ejemplo de Chile, por medio de la Ley de 12 de agosto de 1936, estableció un sistema de Seguros Sociales obligatorios; en

Con anterioridad incluso a la elaboración del Informe Beveridge, en los inicios de década de los 40, en plena Guerra mundial, fue desarrollándose e imponiéndose un movimiento favorable al establecimiento de un sistema de Seguridad Social, cuya manifestación más significativa al respecto lo constituye el contenido de las Declaración 5ª de la Carta Atlántica firmada en 1941 por el presidente Roosevelt y el primer ministro Churchill, ya que aún teniendo esta carta un contenido fundamentalmente político, incluía dentro de la misma una declaración donde se aludía a la necesidad de “establecer la más completa colaboración entre todas las naciones, en el campo económico, con el fin de asegurar a todos las mejores condiciones de trabajo, una situación económica más favorable y la Seguridad Social”²⁵⁵.

No fue ésta la única manifestación de la época que se pronunció en un sentido favorable al establecimiento y desarrollo de un sistema de Seguridad Social. La propia OIT centró parte de la actividad desarrollada en la Conferencia Internacional de Trabajo, celebrada en Nueva York del 27 de octubre al 5 de noviembre de 1941 no sólo en apoyar y respaldar el contenido de la carta Atlántica, poniendo al servicio de los fines previstos en la misma, la experiencia y las instituciones de la OIT, sino que además la propia Organización aprobó una Resolución en la que al referirse a la futura reconstrucción de la posguerra señalaba que ésta debía hacerse “sobre la base de una mejora de las condiciones de trabajo, del progreso económico y de la Seguridad Social”.

En 1942, la Oficina Internacional de Trabajo publicó un ensayo titulado “*Hacia la Seguridad Social*” que, tal y como se señala en su propio Prefacio, constituye al mismo

1937, la Unión Sudafricana organizó por primera vez, aunque con ciertas restricciones, un seguro obligatorio para cubrir el desempleo; en Australia no fue hasta 1938 cuando por medio de la Ley de 5 de julio e inspirándose en la legislación inglesa se creó un sistema de seguro de invalidez y vejez, este mismo año y unos meses después, la Ley de 14 de septiembre de 1938 fundó el sistema de Seguros Sociales; la Ley de 14 de junio de 1940 introdujo el sistema de Seguros Sociales en Venezuela y las Leyes de 31 de diciembre de 1942 y 19 de enero de 1943 hicieron lo propio en México, etc.

²⁵⁵ PAUL DURAND, añade a esta primera manifestación del triunfo de las nuevas concepciones sobre la Seguridad Social, la Declaración 6ª de esta Carta Atlántica donde se prevé “el establecimiento de un paz que proporcionará a todas las naciones los medios para vivir en seguridad dentro de sus propias fronteras y que aportará a los habitantes de todos los países la seguridad de poder acabar sus días al abrigo del miedo y de la necesidad”. Cfr “*La política contemporánea de...*”. Op cit, pág. 169.

tiempo un fin y un comienzo: "de una parte cierra la larga serie de estudios que la Oficina Internacional de Trabajo ha publicado sobre el seguro social y sobre los sistemas conexos de asistencia social, pasando una revista sucinta a la contribución que a la Seguridad Social han aportado estos medios de soportar los riesgos sociales. Por otra parte, pretende también preparar el camino para la planificación de un programa completo de Seguridad Social que debe estar presto para la reconstrucción de la postguerra"²⁵⁶.

Unos años más tarde, la OIT adoptó, como resultado de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Filadelfia entre los días 20 de abril y 12 de mayo de 1944, una Declaración conocida con el nombre de Declaración de Filadelfia, donde, a modo de carta Constitucional de la OIT, se fijaron los fines de esta organización y los principios en que se inspiran las políticas de sus miembros.

Del contenido de la Declaración de Filadelfia destaca, de entre las numerosas referencias realizadas a la lucha contra la necesidad, la alusión relativa a la conveniencia de que la OIT respalde la puesta en práctica en todo el mundo de medidas adecuadas para conseguir, además del pleno empleo y la elevación del nivel de vida, la extensión de medidas de Seguridad Social, con el fin de asegurar unos ingresos básicos todos los que tengan necesidad de una protección.

El informe *Social Insurance and allied Services* elaborado por la Comisión presidida por Lord Beveridge que tenía el encargo de examinar el sistema de Seguros Sociales con el fin de mejorarlo, se inserta, dentro de esta corriente favorable al establecimiento de un sistema o plan de Seguridad Social que aparece y se desarrolla a principios de los años 40, viniendo a ser la manifestación más importante de la misma.

Sin duda alguna, es éste un documento esencial cuyo contenido muy pronto se extendió a un gran número de países y que inspiró la gran mayoría de planes o sistemas de Seguridad Social, fijando las líneas o fundamentos básicos no sólo del

²⁵⁶ Oficina Internacional de Trabajo. Estudios y Documentos. Serie M (Seguros Sociales), núm 18, Montreal, 1942, pág. 7.

sistema de Seguridad Social que se instauró en Gran Bretaña entre los años 1945 y 1948, sino de la gran mayoría de sistemas de Seguridad Social que fueron adoptándose a partir del informe Beveridge.

La preparación y el diseño de un plan de Seguridad Social supuso un avance importante en el marco de proceso de simplificación del sistema de Seguros Sociales iniciado en un primer momento a través de la unificación de los mismos.

Una vez alcanzada la unificación, fundamentalmente administrativa de los Seguros Sociales parecía necesario diseñar un sistema más articulado de los mismos que, sobre la base de determinados principios, se organizase como un auténtico sistema de protección social.

En parte el objetivo básico del Plan de Seguridad Social diseñado por Lord Beveridge, fue ése: organizar un auténtico sistema de Seguridad Social, mediante la conjunción y aplicación transversal de una serie de principios rectores que debían actuar como núcleos centrales del sistema.

Eran, así pues, diversos los principios básicos a los que se debía ajustar un sistema planificado y estructurado de Seguridad Social, ya que este debería ser sistemático, racional, sujeto al principio de tecnicidad, simplicidad, economicidad, y buscar la eficacia, armonía, unidad y uniformidad del sistema.

En todo caso, sintetizando al máximo los principios antes mencionados, era necesario que el sistema se constituyera de tal manera que se combinaran todos los elementos o partes del mismo (sistemático); combinación que debía hacerse de forma ordenada lógicamente con métodos modernos de racionalización (racional) en una sola estructura que tuviera un sólo objetivo y contuviera todas las medidas y beneficios (unidad).

El sistema debía cumplir en grado óptimo el fin para el que fue creado (eficacia), de tal manera que las medidas del sistema deberían ser adecuadas a los objetivos

perseguidos, estableciéndose una correspondencia entre medios y fines (tecnicidad) y para ello había que tenderse a hacer cada vez más fáciles y simples todas las operaciones del sistema (simplicidad), intentando reducir el coste del mismo sobre todo en su aspectos administrativos (economicidad) pero manteniendo todo su contenido con iguales características (uniformidad) e intentando adecuar las distintas partes del sistema y la mecánica del mismo (armonía)²⁵⁷.

6.1 El avance en España hacia un sistema planificado de Seguridad Social.

Todos los intentos iniciales de coordinación y unificación de los Seguros Sociales que se desarrollaron con fuerza a partir del Decreto de 23 de diciembre de 1944 en cuyo texto se manifestaba el deseo de avanzar en el establecimiento de un seguro total que corrigiese las duplicidades innecesarias, redujese los gastos de gestión, simplificase el sistema administrativo y permitiera que el sistema en definitiva fuera más eficaz, desembocan en el Decreto de 14 de junio de 1957²⁵⁸ que reorganiza con carácter transitorio el INP y encomendaba al Consejo de Administración en Pleno del Instituto, tal y como se establece en su disposición adicional 10ª, la tarea de preparar en el plazo más breve posible y a propuesta del Delegado General, un Plan Nacional de Seguridad Social, en el que se estructurara con un criterio de unidad cuantos organismos e instituciones realizaban en ese momento funciones de previsión o pudiesen ser creados en lo sucesivo e incluirse en el Plan.

Por Orden de 1 de septiembre de 1958²⁵⁹ se constituyó con carácter provisional una comisión presidida por el Delegado General del Instituto Nacional de Previsión, anexa a la comisión permanente del Consejo de Administración del propio Instituto, encargada de la redacción del Plan de Seguridad Social.

²⁵⁷ En este sentido vid. MESA LAGO, C.; "Planificación de la Seguridad Social". Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS). Serie Estudios. Madrid. 1959, pág(s) 49-57.

²⁵⁸ *Boletín Oficial*, de 25 de junio

²⁵⁹ *Boletín Oficial*, de 6 de septiembre.

Pese a que esta comisión debía iniciar sus trabajos el 20 de septiembre de 1958 y finalizarlos aproximadamente dos meses y medio después no fue hasta el 29 de enero de 1959 cuando la Comisión presentó al Consejo del INP el Plan conocido con el nombre de Plan Jordana, con la particularidad de que sólo fue suscrito por 3 de los 5 miembros de la comisión.

En el intervalo de tiempo que transcurrió entre la orden de creación y constitución de la comisión redactora del Plan y la presentación de éste, cuyo trabajo recibió constantes muestras de aliento a la tarea de la comisión manifestadas por el propio Ministro de Trabajo²⁶⁰, se creó, a través del Decreto de 5 de septiembre de 1958²⁶¹, el Servicio Nacional de Seguridad Social Agraria atribuyéndole, como tarea fundamental, la elaboración de un Plan Nacional de Seguridad Social en el campo, así tal y como se establecía en su art. 2º: "será objetivo esencial del Servicio el desarrollo del Plan Nacional de Seguridad Social sincronizándolo con el que obliga la previsión social en otros campos de la actividad laboral nacional y enlazando la obra conjunta de las Instituciones de Seguridad Social con la Organización Sindical Agraria".

La encomendación de esta tarea planificadora al Servicio Nacional de Seguridad Social Agraria generó cierto desconcierto y confusión en la comisión redactora del Plan de Seguridad Social, por cuanto que parecía que se quebraba el propósito inicial de elaborar un único Plan de Seguridad Social en el que se integrasen todos los organismos e instituciones que ejercían funciones de previsión social; "el Plan, concebido hasta ese momento como único y omnicompreensivo (..) se escindía por lo pronto en dos planes (si bien se decía que ambos debían <<sincronizarse>>): el Plan Nacional de Seguridad Social general y el Plan Nacional de Seguridad Social en el campo. Grave fisura que determinaba ya una toma de posiciones en cuanto al distinto tratamiento constitucional y de gestión de los dos sectores principales a quienes la Seguridad Social debía afectar"²⁶².

²⁶⁰ Vid en este sentido BLANCO, JE.; "La planificación...". *Op cit*, pág. 43-44.

²⁶¹ *Boletín Oficial*, de 27 de septiembre.

²⁶² *Ibidem*, pág. 41.

No sólo el Plan Jordana no fue refrendado por la totalidad de los miembros de la comisión redactora, sino que además el Dictamen del Presidente del Consejo de Administración del INP recusó el Plan presentado por esta comisión²⁶³ y presentó bajo el enunciado de “planteamiento positivo de un Plan Nacional de Seguridad Social”, un documento en el que manifestaba cuáles eran, en su opinión, las líneas generales que debían estar presentes en un nuevo Plan de Seguridad Social.

La Seguridad Social aparece configurada en el Plan Jordana en un sentido amplio, ya que integraba (Base IV) no sólo los Seguros Sociales, sino también las prestaciones familiares (desarrolladas en las Bases XXXIV a XL), la sanidad pública (Bases LVI y LVII) y la asistencia social (Bases LVIII, LIX y LX), fundamentándose en tres pilares básicos (Base II): la caridad cristiana, la justicia social y la solidaridad nacional, resultado de la hermandad entre los hombres y las tierras de España.

Los Seguros Sociales se dividían, tal y como se establecía en la Base V el Seguro Total, en dos clases; el General que agrupaba a todos los trabajadores (empresarios, autónomos y trabajadores por cuenta ajena incluidos los servidores domésticos (Base XI) y que tanto en su aspecto jurídico como técnico constituía un único seguro en el que la organización, los fondos y las responsabilidades se hallaban unificadas, y cuya gestión corría a cargo del INP(Base XXX); y el Profesional que corría a cargo de las Mutualidades Laborales (Base XXXI).

Las prestaciones de este segundo seguro estaban configuradas con carácter complementario a las otorgadas por el Seguro Total General y eran compatibles con ellas (Base XXXII). También se incluía dentro de los Seguros Sociales, los Seguros Especiales (recogidos en el Título Cuarto, Base XLI) que tenían como característica común la de atender a determinados grupos con singulares necesidades de Seguridad Social, o con peculiaridades modalidades de trabajo que dificultaban su inclusión en el Seguro Total.

²⁶³ *Ibidem*, pág. 73-74.

La Base VII y VIII establecía cuáles eran las facultades atribuidas en el Plan al Estado, en especial: asumir la organización y control de la Seguridad Social; contribuir al sostenimiento en la forma establecida en las leyes; garantizar las prestaciones de los Seguros Sociales obligatorios, del régimen de Ayuda familiar; y fomentar y proteger las instituciones, sociedades y fundaciones establecidas con fines de Seguridad Social por iniciativa de las corporaciones, de las entidades o de los particulares.

Las contingencias amparadas por la Seguridad Social se hallaban detalladas en la Base X del Plan y eran fundamentalmente: "la conservación y cuidado de la salud; las obligaciones dimanantes del estado de la familia; la enfermedad tanto común como profesional; la maternidad y el accidente de trabajo; el paro forzoso; la invalidez, la vejez y la muerte; y aquellas otras que por Ley se establezcan".

Las prestaciones económicas y las cuotas del Seguro Total se fijaban en función de las rentas de trabajo asegurado (Base XIV y XVI respectivamente). Y de conformidad con la Base XXIV "estarán unificadas la afiliación y la cotización en el Seguro Total. Asimismo se realizarán en un sólo acto las prestaciones económicas correspondientes al mismo período y al mismo asegurado".

A grandes rasgos fue éste el modelo de Plan de Seguridad Social diseñado por la comisión redactora creada a tal efecto al amparo del Decreto de 14 de junio de 1957 y la Orden de 1 de septiembre de 1958, sin miedo a equivocarnos podemos decir que no aporta prácticamente nada al sistema vigente de Seguros Sociales, por cuanto que si bien permite establecer una visión unitaria del mismo, introduciendo más elementos de coordinación y unificación, respecta en exceso las instituciones existentes y no constituye un auténtico Plan de Seguridad Social.

El escaso éxito obtenido por el Plan Jordana que Juan Eugenio Blanco atribuye principalmente "a la ausencia de unas directrices políticas básicas, o de un decidido y determinado -en concreta dirección- impulso y apoyo gubernativos"²⁶⁴, dio lugar a que aparecieran y se desarrollaran otros planes alternativos muy desiguales, que hicieron

²⁶⁴ *Ibidem*, pág. 46.

muy difícil, como es obvio, que el Ministerio de Trabajo aceptase e hiciese suya alguna de estas propuestas presentadas, ni siquiera con el propósito de que sirviesen de base para posteriores discusiones en instancias superiores, frenándose de esta manera la labor planificadora.

Aun no siendo posible, así pues, aceptar el proyecto de Plan presentado por la comisión presidida por Jordana, el Consejo de Administración del INP creyó conveniente no interrumpir la actividad realizada al respecto, entre otras razones por entender que el Ministerio de Trabajo consideraba necesario continuar con los estudios e informaciones que habían de concluir con la presentación del Plan, constituyéndose en el seno del propio ministerio, una ponencia a la que se le encargó la realización de un estudio para avanzar en la elaboración y desarrollo de un Plan de Seguridad Social.

A tal efecto, el Ministerio de Trabajo dictó una Orden con fecha de 2 de marzo de 1959 (comunicada pero no publicada en el *B.O.E.*), donde se fijaban cuáles eran las directrices a las que debía ajustarse el Plan de Seguridad Social pendiente de desarrollar²⁶⁵, tratando con ello quizás de solucionar una de las deficiencias con las que

²⁶⁵ "Elaborado el proyecto de Plan, el Consejo de Administración del Instituto (INP) acordó que su Presidente formulase un dictamen con los criterios operativos para el desarrollo de aquel, lo que dio lugar a la Orden comunicada, de 2 de marzo de 1959, fijando las siguientes directrices a las que deberían ajustarse; a saber:

- Perfeccionar el sistema y su organización en base a criterios de simplificación, eficacia, y economía de costes.
- Extender la protección de la Seguridad Social a sectores o grupos todavía privados de ella.
- Desarrollar los servicios administrativos propios de la gestión con un criterio de unidad y con la flexibilidad para aprovechar las estructuras de las distintas entidades que intervienen activamente en dicha gestión.
- Establecer la debida conexión de los Seguros Sociales con la asistencia pública, en general, y con la ayuda para resolver problemas de vivienda, mediante el crédito laboral y la formación profesional o acción formativa.
- Reorganizar los servicios sanitarios de la Seguridad Social sobre la base de la colaboración facultativa y la coordinación de los servicios preventivos y curativos con los prestados por los médicos en las empresas y con los propios del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. La coordinación se efectuará también con los servicios del Estado, provincia y municipio.
- Establecer dos niveles en las prestaciones: uno mínimo y general para todos los trabajadores y otro de base profesional, ambos mediante un régimen administrativo único.
- Determinar el régimen económico y financiero de la Seguridad Social.

se había encontrado la Comisión creada en 1958 y que había dificultado, sin duda alguna, la elaboración unánime de un único plan de Seguridad Social

Si bien a través de esta Orden de marzo de 1959 el Ministerio de Trabajo dejó constancia de su voluntad de continuar la labor planificadora a pesar de los numerosos contratiempos sufridos y de la oposición de quienes se temían afectados por el futuro Plan, se frenó de forma considerable, en el período que va de marzo de 1959 a junio de 1962, la actividad planificadora, relegando a un segundo plano el Plan Jordana y no produciéndose ningún avance significativo por lo que respecta al establecimiento de un sistema planificado de Seguridad Social.

Fue a partir de que se hiciese cargo en julio de 1962 Jesús Romeo del Ministerio de Trabajo, cuando la formación y desarrollo de un Plan de Seguridad Social tomó el impulso definitivo. Ya desde un inicio se adoptaron un número considerable de medidas tendentes todas ellas a la reestructuración del sistema existente, como es el caso del Decreto-Ley 3/1963 de 17 de enero (*Boletín Oficial-Gaceta*, de 18 de enero) que suspendía la aplicación de la Ley de Ayuda Familiar de 14 de abril de 1962²⁶⁶ en la que se establecía que: "estando sometida a estudio la reestructuración general del sistema de Seguridad Social una parte importante del cual está formada por las prestaciones familiares, resulta necesario contemplar éstas dentro del conjunto del sistema y en consecuencia, aplazar la vigencia de la Ley citada para poder introducir en ella las modificaciones que sean pertinentes dentro del sistema general".

-
- Lograr la máxima intervención de los interesados y de las empresas en la gestión y en su control, incluso en la parte sanitaria y en su propaganda y divulgación.
 - Respetar hasta el máximo la humanización en los procedimientos y en las relaciones entre los elementos activos y pasivos del propio Sistema.
 - Admitir la colaboración de las empresas y organizaciones mutualistas de la gestión.
 - Proponer sistemas especiales con respecto a la Seguridad Social de los trabajadores del campo y del mar.
 - Establecer en las estructuras administrativas unos métodos de trabajo para garantizar el dinamismo y la celeridad funcional, así como unos procedimientos claros y fáciles de fiscalización y de recogida de datos estadísticos". GALA VALLEJO, C.; *"El sistema de Seguridad Social en España"*. MTySS, 3ª edición, Madrid, 1995, pág. 72-73.

²⁶⁶ *Boletín Oficial-Gaceta*, de 16 de abril.

En cualquier caso, la novedad legislativa más importante que se aprobó con carácter previo a la Ley de Bases fue el Decreto 56/1963, de 17 de enero²⁶⁷, por el que se fijaba una tarifa para cotización y prestaciones de los Seguros Sociales obligatorios y Mutualidades Laborales que entró en vigor en julio de 1963.

Tal y como se señalaba en el preámbulo de ese Decreto, el establecimiento de esta nueva regulación de los salarios de cotización sobre bases tarifadas respondía a la estrecha vinculación existente entre el salario, la cotización y la prestación; “el régimen de Seguridad Social está ligado estrechamente al de los salarios, en cuanto a sus fuentes de financiación, porque las mismas consisten fundamentalmente en cuotas o primas sobre los propios salarios (...), y en cuanto a sus prestaciones porque son normalmente substitutivas del salario mismo o, más generalmente, de las rentas de trabajo, cuando acaecen los riesgos que el régimen quiere prevenir o remediar”

En el momento de la aprobación del Decreto 56/1963, de 17 de enero, era patente la existencia de un alejamiento entre el salario base de cotización-prestación y el salario realmente percibido, precisamente es esto lo que se pretendía corregir a través del sistema de bases tarifadas, ya que prescindiendo de las circunstancias que concurrían de forma particular sobre cada trabajador, se tomaba en consideración, con carácter exclusivo, la categoría profesional a los efectos de determinación de la base de cotización a los Seguros Sociales, Mutualidades Laborales y Formación profesional; “al eliminarse del cómputo todo lo que no sea categoría profesional (...) se pierden la personalidad y la individualidad del asegurado, para masificarse <<standarizarse>> e integrarse en una modulación abstracta y objetiva”²⁶⁸.

A efectos de determinación de la base de cotización, se debía asimilar la categoría profesional de cada trabajador a las cinco o siete categorías existentes en el cuadro aprobado de bases de cotización, según fuese diario o mensual la forma de cobro del salario.

²⁶⁷ *Boletín Oficial-Gaceta*, de 19 de enero.

²⁶⁸ BLANCO, JÉ. “Planificación de...” *Op cit*, pág. 400-401.

Una de las finalidades perseguidas con este sistema de bases tarifadas era evitar el fraude que se venía produciendo en la cotización al no repercutir en la misma los aumentos salariales producidos, así, si bien “con el sistema de tarifas se elimina la posibilidad de que las empresas jueguen con los conceptos de salario cotizable o excluido, ya que las bases de cotización se establecen con abstracción de la remuneración efectiva”²⁶⁹, se introducían con este nuevo sistema desigualdades significativas por cuanto que, al prescindir del salario real y al utilizarse el exclusivo módulo de la categoría profesional, en la práctica debían cotizar por medio de la misma base tarifada individuos que ingresaban cantidades distintas.

En este sentido se estableció una importante salvedad que aunque limitada en el tiempo introdujo una clara y notoria vulneración del principio de igualdad al preverse que quienes, en el momento de entrada en vigor del Decreto estuviesen cotizando por salarios superiores a los de las tarifas, estaban obligados a seguir cotizando por el mismo salario. Al admitirse esta salvedad no se respetaba entre los nuevos y viejos cotizantes el principio de que a igual salario igual cotización.

La cuota para los Seguros Sociales unificados y el Seguro de Desempleo se estableció de forma unitaria en el 16%, siendo a cargo del productor el 3,90% y a cargo de la empresa, el 12,10%, por lo que respecta a la cuota de Formación Profesional se fijó, por su parte, en el 0,80%, 0,13% a cargo del trabajador y 0,67% a cargo de la empresa (art. 4º del Decreto 56/1963). Si a esta cuota unimos la cuotas de las Mutualidades Laborales fijada en términos generales, tal y como veíamos, en el 11%, la cuota final se eleva al 27 ó 28%.

²⁶⁹ *Ibidem*, pág. 413. Tal y como se establece en la propia Exposición de Motivos: “el presente Decreto quiere iniciar una nueva vía, mediante la fijación de una tarifa de cotización que evite la complejidad y los innumerables problemas hasta ahora suscitados sobre el cómputo o no cómputo de los distintos devengos a estos efectos. Al propio tiempo la claridad del nuevo sistema permitirá racionalizar al respecto la estructura y contabilidad de costos de las empresas y, al facilitar el ejercicio de la actividad inspectora, será un arma contra la defraudación y un punto de partida para no hacer de mejor condición al defraudador ocasional o sistemático que a la empresa que cumple con sus obligaciones de cotización”.

En relación al Seguro de Vejez e Invalidez, el Decreto 56/1963 introdujo una novedad significativa al suprimirse, tal y como establecía en su art. 3º, el límite salarial de afiliación a este seguro y al Seguro de Desempleo, fijado en 40.000 pesetas anuales.

En virtud de lo contenido en este precepto, se amplió el ámbito subjetivo de aplicación del Seguro Social de Vejez e Invalidez al quedar comprendidos en el mismo todos los trabajadores, sin excepción alguna, rompiendo el límite existente ya que hasta ese momento sólo se podían acoger aquellos trabajadores que tuviesen unos ingresos anuales que no superasen las 40.000 pesetas²⁷⁰.

6.2 La Ley de Bases de 1963: alcance y significado de la misma.

Como hemos tenido oportunidad de apreciar, la tarea en favor del establecimiento de un Plan o una reestructuración del sistema de Seguridad Social recibió un empuje decisivo a partir de julio de 1962. Un año después, en el mes de agosto de 1963, empezaron a circular de manera oficiosa dos textos elaborados en el seno del Ministerio de Trabajo bajo el título de: "Anteproyecto de ley de Bases de Seguridad Social" y "Memorándum sobre Anteproyecto de Ley de Bases de Seguridad Social"; textos que se difundieron con cierta celeridad y que sirvieron de primera toma de contacto con la sociedad de la futura Ley de Bases.

Sin duda alguna, quiénes más énfasis pusieron en criticar este Anteproyecto de Ley, fueron las Compañías de Seguros y el Sindicato del Seguro, por cuanto que, al introducirse en el mismo una prohibición de actuación en la gestión o administración de la Seguridad Social con fines lucrativos, es decir, obteniendo o buscando un lucro mercantil, éstas instituciones o entidades se veían relegadas de la gestión del seguro de

²⁷⁰ No sucedió lo mismo con el Seguro de Enfermedad, ya que en este caso se mantuvo la cifra de 66.000 pesetas anuales, como divisorio entre los afiliados o no al mismo.

Accidente de Trabajo, transfiriéndose dichas funciones cuya actuación cesaban a las Mutualidades Laborales²⁷¹.

Así, tal y como se establecía en el apartado 5º de la Exposición de Motivos de la Ley de Bases, “al contarse en nuestra realidad con una vigorosa red mutualista, que viene a unirse a la expansión y consolidación de otros órganos gestores públicos de acreditada eficacia, nacidos en el campo de la Previsión Social, resulta aconsejable dar un paso que, sin duda, es de trascendencia fundamental: la prohibición terminante de actuar en el terreno de la Seguridad Social, obteniendo o buscando un lucro mercantil. La Ley afronta el impacto de la medida y, dispuesta a subordinar los intereses privados y singulares al interés público y común, encomienda la gestión de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, con la acción rectora y coordinadora de una entidad general, a entidades mutualistas”.

El Proyecto se convirtió en Ley a finales de 1963, al aprobarse la Ley 193/1963, de 28 de diciembre de 1963²⁷², que fijaba las Bases de la Seguridad Social. El propio Preámbulo de la Ley hacía mención expresa a la necesidad de dar un paso adelante en la configuración del sistema de protección social, así, se disponía que “parece llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de Seguros Sociales a un sistema de Seguridad Social. Con ello se va más allá de la simple sistematización y ajuste de los regímenes ya establecidos. Al generalizarse la protección a la población activa en su conjunto y al contemplarse armónicamente las situaciones de necesidad social que la experiencia ha demostrado que son susceptibles de cobertura, se reacciona contra la insuficiencia de nuestro sistema actual, en parte nacida del largo y complejo proceso de expansión operado y, muy particularmente, de la aparición sucesiva y no coordinada de los sistemas parciales del aseguramiento”.

La Ley de Bases de la Seguridad Social tiene que ser entendida tal y como señala Alonso Olea: “no sólo como una realización de un compromiso de establecer un

²⁷¹ Para un examen más detallado de la polémica que giro en torno a esta Ley de Bases con anterioridad a su aprobación vid, BLANCO, J.E.; “*La planificación de..*”. *Op cit*, pág(s) 419-498.

²⁷² *Boletín-Gaceta, de 30 de diciembre.*

sistema de Seguridad Social, sino también, y al mismo tiempo, una revisión, planificación y reforma de los Seguros Sociales existentes. En todos los antecedentes remotos y próximos de la Ley late muy sensiblemente esta idea reformista y de mejora de los Seguros Sociales, en consonancia con un movimiento general de reforma administrativo que en lo que tiene de reformista tiene de consolidación y readaptación de situaciones existentes. A esta doble significación de la Ley como reforma de los Seguros Sociales e implantación de un sistema de Seguridad Social, que la propia exposición de motivos, reconoce, se añade aún una tercera circunstancia y significación: la de la planificación económica²⁷³.

La aprobación de esta Ley, a finales del año 1963, permite, en cierta medida, considerar como culminado el proceso planificador de la Seguridad Social iniciado unos años antes, como superación de la simple unificación y/o coordinación de los Seguros Sociales, aunque, tal y como en este sentido llegó a reconocer unos años más tarde el propio Ministerio de Trabajo en el Libro Blanco de la Seguridad Social, la Ley de Bases acusó la falta de un plan previo por cuanto que, como se expone en el propio libro: "de una parte, algunas de las soluciones adoptadas hubieran podido ser valoradas mejor dentro de un plan que las hubiese enmarcado en su conjunto armónico expuesto con mayor amplitud que la permitida por los preceptos jurídicos de una Ley de Bases; de otra, sobre todo, la Ley no hubiera tenido que suplir el inexistente plan de Seguridad Social"²⁷⁴.

En cualquier caso, la experiencia acumulada como consecuencia de los anteriores intentos fallidos de elaboración de un sistema planificado, permitió que se afrontara esta reforma de forma diferente. Así, no sólo se renunció al objetivo de confeccionar primero un Plan de Seguridad Social y después una Ley de Bases concentrándose toda la actividad en la realización de la Ley, que significativamente fue remplazando la noción de planificación por la de reestructuración, sino que en aras a conseguir una mayor agilidad y eficacia, el Ministerio de Trabajo optó por no

²⁷³ Cfr. *"El Estado y la Seguridad Social (Notas a la Base preliminar de la Ley de Bases de la Seguridad Social)"*. Revista de Política Social, nº 61. 1964, pág 55.

²⁷⁴ MINISTERIO DE TRABAJO. SUBSECRETARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *"El libro Blanco de la Seguridad Social"*. Madrid, 1977, pág(s) 75-76.

descentralizar en una Entidad gestora la preparación de esta reforma, siendo el propio Ministerio quien se encargó de la elaboración de la misma.

En la Exposición de Motivos, se exponía cuál es el objetivo fundamental de esta Ley de Bases: "pasar de forma gradual de un sistema de Seguros Sociales a un sistema general de Seguridad Social, que más allá de la simple sistematización y ajuste de los Regímenes ya establecidos permita avanzar en el desarrollo de un sistema concebido con amplitud, basado en criterios de solidaridad nacional y cuyo destinatario es la colectividad entera".

La ley se reconocía a si misma como un mero punto de partida de una evolución progresiva; "sienta unas bases, que habrán de ser desarrolladas por disposiciones posteriores, hasta culminar su proceso evolutivo cuando las circunstancias lo toleren y la experiencia del tiempo que deberá transcurrir, lo aconseje. La ley inicia una evolución respetuosa de la legalidad, imprescindible para garantizar el éxito del sistema, y pone unos cimientos sólidos y amplios a la vez desde luego susceptibles de ulteriores perfeccionamientos y extensiones si las necesidades del país lo pidieran, sobre los que asentar los pilares de la Seguridad Social en nuestra patria".

Concebida la Seguridad Social como una tarea nacional que imponía sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos; a los sanos, respecto de los enfermos; a los ocupados, respecto de los que se hallaban en situación de desempleo; a los vivos, respecto de las familias de los fallecidos; a los que no tenían cargas familiares, respecto de los que las tenían; a los de actividades económicas en auge de prosperidad, en fin, respecto de los sectores deprimidos; se hallaba ésta sometida al principio de solidaridad nacional y se encontraba presidida por ciertas directrices: la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de los órganos gestores, la supresión del posible ánimo de lucro de estos últimos, la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero, la

acentuación de la participación del Estado en el sostenimiento del sistema y la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación²⁷⁵.

Era patente la existencia de una tendencia hacia la unidad del sistema, ya que si bien se adoptaban medidas encaminadas a reducir la complejidad del sistema vigente, complejidad que se manifestaba en la constante proliferación de disposiciones y en la diversidad exagerada de organismos y entidades existentes, tal y como se señalaba en la propia Ley: "evidentes razones de orden técnico y político aconsejan la conveniencia de que subsistan, con los reajustes que se consideran necesarios, diversos organismos y entidades, o de que se creen incluso nuevos órganos, siempre que la actuación de cada uno de ellos gravite sobre campos diferenciados, elegidos precisamente de acuerdo con la naturaleza y características de tales órganos, con miras a conseguir la mayor eficacia de los servicios".

Se acentuaba la participación de los interesados en los órganos de gestión, así como la colaboración de las empresas, intentando con ello no sólo reforzar el sentido de la responsabilidad, condición necesaria para el éxito de un programa de Seguridad Social, sino además facilitar y garantizar la eficacia del mismo. Esta participación o colaboración se hallaba, en cualquier caso, sometida a un límite, el límite impuesto por las exigencias del bien común²⁷⁶.

Paralelamente se consagró la idea de que no cabía Seguridad Social sin la participación y aportación del Estado, quien a través de la consignación permanente de subvenciones destinadas a tal fin en los Presupuestos Generales, trataría de profundizar en la redistribución de la renta nacional.

²⁷⁵ El Ministro de Trabajo en el discurso efectuado ante el Pleno de las Cortes Generales señaló que eran tres los puntos sustanciales del nuevo sistema que se proponía: "-la democratización o populización de la gestión de la Seguridad Social; -la reincorporación de los inválidos a la vida activa; -la aportación del Estado al sostenimiento de la Seguridad Social".

²⁷⁶ Vid en este sentido, entre otros, PÉREZ-PAYA y SOLER, J.L.; *"Tendencias y directrices de la gestión de la Seguridad Social según la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963"*. Revista de Política Social, (RPS) nº 61, 1964, pág(s) 121-132, y VIDA SORIA, J.; *"Aspecto jurídico de la gestión de la previsión social"*. RPS nº 61, 1964, pág(s) 133-162.

El sistema de financiación de la Seguridad Social se estructuró mediante el sistema de reparto, "procedimiento que impone la corriente internacional y que es asimismo aconsejado por la Oficina Internacional de Trabajo", ya que a cambio de revisiones periódicas de los tipos, presenta dos claras ventajas: "no detrae anticipadamente de las empresas fondos que necesitan para un mejoramiento de sus medios de producción, y de otra, les permite conocer de antemano la cuantía de unos tipos que serán constantes en períodos conocidos de tiempo y que les permitirán programar la estabilidad de sus costes de producción".

Se suprimió, tal y como ya hemos visto, el ánimo de lucro como móvil de actuación en el ámbito de la Seguridad Social encomendado la gestión de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales a entidades mutualistas, se optó también por la consideración conjunta de las situaciones o contingencias susceptibles de protección²⁷⁷ y se potenciaron los servicios de recuperación y rehabilitación para trabajadores inválidos²⁷⁸.

Si bien el texto de la Ley de Bases de 1963 aparece configurado como un texto básico en el diseño del sistema español de Seguridad Social, no en vano era catalogado en la propia Exposición de Motivos como el texto fundamental que ordenaba la Seguridad Social española²⁷⁹, los importantes cambios que introdujo y las tensiones, de índole diversa, que generó la aprobación de este texto²⁸⁰, a pesar de estar considerado

²⁷⁷ Consideración conjunta de las situaciones o contingencias protegibles que ofrecía dos proyecciones claramente apreciables: individual y colectiva. Desde el punto de vista individual, se trataba de que las situaciones o contingencias definidas con carácter general, se entendieran unívocamente, sin que circunstancias de lugar o de tiempo determinaran variaciones esenciales reflejadas en la desigualdad de las prestaciones; colectivamente se pretendía evitar la constitución de categorías privilegiadas de personas y se tendía a conseguir, en la medida de lo posible, que el trato dado a las mismas no presentase diferencias notables, cualesquiera que fuese el sector económico en que trabajaran o la naturaleza de su actividad específica.

²⁷⁸ Vid, DE LA VILLA GIL, L.E.; *"Las prestaciones rehabilitadoras en la Ley de Bases de la Seguridad Social. Régimen jurídico"*. RPS, nº 61, 1964, pág(s) 197-238.

²⁷⁹ El texto de la Ley de Bases, puede ser considerado, sin lugar a dudas, como el texto que culmina el proceso de unificación y coordinación de los Seguros Sociales generales iniciado en 1948.

²⁸⁰ Vid en este sentido DE LA VILLA GIL, L.E.; *"Las causas de oposición a la Ley de la Seguridad Social"* en AA.VV. *"Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social"*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección Publicaciones e Intercambios. Madrid, 1964, pág(s) 25-32. En opinión de este autor las causas que contribuyeron a la oposición a La Ley de 1963 fueron: el dogma de los derechos adquiridos, el atentado a la iniciativa privada, la necesidad de articular la Ley por otra Ley

como un texto que fijaba los cimientos sólidos, y amplios a la vez sobre los que asentar los pilares de la Seguridad Social, dificultaron, sin duda alguna, su posterior desarrollo normativo.

El art. 2º de la Ley de Bases otorgaba al Gobierno un plazo de dos años para que aprobase, a propuesta del Ministerio de Trabajo y previo informe de la Organización Sindical y dictamen del Consejo de Estado, el texto o los textos articulados necesarios en desarrollo de las Bases que contenía la propia Ley.

De hecho no fue hasta abril de 1966 que se aprobó mediante el Decreto 907/1966, de 21 de abril²⁸¹, el Texto articulado de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, el cual se convirtió en la primera Ley española de Seguridad Social, si bien no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1967.

6.3 Contenido de la Base 9ª y la protección de la vejez.

Tal y como se establecía en el apartado 37 de la Base 9ª de la Ley de Bases, la prestación a que daba derecho la vejez queda configurada como una prestación única para cada pensionista, revistiendo la forma de pensión vitalicia. La cuantía de esta pensión se fijaba de manera proporcional a las bases y años de cotización, de conformidad con las normas, porcentajes y el sistema que se estableciera reglamentariamente, beneficiando, en cualquier caso, a las bases inferiores.

El art. 149 de la LSS/1966, exigía para ser considerado como beneficiario de la pensión de vejez, además de la edad, 65 años²⁸², el cumplimiento de otros dos

formal, residendo la causa principal en el necesario abandono de la gestión de algunos seguros por parte de las Compañías mercantiles.

²⁸¹ B.O.E., de 22 de abril.

²⁸² De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de este art 150, "la edad mínima a que se refiere el apartado a) podrá ser rebajada por Decreto a propuesta del Ministro de Trabajo y previo informe de la Organización Sindical en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean

requisitos; así sólo se concedía la pensión a los afiliados al sistema que estuvieran en alta o en situación asimilada²⁸³ y que hubieran cubierto un determinado período mínimo de cotización (período de carencia), de diez años, de los cuales al menos 700 días deberían estar comprendidos dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de causar su derecho.

Por su parte, el art. 151 de la LSS/1966, disponía la cuantía de la pensión de vejez se determinaba para cada trabajador aplicando a la base reguladora de prestaciones el porcentaje nacional, incrementado, en su caso, con el profesional complementario que correspondiese.

Los años de cotización de cada trabajador, que servirían para determinar el porcentaje nacional y el profesional que en las respectivas escalas les correspondiesen, se determinaban siguiendo las reglas previstas en el art. 27.5 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre²⁸⁴, por el que se aprobaba el Reglamento General de prestaciones económicas. Así se establecía que debía incrementarse los períodos cotizados al régimen general a partir del día 1 de enero de 1967 con los efectuados, en su caso, a los anteriores regímenes de seguro de Vejez e Invalidez y Mutualismo Laboral. Los períodos de cotización al Régimen general se computaban, teniendo en cuenta los días cotizados en cualquiera de las Mutualidades Laborales del propio régimen, siempre que no se sobrepusiesen los períodos a que correspondan y siguiendo la forma prevista en el art. 154 de la LSS/1966, donde se establecía que: "... para determinar el número de

de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten el mínimo de actividad que se establezca en la respectiva profesión o trabajo".

²⁸³ El art. 28 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (B.O.E. de 30 de diciembre), por el que se aprobaba el Reglamento General de prestaciones económicas (RGP/1966), especificaba cuáles eran las situaciones que se consideraban como situaciones asimiladas a las de alta: " a) la excedencia forzosa del trabajador por cuenta ajena, motivada por su designación para ocupar un cargo público o del Movimiento, con obligación por parte de la empresa de readmitirle al cesar en el desempeño de dicho cargo, de conformidad con la legislación laboral aplicable; b) el traslado del trabajador por su empresa a centros de trabajo radicados fuera del territorio nacional; c) el cese en la condición de trabajador por cuenta ajena, con la suscripción del oportuno Convenio especial con la Mutualidad correspondiente; d) el desempleo involuntario total y subsidiado; e) el paro involuntario que subsista después de haberse agotado las prestaciones por desempleo; y f) las demás que puedan declararse expresamente por el Ministerio de Trabajo al amparo de lo previsto en el número 2 del art 93 de la Ley de la Seguridad Social de 1966".

²⁸⁴ B.O.E., de 30 de diciembre.

años de cotización, del que dependerá el porcentaje de la pensión, se dividirá el total de los días cotizados por 365 y la fracción de año, si existiere, se asimilará a un año completo de cotización, cualquiera que sea el número de días que comprenda”.

Los períodos de cotización a los anteriores regímenes del Seguro de Vejez e Invalidez y Mutualismo Laboral se computaban, siempre que se superponían, siguiendo las normas que desarrollaban los principios fijados en los apartados 2 y 3 de la Disposición Transitoria Tercera de la LSS/1966.

La fijación de la escala de porcentajes a que hacía referencia ese art. 151, para cuya determinación el texto de la LSS/1966 nos remitía a los Reglamentos generales de desarrollo esta ley, partía de la consideración de que debía ser única la escala correspondiente al nivel mínimo o básico²⁸⁵ y que podía ser diferente la escala del correspondiente al nivel complementario²⁸⁶, en cualquier caso, la escala aplicable, tanto para el nivel mínimo como para el complementario, se establecía en atención a los años de cotización acreditados.

La escala de porcentajes nacionales (escala del primer nivel de compensación nacional), se fijaba de forma unitaria en el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre²⁸⁷; así, partiendo del mínimo de 10 años de cotización que era necesarios acreditar para tener derecho a la pensión de vejez, correspondía un 25% de la base reguladora, e iba incrementándose un punto más el porcentaje aplicable por cada año de cotización superior a 10, de esta forma acreditados 11 años de cotización, correspondía el 26%, 12 años el 27%, 13 años el 28%; hasta el máximo de 35 años, el 50%.

²⁸⁵Vid arts. 152 de la LSS/1966 y 27.2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre. “La escala de porcentajes para la determinación de la pensión de vejez en la parte correspondiente al nivel mínimo será de aplicación común a todos los trabajadores de este Régimen general cualquiera que sea la Entidad Gestora en que se encuentren encuadrados, de modo que los pensionistas con iguales bases y períodos de cotización percibirán pensiones de idéntica cuantía”.

²⁸⁶ Vid arts 153 de la LSS/1966 y 27.3 del Decreto 3158/1966. “La escala de porcentajes correspondiente al nivel complementario de pensiones de vejez podrá ser diferente para las distintas Entidades Gestoras, en relación con la composición de sus respectivos colectivos y las disponibilidades financieras, sin que en ningún caso puedan rebasarse el límite o límites máximos que se fijen”.

²⁸⁷ B.O.E. de 30 de diciembre.

Sin embargo, la escala de porcentajes profesionales del nivel complementario no era única, podía variar en atención al grupo o sector profesional al que se pertenecía, de tal manera que, en algunos casos, se aplicaba como escala de porcentaje profesional la misma que se establecía para el primer nivel de compensación nacional²⁸⁸, mientras que, en otros casos, como sucedía con las Mutualidades del agua, gas y electricidad, artistas, industrias extractivas, fincas urbanas, alimentación, periodistas y textil, se aplicaba un porcentaje diferente con un cierto carácter específico inferior al porcentaje general, así a los 10 años de cotización se tenía derecho a la aplicación del porcentaje del 5% sobre la base reguladora, incrementándose igualmente el porcentaje en una unidad por cada año más de cotización; a los 11 años, el 6%; a los 12 años el 7%; a los 13 años el 8%, etc., hasta el máximo de 35 años, el 30%.

He aquí una de las principales novedades que introdujo la Ley de Bases: se abandonó la vinculación hasta entonces existente entre la edad del pensionista y el importe de la pensión, ya que con anterioridad a la aprobación de esta Ley, acreditado el cumplimiento del período de cotización exigido con carácter general, se fijaba la prestación en cuantía fija atendiendo a la edad del sujeto beneficiario. A partir de la Ley de Bases se pasó a vincular el importe de la pensión en atención a los años de cotización efectuados, así cuanto mayor fuese el número de años cotizados mayor sería el importe de la pensión, tal y como se establecía en las Mutualidades Laborales donde, en general, el porcentaje aplicable para determinar el importe de la pensión, se vinculaba a los años de servicio o de antigüedad: "frente al sistema anterior, caracterizado, en general, porque, cubierto un período de carencia relativamente breve, se acreditaba el derecho a la percepción de la pensión, variando ésta según la edad del pensionista, la Ley de Bases, si bien sigue exigiendo el cumplimiento de una edad preestablecida y el que se acrediten períodos determinados de cotización, liga las

²⁸⁸ La misma escala de porcentaje establecida para el nivel de compensación nacional se aplicaba también en el nivel complementario, para las Mutualidades siguientes: aceite, actividades diversas, ahorro y previsión, artes gráficas, banca, carbones, cemento, comercio, confección, construcción, hostelería, Las Palmas de Gran Canaria, madera, piel, químicas, Santa Cruz de Tenerife, seguros, siderometalúrgica, S.O.E, transportes, vinícolas y vidrio.

pensiones no a la edad de los pensionistas, sino a los períodos de tiempo por los que cada uno de ellos haya cotizado en activo"²⁸⁹ ²⁹⁰.

Se fijaba una edad mínima para la percepción de la prestación de vejez estableciéndose con carácter general en 65 años, aunque se preveía, tal y como ya hemos visto, la posibilidad de que ésta fuese rebajada en aquellas actividades en las que, por su índole o por su naturaleza, se consideraba necesario adelantar la edad mínima para tener derecho a la prestación de vejez.

Como segunda gran novedad es importante destacar que frente al sistema vigente entonces, donde existía, a través del Seguro de vejez e Invalidez, una prestación igual para todos los beneficiarios que podía ser mejorada complementariamente acudiendo al Mutualismo laboral, el cual de forma individualizada y en atención a las aportaciones efectuadas fijaba el importe de la mejora, "la Ley de Bases trata de integrar los dos sistemas en uno sólo a través del denominado mecanismo del nivel mínimo y nivel complementario, pero con el resultado final de que las pensiones, que en todo caso tienen carácter vitalicio, son únicas para cada pensionista"²⁹¹.

²⁸⁹ ALONSO OLEA, M.; *"Las Bases de la Seguridad Social"*. Revista de Política Social, nº 61, 1964, pág 471.

²⁹⁰ España se sumó, de esta manera, a los seis países del Mercado Común Europeo (Bélgica, Italia, Holanda, Francia, Alemania y Luxemburgo) que ya habían desechado totalmente el viejo sistema de establecer el importe de las prestaciones en cuantía fija y se había impuesto el concepto moderno de los Seguros Sociales, en virtud del cual las prestaciones debían ser proporcionales a los ingresos del asegurado. De los seis países citados sólo Luxemburgo utilizaba un sistema mixto en los supuestos de vejez, invalidez y muerte que consistía en una base mínima, variable según las fluctuaciones del coste de la vida, incrementadas en un porcentaje de las retribuciones anuales percibidas según el número de años trabajados. CONSEJO SOCIAL DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL ESPAÑOLA. *"Seguridad Social"*. Madrid, 1959, pág(s) 16-17.

²⁹¹ RULL SABATER, A.; *"La Seguridad Social..."* *Op cit*, pág 69. En este mismo sentido ALONSO OLEA, M, señala que: "frente al sistema anterior caracterizado por la dualidad de prestaciones, unas correspondientes a un régimen general y uniforme de pensiones mínimas (las del Subsidio, después Seguro, de vejez) y otras diversificadas por ramas de producción y otorgadas en proporción a la edad y a los salarios de cotización (las pensiones de las Mutualidades laborales), la Ley establece una prestación económica única por causa de la vejez, con un nivel mínimo de pensiones uniformes -para las mismas bases y períodos de cotización- para todos los comprendidos en el régimen general, debiendo regularse el sistema reglamentariamente de forma que resulten especialmente beneficiados los que hayan cotizado por bases inferiores. Sobre este nivel mínimo juega un segundo nivel, hasta un límite máximo, también a fijar reglamentariamente, y cuya cuantía, la del nivel, depende de la composición de los respectivos colectivos y las disponibilidades financieras de los grupos o sectores". *Cfr. "Las Bases..."* *Op cit*, pág 471.

Así, el apartado 38 de la Base 9ª, disponía que: "se adoptará un sistema de compensación nacional que garantice un nivel mínimo de pensiones uniformes, en igualdad de beses y períodos de cotización, para todos los comprendidos en el régimen general. Por encima del indicado nivel y hasta límites máximos oportunamente fijados, se incrementarán las pensiones, según lo permitan la composición de los respectivos colectivos y las disponibilidades financieras de los grupos o sectores, siendo objeto de una compensación profesional. En todo caso el cálculo y forma, tanto de la pensión mínima cuanto de los complementos se fijarán sobre los criterios uniformes del número anterior (bases y años de cotización), y se abonará conjuntamente en una misma Entidad gestora, sin perjuicio de las compensaciones internas que procedan".

Dos parecen ser, en principio, las intenciones del legislador tal y como quedaba configurada la prestación por causa de vejez en la Base 9ª y visto, en parte, su desarrollo establecido en la LSS/1966: de un lado, mejorar el sistema anterior, a través del ajuste de la pensión a las bases y años de cotización y de otro, fijar un doble nivel de protección, un nivel mínimo general y un nivel complementario profesional, a imagen y semejanza del sistema anterior (prestación básica ofrecida por el INP y prestación complementaria otorgada por el Mutualismo laboral), pero integrados los dos niveles en un único sistema, al ser abonados conjuntamente y por una misma entidad gestora.

La cuantía de la pensión a que tenía derecho cada trabajador que cumplía los principales requisitos exigidos (edad y período de carencia) se obtenía, tal y como ya hemos visto, al aplicar el o los porcentajes del nivel mínimo y complementario a la base reguladora.

La base reguladora para determinar la pensión de vejez era la misma que se utilizaba para determinar la pensión de invalidez; el cociente que resultase de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses. Período éste de veinticuatro meses que era elegido por el propio interesado dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se cause el derecho a la pensión, tal y como en este sentido se

establecía en el art. 49.2 puesto en relación con el art. 27 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre²⁹², por el que se aprobaba el Reglamento General de prestaciones económicas (en adelante RGP/1966).

La orden de 18 de enero de 1967²⁹³, que desarrollaba el régimen de la prestación por vejez, se ajustaba, como es obvio, a lo dispuesto en los arts. 149 y ss. de la LSS/1966 y en el RGP/1966, aunque introducía alguna precisión que merece ser objeto de comentario; en primer lugar, en relación a las situaciones asimiladas al alta que daban derecho a la percepción de una pensión de vejez, ya que si bien se mantenían las situaciones ya consideradas como tales en el art. 28 del RGP/1966, al mencionar el supuesto de paro involuntario subsistentes después de agotadas las prestaciones por desempleo, se añadía un inciso final donde se exigía además la necesidad de tener cumplidos, en ese momento, los cincuenta y cinco años de edad²⁹⁴.

Como segunda novedad cabe destacar que en la citada Orden se especificaba, por vez primera, en que momento se consideraba causada la pensión de vejez una vez se habían reunido las condiciones exigidas para tener derecho a la misma, así, según se tratara de trabajadores en alta o en situación asimilada el momento era diferente. Respecto a los trabajadores que se encontraban en alta, se consideraba causada la pensión de vejez el día del cese en el trabajo por cuenta ajena, mientras que si se trataba de trabajadores que se encontraban en alguna de las situaciones de asimilación al alta, dependía de cual fuese esa situación: en los supuestos de excedencia forzosa, el día del cese en el cargo que dio origen a la asimilación; en el supuesto de traslado fuera del territorio nacional, el día del cese en el trabajo por cuenta ajena; y en los demás supuestos, el día en el que se formulaba la petición²⁹⁵.

²⁹² B.O.E., de 30 de diciembre.

²⁹³ B.O.E., de 26 de enero

²⁹⁴ A diferencia de lo que sucedía en el art. 28 del RGP/1966, la Orden del 18 de enero de 1967, parece que se configura como una lista cerrada de supuestos por cuanto que no reproduce la cláusula general que si contiene el RGP/1966 donde se da la facultad al gobierno para que, al amparo de lo previsto en el art 2 de la LSS/1966, declare expresamente otros supuestos.

²⁹⁵ En la actualidad el art. 3 de la Orden de 18 de enero de 1967 continúa vigente, considerándose, aún hoy desarrollo reglamentario válido a falta de otro más moderno.

En relación con la base reguladora, la orden de 1967 no se limitaba a reproducir el contenido del art. 49.1 que tal y como hemos visto, era aplicable no sólo a la invalidez sino también, según se disponía en el apartado 2º, a la vejez, sino que, además incorporaba dos reglas adicionales de alcance aclaratorio. En primer lugar señalaba que dentro del período elegido por el interesado no se computaban aquellas cantidades que aun habiendo sido ingresadas dentro del mismo correspondiesen a meses distintos de los comprendidos en él. En segundo término, se establecía que las partes proporcionales de las gratificaciones extraordinarias por las que se cotizase al cesar el trabajador para causar la pensión de vejez, sólo se computarían si eran necesarias para completar, hasta su cuantía íntegra, alguna o algunas de las anteriores gratificaciones comprendidas en el período elegido.

Asimismo se mantuvo igualmente la escala de porcentaje del nivel mínimo y del nivel complementario, siendo en este último caso distinta la escala prevista según la Mutuality Laboral correspondiente en relación con la composición de sus respectivos colectivos y sus disponibilidades financieras, aunque se añadía en el apartado 2º del art. 8 de la Orden de 18 de enero de 1967²⁹⁶ que, cuando los trabajadores de una misma rama de actividad estaban encuadrados por razones geográficas en distintas Mutualidades Laborales con personalidad jurídica propia, los porcentajes debían ser iguales en todas ellas. A tal efecto, estaba previsto el establecimiento de las compensaciones que fuesen necesarias de conformidad con las fórmulas que aprobase el Ministerio de Trabajo en atención a las propuestas que con este fin fuesen formuladas por las propias Mutualidades Laborales interesadas, o en virtud de la federación obligatoria de estas Entidades, según lo dispuesto en el art. 97 de la LSS/1966.

Con esta medida se trataba de corregir el trato desigual que, en aplicación del porcentaje profesional correspondiente al nivel complementario, podía darse por el

²⁹⁶ Este artículo, aunque carecía de aplicabilidad práctica, no fue derogado hasta la aprobación del RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de junio. Vid, al respecto, Disp. Derogatoria Única, apartado b) donde expresamente se establece que quedan derogados además del art.8, los arts 4, 7, 11 y el apartado 3º del art. 5 de esta Orden.

sólo hecho de estar encuadradas una misma actividad en Mutualidades laborales diferentes por razones geográficas.

Si bien el sistema, hasta ahora expuesto, correspondía al sistema previsto para el régimen general, es importante señalar que eran ciertamente escasas las peculiaridades que en el tratamiento dispensado a la pensión de vejez, incluían los diferentes regímenes especiales, así, es conveniente señalar que había incluso dos regímenes especiales, el de los representantes de comercio y el de los trabajadores ferroviarios, a los que eran de aplicación, tal y como se establecía expresamente en sus Decretos reguladores, las normas y escalas de porcentajes aplicables al Régimen General²⁹⁷.

En los demás regímenes especiales se incluían, eso sí, algunas particularidades que merecen especial detenimiento, así por ejemplo, en el régimen de los trabajadores

²⁹⁷ Vid, en este sentido, art 11 del Decreto 2180/67 de 10 de agosto (B.O.E, de 18 de septiembre) por el que se regulaba el régimen especial de Seguridad Social de los representantes de comercio, donde expresamente se establecía que: " 1. La prestación económica por vejez única para cada pensionista revestirá la forma de pensión vitalicia y se concederá a los afiliados en alta o situación asimilada que hayan cumplido sesenta y cinco años y tengan cubierto un período de cotización de diez años, de los cuales, al menos setecientos días, deberán estar comprendidos dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. 2. Los porcentajes aplicables para determinar la cuantía de la pensión serán los correspondientes a las escalas de los niveles mínimo y complementario establecidas, en función de los años de cotización, para el Régimen General. La base reguladora de la pensión se determinará de acuerdo con las normas señaladas para dicho régimen", así como el art. 19 del Decreto 1495/1967 de 6 de julio (B.O.E, de 14 de julio), por el que se regulaba el régimen especial de los trabajadores ferroviarios. En este caso eran idénticos los requisitos exigidos para tener derecho a la prestación económica por causa de vejez, idéntica la forma de cálculo de la pensión de vejez e idéntico el porcentaje aplicable, optándose por lo que respecta a éste último por la utilización del mismo porcentaje para el nivel básico nacional como para el nivel complementario para la actividad ferroviaria (art 19.5.): 25% a los 10 años de cotización, 26% a los 11 años de cotización, 27% a los 12 años de cotización, (...) hasta 50% a los 35 años de cotización; siendo la cuantía unificada de los dos niveles la suma de ambos porcentajes: 50% a los 10 años, 52% a los 11 años, 54% a los 12 años, ... hasta 100% a los 35 años.

La única particularidad que este régimen especial preveía, era en el ofrecimiento de un coeficiente del 20% de bonificación de los años de cotización para aquellos trabajadores que realizaban determinadas actividades especialmente penosas (art 19.7 del D 1495/67): Jefe de maquinistas, maquinista de locomotora de vapor, fogonero, oficial calderero de deposito, mozo de tren, maquinista de locomotora eléctrica o automotor, oficial calderero, oficial forjador, ayudante forjador, oficial montador, ayudante montador, encendedor, lavador, tapero y tirafuegos. A los trabajadores que desempeñaban estas actividades se les bonificaba los períodos de cotización cubiertos, incrementando los años y meses comprendidos en cada período mediante la aplicación del coeficiente que le correspondiese. Las fracciones inferiores a 15 días se debían despreñar y las superiores se debían contar como mes completo, tanto para determinar el tiempo de servicio efectivo, como para el resultante por la aplicación del coeficiente. No obstante se establecía un límite: en ningún caso el porcentaje total aplicable para el cálculo de la pensión, podía exceder del 100%.

por cuenta propia o autónomos, en adelante RETA, regulado por el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto²⁹⁸, y especialmente por la Orden de 24 de septiembre de 1970²⁹⁹, donde se recogían las normas para la aplicación de este régimen, si bien puede observarse que, en términos generales, en las cuestiones esenciales se aplicaban las disposiciones previstas para el régimen general, se incorporaron dos singularidades merecedoras de un breve comentario: de un lado, el hecho de que se concedía un plazo de 30 días, contado a partir de la fecha en que se causaba la pensión, para ingresar las cotizaciones que no hubiesen sido satisfechas con la finalidad de no perder (al haber incumplido la obligación de ingresar las cuotas), la pensión acreditada³⁰⁰; y de otro, que la base reguladora sobre la que debía aplicarse el porcentaje correspondiente, tal y como se establecía en el art. 31.1 a) del Decreto 2530/1970 y en el art. 59. 1 a) de la Orden de desarrollo, para la pensión de vejez era el cociente que resultase de dividir por 120 la suma de las bases de cotización de los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se entendía causada la prestación³⁰¹.

En el régimen especial agrario, en adelante REA, regulado por la Ley 38/1966, de 31 de mayo³⁰² y por su Reglamento de desarrollo, Decreto 309/1967, de 23 de febrero³⁰³, tal y como se establecía en el art. 52. 4 de este último Decreto, para poder ser considerado sujeto beneficiario se exigía haber cubierto un período de carencia diferente del exigido en el régimen general, ya que era necesario haber cotizado un mínimo de 120 mensualidades (equivalente a los 10 años del régimen general), pero además se exigía que, al menos 24 de estas mensualidades, correspondiesen a cotizaciones efectuadas dentro de los siete años inmediatamente anteriores al hecho causante.

²⁹⁸ B.O.E. de 15 de septiembre.

²⁹⁹ B.O.E. de 30 de septiembre.

³⁰⁰ Esta disposición aún está hoy vigente, recogida en el art. 28 del D. 2530/1970, de 20 de agosto y en el art. 57.2 2º párrafo de la Orden de 24 de septiembre de 1970.

³⁰¹ En la actualidad, es necesario recordar, con carácter general, que la Disp. Adic 8ª del TRLGSS/1994, de 20 de junio establece que son de aplicación a todos los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad lo dispuesto, entre otros, en los arts 161 apartados 1. b), 4 y 5; art. 162, apartados 1.1, 2, 3, 4 y 5; 163; 165 del propio TRLGSS/1994.

³⁰² B.O.E. de 2 de junio.

³⁰³ B.O.E. de 27 de febrero.

Respecto a los porcentajes aplicables, estaban fijados en el art. 52. 2 del Decreto 309/1967, si bien se mantenía el nivel mínimo igual que en el régimen general, variaba el porcentaje correspondiente al nivel complementario, ya que partiendo del 5% a los veinte años de cotización (frente al 5% a los 10 años previsto para el nivel complementario de determinadas Mutualidades, o el 25% a los 10 años previsto para el resto de Mutualidades), iba aumentando de forma regular a razón de un punto por año, hasta alcanzar el 20% a los 35 años (50% o 30% en el régimen general, según la actividad de que se trate).

En relación al régimen especial de los trabajadores del mar, Ley 116/1969, de 30 de diciembre³⁰⁴ y su Reglamento de desarrollo (Decreto 1867/1970 de 9 de julio³⁰⁵), se incluía una sola especificidad referida al cálculo de la base reguladora, recogida en el art. 78 del Decreto 1867/1970, de 9 de julio, consistente en que para el supuesto que nos encontrásemos ante trabajadores que hubiese figurado alternativamente en varios de los grupos de cotización, previstos en el art. 33 del Reglamento, durante los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante, a efectos de escoger el período ininterrumpido de 24 mensualidades para el cálculo de la base reguladora, sólo podían escogerse las bases de grupo de cotización más elevado si la permanencia en el mismo hubiese durado un mínimo de 5 años³⁰⁶

En el caso de que no se llegase a este mínimo de 5 años no se podían tomar bases del grupo de cotización más elevado, sino que debían tomarse las bases del grupo inferior en el que hubiese estado comprendido, incrementándolas en una sesentava parte de la diferencia existente entre esta base y la del grupo superior, por cada mes que el trabajador hubiese cotizado en el grupo superior durante el decenio de referencia.

³⁰⁴ B.O.E, de 31 de diciembre.

³⁰⁵ B.O.E, de 11 de julio.

³⁰⁶ Tal y como se establecía en concreto en el art. 78. 1. b) del Decreto 1867/1970, de 9 de julio: "(...) el período ininterrumpido de veinticuatro meses naturales sólo podrá comprender bases del

Asimismo se introdujo, a través del Decreto 2309/1970, de 23 de julio³⁰⁷, la posibilidad de anticipación de la edad de jubilación con aplicación de coeficientes reductores, para determinadas actividades con un especial índice o nivel de penosidad³⁰⁸.

Respecto al régimen especial del servicio doméstico, regulado por el Decreto 2346/69 de 25 de septiembre³⁰⁹, la base reguladora era igual al cociente de dividir por 24 la suma de las bases de un período ininterrumpido de 24 mensualidades, a elección del propio interesado, dentro de los siete años inmediatamente anteriores; la escala de porcentaje aplicable era diferente a la del régimen general ya que ésta empezaba siendo del 25%, a los 10 años de cotización, e iba aumentando un 1% más por cada año de cotización adicional, hasta los 20 años de cotización a la que correspondía un porcentaje del 40% de la base reguladora. A partir de 20 años, se incrementaba a razón de un 2% por cada año el porcentaje aplicable, 42% a los 21 años, 44% a los 22 años, 46% a los 23 años, llegándose hasta el 70% a los 35 años de conformidad con lo dispuesto en el art. 32.2 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre.

En el régimen especial de artistas, Decreto 635/1970, de 12 de marzo³¹⁰, fueron fundamentalmente cuatro las novedades introducidas: en primer lugar, por lo que respecta al período de carencia exigido para tener derecho a generar la pensión de vejez, tal y como se establecía en el art. 29. 1 del Decreto 635/1970, de 12 de marzo, era necesario haber cotizado un mínimo de 6 años dentro de los 21 últimos; en segundo lugar en referencia al cálculo de la base reguladora, de acuerdo con el art.

grupo de cotización más elevada a que haya pertenecido el trabajador cuando su permanencia en dicho grupo haya durado, como mínimo cinco años".

³⁰⁷ B.O.E., de 24 de agosto.

³⁰⁸ Tal y como se estableció en el art. 37.4 de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre que regula este régimen especial, "La edad mínima para la percepción de la pensión de vejez será la establecida en el régimen general. Dicha edad, podrá ser reducida por Decreto, a propuesta del Ministerio de Trabajo, y previo informe de los correspondientes sindicatos, en aquellas actividades profesionales de naturaleza especialmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre en las que se acusen elevados índices de morbilidad o siniestralidad, así como en aquellas otras cuya realización implique una continua separación familiar y alejamiento del hogar. Los coeficientes reductores se aplicarán al tiempo de trabajo efectivamente realizado en las citadas actividades". En la actualidad el art. 77 del Decreto 1867/1970, de 9 de julio por lo que respecta a la edad mínima para la percepción de la pensión de vejez nos remite a este art. 37.4.

³⁰⁹ B.O.E., de 15 de octubre.

29.5 del Decreto antes citado, resultaba del promedio de las bases por las cuales se hubiese cotizado durante 6 años, estando en manos del propio beneficiario la posibilidad de elección de estos 6 años, por grupos de dos años ininterrumpidos, en tercer lugar, en relación a la escala de porcentajes aplicables a la base reguladora, estaba prevista la posibilidad de tener derecho al 100% de la misma, puesto que la escala partía del 50% a los 6 años de cotización mínima, e iba aumentando el porcentaje en un 5% por cada año más cotizado, 55% a los 7 años, 60% a los 8 años, 65% a los 9 años, hasta alcanzar el 100% a los dieciséis años; y en cuarto y último lugar, estaba regulada, tal y como hemos tenido oportunidad de analizar en otros regímenes especiales, la posibilidad de avanzar la edad de jubilación con la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores, así, si bien, la edad de 65 años era la edad general para causar derecho a la pensión de vejez, se podía tener derecho a ésta a partir de los 60 años, (art. 29. 4 del Decreto 635/1970, de 12 de marzo), aunque, en estos casos, disminuía el porcentaje aplicable en un 0,60% cuando se accedía a los 60 años, un 0,68% a los 61 años, un 0,76% a los 62 años, un 0,84 a los 63 años y un 0,92% a los 64 años³¹¹.

Por su parte, en el caso del régimen especial de los escritores de libros, regulado por el Decreto 3262/1970, de 29 de octubre³¹², las únicas particularidades del mismo estaban referidas, la primera, al período de carencia exigido para ser beneficiario de la pensión de vejez, así, establecía el art. 15 del citado Decreto que era necesario para tener derecho a esta pensión haber cotizado un mínimo de 120 meses de cotización (10 años), de los cuales 23 meses debían estar incluidos en los últimos 7 años³¹³, y la segunda, al porcentaje aplicable, en este caso al igual que veíamos en el

³¹⁰ B.O.E, de 13 de marzo.

³¹¹ En la actualidad de conformidad con lo previsto en el art. 11 del RD 2621/1986, de 24 de septiembre, por el que se procedió a efectuar la integración de este y otros regímenes especiales en el Régimen Generalo en el RETA, continua vigente la aplicación de esta reducción del 8% por cada año que falte al trabajador para cumplir la edad de 65 años.

³¹² B.O.E, de 17 de noviembre.

³¹³ En este régimen especial estaba previsto la aplicación progresiva del del período de cotización mínimo previsto en el art 15, de conformidad con las reglas contenidas en la Disposición Transitoria 3ª, así tal y como se establecía en la regla 3ª, los escritores que habiendo sido dados de alta en el régimen especial en la fecha en que se iniciaban los efectos del mismo, y causaban baja dentro de los 10 primeros años de su vigencia por cumplir la edad de 65 años, siempre que reunisen, excepto el requisito de la edad, las restantes condiciones para tener derecho a la pensión de vejez, tenían asimismo

régimen especial de los artistas cabía la posibilidad de disfrutar del 100% de la pensión. La escala de porcentajes aplicables se iniciaba en el 50% a los 10 años y se iba aumentando un 2% más por cada año de cotización que excediese de 10, hasta alcanzar el límite del 100%, máximo porcentaje aplicable.

Por último, por lo que respecta al régimen especial de la minería del carbón, regulado por el Decreto 384/1969 de 17 de marzo³¹⁴, y por su Orden de desarrollo de 20 de junio de 1969³¹⁵, se incorporaron en este régimen los denominados complementos de compensación recogidos en el art. 2º del Decreto 384/1969, cuyo objeto era aproximar el nivel de las prestaciones económicas (incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común o accidente no laboral, a partir de la semana número cuarenta de permanencia, invalidez, muerte y supervivencia y vejez), al total de remuneraciones percibidas.

Para tener derecho a este complemento era preciso haber cotizado por salarios reales 5 años antes de que se reconociese el derecho a la pensión, también de conformidad con lo previsto en el art. 2.4 del Decreto 384/1969, aunque se tenía derecho a una parte de la cuantía de este complemento si el período era inferior a 5 años, siendo esta parte del complemento proporcional al número de años en los que efectivamente se había cotizado por salarios reales.

Este complemento de compensación, tal y como se establecía en el art. 2.2 de este Decreto, estaba constituido por la diferencia resultante entre la prestación, calculada sobre bases tarifadas, y la que correspondiera, teniendo en cuenta los salarios reales declarados a efectos de accidente de trabajo, que debían ser normalizados anualmente por categorías profesionales y grupos de trabajo.

derecho a la pensión, graduándose su cuantía con arreglo a los siguientes porcentajes; con 1 año de cotización y menos de 2, el 23%; con 2 años de cotización y menos de 3, el 26%; con 3 años de cotización y menos de 4, el 29%; con 4 años de cotización y menos de 5, el 32%; con 5 años de cotización y menos de 6, el 35%; con 6 años de cotización y menos de 7, el 38%; con 7 años de cotización y menos de 8, el 41%; con 8 años de cotización y menos de 9, el 44%; con 9 años de cotización y menos de 10, el 47%; cubiertos los 10 años de cotización se aplicaban las reglas generales.

³¹⁴ B.O.E, de 18 de marzo.

Igualmente estaba prevista, y recogida en el art. 5 del Decreto 384/1969, la posibilidad de rebajar la edad para tener derecho a la prestación de vejez, aplicando los correspondientes coeficientes reductores, en distinta proporción para los diversos trabajos efectuados en el interior de las minas. En estos casos, los coeficientes se debían ajustar a la siguiente escala de bonificación: 0,50% por año de servicio en las categorías de picador, barrenista y sus ayudantes; 0,40% por año de posteador, minero de primera y artillero; 0,30% por año de vigilante de explotación en talleres si procede de picador o barrenista, ayudante artillero, estibador, vagonero, rampero, caballista y sus ayudantes y asimilados; y un 0,20% por año en las restantes categorías de interior. Para los trabajadores de exterior se establecía una bonificación de rebaja de edad del 0,15% en supuestos especiales de trabajadores que hubiesen sido trasladados del interior, al resto de trabajadores se aplicaba el coeficiente reductor del 0,05% por año³¹⁶.

La vigencia del sistema de doble porcentaje, tal y como quedó configurado en el RGP/1966, fue efímera, ya que, a mediados del año 1967, conforme al Decreto 1562/1967, de 6 de julio de 1967³¹⁷, se procedió a unificar la escala de porcentajes aplicables para determinar la pensión de vejez, al haberse puesto de manifiesto, a través de la experiencia de los años de vigencia del doble porcentaje, que la discriminación de colectivos a efectos del nivel complementario se estaba traduciendo en la aparición de tendencias anómalas en la movilidad de la mano de obra entre los diversos sectores de la producción, por ello se hacía necesario y aconsejable que las escalas de los porcentajes del nivel profesional complementario se unificasen dentro del Régimen General.

Se procedió, así pues, a derogar la escala contenida en el núm. 2 del anexo del Decreto 3158/1966, manteniéndose como escala única de porcentajes profesionales

³¹⁵ B.O.E, de 3 de julio.

³¹⁶ En la actualidad tanto el art. 9 del Decreto 298/1973, de 8 de febrero (B.O.E., de 27 de febrero) sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, de acuerdo con la Ley 24/1972, de 21 de junio, y el art. 21 de la Orden de 3 de abril de 1973 (B.O.E., de 24 de abril), para la aplicación y desarrollo del Decreto antes citado permiten rebajar esta edad aplicando estos mismos coeficientes reductores.

³¹⁷ B.O.E, de 17 de julio.

del nivel complementario de la pensión de vejez la escala recogida en el anexo 1º pero extendiendo su aplicación a las Mutualidades que se relacionaban en el núm. 2º del propio anexo (agua, gas y electricidad, artistas, extractivas, fincas urbanas, alimentación, periodistas y textil).

Unos años más tarde, con el objeto de alcanzar, ponderada y gradualmente, la suficiencia de las prestaciones económicas de cuantía variable, sustitutivas del salario, se procedió a un reajuste de la estructura financiera de la Seguridad Social, intentando conseguir una reducción de los tipos y obtener una más equitativa redistribución de las rentas y aportaciones, tal y como establecía la Exposición de Motivos de la Ley 24/1972, de 21 de junio³¹⁸, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen general, “en el propósito innovador de la Ley destaca ante todo, la adaptación de las cotizaciones a las retribuciones reales de los trabajadores, en forma análoga a la que se observa en materia de accidentes de trabajo, unificando y simplificando, por tanto, la cotización y sustituyendo el actual sistema de bases tarifadas según categorías profesionales, tan distanciado de la realidad y causa de serias dificultades por las implicaciones entre categorías, salarios y bases de cotización, singularmente agravadas por la progresiva desigualdad entre las retribuciones de cada categoría y la creciente primacía del puesto de trabajo como elemento determinante del salario”³¹⁹.

Esta sustitución del régimen de bases tarifadas por el nuevo sistema establecido, intentó aproximar al máximo la base de cotización con el salario del trabajador, de tal manera que fuera en función de éste y no en atención a una base preestablecida para cada categoría profesional, el elemento que determinase cuál debía ser la contribución que, tanto empresario como trabajador, debían abonar a la Seguridad Social; “con esta medida se pretende alcanzar ponderada y gradualmente, la suficiencia de las prestaciones económicas de cuantía variable, sustitutivas del salario, en especial, de las

³¹⁸ B.O.E, de 22 de junio.

³¹⁹ De conformidad con lo dispuesto en la propia Exposición de Motivos, el art.4 de la Ley 24/1972 establecía que: “la cuantía de la pensión de jubilación se calculará aplicando un sólo porcentaje a la base reguladora, de acuerdo con la escala que se fije en función de los años que se hubiese cotizado”.

pensiones y prestaciones por desempleo, al propio tiempo que se reajusta la estructura financiera de la Seguridad Social en función de las nuevas cotizaciones”.

De conformidad con el art. 2 de la Ley 24/1972, de 21 de junio, “la base de cotización para todos las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena”.

Asimismo, cabe señalar que se mantenía el sistema de cálculo de la pensión de vejez, adoptado en el Decreto 3158/1966 y en la Orden de 18 de enero de 1967, si bien, en este último texto normativo se añadió, en el art. 4 del mismo³²⁰, que la cuantía de la pensión de vejez se debía determinar, para cada trabajador, aplicando a la base reguladora de la prestación el porcentaje nacional incrementado con el profesional complementario que le correspondiese en función de los años de cotización efectuados en el Régimen General, preveyéndose para tal fin la fijación de un régimen transitorio hasta que no se estableciese la escala de porcentajes únicos aplicables para determinar la cuantía de la pensión de jubilación, la cual tal y como aparecía formulado en el Decreto 1646/1972, de 23 de junio³²¹, que desarrollaba la Ley de 21 de junio en materia de prestaciones del Régimen General, debía entenderse constituida por la suma de los porcentajes que integraban las escalas de los niveles mínimos y complementarios vigentes.

³²⁰ Artículo también derogado por el RD 1647/1997, de 31 de octubre.

³²¹ *B.O.E.* de 28 de junio.

PARTE II FUENTES INTERNACIONALES Y ESTATALES DE PROTECCIÓN DE LA VEJEZ.

1. La protección de la vejez en las normas internacionales.

Teniendo en cuenta la diversidad de sistemas de Seguridad Social existentes en el mundo y el tratamiento que éstos dan a la vejez como riesgo sujeto a protección, y ante la dificultad de optar por una coordinación de los mismos, los diferentes organismos internacionales (OIT, ONU, Consejo de Europa, UE) han optado por dar luz verde a documentos normativos, en forma de Convenios, Recomendaciones, Directivas, etc., en donde se fijan criterios generales relativos al contenido fundamental de la protección de la vejez que, en términos generales, debería ser un mínimo común, o cuanto menos orientar las reformas que tengan que acometerse.

La labor, en este sentido, realizada a nivel internacional, permite, a su vez, determinar cómo deben impulsarse mejoras en los diferentes sistemas vigentes de protección de la vejez, tomando como punto de referencia la experiencia de países que ya las han impulsado, y tratando de ajustar dichas mejoras, y en general, las reformas que quieran impulsarse, a las previsiones existentes.

A pesar de que, existen obviamente inconvenientes muy grandes para poder aplicar de forma uniforme ciertas directrices comunes, sobre todo si tenemos en cuenta el diferente estadio de evolución de cada uno de los sistemas de Seguridad Social, la posibilidad de tener como marco de referencia unos principios comunes y poder a su vez tener un conocimiento directo de cómo se han acometido las principales reformas, es sin duda alguna, una ayuda muy importante que permite afrontar los retos presentes y futuros teniendo un mayor margen de maniobra.

Pese a que la voluntad de los diferentes organismos internacionales es la de profundizar en el desarrollo de sistemas uniformes de protección de la vejez, ya sea en

el ámbito europeo o mundial, que permitan garantizar una ayuda suficiente para este sector de población, las normas internacionales, han sido, en general, redactadas de forma abierta, flexible para facilitar su aplicabilidad, e incluso, en muchos casos, se configura simplemente como una mera declaración de principios, máxime cuando no ha obtenido el mínimo de ratificaciones necesarias.

En el ámbito de la UE es donde se cuenta con mayores posibilidades para avanzar hacia el establecimiento de sistemas de protección de la vejez más o menos uniformes, aunque la verdad es que las dificultades, en este sentido, son igualmente enormes³²². En el caso europeo conviene destacar a modo de denuncia que las dificultades no son tanto derivadas de la aplicación de principios comunes establecidos en las normas originarias y/o derivadas, sino sobre todo de los numerosísimos problemas existentes, (atendiendo a la complejidad de la materia y al tratamiento dado a ésta), en los supuestos de aplicación simultánea de diversos regímenes de Seguridad Social como sucede en el caso, ciertamente frecuente de los trabajadores migrantes.

La complejidad del Reglamento (CEE) nº 1408/1971, que es en cierta medida un reflejo de la dificultad existente para coordinar mínimamente los diversos sistemas de Seguridad Social, al ser éstos muy variados no tanto en cuanto a su estructura y contenido como en lo relativo a su funcionamiento, es un serio obstáculo para la consecución de una convergencia de los diversos sistemas de protección social.

En otro orden de cosas, no puede considerarse que la labor desarrollada por el TJCE, en este sentido, haya contribuido de forma eficiente en reducir los obstáculos existentes, por cuanto que ha estado sometida a numerosos vaivenes, contribuyendo aún más si cabe a complicar el funcionamiento de los actuales instrumentos normativos.

³²² En este sentido, la UE aprobó en 1992 dos Recomendaciones sobre "*Criterios comunes relativos a los recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social*" y "*Convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social*". DOCE L 245 de 26 de agosto pág(s) 46-48 y 49-52 respectivamente cuyo objetivo es impulsar una cierta convergencia entre los sistemas de protección social de los Estados miembros de la UE.

A pesar de constituir una tarea compleja, debería simplificarse el actual régimen comunitario, fijando unas reglas más simples, claras y precisas y tratando de potenciar el desarrollo y la aplicación de principios comunes que vayan unificando los sistemas existentes.

1.1 Los Convenios y las Recomendaciones de la OIT en materia de vejez.

El preámbulo de la Constitución de la OIT ya encomendó a esta organización, surgida de la Conferencia de Paz celebrada en París en enero de 1919, dos meses después del armisticio que puso fin a la primera guerra mundial y cuya primera sesión tuvo lugar en Washington el 29 de octubre del mismo año, la tarea de mejorar las condiciones de trabajo, así como, entre otras cuestiones, las de facilitar la protección de la vejez³²³.

Esta tarea inicial de mejora de las condiciones de trabajo proyectada, entre otras, sobre la pensión de vejez, se tradujo en un primer momento en la adopción, por parte de este organismo, de diversas normas destinadas a proteger determinadas categorías de trabajadores expuestos a ciertos riesgos, entre los que se encontraba, la vejez³²⁴.

³²³ Puede consultarse el texto completo de la Carta y los Documentos de la OIT (Convenios, Recomendaciones) en: <http://www.ilo.org>.

³²⁴ Fruto de este primer momento fueron los Convenios adoptados para proteger, entre otros riesgos además del de vejez: la maternidad (Convenio núm. 3, sobre protección de la maternidad, 1919), los accidentes de trabajo; (Convenio núm. 12, relativo a la indemnización por accidentes de trabajo en la agricultura, 1921; Convenio núm. 17, sobre indemnización por accidentes de trabajo, 1925); las enfermedades profesionales (Convenio núm. 18, sobre las enfermedades profesionales, 1925, revisado el año 1934, Convenio núm. 34); la enfermedad (Convenio núm. 24 y 25, sobre el seguro de enfermedad en la industria y en la agricultura, 1927); la invalidez (Convenio núm. 37 y 38, sobre el seguro de invalidez en la industria y en la agricultura, 1933); la muerte del sostén de familia (Convenio núm. 39 y 40, sobre el seguro de muerte en la industria y en la agricultura, 1933); y el desempleo (Convenio núm. 44, sobre el desempleo, 1934).

En el marco de esta etapa inicial de la OIT cabe situar la Recomendación núm. 43, sobre el seguro de invalidez, vejez y muerte (principios generales), el Convenio núm. 35, relativo al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico, y el Convenio núm. 36 relativo al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas agrícolas, adoptados todos ellos en fecha de 29 de junio de 1933, en el marco de la decimoséptima sesión de la Conferencia General de la OIT convocada y congregada en la ciudad de Ginebra en junio de 1933.

Los Convenios de la OIT núm. 35 y 36 establecían las condiciones mínimas a las que debían ajustarse, desde su origen, todos los sistemas de seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte. Para completar el contenido de estos Convenios, se aprobó la Recomendación sobre el seguro de invalidez, vejez y muerte, 1933, en la cual se especificaba cuáles eran los principios generales que, de acuerdo con la experiencia acumulada, devenían los más adecuados para contribuir a una organización justa, eficaz y racional de estos seguros, de ahí que se establezcan un importante número de recomendaciones.

Aunque el Convenio núm. 35, cuya fecha de entrada en vigor quedó establecida en el 18 de julio de 1937, fijaba el campo de aplicación del seguro de vejez en favor de los obreros, empleados y aprendices de las empresas industriales, de las empresas comerciales y de las profesiones liberales, así como los trabajadores a domicilio y del servicio doméstico³²⁵, ofrecía a las legislaciones nacionales la potestad de establecer las excepciones que considerase necesarias. Ya que, al margen de la excepción genérica prevista para aquellas personas que en virtud de una ley, reglamento o estatuto especial, tuviesen derecho, en caso de vejez a prestaciones equivalentes en su conjunto a las previstas en el propio Convenio, se introdujo la posibilidad de incorporar determinadas salvedades al ámbito de aplicación del Convenio, por lo respecta a determinados sujetos integrantes de los colectivos a los que iba destinado el mismo³²⁶.

³²⁵ Quedaban excluidos de forma expresa (art. 2.4 del Convenio), la gente del mar y los pescadores.

³²⁶ Art. 2.2 del Convenio: "(a) los trabajadores cuya remuneración exceda de un límite determinado y cuando la legislación no establezca esta excepción general, a los empleados que ejerzan

La Recomendación sobre el seguro de invalidez, vejez y muerte era mucho más generosa a la hora de fijar el campo de aplicación de este seguro, puesto que recomendaba en su punto 1º que el mismo comprendiera, sin distinción de edad, sexo o nacionalidad, a toda persona que realizase habitualmente trabajos asalariados, intentando además incluir, en el ámbito subjetivo del mismo, siempre y cuando las condiciones económicas, sociales y administrativas lo permitieran, a los trabajadores independientes de la industria, del comercio y de la agricultura que contasen con escasos recursos económicos.

A tenor de lo dispuesto en la Recomendación sobre el seguro de invalidez, vejez y muerte, cabía la posibilidad de establecer, si se estimaba oportuno, una edad mínima y una edad máxima para el ingreso al seguro; edad mínima que se debía aproximarse al máximo a la edad en la que se finaliza la enseñanza obligatoria y se elige profesión, y edad máxima que sólo se justificaba en los regímenes que condicionaban el derecho a la pensión al cumplimiento de un período de prueba. Asimismo se preveía establecer un salario máximo como límite para el acceso al seguro, lo que permitiera excluir sólo a aquellos trabajadores a los que se considerase capaces de hacer frente por sí mismos a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por disponer de una remuneración considerablemente superior al nivel general de salarios.

profesiones consideradas habitualmente como profesiones liberales; b) a los trabajadores que no perciban remuneración en metálico; c) a los trabajadores jóvenes menores de una edad determinada, y a los trabajadores que, cuando por vez primera comiencen a trabajar, tengan demasiada edad para ingresar en el seguro; d) a los trabajadores a domicilio, cuyas condiciones de trabajo no pueden asimilarse a las de los asalariados; e) a los miembros de la familia del empleador; f) a los trabajadores que por estar ocupados en empleos de corta duración no pueden cumplir las condiciones exigidas para la concesión de las prestaciones y a las personas que sólo realicen trabajos asalariados a título ocasional o accesorio; g) a los trabajadores inválidos y a los titulares de una pensión de invalidez o de vejez; h) a los funcionarios retirados que realicen un trabajo asalariado y a las personas que disfruten de una renta privada, cuando el retiro o la renta sea por lo menos, igual a la pensión de vejez prevista por la legislación nacional; i) a los trabajadores que durante sus estudios den lecciones o efectúen trabajos remunerados a fin de adquirir una formación que les permita ejercer la profesión correspondiente a dichos estudios; j) a los trabajadores domésticos que estén al servicio personal de empleadores agrícolas". En este mismo sentido Vid art. 2.2 del Convenio núm. 36 relativo al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas agrícolas donde se recogen las mismas excepciones a la regla general de aplicación del seguro obligatorio de vejez a los obreros, empleados y aprendices de las empresas agrícolas, y a los trabajadores domésticos que estén al servicio personal de empleadores agrícolas, excepto como es obvio, la referida en la letra j) del Convenio núm. 35.

Es importante destacar que se recomendaba la extensión del ámbito subjetivo de este seguro, hasta alcanzar a un gran parte de la población asalariada, y se defendía la posibilidad de ampliar este seguro, cuando ello fuera posible, a aquellos trabajadores independientes de la industria, comercio y agricultura que contasen con escasos recursos económicos. Sólo parecía que podían establecerse límites en cuanto a la edad (mínima y máxima) de acceso al mismo y excluir a aquéllos que disponían de medios propios suficientes.

Sin duda alguna, el ámbito subjetivo de aplicación de este triple seguro obligatorio, tal y como aparecía desarrollado en la recomendación núm. 43 de la OIT, era mucho más ambicioso que el establecido en el Convenio núm. 35, donde las excepciones al principio general eran más notorias. El carácter y forma de estas normas, recomendación y Convenios, condicionaban, sin lugar a dudas, el contenido del seguro, por cuanto la primera fijaba sólo principios generales, mientras que las otros contenían normas de obligado cumplimiento en el supuesto de que fueran objeto de ratificación.

Por lo que respecta a la edad para tener derecho a una pensión de vejez, su determinación se dejaba en manos de los diferentes legisladores nacionales, aunque en el régimen de este seguro no se podía exceder, tal y como se establecía en el art. 4 de los Convenios núm. 35 y 36, del límite de los 65 años cumplidos. La Recomendación sobre el seguro de invalidez, vejez y muerte, 1933, sí que incluía una indicación al respecto, al señalar en su punto 11, que: "tan pronto lo permita la situación demográfica, económica y financiera del país, o si fuera necesario, por etapas, los regímenes que fijen en más de sesenta años cumplidos la edad de retiro la reduzcan a sesenta años, a fin de aligerar el mercado de trabajo y garantizar el descanso de los trabajadores ancianos".

Por su parte, nada se indicaba en los Convenios núm. 35 y 36 de la OIT, respecto a la posibilidad o no de reducir en determinados casos la edad de acceso a la pensión de vejez; sí se hacía eco, sin embargo, de esta posibilidad la Recomendación núm. 44, al precisar, con carácter general, en su punto núm. 12, que: "los asegurados

que hayan ejercido durante muchos años una profesión particularmente penosa o malsana deberían tener derecho al retiro a una edad menos avanzada que la fijada para los trabajadores de las demás profesiones”.

Para tener derecho a la pensión de vejez, consistente en la mayoría de los casos en el pago previo de un número mínimo de cotizaciones desde el ingreso al seguro o durante un determinado período inmediatamente anterior al advenimiento del riesgo, se preveía la posibilidad de exigir el cumplimiento de un determinado período de prueba. Este período, tal y como se señalaba en el punto núm. 5 de la Recomendación núm. 44, “sólo debería comprender un período contributivo cuya duración no excediese de la estrictamente necesaria para impedir afiliaciones especulativas y para obtener una cierta contrapartida de los beneficios garantizados”. La propia Recomendación determinaba cuál debía ser el máximo de ese período de prueba: 120 meses, 500 semanas o 3000 días de cotización.

Además resulta interesante tener en cuenta que la previsión que contenía el art. 6 de los Convenios sobre el seguro de vejez, relativa a la posibilidad que se atribuía al asegurado de conservar los derechos derivados de las cotizaciones realizadas, aunque se dejase de estar sujeto a la obligación del seguro y sin que se hubiese adquirido derecho a una prestación. En estos casos, como contrapartida a las cotizaciones efectuadas, el asegurado mantenía los derechos generados por éstas, a pesar de que se permitió que las legislaciones nacionales invalidaran estos derechos al expirar un determinado plazo fijado con carácter variable o fijo³²⁷, que empezó a contar desde el momento del cese de la obligación del seguro. Se permitió, así pues, limitar en el tiempo, el mantenimiento de los derechos que las cotizaciones generaban aun cuando éstas no hubiesen permitido tener acceso a la pensión de vejez.

³²⁷ El plazo variable tal y como se establece en el art. 6.2 a) “no deberá ser inferior al tercio de la totalidad de los períodos de cotización cumplidos desde el ingreso en el seguro, descontados los períodos que no hayan dado lugar a cotización; b) el plazo fijo en ningún caso deberá ser inferior a dieciocho meses, y los derechos relativos a las cotizaciones podrán caducar a la expiración de este plazo, a menos que, antes de dicha expiración, un mínimo de cotizaciones prescrito por la legislación nacional haya sido abonado en la cuenta del asegurado, en virtud del seguro obligatorio o del seguro voluntario continuado”.

La Recomendación sobre el seguro de invalidez, vejez y muerte, 1933, determinaba cuál debía ser ese período de tiempo en el que se mantendrían los derechos generados por las cotizaciones realizadas al interrumpirse dicha cotización, en principio se debía garantizar, de conformidad con lo establecido en el punto 8 a) y b) de dicha Recomendación, "(...) a) la conservación de los derechos en vías de adquisición, durante 18 meses, por lo menos, a partir de la última cotización pagada, pudiendo prolongarse este plazo, en los regímenes de cotización proporcional al salario, hasta un tercio, como mínimo, de los períodos de cotización cumplidos desde el ingreso en el seguro, descontados los períodos que no hubieren dado lugar a cotización (...); b) la conservación ulterior de los derechos a las cotizaciones podrá estar condicionada al hecho de reanudar el pago de las cotizaciones, en virtud del seguro obligatorio o del seguro continuado, o al pago de una prima módica a estos efectos. El hecho de reanudar el pago de las cotizaciones debería producir un aumento progresivo de los derechos en vías de adquisición, en los regímenes que gradúen las cotizaciones según el salario y fijen las pensiones en relación con el tiempo de antigüedad en el seguro".

La cuantía de la pensión podía ser fijada o no en atención a la antigüedad en el seguro y se admitían hasta tres modalidades de cálculo de pensión: a) que fuese de cuantía fija, b) que se estableciese aplicando un porcentaje sobre el salario asegurado, o c) que consistiese en una suma variable según el importe de las cotizaciones pagadas.

De conformidad con el art. 7.2 del Convenio núm. 35 y núm. 36, en los supuestos en los que se tuviese en cuenta la antigüedad en el seguro, a la hora de fijar la pensión y la concesión de esta prestación estuviese sujeta al cumplimiento de un determinado período de prueba, a falta de una cantidad mínima garantizada, la pensión debía comprender una cantidad o parte fija independiente de la antigüedad en el seguro. Asimismo, cuando la concesión de la pensión no estaba sujeta al cumplimiento de un período de prueba, se permitía la posibilidad de fijar un mínimo garantizado.

A margen de las disposiciones que acabo de comentar respecto a la cuantía y forma de determinación de la pensión de vejez, es importante resaltar el contenido de

la Recomendación núm. 43 de la OIT, relativa a los seguros de invalidez, vejez y muerte, puesto que ésta iba mucho más allá de las previsiones contenidas en los Convenios sobre el seguro de vejez, al establecerse en su punto núm. 13, que con el objetivo de garantizar una vejez sin privaciones, la pensión de vejez debía cubrir las necesidades esenciales. Para ello, se proponía que la pensión que se garantizaba a todo aquel asegurado que hubiese cumplido el período de prueba se fijase teniendo en cuenta el coste de la vida; así se establecía que: “en los regímenes con cotizaciones proporcionales a los salarios, los asegurados que tuvieran abonadas en su cuenta las cotizaciones correspondientes a la duración media de la vida profesional activa deberían obtener una pensión correspondiente a su situación social durante el período de actividad profesional. A este efecto, la pensión garantizada a los asegurados que tengan acreditados treinta años efectivos de cotización no debería ser inferior a la mitad del salario asegurado desde el ingreso en el seguro o durante un período determinado que preceda inmediatamente a la liquidación de la pensión”.

De esta manera, se opta por defender la necesidad de ajustar la pensión de vejez a las rentas del asegurado, teniendo además en cuenta, a la hora de proceder a su fijación, el coste de la vida. Estas previsiones se decantaban claramente por asegurar una pensión acorde con el salario del asegurado por cuanto que, aunque de forma tímida, se pretendía garantizar que aquéllos que habían efectuado cotizaciones durante un período más o menos largo, fijado en 30 años, recibirían una pensión no inferior, como mínimo, a la mitad del salario asegurado desde el inicio del aseguramiento o en un período determinado próximo al retiro.

Así pues, en el momento de determinar la pensión, se debía valorar cuál había sido el salario asegurado, intentando garantizar como mínimo, la percepción, en concepto de pensión de vejez, de una cantidad equivalente a la mitad de ese salario asegurado tomando como período de referencia la totalidad de aquél (desde el ingreso hasta el cese en el seguro) o bien un período de cotización determinado, no precisado,

que en cualquier caso debería ser inmediatamente anterior a la liquidación de la pensión³²⁸.

Los Convenios núm. 35 y 36 de la OIT sobre seguro obligatorio de vejez, fueron revisados en 1967 por el Convenio núm. 128 relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes³²⁹, quedando los primeros, cerrados a la ratificación.

La Conferencia de la OIT celebrada en Ginebra en junio de 1967, adoptó en su quincuagésima primera reunión, el 29 de junio de 1967, el Convenio antes citado, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes. Con anterioridad a esta fecha, en 1952, en la trigésima quinta reunión de la OIT, se había adoptado, con fecha de 28 de junio de 1952, el Convenio núm. 102 relativo a la norma mínima de la Seguridad Social.

Este Convenio de 1952, sobre norma mínima en materia de Seguridad Social, respondía al propósito de la OIT de orientar su actividad normativa hacia una concepción global y amplia de la Seguridad Social, desarrollada bajo el impulso y la influencia de la Declaración de Filadelfia, adoptada en 1944, en la cual se fijaron cuáles eran los fines y objetivos de esta organización³³⁰.

A diferencia de los Convenios de la OIT anteriores, el Convenio núm. 102 trataba en un texto único las nueve ramas principales de la Seguridad Social, dedicando su parte V a la rama de las prestaciones de vejez. Por su parte, el Convenio núm. 128, de 1967, sólo abarcaba tres contingencias a largo plazo: la invalidez, la vejez y la muerte

³²⁸ En este mismo sentido se manifiesta el art. 7.3 de los Convenios núm. 35 y 36, al establecerse que: "cuando las cotizaciones se gradúen de acuerdo con el salario, el salario que haya servido de base para la cotización, deberá ser tenido en cuenta en el cálculo de la pensión, sea o no esta variable según la antigüedad en el seguro".

³²⁹ A 31 de diciembre de 1998, a partir de los datos facilitados por la propia OIT en el marco de la 87ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, son 16 los países que han ratificado este Convenio, que entró en vigor el 1 de enero de 1969: Alemania, Austria, Barbados, Bolivia, República Checa, Chipre, Ecuador, Eslovaquia, Finlandia, Jamahiriya Arabe Libia, Noruega, Países Bajos, Suecia, Suiza, Uruguay y Venezuela.

³³⁰ En el programa de acción de la OIT se incluye, entre otros, los siguientes objetivos: "extender las medidas de Seguridad Social para garantizar ingresos básicos a quienes lo necesiten y prestar asistencia médica completa".

del sostén de la familia, constituyendo una gran parte de su contenido una mera transcripción, o copia prácticamente literal, de las previsiones contenidas en el Convenio de la OIT sobre norma mínima.

A fecha de hoy, España no ha ratificado aún el Convenio núm. 128, y aunque ha ratificado con fecha 29 de junio de 1988 el Convenio núm. 102 sobre la Seguridad Social (norma mínima), lo ha hecho de forma parcial, acogiendo al contenido del art. 2 del Convenio que hace referencia a la necesidad de aplicar tres, por lo menos, de las partes II a X, incorporándose, por lo menos, una de las partes IV, V, VI, IX y X. España sólo ha ratificado las partes II (Asistencia médica), IV (Prestaciones de desempleo) y VI (Prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional)³³¹.

³³¹ En la 76ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada el año 1989, se presentó un Estudio General relativo tanto al Convenio (núm. 102) sobre Seguridad Social norma mínima, 1952; como al Convenio (núm. 128) y a la Recomendación (núm. 131) sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, en lo que se refiere a las prestaciones de vejez *–pese a haber transcurrido ya 11 años desde su publicación y carecer de vigencia muchas de las apreciaciones en este estudio contenidas, considero oportuno tener presente la importancia de este documento dado que es el único informe en el que se contiene una visión mundial sobre el tema de la jubilación, a pesar de que es posible que algunos de los ejemplos en él citados no estén vigentes hoy en día, he creído conveniente ilustrar la explicación de estos Convenios de la OIT con la mención expresa de algunos datos en este informe contenidos-*. En este informe, se adjunta como anexo al mismo, un cuadro de ratificaciones del Convenio núm. 102 y del Convenio 128. Respecto del Convenio núm. 102, que entró en vigor el 27 de abril de 1955, en 1989 año del estudio, había sido ratificado por un total de 32 países (más Portugal que aún no había registrado su publicación), de los cuales 3 además de España, no habían incorporado en su documento de ratificación la parte V del mismo relativa a las prestaciones de vejez (Irlanda, Senegal y Suecia). Por su parte, el Convenio núm. 128 que entró en vigor el 1º de noviembre de 1969, lo habían ratificado 14 Estados (hoy son 16 los países que lo han ratificado), uno de los cuales no incluía en su ratificación la parte III relativa a las prestaciones de vejez (Chipre) y otros tres (Bolivia, Ecuador y Venezuela), en virtud del párrafo 1 del art. 4º del Convenio, se acogieron a la excepción temporal que figura, entre otros, en el art. 16, párrafo 2º, y que afecta a las personas protegidas o campo de aplicación. Son diversos los argumentos y dificultades esgrimidas por los Estados que no han ratificado estos Convenios o han ratificado sólo uno de ellos para justificar su negativa a dicha ratificación. Así, en la documentación aportada por éstos y solicitada por la OIT sobre el estado de su legislación y de su práctica en lo que atañe a las prestaciones de vejez, tal y como aparecen definidas en los Convenios núm. 102 y 128, para poder elaborar el estudio que la Comisión de expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones presentó a la Conferencia Internacional de Trabajo, reunida en Ginebra en 1989, entre otras dificultades de alcance general, se alude a obstáculos de orden económico, financiero o administrativo (caso por ejemplo de Côte d'Ivoire, Chad, Filipinas, Guinea Bissau, India, Indonesia, Mozambique, Nigeria, Rwanda, Venezuela, Reino Unido), a la crisis económica y la inflación (Bolivia, Perú, Suriname, Zambia), al estado de desarrollo del país (Bangladesh, República Centroafricana, Madagascar, Nepal, Trinidad y Tobago), la escasez de recursos humanos (Zambia) e incluso a las dificultades de reunir las informaciones estadísticas necesarias que los instrumentos requieren (Nigeria, Suriname). Vid en este sentido, OIT. *“Estudio general relativo al Convenio sobre Seguridad Social (norma mínima), 1952 (núm. 102); como al Convenio (núm. 128) y a la Recomendación (núm. 131) sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, en lo que se refiere a las prestaciones de vejez”*. Publicaciones de la OIT, 1ª edición, Ginebra, 1989, pág(s) 123 a 129.

Estos dos Convenios de la OIT fueron concebidos y redactados de forma flexible, con el objeto de poder dar cabida a las diferentes soluciones nacionales adoptadas respecto de la protección de la vejez; así a diferencia de los Convenios de 1933 que defendían el seguro social como único método de protección, los Convenios núms 102 y 128 recogen las dos concepciones fundamentales que se han desarrollado en el ámbito de la protección de la vejez; el seguro social obligatorio basado en las cotizaciones del empleador y el trabajador con o sin subvenciones del Estado y la protección también obligatoria, pero financiada con el impuesto general y ofrecida a la totalidad de la población.

Tomando como punto de partida la idea de que los Estados para los cuales esté en vigor la parte del Convenio relativo a la vejez deben garantizar a las personas protegidas la concesión de una prestación que cubra este riesgo, es importante señalar, en este sentido, que a finales de la década de 1980, eran excepcionales los países que, no contaban con una protección social sobre esta materia³³², por cuanto que el establecimiento de una protección en favor de las personas de edad avanzada mediante la creación de un sistema de protección de la vejez, ha sido una constante en todos los Estados, situación ésta última que se acentuó a partir de la segunda guerra mundial, antes incluso de la aprobación de estos dos Convenios de la OIT.

Ambos Convenios contienen un amplio grado de flexibilidad, así, por ejemplo, en relación con el campo de aplicación de la protección de la vejez, no sólo evitan recurrir a concepciones estrictamente jurídicas para determinar quiénes son las personas protegidas, sino que además se establecen tres criterios que permiten evaluar el campo de aplicación de los mismos³³³, primero, en referencia a los trabajadores

³³² De las memorias comunicadas por los gobiernos y de las informaciones disponibles por la OIT, se desprende que, a fecha de 1989, eran básicamente 12 los países que disponían sólo de un sistema de protección de la vejez para los funcionarios; Afganistán, Bangladesh, Birmania, Botswana, Emiratos Arabes Unidos, Etiopía, Malawi, Mozambique, Sierra Leona, Somalia, Tailandia y Zimbabwe. Al parecer, Mozambique y Zimbabwe aun no disponer de sistema de Seguridad Social, estaban estudiando la posibilidad de crearlo, de hecho en Mozambique existía un régimen de protección facultativo que englobaba a un total de 30 empresas que contaban con sus propios regímenes especiales de Seguridad Social que cubría alrededor de 13.000 trabajadores asalariados.

³³³ Los Convenios núms 35 y 36 optaron por definir su campo de aplicación respecto a sectores de actividad económica y a la situación jurídica de las personas que trabajan en los sectores considerados. Vid en este sentido, texto y notas 21 y 22.

asalariados, el art. 27, a) del Convenio núm. 192, establece que deben comprender, por lo menos, el 50% de todos los asalariados, porcentaje que el Convenio núm. 128 en su art. 16.1 a), extiende al 100% de los asalariados, incluidos aprendices; segundo respecto a la población económicamente activa, en este caso el art. 27, b) del Convenio 102, establece que las personas protegidas deben comprender categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20% de todos los residentes y el 75%, por lo menos, de toda la población económicamente activa, de conformidad con lo establecido en el art. 16.1 b) del Convenio 128; y en tercera y última instancia en relación a los residentes, tanto el art. 27 c) como el art. 16.1 c) de los Convenios 102 y 128 establecen que las personas protegidas deberán comprender a todos los residentes³³⁴, o a los residentes cuyos recursos durante la contingencia (vejez) no excedan de unos límites preestablecidos (a este respecto los arts 27 y 16 nos remiten a los arts 67 y 28 respectivamente).

Aunque se aprecia una cierta ampliación del campo de aplicación en el Convenio de 1967 respecto del de 1952, se sigue recurriendo a normas estadísticas para definir el campo de aplicación y se ofrece a los Estados la posibilidad de elegir entre varias opciones. La flexibilidad, que se observa en estos Convenios, por lo que respecta al campo de aplicación, aparece completada con las disposiciones que, en un sentido u otro, recogen la posibilidad de acogerse a una serie de excepciones, generalmente temporales, que facilitan que se cumpla con el campo de aplicación, al restar rigidez a las reglas generales antes comentadas.

³³⁴ Entendiendo por residente, tal y como se establece en el art. 1, b) del Convenio 102 y el art. 1 d) del Convenio 128, a la persona que reside habitualmente en el territorio del estado miembro. Quedan, así pues, excluidos los residentes ocasionales o temporales así como los residentes no nacionales en situación irregular. A este respecto la Comisión de Expertos que elaboró el Estudio sobre estos dos Convenios y la recomendación 131, 1967, en relación con una cuestión planteada por Australia referida a si el término residente comprendía a los extranjeros en situación irregular, estimó que el término residente, contemplado en estos dos Convenios, debe interpretarse como referido sólo a los extranjeros que se encuentran en situación regular en el país de inmigración, para ello se acoge a lo previsto en el art. 6 del Convenio sobre trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), que plantea el principio de igualdad de trato sobre todo en materia de Seguridad Social, aplicable a los inmigrantes que se encuentren legalmente en el territorio del país de inmigración. Así se dispone en el art. 6.1, b) de este Convenio núm. 97: "Todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que se aplica a sus propios nacionales con relación a las siguientes materias: ... b) la Seguridad Social". *Ibidem*, pág. 22-23.

Una primer exclusión que afecta a los países en desarrollo, supone el reconocimiento en favor de estos Estados de la posibilidad de acogerse a ciertas exclusiones temporales, entre las que se encuentra una que afecta al campo de aplicación mediante una declaración anexa a la ratificación³³⁵; así, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 d) del Convenio 102, en estos casos el campo de aplicación deberá comprender a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50% de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, 20 personas. Esta exclusión temporal aparece igualmente recogida en el Convenio núm. 128, donde se establece en su art. 16. 2 que, en estos casos con declaración de exclusión temporal, el campo de aplicación deberá abarcar: "a) sea a categorías prescritas de asalariados que constituyan, por lo menos, el 25% de todos los asalariados; b) sea a categorías prescritas de asalariados en empresas industriales que constituyan, por lo menos, el 50% de todos los asalariados ocupados en empresas industriales".

También pueden ser excluidos del campo de aplicación del Convenio núm. 128, de conformidad con los arts. 37, 38 y 39 de este Convenio, ciertas categorías de trabajadores asalariados, en concreto: a) las personas cuyo empleo sea de carácter ocasional; b) los miembros de la familia del empleador que vivan en su hogar; c) otras categorías de asalariados cuyo número no exceda del 10% de todos los asalariados; d) los funcionarios y empleados públicos cuando estén protegidos por un régimen especial; e) la gente de mar; y f) los asalariados del sector agrícola.

La gran mayoría de países industrializados, tienden a ampliar el campo de aplicación; de tal manera que, o bien ya se han previsto la cobertura de todos los residentes, o bien, prevén gradualmente ir extendiendo dicha protección, de acuerdo con la recomendación núm. 131 de 1967, a todas las personas económicamente

³³⁵ Sólo un país, Perú, se ha acogido a la exclusión temporal del art. 27 d) del Convenio 102, mientras que han sido tres los países en desarrollo: Bolivia, Ecuador y Venezuela, que se han acogido a la exclusión temporal prevista en el art. 16 2 d), optando por lo general por el apartado a), según el cual los asalariados protegidos deben constituir, por lo menos, el 25% de todos los asalariados. *Ibidem*, pág(s) 35-36.

activas³³⁶, quedando al margen, en la gran mayoría de países y no gozando por ello de protección, los trabajadores autónomos³³⁷ y los trabajadores agrícolas.

La flexibilidad con la que se configuraron estos dos Convenios de la OIT está presente no sólo en lo referente al campo de aplicación en los términos amplios que acabamos de ver, sino también es una constante en otros aspectos, tales como el establecimiento de la edad que da derecho a las prestaciones de vejez.

Si bien, en principio, conforme a los arts. 26 y 15 de los Convenios núm. 102 y 128 respectivamente, “la edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años”, ambos Convenios contienen una cláusula de flexibilidad que, en determinadas condiciones, permite fijar una edad superior a los 65 años, de tal manera que, establecida la edad en 65 años como máximo, se prevé la posibilidad de fijar por parte de la autoridad competente una edad más elevada, “teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate”; tal y como se señala en el Convenio de 1952, o “habida cuenta de criterios demográficos, económicos y sociales apropiados, justificados por datos estadísticos” según se dispone en el Convenio núm. 128 de 1967.

Es especialmente significativa la referencia recogida en el Convenio núm. 128, relativa a la necesidad de rebajar la edad establecida para las personas que estén trabajando en labores consideradas, por la legislación nacional, como penosas o

³³⁶ Existen países que cuentan con un régimen de protección de la vejez que cubre a la totalidad de la población, por ejemplo, Australia, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Japón, Mauricio, Nueva Zelandia, Noruega, Países Bajos, Suiza. *Ibidem*, pág. 31

³³⁷ En el caso de los trabajadores autónomos o por cuenta propia, también en el ámbito internacional es posible apreciar que cada vez es mayor el número de países que han extendido la protección de la vejez a estos trabajadores. De hecho, la integración de estos individuos en el ámbito de protección se ha llevado a cabo de diversas maneras: en algunos casos han sido cubiertos por el régimen general aplicable a los asalariados, aunque con la inclusión de ciertas particularidades (por ejemplo, Argelia, Barbados, Chipre, Estados Unidos, Filipinas, Guayana, Luxemburgo, Jamahiriya Arabe Libia, Reino Unido); en otros casos mediante el establecimiento de un régimen especial propio (por ejemplo, Bélgica, España, Turquía); en algún caso se ha optado por incluir los trabajadores autónomos en diversos regímenes especiales que corresponden a diversas categorías profesionales (por ejemplo, Francia, Italia); e incluso en algún caso determinadas categorías de trabajadores autónomos dependen de un régimen especial, mientras que las demás se hallan cubiertas por el régimen general (por ejemplo, República Federal de Alemania, Austria). *Ibidem*, pág(s) 29-30.

insalubres a los efectos de la prestación de vejez, cuando la edad fijada previamente sea igual o superior a los 65 años³³⁸.

Se contempla, así pues, un régimen más favorable para los trabajadores que desarrollen su actividad laboral en trabajos considerados como penosos o insalubres. En este sentido, la recomendación núm. 131 va mucho más allá al señalar en el apartado núm. 6 que: "todo miembro debería establecer prestaciones a favor de las personas que, teniendo una edad superior a la edad prescrita, no hayan llegado a la edad de pensión de vejez ..." cuando se trate de: "a) personas cuya incapacidad para el trabajo se haya comprobado o se presuma", tal y como se establece en el Estudio general relativo a los Convenios núm. 102, 128 y a la recomendación núm. 131, "la posibilidad de anticipar la edad que da derecho a la pensión por razones de incapacidad para el trabajo tiene un alcance más amplio que la mera referencia a las labores penosas o insalubres, ya que permite conceder una pensión anticipada sin tener que determinar si esa incapacidad es imputable o no al desempeño de tales labores"³³⁹.

En general la edad fijada para tener derecho a las prestaciones de vejez es de 65 años, como es el caso, entre otros muchos, de España. Sin embargo ciertos países han establecido una edad superior, como sucede, entre otros, en Dinamarca, Islandia y Noruega que han fijado los 67 años de edad, aunque la tendencia mayoritaria durante mucho tiempo fue la de optar por una disminución de la misma, en este sentido, a finales de la década de los años 80, eran numerosos los Estados que tenían establecida una edad de 60 años³⁴⁰, e incluso en algunos de 55³⁴¹, durante la década de los años 90

³³⁸ Preveen esta rebaja de la edad de acceso a las prestaciones de vejez, además de España, en los siguientes países: Argelia, Argentina, Austria, Bélgica, Bulgaria, Colombia, Cuba, Chipre, Francia, Marruecos, Noruega, Polonia, República Democrática Alemana, RSS de Ucrania, URSS. *Ibidem*, nota núm. 21, del párrafo 89, pág. 46.

³³⁹ *Ibidem*, pág. 42.

³⁴⁰ Por ejemplo, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Belice, RSS de Bielorrusia, Bulgaria, Camerún, Colombia, Cuba, China, Egipto, Filipinas, Francia, Granada, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Guayana, Iraq, Italia, Japón, Jordania, Madagascar, Marruecos, Mauritania, Nicaragua, Níger, Nueva Zelandia, Panamá, Perú, Qatar, San Marino, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Túnez, RSS de Ucrania, URSS, Uruguay, Venezuela, Yemen y Yugoslavia. *Ibidem*, nota núm. 15, del párrafo 86, pág. 44.

³⁴¹ Por ejemplo, Benin, Bolivia, Burundi, República Centroafricana, Congo, Côte d'Ivoire, Chad, Rwanda, Senegal, Singapur, Togo y Turquía. *Ibidem*, nota núm. 16, del párrafo 86, pág. 44.

y sobre todo en fecha reciente, en el marco de la flexibilización de la edad de jubilación, se aboga por la defensa de su alargamiento voluntario.

Asimismo es importante indicar que son numerosos los países, entre los que no se encuentra España, que incorporan alguna disposición relativa a la edad fijada para tener derecho a las prestaciones de la vejez donde se contempla una disminución de la edad para las mujeres³⁴², aunque al respecto nada establezcan los Convenios núm. 102 y 128 ni la recomendación núm. 131 contenga previsión alguna en este sentido, es justo señalar, tal y como se dispone en el estudio general de estos Convenios y recomendación, que, en el curso de las discusiones del proyecto de Convenio núm. 128, en la Comisión de la Conferencia se propuso, en primer lugar, rebajar en 5 años la edad para adquirir una pensión en el caso de las mujeres, más tarde fue sustituida esa enmienda por otra que, sin fijar la edad, preveía la necesidad de que se anticipase la edad normal en el caso de las mujeres, esta segunda enmienda fue rechazada y aunque se propuso incorporarla en el proyecto de recomendación finalmente fue también rechazada³⁴³.

El establecimiento de una edad diferenciada entre hombres y mujeres para el acceso a la pensión, tal y como aparece formulado en algunos países, sigue pendiente de debate en la OIT. Así, por un lado, se defiende que debe fijarse una misma edad en aras a la aplicación del principio de igualdad de trato, por cuanto que el establecimiento de una edad inferior en el caso de las mujeres, paradójicamente el sector social con un mayor índice de esperanza de vida y longevidad, encarece, sin duda alguna, las pensiones, ya que no sólo acorta su vida laboral activa, sino que además le comporta dificultades añadidas para poder cumplir los requisitos exigidos con carácter general, si estos no son a su vez reducidos de forma proporcional.

³⁴² En general, esta reducción se sitúa en 5 años, así, de esta manera, fijada la edad que da derecho a las prestaciones de vejez en 65 años, excepto en Portugal y Suiza donde se fija en 62 años, se establece para las mujeres en 60 años en los siguientes países: Australia, Austria, Bélgica, Chile, Grecia, Jamahiriya Arabe Libia, Polonia, Reino Unido, República Democrática Alemana. En aquellos países donde se fija en 60, las mujeres tienen derecho a las prestaciones de vejez a los 55 años, en Argelia, Argentina, RSS de Bielorrusia, Bulgaria Colombia, Cuba, China, Iraq, Italia, Jordania, Madagascar, Mauritania, Panamá, Perú, RSS de Ucrania, URSS, Uruguay, Venezuela, Yemen y Yugoslavia, y asimismo en 50 para los países donde se establece en 55 la edad para los hombres, como es el caso de Bolivia y Costa Rica. Vid en este sentido *Ibidem*, notas núms 14, 15 y 16 del párrafo 86 pág. 44.

Por otra, quienes defienden la necesidad de mantener esta distinción parten, en muchos casos, de la idea de que la mujer, debido a razones de índole social, además de desarrollar las tareas profesionales debe realizar actividades ligadas a la vida familiar, y por ello la reducción de la edad para las mujeres sin que ello implique una reducción, de las prestaciones, vendría a ser un reconocimiento, de forma parcial, de ese trabajo que llevan a cabo de forma gratuita al finalizar la jornada laboral en interés de la familia y de la sociedad.

Aunque en otro momento de este trabajo, pasaré a abordar con mayor detenimiento esta cuestión, tomando como punto de referencia fundamental el caso italiano y las numerosas discusiones doctrinales existentes al respecto, me parece oportuno señalar de antemano, mi posicionamiento en contra de las tesis apuntadas por quienes defienden la diferencia de trato para con la mujer, ya que se fundamentan en una concepción en la que el predominio del rol de la mujer en la familia la hace <<injustificadamente>> merecedora de una reducción de su edad ordinaria de jubilación, carente de toda justificación; máxime cuando en países como España recientemente se han aprobado normas como la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras³⁴⁴, en las que precisamente se avanza hacia la responsabilidad compartida en las tareas familiares, descargando a la mujer del lastre histórico-cultural que le ha supuesto el tener que asumir un protagonismo principal en las tareas domésticas y el cuidado de los hijos.

En cualquier caso, la rebaja de la edad de jubilación sin más, y con independencia del colectivo al que vaya dirigido, en este caso las trabajadoras, constituye o puede constituir en algunos casos, tal y como antes he apuntado, un cierto engaño, por cuanto que el hecho de mantenerse inmodificables los requisitos generales para el acceso a la pensión de jubilación y el método de cálculo de la prestación con independencia de si la edad ordinaria está fijada en los 65 ó 60 años de edad, puede penalizar a aquéllos que se jubilan a una edad más temprana de la

³⁴³ *Ibidem*, nota núm. 48 al párrafo 92, pág. 48

³⁴⁴ B.O.E., de 6 de noviembre.

ordinaria, al ser menor el espacio de tiempo disponible para el cumplimiento de los requisitos y para el cálculo de la prestación³⁴⁵.

Por lo que respecta al período de cotización, también denominado período de calificación, necesario para tener derecho a las prestaciones de vejez, los Convenios de la OIT se limitan a precisar cuándo deberá garantizarse la prestación de vejez, en general, cuando la persona protegida haya cumplido un período de calificación inicialmente fijado en quince años de cotización o empleo (art. 29 1 a) del Convenio núm. 102) y posteriormente aumentado a treinta años (art. 18.1 a) del Convenio núm. 128, o bien veinte años de residencia, tal y como se indicó en este último Convenio.

También deberá garantizarse esta prestación, de conformidad con lo previsto en los arts 29.1 b) y art. 18. 1 b) de los Convenios 102 y 128 respectivamente, que estén protegidas todas las personas económicamente activas, y a las personas que hayan cumplido un determinado período de calificación y en cuyo nombre se hayan pagado durante el período activo de su vida cotizaciones cuyo promedio anual alcance una cifra igualmente preestablecida.

La determinación del período de calificación, tomando como valor temporal el año, tal y como se dispone en los Convenios núms. 102 y 128, no impide que las legislaciones nacionales opten por fijar dicho período en atención a un número determinado de meses, semanas o días.

En cualquier caso, la fijación de este período de calificación mínimo no debe impedir que se ofrezca una prestación reducida a aquéllos que, antes de la contingencia, hayan cumplido un período de cotización o de empleo de 15 años, o en

³⁴⁵ Tradicionalmente, teniendo en cuenta el impacto que puede comportar en el cálculo de todas las prestaciones, y muy especialmente en el caso de la jubilación, los paréntesis de inactividad provocados por causas biológicas, tales como la maternidad, o el cuidado de ancianos se ha optado por considerar que a los efectos correspondientes debe ser valorado como un período de cotización efectiva. Vid, en este sentido, art. 180 b) del TRLGSS/1994 así como por ejemplo a nivel de derecho comparado el caso de Alemania donde desde 1992 tres años de tiempo dedicado al cuidado de los hijos se asimila a tiempo cotizado de un cotizante medio, al igual que sucede en el caso de cuidado de personas que no pueden valerse por sí mismas. En este último caso, a partir de la entrada en vigor del seguro de asistencia sanitaria (1995) se puede asimilar a tiempo cotizado este tiempo dedicado al cuidado de personas dependientes. SGB (Sozialgesetzbuch- Código de Leyes sociales alemán) VI y XI.

cuyo nombre se haya pagado durante el período activo de su vida, la mitad del promedio anual de cotizaciones exigido en los términos previstos en el art. 29.2 del Convenio núm. 102 y art. 18.2 del Convenio núm. 128.

Sólo en dos países, Bélgica y Canadá, a finales de la década de los años 80, no se exigía período alguno de calificación para tener derecho a una pensión de vejez. En la gran mayoría de los estados sí se exige el cumplimiento de este período de calificación, por norma general, fijado normalmente en una cantidad aproximada de 15 años³⁴⁶, aunque hay países en los que se exige hasta 20 años³⁴⁷.

En algunos regímenes se establece que el período de calificación mínimo, cuando este sea éste de cotización o de empleo, se cumpla, en parte, durante un espacio de tiempo inmediatamente anterior a la edad que da derecho la pensión. La propia OIT ha descartado que la exigencia de este criterio adicional de proximidad del período de calificación a la edad de acceso a la pensión vaya en contra de lo previsto y dispuesto en los Convenios de la OIT según se establece en el art. 29. 2 a) del Convenio núm. 102 y en el art. 18 del Convenio núm. 128, por cuanto que la propia redacción de esas disposiciones, al referirse a “reglas prescritas” para la definición del período de calificación mínimo, dejan un margen muy amplio a los gobiernos para determinarlo.

En cualquier caso la OIT advierte de los riesgos que pueden derivarse de la necesidad de cumplir con esta exigencia, ya que “puede conducir a la situación paradójica de que una persona que haya cubierto globalmente un número superior de cotizaciones durante su vida activa quede, sin embargo, privada de las prestaciones en la hipótesis de que no pueda justificar el número previsto de cotizaciones durante el

³⁴⁶ Por ejemplo, Arabia Saudita, Argentina, Belice, Burundi, Egipto, Filipinas, Granada, Guinea Ecuatorial, Kuwait, Luxemburgo, Marruecos, Nicaragua, República Democrática Alemana, URSS, Venezuela. *Ibidem*, nota núm. 57 párrafo 109, pág. 56.

³⁴⁷ Por ejemplo, Iraq (20 años de empleo asegurado), Polonia (20 años de empleo para las mujeres y 15 para los hombres) y Hungría donde si bien está fijado, a fecha de 1989, en 15 años, se prevé que aumente a 20 años. *Ibidem*, nota núm. 58 párrafo 109, pág. 56.

período prescrito antes de cumplir la edad que da derecho a las prestaciones de vejez”³⁴⁸.

A diferencia de lo que sucedía con los Convenios de 1933, el Convenio núm. 102 fija el nivel mínimo que deben alcanzar las diferentes prestaciones previstas, así de conformidad con cuadro anexo a la parte XI de este Convenio, las prestaciones de vejez para un beneficiario tipo (hombre con cónyuge en edad de pensión) debe alcanzar el 40% de un salario de referencia, porcentaje que el Convenio núm. 128 eleva al 45% y que la recomendación núm. 131, en su párrafo 22, fija en el 55%. Añadiéndose en este último caso la necesidad de que las legislaciones nacionales establezcan importes mínimos de las prestaciones de invalidez y vejez con la finalidad de asegurar un nivel mínimo de vida, así como que se produzca un aumento de las prestaciones en los casos en los que subordinada la prestación de vejez al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, la persona que ha alcanzado la edad de pensión de vejez y cumplido las condiciones prescritas, decide posterga la solicitud de la pensión a que tiene derecho, haciéndolo extensible también a aquellos supuestos en los que los pensionistas requieren la ayuda o asistencia constante de otra persona para que le asista. En este último caso se defiende la necesidad de incrementar la prestación o conceder prestaciones suplementarias o especiales.

Tanto en el Convenio núm. 102 como en el 128 se establecen tres fórmulas como métodos posibles de cálculo de las prestaciones, teniendo en cuenta los diferentes métodos ya utilizados por los Estados, así en los arts 65, 66 y 67 del Convenio núm. 102 y en los arts 26, 27 y 28 del Convenio núm. 128, se dispone la posibilidad de que las prestaciones sean calculadas: a) en función de las ganancias anteriores del beneficiario; b) en cuantías uniformes, o por lo menos iguales a una suma mínima determinada (salario mínimo del trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino); y c) de acuerdo con una escala uniforme, pero cuyo importe puede reducirse, en la medida en que los recursos del beneficiario superen un determinado límite.

³⁴⁸ *Ibidem*, pág. 63-64.

La elección por parte de cada Estado de una fórmula u otra se hace depender de cómo este fijado el campo de aplicación, de tal manera que en los casos en los que el sistema tienda a proteger a categorías de asalariados o de población económicamente activa deberá utilizarse el método primero o segundo, mientras que si el sistema tiende a proteger a todos los residentes o a los residentes cuyos recursos no excedan de un determinado límite se defiende la necesidad de utilizar el método tercero³⁴⁹.

En síntesis, tal y como se establece en el estudio general de estos Convenios: “el examen de las situaciones nacionales demuestra que pueden preverse tres métodos principales para determinar el importe de las prestaciones de vejez. El primero vincula el monto de la pensión a las ganancias anteriores del beneficiario, y por tanto al nivel de vida de que gozaba anteriormente la persona protegida. El segundo preconiza la aplicación de una tasa uniforme de pensión para todos los beneficiarios, independientemente de sus ganancias, que debería en todos los casos garantizar el

³⁴⁹ Son ciertamente numerosas las fórmulas utilizadas al adoptar cualquiera de los tres métodos apuntados. Así por ejemplo aunque se utiliza, en una gran mayoría de países, el método de las prestaciones vinculadas a las ganancias, son diferentes las fórmulas adoptadas ya que si bien por regla general el monto de la pensión se fija sin tomar en consideración la cuantía del salario anterior, hay países en los que la pensión se compone de un monto básico equivalente a un porcentaje determinado del salario de referencia al cual se le añade un suplemento por cada período complementario, otros sin embargo optan porque la pensión se calcule dividiendo un porcentaje del salario de referencia por el número de años requeridos para cobrar una pensión plena y multiplicando el resultado por el número de años de seguro. Otras fórmula tienden a beneficiar a los trabajadores con salarios inferiores al preverse una escala decreciente en función de las ganancias anteriores, o al optarse por fraccionar la pensión en dos, un monto mínimo básico independiente del salario al que se añade un suplemento proporcional a las ganancias anteriores del beneficiario y al período de seguro. Existen algunos países (sobre todo de habla francesa del continente Africano) en los que se aplica el método denominado de puntos de pensión: el asegurado adquiere cada año cierto número de puntos, calculados en función de las cotizaciones pagadas y en el momento de liquidar la pensión, ésta es igual al número de puntos adquiridos multiplicado por el valor del punto de prestación, valor que se fija anualmente según datos técnicos y financieros del régimen correspondiente. En otros se distribuye a la población por categorías según sus ganancias, fijando un salario básico para cada categoría estableciéndose un nivel mínimo y máximo para cada categoría tomando como referencia el salario básico.

Los países que utilizan el método de prestaciones fijadas en un monto uniforme, países en los que se prevén prestaciones en favor de todos los residentes, se suele abonar la pensión cuando el beneficiario ha cumplido las condiciones de calificación mínimas que consisten en un período de residencia que varía entre 1 y 10 años. Hay países que para gozar de la pensión íntegra exigen un período de residencia mayor e incluso sistemas que regulan la reducción de la prestación según el volumen de los recursos del interesado.

Existen, por su parte, regímenes que optan por la fijación de un sistema de pensión mínima que permite calcular automáticamente el importe de la pensión cuando el salario es inferior al mínimo, pensión mínima que se fija en un monto mínimo, en función del salario, las ganancias sujetas a cotización. *Ibidem*, pág(s) 72-81, vid, en este sentido, notas 21 a 60.

mínimo necesario en el país. La tercera forma de las prestaciones está subordinada en sus condiciones de concesión, y su monto a una condición de recursos³⁵⁰.

Aun cuando ha estado latente en el seno de la OIT y así se refleja en los Convenios adoptados sobre Seguridad Social, incluyendo los de vejez, la preocupación por mantener el nivel adquisitivo de las prestaciones, sobre todo teniendo en cuenta que, la gran mayoría de las veces, la prestación se convierte en la fuente principal, cuando no única de ingresos de los jubilados, son de escasa relevancia y trascendencia las disposiciones contenidas en los Convenios al respecto.

En este sentido, tanto el párrafos 10º del art. 65, como el 8º del art. 66 del Convenio núm. 102, el art. 29.1 del Convenio núm. 128, y el apartado 24 de la recomendación núm. 131, defienden la necesidad de revisar, reajustar la cuantía de las prestaciones monetarias de pago periódico, cuando se produzcan variaciones notables del nivel general de ganancias o en el costo de la vida.

Estas disposiciones se limitan a expresar la necesidad, convirtiéndola en obligación, de proceder a la revalorización periódica de las prestaciones, sin determinar, cuál es el mecanismo que se ha de utilizar ni la periodicidad con la que se debe efectuar. Cuestiones éstas que quedan a libre arbitrio de las legislaciones nacionales, según las características de cada uno de los sistemas.

Tal y como se apunta en el Estudio general de estos Convenios elaborado en 1989, son tres las técnicas principales de adecuación de las pensiones de vejez a las variaciones económicas; en primer lugar la adaptación sistemática cuyos principios y modalidades están determinados por la legislación de que se trate; en segundo lugar, la adaptación derivada de los principios generales enunciados por la legislación; y en tercero la adaptación determinada por las circunstancias.

En el primer supuesto, en general, la cuantía de la adaptación no se fija anticipadamente sino que deriva de las variaciones económicas producidas según el

³⁵⁰ *Ibidem*, pág. 88.

indicador escogido (nivel general de ganancias, evolución del costo de la vida, evolución del salario mínimo, etc.), fijándose, eso sí, una fecha periódica de ajuste; ya sea una vez por año como sucede en los casos por ejemplo de: República Federal de Alemania, Austria, Canadá, Chipre, Malta y Polonia, aunque en Canadá y Chipre el ajuste se aplica de forma limitada ya que éste sólo se prevé respecto de las pensiones ligadas a las ganancias, y en lo relativo a la cuantía básica respectivamente; o cada seis meses como en el caso de países como Australia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia y Nueva Zelandia o incluso cada tres meses tal y como está previsto en Canadá por lo que respecta a las pensiones universales.

Obviamente no es ni mucho menos uniforme el ritmo de variación de los indicadores económicos tomados como punto de referencia, por ello parece acertado que en atención al país en cuestión pueda ser diferente la fecha tomada en cuenta para realizar el ajuste o la revalorización³⁵¹.

En aquellos supuestos que se opte simplemente por enunciar el principio relativo a la necesidad de la adaptación, deberá ser la autoridad competente quien deberá determinar cuando procede el ajuste y cuáles son los términos en que éste debe producirse. En estos casos la seguridad de que se lleve a cabo la revalorización es menor por cuanto que queda, en cierto modo, supeditada a los términos en que se formule el principio de adaptación.

Hay, en última instancia, regímenes en los que la revalorización se produce a tenor de las circunstancias existentes sin que exista previsión legislativa alguna donde se fijen los mecanismos y la periodicidad de la adaptación. En estos sistemas, obviamente, es prácticamente nula la garantía de que se produzcan las adaptaciones necesarias entre las pensiones y las variaciones económicas, siendo en estos caso muy

³⁵¹ En este sentido es importante señalar a título de ejemplo el método utilizado por Uruguay, arts 1 y 2 de la ley núm. 15900, de 1987 donde junto a la revisión anual se introdujo un sistema de adaptación provisional según el cual se incrementan las pensiones en el plazo de los dos meses siguientes a cualquier aumento general de la remuneración de los funcionarios públicos

elevado el riesgo de que aumente el desfase entre estas dos variables y que por tanto las prestaciones inicialmente previstas con el tiempo devenguen insuficientes³⁵².

En 1980, la OIT, en el marco de la sexagésima sexta reunión celebrado en el mes de junio en Ginebra, aprobó con fecha de 23 de junio una recomendación, sobre los trabajadores de edad, en la que se establece como objetivo fundamental instar a los gobiernos a que adopten medidas tendentes a facilitar la obtención de empleo para este colectivo de trabajadores, removiendo los obstáculos que dificulten avanzar sobre esta materia. Así por ejemplo, en el apartado relativo a la igualdad de oportunidades y de trato (parte II de la recomendación), se aboga porque tanto en el marco de una política nacional destinada a promover la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores, sea cual fuere su edad, como en la legislación y prácticas relativas a esta política, los Estados adopten las medidas necesarias para impedir la práctica de discriminación de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación.

Aunque el eje esencial de esta recomendación es, tal y como acabamos de ver, fomentar la adopción de medidas en favor de este colectivo de trabajadores, se incluyen una serie de disposiciones referentes a la vejez, orientadas en un triple sentido: de un lado, flexibilizar la edad de retiro, de otro, facilitar el acceso a las prestaciones de vejez y, en última instancia, preparar el acceso al retiro de los trabajadores de edad. La práctica totalidad de disposiciones en este sentido aparecen recogidas en el apartado IV de la recomendación (en concreto en los puntos núms. 20 a 30), destinado en sentido genérico tal y como en el propio enunciado se establece a la: "preparación y acceso al retiro".

Se hace referencia, en primer lugar (punto número 21 de la citada recomendación) a la necesidad de adoptar medidas que garanticen que en el marco de un sistema que permita una transición progresiva entre la vida profesional y un

³⁵² Para tener en cuenta y valorar la importancia de que se proceda a esta adaptación, basta tener en cuenta que tal y como se señala en el estudio de la OIT que: "con un tasa de inflación constante del 3 por ciento anual -que suele considerarse muy moderada- el alza de los precios será de un 100 por ciento en unos 23 años, lo cual traerá consigo una disminución de la mitad del poder adquisitivo de las pensiones. Con una tasa de inflación un poco más elevada de un 5 por ciento anual,

régimen de actividad libre, el paso de un trabajador a la situación de retiro se efectúe voluntariamente, así como que sea flexible la edad de admisión a la prestación de vejez en clara correspondencia, tal y como veíamos anteriormente, con los Convenios núm. 102 y 128 de la OIT que defienden también la necesidad de flexibilizar la edad de retiro, así como en el estudio general de estos Convenios donde se apunta que existe una clara tendencia a adoptar mecanismos en este sentido.

Esta última recomendación aboga porque sea en aquellos sistemas en los que las disposiciones legislativas fijan una edad obligatoria para la finalización de la relación laboral, cosa que no sucede en España, tal y como veremos más adelante, donde se adopten las medidas antes comentadas tendentes a facilitar el tránsito hacia la jubilación.

Los trabajadores de edad que así lo manifiesten y, especialmente, aquellos que hayan estado ocupados en trabajos considerados como penosos e insalubres, así como a quienes se le reconozca un cierto grado de incapacidad de trabajo deberían poder acogerse, durante un período anterior a la fecha normal de admisión a la prestación de vejez, a una prestación de retiro anticipado.

Estos individuos deberían poder ser acreedores de esta prestación a una edad inferior a la ordinaria fijándose un período de calificación particular. Sin embargo, la cuantía de la prestación no debería reducirse para intentar compensar, de esta manera, la probable prolongación del período de pago con la reducción de su cuantía, tal y como se recoge en el apartado 1º del punto 21 letra b), aunque si que podría prescindirse en el cálculo de la misma, por lo que respecta a la duración del período de calificación, del período que media entre la edad efectiva y la edad normal de admisión a la prestación.

El ofrecimiento de esta prestación de retiro anticipada con una cuantía no sujeta a reducción no debería efectuarse en el supuesto que se tratara de pensionistas de invalidez o incapacidad o de personas cubiertas de manera adecuada por regímenes profesionales o por otras prestaciones de la Seguridad Social.

basta con unos 14 años para que el valor real de las pensiones quede reducido a la mitad". *Ibidem*, pág.

En favor de los demás trabajadores de edad, debería también garantizarse el derecho a una pensión anticipada, aunque en este caso con la posibilidad de que se apliquen deducciones en la cuantía de la prestación periódica que les hubiese correspondido de acceder a la jubilación en la edad ordinaria.

Como puede apreciarse la OIT distingue, a efectos de posible reducción de la cuantía de la pensión, entre la jubilación anticipada por motivos inherentes a la salud del propio trabajador o al esfuerzo realizado por éste, en los que se aboga por tener derecho a una pensión plena y aquellos otros en los que el adelanto es totalmente voluntario, en cuyo caso, sí parece justificado el establecimiento de una reducción de la cuantía, aunque siempre defendiéndose el acceso a la jubilación con carácter voluntario.

Se recomienda igualmente que se recoja, en las diferentes legislaciones nacionales, la posibilidad de que los trabajadores aptos para el trabajo aplacen su solicitud de acceso a la prestación de vejez, más allá de la edad normal de admisión a dicha prestación, ya sea con el fin de poder, a través de esta ampliación, cumplir todas las condiciones de calificación necesarias, o mejorar la prestación.

Asimismo se establece que en los regímenes en los que la concesión de las prestaciones estén sujetas a condiciones de cotización o de actividad profesional, los trabajadores de edad que acrediten un período de calificación preestablecido deberían poder acogerse a una prestación de antigüedad, tal y como se establece en el punto 27 de esta recomendación. La concesión de esta prestación de antigüedad diferente de la de vejez, en favor de aquellos que no han alcanzado el período de calificación mínimo para ser acreedor de esta segunda prestación, pero si han alcanzado un período de calificación inferior, no sería aplicable en aquellos regímenes donde la edad de admisión a la prestación de vejez esté fijada en 65 años (punto 28).

Esta recomendación sobre los trabajadores de edad, hace especial hincapié sobre la necesidad de poner en práctica en el ámbito estatal, con la participación de los interlocutores sociales de programas de preparación para el retiro que permitan a los interesados hacer planes para su jubilación y adaptarse a esta nueva situación, facilitándoles para ello información sobre, entre otras cuestiones, los ingresos, y en particular, las prestaciones a que normalmente pueden tener derecho, así como sus obligaciones fiscales, posibilidades y condiciones de continuación de una actividad profesional, el envejecimiento individual y los medios para prevenirlo y la utilización del tiempo libre, etc.

Se fija, en esta recomendación de forma muy acertada cuáles son los grandes rasgos o principios que deben inspirar un sistema de protección de la vejez en el que se quiera o pretenda combinar, entre otros, principios tales como: el reconocimiento del derecho a una pensión para todos aquellos trabajadores que hayan contribuido (en mayor o menor medida) al sistema, fijándose a tal efecto una doble prestación: una dirigida a quienes cumplen los requisitos de cotización exigida y otra para quienes no cumpliendo esos requisitos han contribuido al sostenimiento financiero del sistema; el derecho a un sistema de retiro flexible que permita no sólo aplazar la edad de retiro sin más, sino que de este aplazamiento se deriven algunos efectos al permitirse no sólo cumplir los requisitos hasta entonces no acreditados o cumplidos de forma parcial, sino que también se prevean mejoras en todos los elementos de la pensión, permitiendo incluso la posibilidad de proceder a un nuevo cálculo de la misma, el derecho a la preparación del retiro, así como el derecho a la no discriminación en el empleo por razón de la edad avanzada.

1.2 La protección de la vejez en el marco del Consejo de Europa.

La preocupación por extender y ampliar la protección de la vejez no sólo estuvo presente, tal y como acabamos de ver, en el ámbito de la OIT, sino también en otros organismos como es el caso del Consejo de Europa, donde desde su fundación,

en 1949 y muy especialmente a partir de la firma en Turín de la Carta Social europea, en 1961, ha sido un objetivo esencial de esta institución definir y diseñara grandes rasgos un modelo de política social europea que incluye como parte fundamental del mismo, medidas encaminadas a proteger y garantizar una subsistencia digna más allá de una edad estipulada.

En el texto inicial de la Carta Social europea³⁵³, no se contiene mención específica alguna relativa a la vejez o a las personas de edad avanzada, sólo se hace alusión en la parte primera de la misma, en la que se establecen cuáles son los objetivos de la política social de los Estados firmantes, al derecho a la Seguridad Social que tienen todas los trabajadores y las personas.

En el desarrollo posterior de este derecho que se realiza en el art. 12 de la Carta Social, se determina cuáles son las obligaciones que asumen las partes Contratantes, disponiéndose en este sentido que éstas se comprometen a establecer o mantener un régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos al exigido para la ratificación del Convenio núm. 102 de la OIT sobre norma mínima, a elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social y, a adoptar las medidas necesarias para conseguir la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes firmantes, así como la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, a través de medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo.

Fue en el marco del protocolo adicional a la Carta Social europea, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 26 de noviembre de 1987, y abierto a su firma el 5 de mayo de 1988³⁵⁴, donde se recogió una mención específica a la vejez y la protección social al añadir, a los derechos recogidos en la Carta inicial,

³⁵³ Convenio núm. 35 del Consejo de Europa que entró en vigor el 26 de febrero de 1965, después de que fuese ratificado por cinco países. España suscribió este Convenio el 27 de abril de 1978 y procedió a su ratificación el 5 de junio de 1980, mediante instrumento de 29 de abril de ese mismo año (*B.O.E.*, de 26 de junio de 1980). Puede consultarse éste y otros documentos del Consejo de Europa en: <http://conventions.coe.int/treaty/FR/cadreprincipal.htm>.

³⁵⁴ Vid, entre otros, AGUILERA IZQUIERDO, R., "El protocolo Adicional a la Carta Social Europea, 1988". AL, nº 31, 2000, págs 61-67.

(parte I) entre otros, (punto 4º) el derecho que tiene toda persona de edad avanzada a una protección social.

Es en concreto en el artículo 4º de este protocolo adicional donde se especifica cuáles son las medidas apropiadas que se deben adoptar para garantizar este derecho que tienen las personas de edad avanzada a una protección social, estableciéndose que a tal fin deberá adoptarse o fomentarse la aparición de medidas que permitan que las personas de edad avanzada puedan permanecer el mayor tiempo posible como miembros de pleno derecho de la sociedad, que éstas a su vez puedan elegir libremente su modo de vida y llevar una existencia independiente en su medio habitual todo el tiempo que deseen y sea posible, así como garantizar una ayuda adecuada a las personas que vivan en instituciones, respetando en cualquier caso su vida privada.

Como se puede apreciar tanto en la Carta Social europea como en su protocolo adicional, en materia de vejez y también extensible sobre otras materias, se recogen declaraciones de principios más que medidas concretas, así lo que se establece son obligaciones dirigidas a los Estados contratantes para que asuman el compromiso de encaminar su política social hacia la consecución de los objetivos plasmados en estos instrumentos, tal y como señala Vida Soria, a diferencia de la Carta comunitaria de derechos sociales que más adelante veremos, "la Carta Social europea no contiene enumeración alguna de derechos subjetivos, individuales o colectivos, sino mandatos a los Estados, que les comprometen a una determinada conducta normativa encaminada a realizar en el respectivo ámbito estatal estos derechos. La Carta, en su propio contenido material, lo que registra son instrucciones a los Estados signatarios"³⁵⁵.

La no fijación de derechos subjetivos en los términos que acabamos de ver, así como la delegación que en la misma se hace sobre los Estados firmantes para que estos asuman la obligación de incorporar estos derechos a su ordenamiento propio, unida a la falta de mecanismos que garanticen el control del cumplimiento de la Carta y su efectiva aplicación, a imagen y semejanza del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, respecto del Convenio europeo de Derechos Humanos³⁵⁶, han sido los principales factores que han contribuido a que la Carta Social europea no haya alcanzado ni la divulgación que, en principio, cabía esperar ni la implantación que de ella era deseable, a pesar de que han habido intentos emanados del propio Consejo de Europa para dar un nuevo impulso a la Carta Social europea³⁵⁷.

Unos años más tarde de la aprobación de la Carta Social europea, el Consejo de Europa aprobó en Estrasburgo el 16 de abril de 1964, el Código Europeo de Seguridad Social³⁵⁸, texto que no entró en vigor hasta el 17 de marzo de 1968, al ser ratificado por los tres primeros Estados.

Este Código es, sin duda alguna, un ejemplo más del espíritu existente en la década de los años 50 y 60 sobre la necesidad de adoptar textos unificados de Seguridad Social en aras a facilitar la coordinación y armonización de los diferentes sistemas existentes.

El Código Europeo de Seguridad Social cuyos orígenes se remontan al año 1950 tuvo un desarrollo prácticamente paralelo al Convenio núm. 102 de la OIT sobre

³⁵⁵ Cfr; *“El derecho social y la protección social en el Consejo de Europa”* Estudio Preliminar en serie Textos Legales: *“Convenios, Resoluciones y Recomendaciones del Consejo de Europa en materia social”*. MTySS. Madrid, 1992, pág. XXXII.

³⁵⁶ El sistema o mecanismo de control del cumplimiento de la Carta Social, que está recogido en los arts 21 a 29, parte IV, del texto de la misma, es excesivamente burocrático y poco efectivo, ya que consiste en la presentación bienal de ciertos informes, el examen de los mismos y la formulación de recomendaciones por parte del Comité de Ministros. De esta manera, en los arts 21 a 29, se establece que las Partes Contratantes remitirán un informe bienal sobre la aplicación de las disposiciones correspondientes a la parte II de la Carta que hubiesen aceptado. Estos informes serán presentados al Secretario general del Consejo de Europa, y serán examinados por un Comité de Expertos. Los informes presentados por las Partes Contratantes y las conclusiones del Comité de Expertos se someterán a examen ante el Subcomité Social Gubernamental del Consejo de Europa. Este Subcomité presentará al Comité de Ministros un informe que contenga sus conclusiones, al que unirá como anexo el informe del Comité de Expertos. Finalmente por una mayoría de dos tercios de los miembros que tengan derecho a participar en sus reuniones, el Comité de Ministros, sobre la base del informe del Subcomité y previa consulta con la Asamblea Consultiva, podrá formular las recomendaciones que estime pertinentes a cada una de las Partes”.

³⁵⁷ La Dirección de Derechos del Hombre del Consejo de Europa preparó con este título de: *“Un nuevo impulso para la Carta Social europea”* un documento que apareció en 1990, con fecha de 21 de diciembre, y que es un resumen, una síntesis de todo lo que se había hecho para dar un empuje a esta Carta Social europea.

³⁵⁸ Convenio núm. 48 del Consejo de Europa.

norma mínima, colaboraron en su elaboración expertos de la OIT y aunque fuera aprobado prácticamente diez años después, e inspirándose en el Convenio de la OIT trata de fijar, tal y como se establece en la exposición de motivos, un nivel más alto que la norma mínima definida en el Convenio núm. 102 de la OIT.

Es importante, en cualquier caso, señalar que es más intenso el tratamiento formal que se dispensa en este Código a la vejez, tratamiento que se deduce del hecho de atribuir a la parte V del texto dedicada íntegramente a la vejez, a efectos de aceptación de las disposiciones del mismo, un valor equivalente a tres partes³⁵⁹, que el contenido derivado del mismo, por cuanto que éste no deja de ser una transcripción literal de la regulación establecida al respecto en el Convenio núm. 102 de la OIT.

La literalidad con la que ha sido redactado el Código Europeo de Seguridad Social alcanza un grado extremo tal que este Código, mantiene respecto de su articulado, la misma numeración que la prevista en el Convenio núm. 102, de tal manera que los arts 25 a 30 del Convenio sobre norma mínima relativos a la vejez, integradas en la parte V del mismo, incluye las remisiones que el art. 28 hace a los arts 65, 66 y 67 del propio Código respecto a la forma de cálculo de la prestación, así como la que se hace al anexo a la parte XI relativa a los pagos periódicos al “beneficiario tipo”, son los mismos que los utilizados en el Convenio de Estrasburgo³⁶⁰.

El mencionado “nivel más alto” que trata de fijar el Código Europeo de Seguridad Social, lo encontramos en su protocolo adicional que constituye parte integrante del mismo y que fue adoptado en fecha de 16 de abril de 1964.

³⁵⁹ Tal y como se establece en el art. 2 del Código, las partes deben aplicar, a) la parte I, dedicada a las disposiciones generales; b) como mínimo 6 de las partes II a X, entendiéndose que la parte II (Asistencia médica) equivale a dos, y la parte V (vejez) a tres; c) las disposiciones correspondientes de las partes XI a XII; y la parte XIII.

³⁶⁰ De un examen exhaustivo del contenido de ambos textos, sólo ha sido posible apreciar una diferencia que en absoluto desfigura la exactitud con la que ha sido redactado el Código europeo respecto del Convenio núm. 102 de la OIT, relativa a la posibilidad de fijación de una edad superior a la estipulada para tener derecho a la protección dispensada, en ambos casos, 65 años, ya que si bien el Convenio sobre norma mínima tal y como ya hemos visto, otorgaba una potestad a la autoridad competente para fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada, el Código Europeo señala que la fijación de esta edad superior podrá establecerse cuando el número de residentes que hayan cumplido dicha edad, no sea inferior al 10% del número total de residentes mayores de quince años que no hayan alcanzado dicha edad.

En este protocolo adicional no sólo se eleva al 45% el porcentaje aplicable a la prestación de vejez para el beneficiario tipo (hombre con esposa que ha cumplido la edad de admisión a pensión) adelantándose a lo que hará uno años más tarde el Convenio núm. 128 de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, sino que además se modifican los apartados 2º y 3º del art. 26, prohibiendo que sea superior a 65 años la edad estipulada cuando sólo estén protegidos determinadas categorías de trabajadores y suprimiendo la posibilidad establecida en el Código Europeo de Seguridad Social y el Convenio núm. 102 de la OIT de reducir las prestaciones no contributivas, cuando las ganancias del beneficiario, o sus demás recursos o ambos conjuntamente, excedan de un valor prescrito; las letras a) y b) del art. 27, a tenor de lo dispuesto en este protocolo adicional.

Por lo que respecta a la categoría de personas protegidas, se consideraran como tales: a) las categorías estipuladas de asalariados, cuyo total constituya como mínimo el 80% de los mismos y b) las categorías también estipuladas de la población activa, cuyo total constituya como mínimo el 30% de los residentes; estableciéndose además en la letra b) del art. 28 que en aquellos supuestos en los que estén protegidos todos los residentes cuyos recursos no rebasen los límites establecidos, deberá garantizarse una prestación estipulada sin condiciones de recursos a las categorías de personas antes mencionadas, siempre que éstas cumplan un período de calificación menos riguroso que el establecido en el art. 29. 1, en concreto 30 años de cotización o de empleo, o 20 años de residencia.

El Código Europeo de Seguridad Social y su protocolo adicional fueron objeto de revisión con la finalidad de mejorar y flexibilizar las normas previstas en ambos textos e incorporar nuevas normas en un Código revisado destinado a sustituir progresivamente estos documentos originarios, teniéndose en cuenta la evolución sufrida por las diferentes legislaciones de Seguridad Social en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa desde la apertura a la firma, el 16 de abril de 1964.

El Código revisado que, a fecha de hoy, no ha recibido aun el número mínimo de ratificaciones previsto para su entrada en vigor, mantiene una estructura similar a la del texto originario, sin que se hayan introducido ni prestaciones nuevas ni se haya replanteado el contenido de alguna de ellas, lo que en realidad, este Código persigue, es completar y perfeccionar el anterior texto de conformidad con los retoques o modificaciones ya introducidos en algunos ordenamientos nacionales o en el propio ámbito de la OIT.

En el marco de la prestación de vejez, no sólo se amplía en el Código revisado el alcance de las personas protegidas, en los términos establecidos en el art. 28, al comprender: a) a todos los asalariados, incluidos, en las condiciones prescritas, los aprendices; b) a categorías prescritas de la población económicamente activa, que constituyan en total el 80% como mínimo del conjunto de esta población; y c) a todos los residentes, sino que fundamentalmente se apuesta por flexibilizar la edad de acceso a la prestación de vejez, siguiendo la línea marcada en la Recomendación núm. 162 de la OIT, sobre los trabajadores de edad, 1980, al establecerse tanto la posibilidad de sobrepasar la edad estipulada, 65 años, cuando este justificado por razones demográficas, económicas y sociales, como la de reducir esta edad cuando el interesado haya desempeñado trabajos penosos o insalubres, a causa de incapacidad para el trabajo, en caso de desempleo completo de duración al menos igual a un año después de una edad determinada y en última instancia cuando se haya cumplido un período prescrito de cotización actividad profesional o de residencia superior a los establecidos para tener derecho a la prestación de vejez.

Un determinado Estado podrá renunciar a esta reducción de la edad de acceso a esta prestación, cuando su legislación prevea mecanismos de flexibilización de la edad de admisión al cobro de una pensión que permitan el cobro de prestaciones anticipadas por un importe inferior según el período de anticipación, así como la posibilidad de aplazar la solicitud, con el fin de cumplir los períodos adicionales que son necesarios para reunir las condiciones de acceso establecidas, o bien beneficiarse de una prestación más elevada en función de la duración del período de aplazamiento o de los períodos adicionales de cotización, empleo o residencia. Igualmente se podrá

renunciar a rebajar la edad fijada en 65 años, cuando las personas cuya duración de trabajo sea objeto de una reducción progresiva o aquellas inicien un nuevo trabajo a tiempo parcial, dentro de un período determinado de tiempo anterior o posterior a la edad ordinaria de acceso a la jubilación y se beneficien durante ese período de una prestación parcial de vejez o de una prestación especial asimilada.

El porcentaje aplicable a la prestación de vejez para el supuesto de un único beneficiario es del 50%, tal y como se establece en el cuadro anexo a la parte XI dedicado a los pagos periódicos, mientras que en el caso de beneficiario con cónyuge a cargo este porcentaje se eleva al 65%, porcentaje que uno y otro caso es aplicable sobre cantidades diferentes según se opte por la forma de cálculo establecida en el art. 71 o por la forma fijada en el art. 72.

Así, se aplicará en el caso de un único beneficiario sobre los haberes recibidos anteriormente por éste o por su sostén familiar, de conformidad con lo previsto en el art. 71, o bien, según se dispone en el art. 72, sobre el salario mínimo legal o interprofesional o el salario de un obrero ordinario, mientras que si se trata de un beneficiario con un cónyuge a cargo, el porcentaje antes indicado se deberá aplicar con relación al total de los haberes o su sostén familiar y a la cuantía de los subsidios abonados, en su caso, a una persona protegida que tenga las mismas cargas de familia que dicho beneficiario tal y como se señala en el art. 71 o bien con respecto al total de salario mínimo legal o interprofesional o el salario de un obrero ordinario e igualmente al importe de los subsidios familiares abonados, en su caso, a una persona protegida que tenga las mismas cargas de familia que el beneficiario.

La elección de un sistema u otro de cálculo de la prestación es libre, si bien deberá garantizarse las prestaciones que acabamos de ver a todas las personas protegidas que justifiquen un período de 40 años de cotización, de actividad profesional, o de residencia.

Podrán concederse prestaciones reducidas, al margen de la que ya hemos visto por anticipación de la edad de acceso, en proporción a los años de cotización,

actividad profesional o de residencia cuando se acredite un período inferior al anteriormente señalado de 40 años. Igualmente cuando la concesión de la prestación esté sujeta al cumplimiento de un período previo de cotización o actividad profesional, deberá garantizarse esta prestación reducida a aquellas personas protegidas que por el solo hecho de la edad avanzada que tenían en el momento de entrar en vigor las disposiciones de este Código revisado, no pudieran cumplir las condiciones relativas a este período.

Podrá, en última instancia concederse una prestación, cuando estén protegidas todas las personas económicamente activas, a aquellas personas que justifiquen un período de cotización determinado y en nombre de las cuales se hayan pagado, durante su vida activa, cotizaciones cuya cantidad anual o cuantía media anual alcance una determinada cifra. De esta misma manera, se podrá extender la concesión de la pensión, cuando estén protegidos todos los residentes, en favor de aquellos otros que justifiquen un período de residencia estipulado.

Con anterioridad a la aprobación de estos dos importantes textos que acabo de analizar: la Carta Social europea y el Código europeo de Seguridad Social, el Consejo de Europa había ya dado luz verde a un primer documento con fecha de 11 de diciembre de 1953, en el que se hacía referencia a la necesidad de unificar las diferentes normativas nacionales en relación a cuestiones relativas a las prestaciones de vejez, invalidez y supervivencia, el Acuerdo provisional europeo sobre los regímenes de Seguridad Social relativos a la vejez, invalidez y los sobrevivientes, suscrito en París figurando como el número 12 de los Convenios Europeos del Consejo de Europa³⁶¹.

La finalidad esencial de este Acuerdo es la de extender la aplicación del principio de igualdad de trato de los nacionales de todas las Partes firmantes del Acuerdo con relación a las Leyes y Reglamentos que rigen el servicio de prestaciones de vejez, invalidez o de sobrevivientes. Tal y como, en este sentido, se dispone en el

art. 2 del Acuerdo, sin perjuicio de las posibles reservas que se formulen al respecto, los nacionales de una de las Estados firmantes recibirán los beneficios de las Leyes y Reglamentos de cualquier otro Estado en las mismas condiciones que los nacionales de esa otro Estado, siempre y cuando respecto de la vejez y demás prestaciones contributivas, residan en el territorio de uno de los Estados firmantes.

Se consagra, de esta manera, la aplicación del principio de reciprocidad en el trato otorgado a los nacionales de dos Estados que hayan suscrito este Acuerdo, disponiéndose que el trato dispensado al nacional no residente en el Estado de residencia, será equivalente al dispensado por el Estado del que él es nacional a los residentes nacionales del Estado donde reside, de tal manera que, tal y como se establece en el propio apartado segundo del art. 2, en aquellos casos en los que las Leyes y Reglamentos de uno de los Estados someta a limitaciones los derechos de un nacional de otro Estado, el nacional del Estado que impone las restricciones será tratado como si fuera un nacional nacido en otro Estado pero residente en su territorio.

Mucho mas importante ha sido la Resolución que con fecha de 21 de mayo de 1976 adoptó el Comité de Ministros del Consejo de Europa, donde se recogen una serie de Medidas de Seguridad Social en favor de los pensionistas o las personas que permanezcan activas después de la edad preceptiva para tener derecho a la pensión de vejez.

El Consejo de Europa, recordando las disposiciones del Código europeo de Seguridad Social, la Resolución adoptada el 15 de mayo de 1970 sobre protección social y medico-social de la vejez, y las disposiciones del Convenio y las Recomendaciones de la OIT sobre las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes, 1967, aconseja en esta Resolución, a los Estados miembros de este organismo la adopción de una serie de medidas encaminadas a: a) permitir la facultad de optar entre la jubilación y la prosecución de la una actividad laboral después de la edad preceptiva

³⁶¹ Este acuerdo entró en vigor el 1 de julio de 1954, después de ser ratificado por los dos primeros Estados, España suscribió este Acuerdo el 9 de febrero de 1981 y procedió a su ratificación el

para tener derecho a la pensión de vejez; b) flexibilizar la jubilación; c) reconocer un estatuto social a las personas que hayan alcanzado la edad preceptiva para tener derecho a la pensión de vejez; así como d) garantizar la coordinación entre regímenes generales, especiales y complementarios.

Para hacer efectiva la facultad de optar libremente entre la jubilación o la continuación de la actividad laboral, deberá garantizarse tal y como se establece en dicha Resolución, a todas las personas que hayan completado su vida laboral desde el punto de vista de la Seguridad Social, una pensión de vejez por un importe razonable, para que estos no se vean obligados a continuar su actividad evitando una degradación de su nivel de vida que podría conllevar el paso a la condición de pensionista. Es por ello que las pensiones deberán fijarse en el nivel más alto posible y deberán ser objeto de revisión periódica.

Establecida esta primera garantía deberá permitirse que cualquier persona que así lo desee y tenga capacidad para ello, pueda proseguir su actividad laboral, sin perjuicio de su protección en materia de Seguridad Social, en especial respecto de los derechos adquiridos y en curso de adquisición.

Por su parte, se recomienda estudiar la posibilidad de promover la flexibilidad de la edad de la jubilación, de tal manera que se permita a las personas que no hayan completado la carrera laboral, desde el punto de vista de la Seguridad Social o que no tengan derecho a una pensión completa puedan completarlo, en términos parecidos a los que se manifestó unos años más tarde la OIT, en el punto 29 de la Recomendación núm. 162 sobre los trabajadores de edad, 1980.

Son claras, así pues, en este sentido las manifestaciones referidas a la necesidad de flexibilizar la edad de la jubilación con el objetivo de permitir que se adelante o retrase el disfrute de la misma, fijándose, en este caso, una reducción o un aumento de la pensión, en atención al tiempo de anticipo o demora en el acceso a la pensión, sin menoscabo de la protección mínima concedida a los pensionistas.

31 de enero de 1984, mediante instrumento de 27 de enero de ese mismo año (B.O.E. de 21 de marzo).

También debería estar recogida la potestad de conceder una pensión anticipada, sin reducción, en favor de aquellas personas de edad avanzada que dentro de un límite de 5 años como máximo con anterioridad a la edad ordinaria de acceso a la pensión, se encuentren en alguno de los siguientes tres casos: desempleo de larga duración; ineptitud para el trabajo; cumplimiento de un período prescrito.

Obviamente todas estas disposiciones de concesión de una pensión anticipada, sólo deberían estar previstas en aquellos regímenes en los que la edad de admisión a la pensión de vejez sea superior a 60 años, de tal manera que los sistemas que tengan prevista una edad de sesenta años o inferior a ésta, podrá optarse por no aplicar las disposiciones relativas a esta cuestión, la pensión reducida.

Lo que en, última instancia se pretende establecer con la flexibilización de la jubilación, es un sistema de jubilación que permita a los trabajadores jubilarse de forma progresiva, en algunos casos unos años antes de alcanzar la edad estipulada, ya sea de forma parcial o total y con o sin la aplicación de una determinada reducción y en otros después de dicha edad, según su aptitud y capacidad, así como las posibilidades de mantener su empleo.

Tal y como se establece en esta Resolución la adquisición de la condición de pensionista debe suponer algo más que el mero ofrecimiento por parte del sistema de la Seguridad Social de una prestación, por ello se defiende la necesidad de reconocer un estatuto social en favor de estos individuos³⁶², que permita garantizarles la concesión de prestaciones adicionales tales como: prestaciones en especie por enfermedad y maternidad; prestaciones familiares, y en su caso, complementos familiares; protección contra los riesgos de accidente laboral y enfermedad profesional a los que prosigan o reanuden su actividad laboral, en definitiva adaptar el sistema de

³⁶² Aunque el apartado III de la Resolución (76) 32 del Consejo de Europa de 21 de mayo de 1976 se refiere al Reconocimiento de un estatuto social a las personas que hayan alcanzado la edad perceptiva para tener derecho a la pensión de vejez, las recomendaciones contenidas en este apartado están referida en exclusiva a los que en alcanzado la edad y han adquirido la condición de pensionistas o bien se trata de personas que prosiguen o reanudan la actividad laboral, nada se dice respecto de aquellos que han alcanzado la edad correspondiente pero no han generado derecho a la pensión.

Seguridad Social para proteger a los pensionistas, en función de la evolución de sus necesidades, de su situación familiar y de sus condiciones de vejez.

En última instancia, en esta Resolución se alude a la necesidad de promover la coordinación de los distintos regímenes de pensiones, general, especiales y/o complementarios, fundamentalmente en lo que atañe a las condiciones de adquisición del derecho a pensión y a la concesión de los beneficios sociales para garantizar que se pueda proceder a una aplicación efectiva de las recomendaciones o medidas relativas a la flexibilidad de la jubilación.

En fechas algo más recientes, concretamente en los años 1987 y 1989 en el seno del Comité de Ministros del Consejo de Europa se adoptaron dos Recomendaciones, en las que teniendo presente diferentes textos de la OIT y del propio Consejo de Europa, se abogaba por la generalización de las prestaciones de vejez y de invalidez. La primera de estas Recomendación fue adoptada el 12 de marzo de 1987 reiterando la conveniencia de flexibilizar la edad de jubilación, mientras que la segunda fue adoptada en fecha de 6 de marzo de 1989.

En la primera de las recomendaciones aludidas se defiende la necesidad de extender la protección de la Seguridad Social en caso de vejez y también de invalidez a todos los miembros de la población residente. Extensión que podría aplicarse de forma progresiva, primero a todas las categorías de trabajadores asalariados, y después al conjunto de la población económicamente activa.

La aplicación del principio de universalidad subjetiva, que es en definitiva lo que se proclama y defiende en esta Recomendación, debería concretarse en el reconocimiento, sea o no de forma gradual, de un derecho individual a las prestaciones de vejez e invalidez, de ahí que la propia Recomendación se preocupe por recordar la necesidad de incluir dentro de la protección estipulada, además de las categorías económicamente activas de la población, determinados grupos de ésta que estén al margen de la actividad remunerada.

En el marco de esta Recomendación se defiende la necesidad de incluir dentro del sistema, cuando éste no se realice a través de un régimen universal de protección, a las personas no remuneradas que se dediquen a tareas familiares o de interés social. Estas personas deberían, o bien, ser asimiladas, en materia de protección en caso de vejez e invalidez a los trabajadores comunes y ser por tanto beneficiarias de prestaciones no contributivas de vejez e invalidez, o bien que se les debiera permitir adherirse a un régimen de seguro vejez-invalidez voluntario en el marco de la Seguridad Social. En este mismo sentido, se defiende, en aras a la aplicación extensiva del principio de universalidad subjetiva, la inclusión también de todas las personas no activas sean o no aptas para el trabajo.

Por su parte la segunda de las recomendaciones citadas, fija unos principios directores para la flexibilización de la edad de jubilación en los sistemas de Seguridad Social.

Esta Recomendación tomando como punto de referencia los diferentes textos aprobados por la OIT y el Consejo de Europa, en especial, la Recomendación núm. 162 de la OIT y la Resolución (76) 32, así como la Recomendación de 10 de diciembre de 1982 del Consejo de las Comunidades Europeas sobre principios de una política comunitaria de la edad de jubilación, que más adelante tendré la ocasión de comentar, profundiza sobre la conveniencia de fijar de forma flexible las condiciones de nacimiento del derecho a las prestaciones de vejez, de tal manera que tal y como se establece en esta Recomendación, no se disuada a una persona de optar por la jubilación antes de la edad normal de admisión a pensión o de aplazar la jubilación más allá de esa edad si así lo desea.

Esta Recomendación va mucho más allá de los textos que hemos ido analizando en los que se aboga por la flexibilización de la edad de acceso a la prestación de vejez, al establecerse cuál debe ser el ámbito personal y material de aplicación, disponiéndose, en este sentido, por lo que respecta al ámbito subjetivo, que estas medidas deberían aplicarse a los trabajadores asalariados, a los funcionarios públicos siempre que estén sujetos a un régimen de la Seguridad Social y a los trabajadores

independientes, y defendiéndose la extensión de estas medidas al conjunto de los regímenes, cualquiera que sea su naturaleza, para también en última instancia proceder a determinar cuáles deberían ser las modalidades en las que se concretaría dicha flexibilización: a) prestaciones anticipadas y/o prestaciones diferidas; b) prestaciones parciales o prestaciones progresivas; c) prestaciones de antigüedad.

Se defiende igualmente (punto 19), la necesidad de que el importe de las prestaciones de vejez esté fijado en un nivel satisfactorio teniendo en cuenta para ello las normas establecidas en los instrumentos internacionales, y en particular, en el Protocolo al Código europeo de Seguridad Social, ya que de esta manera, entre otras cuestiones, se permitiría facilitar la libre elección del momento de la jubilación, recomendándose en el punto núm. 20 de la misma que las legislaciones nacionales permitan, fijando un límite máximo, la acumulación de ingresos procedentes de las prestaciones con los ingresos profesionales.

Tal y como hemos tenido oportunidad de apreciar el Consejo de Europa, apoyándose en los Convenios y Recomendaciones de la OIT, ha tratado de avanzar en la aplicación y desarrollo de estas normas, en el marco de los países integrantes de esta organización, aprobando nuevos instrumentos normativos que teniendo en cuenta las realidades nacionales, tratan de aproximar en mayor medida, las diferentes legislaciones a un mínimo común. Es especialmente significativo al respecto, el contenido de la Carta Social europea y el Código europeo de Seguridad Social, textos fundamentales de esta institución que no han tenido la repercusión y aplicación que de ellos era de esperar, ante la falta, tal y como ya he señalado y denunciado, de mecanismo de control de la aplicación y desarrollo de estos instrumentos normativos.

1.3 La política de protección social dispensada en el ámbito de la Unión Europea (antes Comunidad Económica Europea) y en especial la referida a la vejez.

Por lo que respecta al tratamiento dispensado en el ámbito de la UE a la protección social y dentro de ella, a la vejez, si bien, en principio, podemos considerar que sólo son dos los preceptos que en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Tratado firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, (en adelante TCEE), aluden directa o indirectamente a la protección social³⁶³, la construcción de un espacio social europeo de forma paralela al desarrollo del mercado común, esta materia, ha alcanzado un notable avance a partir de la aprobación del Acta Única Europea en 1986, (en adelante AUE) y más adelante, el Tratado de la Unión Europea de 1992 (en adelante TUE), aunque sigue hoy siendo importante el camino por recorrer y son aún muy significativas las lagunas o vacíos existentes al respecto.

Los preceptos que en el texto del TCEE se refieren a la protección social son el art. 51 y el 118 del mismo. El primero aparece claramente vinculado a uno de los principios básicos de la entonces Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, y muy especialmente del mercado común, la libertad de circulación, mientras que el segundo se limita a fijar un mandato a la Comisión para que fomente y promueva la colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social, aludiendo, entre otras materias, a la protección social.

En virtud de lo dispuesto en el art. 51 del TCEE, la libre circulación de trabajadores deviene el núcleo esencial de la acción normativa comunitaria en el ámbito social, convirtiéndose en el punto de referencia de las normas comunitarias en materia de Seguridad Social, si bien tal y como señala Ramírez Martínez "aunque no cabe dudas, en principio, acerca de la visión funcional con que se contempla en este

³⁶³ La escasez de referencias al respecto es un claro ejemplo de la influencia que el liberalismo ejerció sobre el legislador comunitario al servirle de base ideológica, en este sentido tal y como señala PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "La declaración que, en el art. 2, sirve de pórtico al Tratado y en el que la Comunidad Económica Europea enuncia sus objetivos generales, es al respecto, sumamente expresiva (...) El objetivo social del aumento acelerado del nivel de vida (que podríamos extender también a la referencia respecto del alto nivel de empleo y de protección social) es percibido por el legislador no como un objetivo que impone actuaciones *"ad hoc"*, sino como un epifenómeno de establecimiento del mercado común. La misma concepción se plasma en el art. 117 del Tratado que abre el título dedicado a la política social (...) Los redactores del Tratado eran en materia de política social -y su texto da cuenta de ello al plasmar sus objetivos- deterministas: el progreso económico, previsible resultado del mercado común será la mejor política social. El mecanismo más eficaz para conseguir la armonización de los sistemas sociales será el propio mercado común" Cfr. *"El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea"*. Ed Civitas, S.A. Madrid, 1994, pág. 22.

precepto la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social como complemento necesario de la regulación de la libre circulación de los trabajadores, la actual normativa comunitaria en la materia ha ido más allá de lo estrictamente previsto en el art. 51 TCEE³⁶⁴.

Las medidas contenidas en el art. 51 del TCEE, referidas a la necesidad de crear sistemas que permitan garantizar a los trabajadores emigrantes y a sus derechohabientes, de un lado, la acumulación o totalización de todos los períodos tomados en consideración para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para su cálculo; y de otro, el pago de las prestaciones a los ciudadanos comunitarios cualquiera que sea el país en el que residan, no dejan de ser medidas de carácter instrumental destinadas a garantizar la consecución de la efectiva libertad de circulación, por cuanto que se considera que el hecho de no garantizar la conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en materia de Seguridad Social se puede convertir en un serio obstáculo para el ejercicio de la libertad de circulación de personas.

Más adelante veremos con mayor detenimiento y amplitud como operan en la práctica estas líneas de actuación fijadas en el art. 51 del TCEE y desarrolladas en el Reglamento (CEE) nº 1408/1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y sus familiares que se desplazan dentro de la Comunidad, por lo que respecta a las prestaciones de vejez de los trabajadores emigrantes.

La política social comunitaria desarrollada a partir del AUE³⁶⁵, con la salvedad expresa de la materia relativa a la seguridad e higiene, ha sido escasa, sobre todo si se

³⁶⁴ Cfr. *"La Seguridad Social en la CEE"*. en AA.VV. *"Espacio Social Europeo"* Ed. Lex Nova. Valladolid. 1991, pág. 123.

³⁶⁵ Con anterioridad al AUE, "no se puede hablar de política social estricto sensu, hasta principios de los años setenta; la cumbre de la Haya celebrada en diciembre de 1969, en que los Estados miembros expresan la intención de llevar a cabo un más estrecha coordinación de las políticas sociales respectivas y la posterior Cumbre de París del mes de octubre de 1972 (es decir, poco antes de la primera ampliación de la Comunidad), en la que se afirma la necesidad de emprender una vigorosa acción en el plano de lo social marcan ese comienzo. Esta es la primera vez en que se reconoce expresamente la importancia de una eficaz política social como complemento esencial de la integración

tiene en cuenta las expectativas creadas a partir del informe "Dooge", también conocido como Comité Spaak II³⁶⁶.

A pesar de ello, al amparo del AUE, a finales de la década de los años 80, se aprobó no sin la oposición británica, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, donde se establecen los grandes principios en los cuales se fundamenta el modelo europeo de derecho del trabajo y más en general el lugar que ocupa el trabajo en la sociedad³⁶⁷.

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales que no crea obligaciones jurídicas respecto a su contenido ni para los Estados miembros ni para las Instituciones comunitarias, por cuanto que tal y como se establece en el Título II, art. 27³⁶⁸, queda en poder o bajo responsabilidad de éstos últimos la aplicación de la misma conforme a las prácticas nacionales, especialmente por la vía de la legislación y la de los Convenios

económica y monetaria". PÉREZ DEL RÍO, T. *"La dimensión social del Mercado Único Europeo"*. REDT, n° 47. 1991, pág. 388.

³⁶⁶ Tal y como se establece en el preámbulo de este informe, "le Comité se situant résolument sur le plan politique et sans prétendre rédiger un projet de nouveau traité en forme juridique, se propose d'énoncer les objectifs, les politiques et les réformes institutionnelles indispensables pour rendre à l'Europa la vigueur et l'ambition de ses origines". COMITÉ AD HOC POUR LES QUESTIONS INSTITUTIONNELLES. *Rapport au Conseil Européen, SN/1187/85 (SPAACK II)*. Vid igualmente el texto como Annexe 4 en DE RUYT, J. *"L'acte unique européen"*. Editions de l'Université de Bruxelles, deuxième édition, 1989, pág(s) 355-369, donde en el marco del objetivo concreto de desarrollo del espacio social europeo, se hace especial mención a la necesidad a tres cuestiones concretas: " -la définition de cadres d'action, notamment dans les domaines fondamentaux énumérés à l'article 118 du traité, par l'harmonisation, par l'adoption de décisions communes, ou par toute autre mesure appropriée; -la poursuite d'une politique sociale qui tienne compte du programmed'actions sociale à moyen terme et des changements dans les besoins sociaux et économiques de la Communauté; -le développement du dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen pouvant déboucher, s'ils l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles".

³⁶⁷ Para determinar el valor y la eficacia jurídica de la Carta Comunitaria vid, entre otros, MONEREO PÉREZ, JL, que sostiene que la Carta no es propiamente un acto comunitario; "No se trata (teniendo en cuenta que fue adoptada de común acuerdo por 11 países de la Comunidad, rompiéndose la regla del consenso decisonal) en puridad de un auténtico acto jurídico comunitario, sino de un acuerdo entre Estados miembros, constituyendo eso sí una fuente complementaria externa del derecho comunitario con el cual está estrechamente relacionado pero sin perder su esencial régimen interestatal. No se trataría de una fuente comunitaria del derecho comunitario del trabajo, sino todo lo más una fuente internacional y por consiguiente externa" *Cfr. "Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I)"*. REDT n° 56, 1992, pág. 853.

³⁶⁸ Tal y como se establece en este artículo 27 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores; "la garantía de los derechos sociales fundamentales de la presente Carta, así como la aplicación de las medidas sociales indispensables para el buen funcionamiento del mercado interior en el marco de una estrategia de cohesión económica y social, competen a los Estados miembros de conformidad con las respectivas prácticas nacional, en particular mediante su legislación y

colectivos, se limita a proclamar y definir derechos y objetivos ya reconocidos en otros textos de ámbito internacional, como es el caso de la Carta Social Europea, derechos y objetivos, en general, ya recogidos en la gran mayoría de los ordenamientos nacionales, convirtiéndose en un claro documento político^{369 370}.

Por lo que respecta a su contenido y en especial a lo que atañe a la Seguridad Social y más en concreto a la protección de las personas ancianas, el contenido final de la Carta fue de mucha menor importancia e intensidad que el texto inicialmente previsto, por cuanto que en el Anteproyecto de Carta comunitaria de derechos

Convenios colectivos”.

³⁶⁹ “Efectivamente, de la Carta no deriva un compromiso jurídico directo de los Estados miembros y las propias instituciones comunitarias. Desde este punto de vista la Carta es una declaración de intención de carácter esencialmente político, que expresa la voluntad política de los Estados reunidos en Consejo Europeo respecto a la dimensión social de mercado interior enderezada a orientar y programar la acción de las Comunidades en este sentido. Ello confiere, en consecuencia, a la Declaración relativa a la Carta más el carácter de un acuerdo o instrumento intergubernamental adoptado por los Estados miembros y dirigido a organizar y conducir su colaboración en el campo social que el de un acto estrictamente comunitario, con lo que la eficacia jurídica de la Declaración que contiene la Carta depende de las disposiciones ordinarias de desarrollo según los respectivos ámbitos competencias de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros; fórmula concreta de proclamación que priva de eficacia jurídica a su contenido, no consagrando derechos subjetivos de los ciudadanos ni entrañando deberes de acción para los poderes públicos (...) La declaración que constituye la Carta es típicamente un instrumento internacional jurídicamente no vinculante -en el sentido de que los Estados no están obligados a conducirse con arreglo a lo en ella establecido- que expresa la posición acordada por representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de Europeo respecto a un punto de interés para las Comunidades Europeas, a saber, favorecer la colaboración entre los Estados miembros en el campo social sobre la base político-jurídica de la proclamación solemne de una serie de principios y derechos sociales formulados en términos de valores fundamentales de la construcción progresiva de la Comunidad Europea. Es decir, ni adquiere forma de un acuerdo internacional que deba someterse a la ratificación de los Estados (no ostenta la forma de tratado); ni tampoco se acomoda a los procedimientos de elaboración y aprobación de los actos jurídicos comunitarios vinculantes. Su contenido, en suma, no refleja la asunción de compromisos jurídicos directos por parte de los Jefes de Estado o de Gobierno signatarios y de las instituciones comunitarias y sus mecanismos de aplicación no están jurídicamente garantizados en la Carta, por lo que no se han establecido procedimientos de control general o ad hoc en orden a su cumplimiento, de manera que la realización efectiva de su contenido no está reforzada (“garantizada”) bajo la amenaza de sanción”. *Ibidem*, pág(s) 854-855. En este mismo sentido, RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M, sostiene que la utilización en el Anteproyecto y Proyecto de la Carta comunitaria de las expresiones “proclamación” y “declaración” “parecen estar haciendo referencia a un documento de contenido y significado fundamentalmente político”. *Cfr. “La declaración de derechos sociales comunitarios”* RL 1989-II, pág. 55.

³⁷⁰ La aplicación de la Carta comunitaria de derechos sociales esta sometida al principio de subsidiariedad: “que significa que sólo serán tratados a nivel comunitario aquellos problemas que precisen de una solución conjunta, y siempre que esa solución sea necesaria para la creación y desarrollo del mercado único. Respecto de los problemas que puedan ser tratados en el ámbito nacional y carezcan de dimensión comunitaria directa, once de los doce Estados miembros se comprometen a asumir objetivos, criterios y valores, y en la medida de lo posible unas “reglas de juego” comunes, aun respetando la competencia nacional en su solución”. PÉREZ DEL RÍO, T. *“La dimensión social...” Op cit*, pág. 394.

sociales fundamentales³⁷¹, se reconocía, entre otras cuestiones, aunque fuese a modo de declaración de principios, que todo ciudadano jubilado o en situación de prejubilación debía tener derecho a beneficiarse de unos ingresos que le garanticen un nivel de vida digno.

En este mismo sentido se hacía especial incidencia a otras dos cuestiones importantes; de un lado a la necesidad de otorgar unos ingresos mínimos a favor de aquellos ciudadanos que por circunstancias diversas, por ejemplo debido a su exclusión durante un período de tiempo muy largo del mercado de trabajo, al alcanzar la edad de jubilación no tienen derecho a una pensión y se encuentren sin medios de subsistencias suficientes, y de otro, se reconocía la necesidad de que las personas de edad se beneficien de una protección social adecuada, debiendo de adoptarse las medidas necesarias para garantizarles una asistencia social y médica adaptada a sus necesidades específicas, así como el más amplio acceso posible a dicha asistencia.

La virtud de la Carta Comunitaria que como hemos visto carece de eficacia jurídica respondiendo, en buena parte, a una actitud defensiva, ya que tal y como señala Rodríguez-Piñero; “no pretende tanto abrir nuevas fronteras innovadoras a los derechos sociales, sino más bien marcar los límites de lo tolerable, tratando de garantizar en el ámbito comunitario la conservación del acervo social de los Estados miembros, evitando peligros de desregulación social y la quiebra de los principios y derechos que han venido caracterizando a los ordenamientos laborales de los Estados miembros”³⁷², es posible situarla en el hecho de haberse convertido, tras su aprobación, en uno de los instrumentos normativos más importante donde se fijan cuáles son los objetivos a desarrollar por la Comunidad Económica Europea en materia social, especialmente al aprobarse el Programa de Acción para la aplicación de

³⁷¹ COM (89) 248 final, Bruselas, 30 de mayo de 1989.

³⁷² *Ibidem*, pág. 50, en un momento posterior del mismo, este autor reafirma el carácter defensivo de la Carta comunitaria al precisar que del contenido del Proyecto se puede comprobar que éste es escasamente innovador: “trata de asegurar más lo ya adquirido en materia social que abrir fronteras innovadoras a nuevos derechos, reforzar o “ratificar” el modelo social europeo ya existente, incluso con sus heterogeneidades y diferenciaciones, pero también con unas notas comunes del respeto de unos derechos sociales”. *Ibidem*, pág. 74.

la misma³⁷³, recogiendo a modo de catálogo las medidas que es necesario impulsar a partir de las competencias comunitarias para poder dar cumplimiento a la Carta.

En este sentido tal y como señala la Comisión en el apartado 12 del programa de acción, dirigido a las personas de edad avanzada; "hasta la fecha este problema (referido al número cada vez mayor de personas de edad avanzada y de ancianos (mayores de 80 años), y las repercusiones que este fenómeno tiene y tendrá en los gastos presupuestarios), se ha tratado poco en la Comunidad y las iniciativas se limitan, hasta ahora, a una Recomendación del consejo de 10 de diciembre de 1982 sobre los principios de una política comunitaria relativa a la edad de jubilación y a una Recomendación de la Comisión de 10 de mayo de 1989 relativa a la tarjeta de ciudadano europeo mayor de 60 años, así como una serie de iniciativas en materia de protección social (Reglamentos nº 1612/1968 y nº 1408/1971 en particular).

En el marco de las nuevas iniciativas propuestas al respecto, si bien se descarta, a priori, la necesidad de legislar, dada la diversidad de tradiciones, culturas y enfoques existentes sobre esta materia, se pone especial acento en la voluntad de coordinar y evitar la dispersión en la reflexión sobre esta cuestión profundizando en la necesidad de sensibilizar a todos los interesados sobre la situación y los problemas de este colectivo para lo cual sería conveniente, tal y como señala la Comisión, elaborar un programa de acción con el objeto de garantizar una cierta continuidad en la iniciativa lanzada a escala comunitaria y acogerse a la propuesta planteada en su momento por el Parlamento Europeo de declarar el año 1993 como años de las personas de edad avanzada.

Programa ambicioso que no consiguió el desarrollo esperado, pero que parece que resurgió a partir de la aprobación del Protocolo y Acuerdo relativo a la Política Social contenido en el TUE³⁷⁴.

³⁷³ Comunicación de la Comisión sobre su Programa de acción para la aplicación de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (COM (89) 568 final- C3-238/89).

³⁷⁴ "En el Protocolo sobre política social, firmado por los doce Estados miembros y anexo al TUE, se declara la voluntad de once Estados miembros de lograr avances significativos en materia de

El TUE dio, en este sentido, un impulso renovado al contenido social del Tratado de Roma³⁷⁵ al optar por el diseño de una Unión Europea que fuese más allá del mercado común. Así al incluir entre sus objetivos en el art. 2 del TCEE, determinados objetivos sociales, como la promoción de un alto nivel de empleo y de protección social, parecía que, con ello, se pretendía, reforzar la dimensión social del espacio europeo, sin embargo la posterior concreción de los objetivos enunciados en el citado art. 2, ni mucho menos permite considerar que se han introducido cambios sustanciales al respecto.

La evolución que ha sufrido esta dimensión social y de la que es un buen reflejo los textos que se han elaborado al respecto en el ámbito comunitario, entre otros, el Libro Verde sobre Política Social Europea: opciones para la unión, de 17 de noviembre de 1993; y el Libro Blanco sobre Política Social Europea: un paso adelante para la unión, de 27 de julio de 1994, sólo permite concluir, que si bien han sido buenas las intenciones el camino no ha estado exento de dificultades, pudiendo constatar que el camino recorrido ha sido exiguo y es aún muy amplio el camino que falta por recorrer.

En este sentido, el Tratado de Amsterdam, fruto del Consejo Europeo celebrado en esa ciudad los días 16 y 17 de junio de 1997, poco ha aportado en el avance y desarrollo del espacio social en el diseño de la Unión Europea³⁷⁶, aunque hay

política social. Este protocolo les autoriza a ello, a través de un acuerdo sobre la política social, anexo al Protocolo, y firmado por los Estados miembros, a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Los doce Estados miembros autorizan a once Estados miembros a que recurran a las instituciones, procedimientos y mecanismos del Tratado, a fin de adoptar entre ellos y aplicar, en la medida en que les afecte los actos y las decisiones necesarias para poner en práctica el Acuerdo antes mencionado (...). El Acuerdo precisa los objetivos de la política social en la vía trazada por la Carta de 1989. Estos son el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones". CEE. *"Política Social de la Comunidad. Situación a 1.1.1996"*. Enero 1996, pág. 5.

³⁷⁵ Tal y como, en este sentido señala RODRÍGUEZ-PIÑERO, M, "el Programa al igual que la Carta, abren una nueva fase en el "Derecho comunitario del Trabajo", al posibilitar una ampliación tanto del enfoque comunitario de los problemas sociales como del tratamiento comunitario de esos problemas". Cfr. *"El Programa de Acción..." Op cit*, pág. 82.

³⁷⁶ Dos son las principales novedades que ha aportado este Tratado: de un lado ha hecho posible que se solventase la no existencia en los Tratados originarios de una expresa referencia a los derechos fundamentales al incorporar al artículo F una referencia expresa al hecho de que la Unión Europea respetará los derechos fundamentales tal y como éstos se encuentran garantizados en el

autores a que ha llegado a considerar que es posible concluir que a partir del Tratado de Amsterdam “se pueden considerar puestos ya los cimientos para la construcción, por la vía de la coordinación y de la convergencia, pero también a través de la armonización, garantizando el cumplimiento del principio de subsidiariedad, de un modelo comunitario de Seguridad Social y protección social”³⁷⁷.

Las principales modificaciones establecidas por el TUE, en el ámbito social, giran en torno a dos materias fundamentales, a saber: la libre circulación de personas y la igualdad de trato entre trabajadores de distinto sexo.

En la primera de las materia aludidas, la libre circulación de personas aplicada a los trabajadores que constituye uno de los elementos centrales del derecho comunitario del trabajo, con anterioridad al TUE ya se habían aprobado ciertas ampliaciones de este derecho que inicialmente estaba atribuido a los trabajadores y a los prestatarios de servicios en sentido estricto, en favor de individuos no activos como en el caso de los estudiantes y trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, a quienes se les reconoce en virtud de las Directivas 90/364, 90/365 y 90/366 todas ellas de 28 de junio de 1990³⁷⁸, el derecho de residencia en cualquiera de los Estados miembros de la Comunidad siempre y cuando dispongan de recursos suficientes para que durante su estancia no lleguen a ser una carga para la asistencia social del Estado de acogida. La exigencia de esta suficiencia económica como condicionante del ejercicio a la libertad

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, confirmándose asimismo, en el preámbulo, su adhesión a los derechos fundamentales tal y como éstos aparecen definidos en la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales y de otro se ha introducido una significativa modificación en la redacción del art. 2 al alterarse el orden en el que aparecen detallados los objetivos de la UE, pasando la referencia que en el mismo se hace de la promoción de un alto nivel de protección social y de empleo a ocupar una nueva ubicación por delante de la referencia al crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente y de un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos.

³⁷⁷ COLINA ROBLEDO, M.; *“La Seguridad Social y la protección social en el proceso de configuración de la política social comunitaria: de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y el Protocolo sobre Política Social del Tratado de la Unión Europea, de Maastricht, al Tratado Europeo de Amsterdam”*. Noticias de la Unión Europea nº 158, marzo 1998, pág. 82, en cuyo texto se hace un detallado análisis de cuál ha sido el proceso de desarrollo y consolidación de la política social europea.

³⁷⁸ DOCE L 180 de 13.07.1990.

de circulación-residencia parece que choca con la extensión y fuerza con la que ha sido proclamado este derecho.

La aplicación de este principio basado en otro principio fundamental como es el de no discriminación de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea, proyectándolo en el ámbito de la Seguridad Social supone la necesidad de evitar que la existencia de sistemas o regímenes de Seguridad Social muy diversos se convierta en un obstáculo para la realización del principio de libre circulación de tal manera que la exigencia por ejemplo de requisitos tales como un período previo de cotización o la necesidad de acreditar una determinada antigüedad para devengar el derecho a una determinada prestación deben ser salvados mediante la utilización de los mecanismos fijados en el art. 51 del TCEE, especialmente por medio de la totalización de los períodos de cotización, tal y como posteriormente tendré ocasión de comentar.

Por su parte en relación con la segunda de las materias aludidas, la igualdad de trato entre trabajadores de distintos sexo, a finales del año 1978, fue aprobada la Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978³⁷⁹ relativa a la aplicación progresiva de este principio en el ámbito de la Seguridad Social, defendiéndose que era conveniente extender la aplicación de este principio en los regímenes legales que garanticen una protección contra los riesgos de enfermedad, de invalidez, de vejez, de accidentes de trabajo, de enfermedad profesional y de paro, así como en las disposiciones relativas a la ayuda social en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes anteriormente mencionados o suplirlos.

Así tal y como se establecía en el art. 4 de la misma, "el principio de igualdad de trato debe suponer la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, especialmente en lo concerniente a tres cuestiones esenciales, a saber: a) el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; b) la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones; y c) el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por

³⁷⁹ DOCE L 6 de 10.01.1979.

persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones”.

La aprobación de esta directiva se convirtió en el punto de partida de la aplicación y desarrollo de este principio en el ámbito de la Seguridad Social³⁸⁰, aunque se diluyó su aplicación al reconocerse a favor de los Estados miembros la posibilidad de excluir de su ámbito de aplicación cuestiones que afectaban, entre otras materias, a las prestaciones o seguro de vejez.

Así, tal y como se establecía en el art. 7 de la Directiva 79/7/CEE, cabía la posibilidad de que los Estados miembros excluyeran la aplicación de este principio en cuestiones tales como: “a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones: b) las ventajas concedidas en materia de seguros de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos ininterrumpidos de empleo debidos a la educación de los hijos; c) la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razón de los derechos derivados de la esposa; d) la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, vejez de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo... etc.”.

El TJCE ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance y significado de esta exclusión especialmente en lo referente a la fijación de la edad de jubilación; y más en concreto sobre si está o no justificado el mantenimiento de una edad de jubilación diferenciada para hombres y mujeres; y si una vez acordado el establecimiento de una edad igual, es o no posible mantener formas diversas de cálculo de la prestación, en atención al sexo del sujeto beneficiario.

³⁸⁰ Con anterioridad a la aprobación de esta Directiva, ya habían sido aprobadas otras directivas en aplicación del principio de igualdad de trato, así con fecha de 10 de febrero de 1975 fue aprobada la Directiva 75/117/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. DOCE L 45 de 19.02.1975 EE 05 vol. 2, pág. 52, y con fecha de 9 de febrero de 1976, el Consejo de la CEE, dio luz verde, la Directiva 6/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. DOCE L 39 de 14.02.1976 EE 02 vol. 2, pág. 70.

Inicialmente el TJCE, consideró que la exclusión establecida en el art. 7.1 a) de esta Directiva iba más allá del sentido literal con que esta había sido formulada, así, en la sentencia de 7 de julio de 1992, asunto C-9/91, *The Queen contra Secretary of State for Social Security, ex parte: Equal Opportunities Commission*³⁸¹, el TJCE señaló que “la letra a) del apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 79/7, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social debe ser interpretada en el sentido de que autoriza no sólo a la fijación de una edad mínima de jubilación diferente según el sexo, a efectos de la concesión de pensiones de vejez y jubilación, sino también discriminaciones que estén necesariamente ligadas a esta diferencia”, como en el caso de autos, donde se planteó la discusión sobre si se ajustaba o no al alcance y significado de la excepción objeto de controversia el régimen público de jubilación que obliga al hombre a cotizar durante 44 años y a la mujer durante 39 para poder causar derecho a una pensión de jubilación básica completa y que exige que los hombres que continúen desempeñando un empleo retribuido hasta la edad de 65 años sigan cotizando a la Seguridad Social hasta esa edad, mientras que a las mujeres mayores de 60 años no se les exige que coticen a la Seguridad Social, con independencia de que si éstas siguen o no desempeñando un empleo retribuido después del cumplimiento de esa edad.

En el apartado 15 de esta sentencia el TJCE apunta cuál parece ser el motivo por el cual el legislador ha establecido esta excepción, señalándose que “aunque los considerandos de la Directiva no precisan la razón de ser de las excepciones que establece, de la naturaleza de las excepciones que figuran en el apartado 1 del artículo 7 de la Directiva se puede deducir que el legislador comunitario ha querido autorizar a los Estados miembros a mantener temporalmente, en materia de jubilaciones, las ventajas concedidas a las mujeres, con el fin de permitirles llevar a cabo progresivamente una modificación de los sistemas de pensión en este punto sin perturbar el complejo equilibrio financiero de dichos sistemas, cuya importancia no puede ignorar”.

³⁸¹ Rec. 1992, pág(s). I-4297 y ss.

Pese al carácter excepcional y la regla de la proporcionalidad con la que ha de ser determinado el alcance de una excepción a un derecho individual tal y como ha manifestado en numerosas ocasiones el propio TJCE³⁸², en este caso el propio TJCE se manifestó tal y como hemos visto, admitiendo una interpretación extensiva de esta excepción que va más allá de los términos con los que fue redactada, reconociendo, de esta manera, la posibilidad de que sean aceptadas otras discriminaciones en el marco de esta excepción, siempre y cuando se trate de discriminaciones ligadas a la diferencia de edad; “resulten necesarias para alcanzar los objetivos que persigue la Directiva al dar a los Estados miembros la facultad de mantener una edad mínima de jubilación diferente para los hombres y para las mujeres”.

Con ocasión del asunto C-328/91 Secretary of State for Social Security contra Evelyn Thomas y otros, en cuya sentencia de 30 de marzo de 1993³⁸³, se aborda el examen de la expresión contenida en la propia letra a) del art. 7.1 de la Directiva 79/7/CEE que extiende la excepción comentada a las “consecuencias que puedan derivarse (...) para otras prestaciones”, y, en concreto, sobre si esta referencia genérica permitiría considerar justificado el establecimiento de discriminaciones en la concesión de otras prestaciones, como puede ser la de invalidez, cuando de alguna manera dicha discriminación esté vinculada a la fijación de una edad diferente de jubilación, el TJCE consideró, en su apartado 12, que “las discriminaciones previstas en regímenes de prestaciones distintos de los regímenes de pensiones de vejez y jubilación sólo puede estar justificadas, por ser consecuencia de la fijación de una edad de jubilación diferente según el sexo, si tales discriminaciones son objetivamente necesarias para evitar que se ponga en peligro el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social o para garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el régimen de las demás prestaciones”.

³⁸² Vid en este sentido, SSTJCE de 12 de febrero de 1974 asunto 152/73 Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost. Rec. 1974, pág(s). 153 y ss; de 26 de febrero de 1986 asunto 152/84 M.H Marshall contra Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority. Rec. 1986, pág(s). 723 y ss; de 26 de febrero de 1986 asunto 262/84 Vera Mia Beets-Proper contra F. Van Lonschat Bankiers N.V. Rec. 1986, pág(s). 733 y ss; de 15 de mayo de 1986 asunto 222/84, Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary. Rec. 1986, pág(s). 1651 y ss; donde se establece que a la vista de la importancia del principio de igualdad de trato, la excepción del mismo en materia de Seguridad Social debe interpretarse de manera restrictiva.

³⁸³ Rec. 1993, pág(s). I-1247 y ss.

Tal y como señala, en este sentido, el Abogado General Sr. G. Tesauró, vinculando esta cuestión con la finalidad ya apuntada con la que fue introducida la excepción objeto de examen, cabe la posibilidad de proceder a dicha extensión si ello es necesario para mantener el sistema de edades diferenciadas; "las posibles discriminaciones relativas a otras prestaciones de Seguridad Social son consecuencia directa de la diferencia en cuanto a la edad de jubilación y, por lo tanto sólo entran en el ámbito de aplicación de dicha excepción (...) en la medida en que sean necesarias para permitir que los Estados miembros mantengan temporalmente edades de jubilación diferentes sin alterar de forma significativa el complejo equilibrio del sistema de Seguridad Social, en particular en el aspecto financiero, pero también en términos de coherencia del sistema en su conjunto".

El problema más importante que ha planteado la Directiva 79/7/CEE por lo que respecta al alcance y significado de esta excepción, se encuentra en el hecho de que para la aplicación de la misma no fue establecido ningún plazo con alcance transitorio, de tal manera que la modificación progresiva de los sistemas de pensiones que trata de perseguir el establecimiento de esta excepción no queda en modo alguno garantizado³⁸⁴.

En un momento posterior procederé el análisis y comentario del establecimiento de reglas no uniformes para colectivos específicos por lo que respecta al cálculo y requisitos para tener derecho a la prestación de jubilación y su compatibilidad o incompatibilidad con el principio de igualdad de trato, así como con la propia ordenación, estructura y régimen financiero del sistema español de Seguridad Social.

En cualquier caso, el TJCE si ha dejado claro a partir de la sentencia de 1 de julio de 1993 asunto C-154/92 Remi Van Cant contra Rijksdienst voor pensioenen³⁸⁵

³⁸⁴ Vid, en este sentido, sentencia de 23 de mayo de 2000 asunto C-104/98 Johann Buchner y otros contra Sozialversicherungsanstalt der Bauern.

³⁸⁵ Rec. 1994, pág(s). I-3811 y ss.

que si se procede a la unificación de la edad de jubilación, carece de todo sentido y de justificación el mantenimiento de diferencias por razón de sexo, así tal y como se establece en la parte dispositiva de esta sentencia, el apartado 1 del art. 4 y el apartado 1 del art. 7 de la Directiva 79/7/CEE, "se oponen a que una normativa nacional, que autoriza a los trabajadores de sexo masculino y de sexo femenino a jubilarse a partir de la misma edad mantenga en el modo de cálculo de la pensión una diferencia por razón de sexo que está relacionada con la diferencia en la edad de jubilación que existía con arreglo a la normativa precedente", tal y como afirma el Abogado General Sr. Darmon, "al haber desaparecido (fruto del cambio normativo) el hecho justificativo de la discriminación, a saber, la diferencia de edad, desaparece la relación de causalidad con un modo de cálculo".

La discriminación por razón de sexo en cuanto al cálculo de la prestación de jubilación, estaba estrechamente vinculada a la existencia de una edad diferenciada de jubilación, habiéndose, así pues, reconocido esta posibilidad, la discriminación en el cálculo de la prestación, no era más que una consecuencia inevitable del establecimiento de una edad legal de jubilación distinta para hombres y mujeres, de tal manera que en un momento posterior, si se opta por la supresión de la "discriminación habilitante", carece de todo sentido mantener como justificada alguna otra discriminación que sea consecuencia de ésta.

A sensu contrario, cuando un sistema nacional mantiene la discriminación en cuanto a la edad de jubilación, queda justificada la posibilidad de que el propio sistema proceda a calcular la prestación de jubilación de forma diferente según se trate de un hombre o de una mujer. Lo determinante en estos casos será examinar si se mantiene o ha sido modificada la edad tomada en consideración para poder percibir la pensión de jubilación, ya que tal y como ha señalado el TJCE en la sentencia de 30 de abril de 1998, asunto acumulados C-377/96 a C-384/96³⁸⁶; "cuando una normativa nacional ha mantenido una diferencia en la edad de jubilación entre los trabajadores y las

³⁸⁶ Rec. 1998, pág(s). I-2105 y ss.

trabajadoras, el Estado miembro interesado puede calcular la cuantía de la pensión de modo distinto, según el sexo del trabajador³⁸⁷.

Durante el año 1986 fue aprobada una segunda Directiva sobre esta misma materia, la 86/378/CEE³⁸⁸, en la que si bien se establecía, a título indicativo en su art. 6 algunos tipos de disposiciones discriminatorias como por ejemplo, aquellas que se funden en el sexo para definir a las personas admitidas a participar en un régimen profesional; establecer el carácter obligatorio o facultativo de la participación; establecer normas diferentes en lo que se refiere a la entrada en el régimen, o en lo que se refiere a la duración mínima de empleo o de afiliación al régimen; establecer condiciones diferentes de concesión de prestaciones; establecer niveles diferentes de prestaciones, para las cotizaciones de los trabajadores; prever normas sólo aplicables a los trabajadores de un sexo determinado; y muy especialmente las que impongan edades diferentes de jubilación, se volvía a autorizar a los Estados miembros para que de conformidad con lo establecido en el art. 9 de la Directiva, aplazaran la aplicación obligatoria de este principio en lo que se refiere a esta última cuestión, la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación y de las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones, bien hasta la fecha en la que dicha igualdad se realicen los regímenes legales, o bien, a más tardar, hasta que una Directiva imponga dicha igualdad, sin que se hubiesen tenido en cuenta

³⁸⁷ Así, en la sentencia del TJCE de 22 de octubre de 1998 asunto C-154/96 Louis Wolfs y Office National de Pensions (ONP). Rec. 1998, pág(s) I-2105 y ss, haciéndose una síntesis de las interpretaciones mantenidas al respecto y acogiéndose a la interpretación estricta que, entre otras, se establece en la sentencia de 30 de marzo de 1993, Thomas y otros, de la excepción prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 79/7/CEE, y al criterio mantenido en la sentencia de 1 de julio de 1993, asunto Remi Van Cant, en virtud del cual en el supuesto de que una normativa nacional haya suprimido la diferencia en la edad de jubilación, el Estado miembro no está autorizado a mantener una diferencia según el sexo en el modo de cálculo de la pensión, manifiesta, tal y como el propio Tribunal ya ha hecho en la sentencia de 30 de abril de 1998, De Vriendt y otros, que teniendo en cuenta que la voluntad del legislador comunitario ha sido la de mantener de modo temporal, en materia de jubilaciones, las ventajas concedidas a las mujeres, con el fin de permitirles llevar a cabo una modificación progresiva de los sistemas de pensiones sin perturbar el complejo equilibrio financiero de estos sistemas, debe precisarse en el caso de que existan diferencias en el modo de cálculo de la pensión si esta discriminación está necesaria y objetivamente vinculada al mantenimiento de las disposiciones nacionales que fijan la edad de la pensión de jubilación de manera diferente según el sexo, así en definitiva cuando una normativa nacional ha mantenido una diferencia en la edad de la jubilación entre los trabajadores y las trabajadoras, el Estado miembro interesado puede calcular la cuantía de la pensión de modo distinto, según el sexo del trabajador. *Vid. al respecto*, <http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi...>

³⁸⁸ DOCE L 255 de 12.08.1986.

los numerosos problemas que ya se habían planteado en torno al alcance y sentido de esta excepción y de sus consecuencias.

La única novedad que fue introducida en la Directiva 86/378/CEE respecto de la 79/7/CEE fue la fijación de un plazo o límite a la vigencia del aplazamiento en la aplicación obligatoria del principio de igualdad de trato por lo que respecta a la fijación de la edad de jubilación, por cuanto que la vigencia de esta exclusión quedaba limitada tal y como acabamos de ver, hasta el momento o fecha en la que la igualdad se realice en los regímenes legales, o bien como máximo hasta que una Directiva imponga de forma expresa esta igualdad.

En el desarrollo de la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de Seguridad Social, y referido especialmente a la prestación de jubilación en el ámbito de las prestaciones complementarias, es importante tener en cuenta el alcance y significado de la sentencia del TJCE de 17 de mayo de 1990, asunto C-262/88, Douglas Harvey Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group³⁸⁹, donde el TJCE tuvo que pronunciarse, entre otras cuestiones, sobre, si son “retribución”, en el sentido del art.119 del TCEE y de la Directivas comunitarias sobre igualdad de trato, las prestaciones pagadas por un empresario a un trabajador con ocasión de su despido por causas económicas y más específicamente sobre si una pensión pagada por un Plan de pensiones de empresa “convencionalmente excluido” (“contracted-out”) del régimen general está comprendido en el ámbito de aplicación de antes mencionado artículo 119 del TCEE y por ende sujeta al principio de igualdad de trato y no discriminación³⁹⁰.

³⁸⁹ Rec. 1990, pág(s). I-1889 y ss.

³⁹⁰ La Court of Appeal de Londres planteó varias cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del art. 119 del TCEE y las Directivas 75/117/CEE y 76/207/CEE relativas a la aplicación del principio de igualdad de retribución y trato entre hombres y mujeres, trabajadores masculinos y femeninos. Las cuestiones planteadas se suscitaron en el marco del litigio entre el Sr. Douglas Harvey Barber y su antiguo empresario, Guardian Royal Exchange Assurance Group sobre el derecho a una pensión de jubilación anticipada a consecuencia del despido por causas económicas.

En síntesis los hechos que se relatan a continuación son los que dieron lugar a que el Sr. Barber interpusiera la demanda y la Court of Appeal de Londres planteara las oportunas cuestiones prejudiciales. El Sr. Barber estaba afiliado a la Caja de Pensiones de Jubilación creada por la empresa Guardian Royal Exchange Assurance Group, que aplicaba un Plan financiado exclusivamente por ella (no contributivo) excluido convencionalmente del régimen general (“contracted-out”) y que implicaba la

La sentencia Barber, por lo que respecta a la segunda de las cuestiones planteadas, se aleja, en parte, de los criterios hasta entonces mantenidos por el propio TJCE, especialmente manifestados en la sentencia de 25 de mayo de 1971, asunto C-80/70, Gabrielle Defrenne contra el Estado belga³⁹¹, donde el TJCE examinó si una pensión de vejez concedida en el marco de un régimen de Seguridad Social constituye una gratificación en el sentido del art. 119 del TCEE.

El Tribunal respondió negativamente a esta cuestión al afirmar: “que si bien las gratificaciones que tienen el carácter de prestaciones de Seguridad Social, en principio, no son por ello extrañas al concepto de retribución, sin embargo no se pueden incluir en este concepto, tal y como está delimitado en el artículo 119, los regímenes o prestaciones de Seguridad Social, en particular, las prestaciones de vejez, reguladas directamente por la Ley con exclusión de cualquier elemento de concertación en el seno de la empresa o del ramo profesional interesado, aplicables obligatoriamente a categorías generales de trabajadores.”

El TJCE en el texto reproducido a pesar de que no excluye en un primer momento la posibilidad de equiparar prestación y retribución manifiesta a continuación que las gratificaciones con carácter de prestaciones no siendo del todo ajenas al concepto de retribución, no pueden integrarse dentro del contenido del art. 119 del TCEE. El TJCE, se pronunció, en un sentido diferente al mantenido en la sentencia Defrenne, respecto a las prestaciones complementarias creadas por Convenio

renuncia contractual del partícipe a la parte del régimen nacional de jubilación vinculado al salario que era sustituido por el Plan en cuestión. En el marco de este Plan de pensiones, la edad normal de jubilación estaba fijada en 62 años para los hombres y en 57 para las mujeres. Para el caso de despido por causas económicas de conformidad con lo establecido en la “Guardian Royal Exchange Assurance Guide to Severance Terms” (Guía sobre las condiciones de despido), se reconocía que los miembros de la Caja de pensiones tendrían derecho a una pensión inmediata siempre que hubiesen alcanzado la edad de 55 años los hombres y 50 las mujeres. Los interesados que no cumplieran estos requisitos recibirían derecho a prestación económica calculada en función de sus años de servicio y una pensión diferida pagadera a la edad normal de jubilación. Como quiera que el Sr. Barber fue despedido por causas económicas cuando tenía 52 años, se le abonó la prestación e indemnizaciones que le correspondían, pero no recibió la pensión de jubilación inmediata al no haber cumplido la edad requerida, 55 años. Considerándose víctima de una discriminación por razón de sexo por cuanto que a su edad una mujer si hubiera tenido derecho a dicha pensión, inició una acción ante la jurisdicción laboral.

³⁹¹ Rec. 1971, pág(s). 445 y ss.

colectivo y financiadas exclusivamente por parte del empresario. Así, por ejemplo, en la sentencia de 13 de mayo de 1986, asunto C-170/84 Bilka-Kaufhais GmbH contra Karin Weber von Hartz³⁹², llega a considerar que las prestaciones concedidas a los trabajadores en virtud de dicho régimen si estaban sometidas a la aplicación del tan citado art. 119, tal y como se establece en el fundamento núm. 22 de esta sentencia, “se debe concluir diciendo que el régimen de pensiones de empresa considerado en el litigio principal, no constituye un régimen de Seguridad Social directamente regulado por ley y, por consiguiente, excluido del ámbito de aplicación del art. 119, y que las prestaciones concedidas a los empleados, en virtud del régimen objeto de litigio, constituyen un beneficio pagado por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, con arreglo al párrafo 2 del artículo 119”.

En el asunto Barber, el TJCE dejó muy claro, tal y como ya había hecho anteriormente en asunto Bilka, C-170/84, y ratificó posteriormente, entre otros, en el asunto Ten Oever, 109/91³⁹³, que el hecho de que se trate de prestaciones pagadas una vez extinguida la relación de trabajo no excluye que tengan un carácter de retribución, ya que tal y como señala el propio Tribunal en su apartado 13: “éstas constituyen una forma de retribución a la que tiene derecho el trabajador en razón de su relación de trabajo, que le es pagada en el momento de cesar su relación, que permite facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de la pérdida de su empleo y se le garantiza una fuente de ingresos durante el período de búsqueda de un nuevo trabajo”.

Por su parte en lo que concierne a las prestaciones concedidas por un Plan de Pensiones de empresa convencionalmente excluido del régimen general, a pesar del carácter sustitutivo de éstas respecto de las prestaciones del régimen legal general, esta circunstancia expresamente excluye la aplicación del art. 119, tal y como señala el propio TJCE, “se impone pues la conclusión de que, a diferencia de las prestaciones concedidas por los regímenes legales nacionales de Seguridad Social, las pensiones pagadas por los Planes convencionales excluidos del régimen general constituyen, sin

³⁹² Rec. 1986, pág(s). I-1607 y ss.

³⁹³ STJCE de 6 de octubre de 1993 asunto C-109/91 Gerardus Cornelius Ten Oever contra Stichting Bedrijfspensioenfondsvoor het Glazenwassers Schoonmakbedrijf Rec 1993, pág(s). I-4879 y ss.

duda, gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo y, por consiguiente, están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 119 del Tratado³⁹⁴, concluyendo que la fijación de un requisito de edad, distinto según el sexo, para las pensiones pagadas en el marco de un Plan de este tipo, son contrarias al citado artículo, siendo constatable por parte de los propios órganos jurisdiccionales nacionales, aunque limitado en el tiempo, por razones de seguridad jurídica, a aquellos supuestos que se planteen con posterioridad a la fecha de esta sentencia si bien excepcionalmente se reconoció la procedencia de la aplicación de esta equiparación entre prestación-retribución a efectos de la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo a las personas que en tiempo hábil hubiesen iniciado acciones judiciales para salvaguardar sus derechos³⁹⁵.

³⁹⁴ El TJCE consideró igualmente comprendido dentro del ámbito de aplicación del art. 119, a un régimen de pensiones del ámbito de la función pública (Vid, al respecto STJCE de 28 de septiembre de 1994 asunto C-7/93 *Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds contra G.A Beune*,. Rec 1994 pág(s). I-4471 y ss. El Abogado General Sr. F.G. Jacobs, en su escrito de conclusiones, basándose en sentencias precedentes ha elaborado un listado de factores que son relevantes para determinar si un régimen de pensiones está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 o en el art. 119, así se ha tenido en cuenta entre otras cuestiones: a) el grado en que los Planes de que se trate estén regidos por la ley; b) la existencia de un elemento de acuerdo o concertación entre los empresarios y trabajadores en la empresa o en la rama de producción de que se trate; c) las modalidades de financiación del régimen de pensiones; d) su aplicabilidad a grupos generales de trabajadores; e) el carácter complementario de las gratificaciones concedidas a los trabajadores en relación con las prestaciones del régimen general abonadas con arreglo a la legislación nacional; y ; f) la relación entre la prestación y el empleo del trabajador.

³⁹⁵ El propio TJCE ya había limitado la aplicación del contenido de la sentencia Barber a las situaciones anteriores a la fecha de dicha sentencia, vid, entre otras, STJCE de 6 de octubre de 1993, asunto C-109/91 *Gerardus Cornelius Ten Oever contra Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers Schoonmakbedrijf* Rec 1993, pág(s). I-4879 y ss; STJCE de 14 de diciembre de 1993, asunto C-110/ 91 *Michel Moroni contra Collo GmbH*. Rec 1993 pág(s). I-6591 y ss; STJCE de 22 de diciembre de 1993, asunto C-152/91 *David Neath contra Hugh Steeper Ltd*. Rec 1993, pág(s). I-6935 y ss; STJCE de 28 de septiembre de 1994, asunto 200/91 *Coloroll Pension Trustees Ltd contra James Richard Russell y otros*. Rec 1994, pág(s). I-4389 y ss donde se establece que: "con arreglo a la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber, C-262/88, sólo puede invocarse el efecto directo del art. 119 del Tratado para exigir la igualdad de trato en materia de pensiones de empresa respecto de las prestaciones devengadas en virtud de períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990, sin perjuicio de la excepción prevista a favor de los trabajadores o de sus causahabientes que, antes de dicha fecha, hayan iniciado un acción judicial o hayan formulado una reclamación equivalente según el Derecho nacional aplicable", si bien en alguna otra sentencia se excluye esta limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia Barber en el caso del derecho a participar en un Plan de pensiones de empresa, vid, al respecto, STSJCE de 28 de septiembre de 1994, asunto C-57/93 *Anna Adriaantje Wroege contra NCIV Instituut voor Wolkshuisvesting BV y Stichting Pensioenfonds NCIV*. Rec 1994, pág(s). I-4541 y ss; y STJCE de 28 de septiembre de 1994, asunto C-57/93 *Geertruida Catharina Fisscher contra Voorhuis Hengelo BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel*. Rec 1994, pág(s). I-4583 y ss.

La importancia y trascendencia del contenido de la sentencia Barber lo demuestran dos hechos significativos, de un lado que con ocasión del TUE se procedió a aclarar el contenido del art. 119 del TCEE al aprobarse un Protocolo en relación con este artículo³⁹⁶ donde de forma expresa se hace mención a la exclusión de las prestaciones del régimen profesional de Seguridad Social, a efectos de aplicación del principio de igualdad de retribución con respecto a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990 (fecha de la sentencia Barber); y de otro el hecho de que con fecha de 20 de diciembre de 1996 el Consejo aprobó una nueva Directiva, en concreto la Directiva 96/97/CEE³⁹⁷ 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 de Seguridad Social y en la que, tal y como se establece en el preámbulo de la misma, partiendo de la sentencia dictada por el TJCE en el asunto Barber donde se reconoce por parte de este Tribunal que todas las formas de pensiones de empresas constituyen un elemento de retribución a efectos del art. 119 del Tratado, por razones de seguridad jurídica se hace necesaria la modificación de la Directiva de 1986 sobre esta materia para adaptar las disposiciones de ésta que resulten afectadas por la jurisprudencia Barber³⁹⁸.

A pesar de las modificaciones introducidas en el marco de los cambios establecidos por esta nueva Directiva, se mantiene en el listado enunciativo de

³⁹⁶ Tal y como se establece en dicho Protocolo: "a los fines de la aplicación del art.119, las prestaciones en virtud de un régimen profesional de Seguridad Social no se considerarán retribución en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990, excepto en el caso de sus derechohabientes que, antes de esa fecha, hubieran incoado un acción ante los tribunales o presentado una reclamación equivalente según el derecho nacional de aplicación".

³⁹⁷ DOCE L 46, 17 de febrero de 1997.

³⁹⁸ Vid al respecto, entre otros, ROFES i PUJOL, M.I.: *"Las vicisitudes de la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social. La jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Barber, y sus efectos en el tiempo"*. Noticias de la Unión Europea, CISS, nº 158, marzo 1998, pág(s) 49-59. La autora se muestra crítica, a la vista de los resultados obtenidos, con la vía utilizada, la sentencia Barber, para que conseguir la igualdad, llegando a afirmar que si bien es cierto que ha declarado la aplicabilidad del art. 119 a las prestaciones de los regímenes profesionales de Seguridad Social, ha dado lugar a que se procediera a aumentar la edad de jubilación de las mujeres para equipararla con la de los hombres y no lo contrario, si a ello se une que a los fines de aplicación del art. 119 las prestaciones en virtud de un régimen profesional de Seguridad Social no se consideran retribución en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los períodos anteriores al 17 de mayo de 1990, las soluciones adoptadas, en opinión de esta autora quedan bastante lejos del efecto directo del propio art. 119.

prácticas discriminatorias recogido en el art. 6 de esta última Directiva, entre otras, la imposición de edades diferentes de jubilación si bien de forma diferente a como lo hacía la Directiva 86/378/CEE, que permitía aplazar con carácter general la aplicación obligatoria del principio de igualdad de trato.

La nueva Directiva permite a los Estados miembros aplazar la aplicación obligatoria de este principio, por lo que respecta, a la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación sólo en cuanto al régimen de los trabajadores autónomos, limitándolo, eso sí, tal y como ya hacía la anterior Directiva o bien a la fecha en la que dicha igualdad se realice en los regímenes legales o bien, a más tardar, hasta que una Directiva imponga dicha igualdad.

La excepción prevista en el art. 9 de la Directiva de 1996, queda sujeta a una doble limitación, de un lado porque se mantienen en los mismos términos la vigencia de la excepción hasta la aprobación legal de dicha igualdad o hasta la imposición a través de una Directiva de esta igualdad de trato específica, de otro porque el contenido del nuevo art. 9 es aplicable sólo respecto al régimen de los trabajadores autónomos, único régimen en el que al parecer es posible aplazar la aplicación obligatoria del principio de igualdad de trato en la fijación de la edad de jubilación.

Esta última Directiva incorpora un nuevo art. 9 bis donde se dispone de forma expresa que no es incompatible con el contenido de esta Directiva, la fijación de un sistema de jubilación flexible; tal y como se establece en el redactado del mismo, "el hecho de que hombres y mujeres puedan exigir una edad flexible según las mismas condiciones no deberá considerarse incompatible con la presente Directiva".

Por lo que respecta a la aplicación y desarrollo del contenido de la sentencia Barber, el TJCE en una sentencia posterior, con fecha de 28 de septiembre de 1994 asunto C-408/92 Constance Christina Ellen Smith y otros contra Avdel System Ltd³⁹⁹, ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre cuál era la manera más adecuada para proceder a uniformar la edad de jubilación y en consecuencia restablecer la igualdad de trato.

³⁹⁹ Rec. 1994, pág(s). I-4435 y ss.

Así, habiéndose optado, en el supuesto enjuiciado, por retrasar la edad de jubilación de las mujeres hasta equipararla a la de los hombres, se plantea la discusión sobre si resulta o no legítimo privar, en este caso a las mujeres, de la ventaja que disfrutaban, llegándose a la conclusión de que era necesario dividir por dos el período en cuestión, de tal manera que en el período comprendido entre el 17 de mayo de 1990 (fecha de la sentencia Barber) y la fecha en la que el régimen de pensiones adopta las medidas necesarias para restablecer la igualdad, los derechos de pensión de los trabajadores debían calcularse en función de la misma edad de jubilación que las trabajadoras, no pudiéndose en este período rebajar la edad de jubilación de las mujeres hasta equiparla a la de los hombres, mientras que con relación al período posterior a la fecha de entrada en vigor de las medidas propuestas, nada impide que sea posible esta rebaja, tal y como en este sentido se manifiesta el TJCE; “el artículo 119 del Tratado se opone a que un empresario, al adoptar las medidas necesarias para atenerse a la sentencia Barber, retrase la edad de las mujeres hasta equipararla con la de los hombres, en lo relativo a los períodos de empleo comprendidos entre el 17 de mayo de 1990, fecha de dicha sentencia, y la fecha de la entrada en vigor de las medidas mencionadas. En cambio respecto a los períodos de empleo posteriores a esta última fecha, el artículo 119 no le impide proceder de esta manera”.

Una vez queda claro, a tenor de lo dispuesto en la sentencia comentada, que no es posible adoptar medida alguna que perjudique a ningún colectivo antes de la entrada en vigor de las medidas acordadas para restablecer la desigualdad de trato, procede plantearse si el art. 119 obliga a que se minimicen de alguna manera las consecuencias adversas que la adopción de estas modificaciones puede provocar; ¿Debería, un Plan de Pensiones de empresa que pretende llevar a cabo esta igualdad, adoptar medidas que suavicen los efectos negativos que la adopción de éstas puede ocasionar sobre la categoría privilegiada?

En este caso el TJC es igualmente taxativo a la hora de considerar que no existe tal obligación; “El retraso de la edad de jubilación de las mujeres hasta equipararla con la de los hombres, decidido por un empresario, de conformidad con la

sentencia Barber, para suprimir una discriminación en materia de Pensiones de empresa, en lo relativo a prestaciones devengadas en virtud de períodos de empleo futuros, no puede ir acompañado de medidas, ni siquiera transitorias, destinadas a minimizar las consecuencias adversas que tal retraso pueda suponer para las mujeres”.

1.3.1 La adopción de medidas en favor de las personas de edad avanzada: la edad de jubilación y los regímenes flexibles de jubilación.

No sólo en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales y en mayor medida en su Programa de Acción se contienen referencias directas o indirectamente dirigidas en favor de las personas de edad avanzada.

La tarea desarrollada por la Comunidad Europea en esta materia tiene como punto de referencia principal la adopción por parte del Consejo, con fecha de 26 de noviembre de 1990, de una Decisión de alcance general, relativa a las acciones comunitarias en favor de las personas de edad avanzada⁴⁰⁰ cuyo objetivo fundamental es el de contribuir a mejorar la situación de este colectivo, dando a conocer y completando las acciones emprendidas a distintos niveles en los Estados miembros.

La presente decisión parte de las resoluciones que con esta finalidad habían ya sido adoptando por el Parlamento Europeo⁴⁰¹, tomando en consideración las importantes repercusiones económicas y sociales que en especial afectan y afectarán al mercado de trabajo, la Seguridad Social y al presupuesto social como consecuencia de la evolución del movimiento demográficos actuales que apuntan hacia un considerable aumento de la población de edad avanzada y, en particular, de edad muy avanzada.

⁴⁰⁰ DOCE L 28 de 02.02.1991

⁴⁰¹ Resolución de 18 de febrero de 1982 sobre la situación y los problemas de las personas de edad avanzada en la Comunidad Europea DOCE C 66 de 15.03.1982; de 10 de marzo de 1986, sobre las ayudas a ancianos DOCE C 88 de 14.04.1986; y de 14 de mayo de 1986, sobre una acción comunitaria para mejorar la situación de las personas de edad avanzada en los Estados miembros de la Comunidad DOCE C 148 de 16.06.1986

Partiendo de esta premisas y de conformidad con lo dispuesto en los apartados 24 y 25 de la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales, se acordó emprender bajo la responsabilidad de la Comisión medidas comunitarias en favor de las personas de edad avanzada para el período comprendido entre el 1 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1993.

Así de conformidad con lo establecido en el art. 3 de esta Decisión se emprenderían acciones tales como: "a) actividades de animación e intercambio de información; b) estudios y creación de un observatorio que permita poner en disposición de los medios interesados las informaciones disponibles al respecto, incluidas las que se refieren a la investigación; y c) el examen del interés y de la viabilidad de la creación de una red europea de experiencias innovadoras teniendo en cuenta las actividades desarrolladas por los organismos existentes en este ámbito", en favor de estos sujetos con la finalidad de crear: a) estrategias preventivas que respondan a los problemas socioeconómicos que plantea el envejecimiento de la población; b) la solidaridad entre las generaciones y la integración de las personas de edad avanzada; y c) un potencial positivo de ciudadanos de edad avanzada para el desarrollo de la Comunidad.

Con posterioridad a la adopción de esta Decisión y en la línea marcada por la misma, en fecha de 24 de junio de 1992 fue adoptada otra Decisión en el seno del Consejo relativa a la organización del año 1993 como año europeo de las personas de edad avanzada y de solidaridad entre las generaciones⁴⁰² y cuyos objetivos eran poner de manifiesto, mediante la reflexión, el debate y la sensibilización, las exigencias que plantea la evolución demográfica y los cambios que son necesarios con el objeto de facilitar la asociación de las personas de edad avanzada al proceso de integración comunitaria con un espíritu de realización de la dimensión social del mercado único⁴⁰³.

⁴⁰² DOCE L 245 de 26.08.1992. Con anterioridad el Parlamento Europeo había adoptado una Resolución, de 14 de mayo de 1986 solicitando que se declarara un año europeo de las personas de edad avanzada.

⁴⁰³ En sentido muy parecido en la Resolución 37/51 de 3 de diciembre de 1982, la Asamblea General de la ONU hizo suyo el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento. Plan que ha sido

Con motivo de la clausura del año 1993, como año europeo de las personas de edad avanzada, se aprobó una Declaración de principios del Consejo de la Unión Europea y de los Ministros de Asuntos Sociales con fecha de 6 de diciembre de 1993⁴⁰⁴ en la que se pide a los estados miembros que aprueben los objetivos contenidos en esta Declaración y elaboren políticas que tengan incidencia en ámbitos de particular interés para este colectivo: nivel de ingresos y de vida, vivienda, movilidad, oferta de cuidados y servicios, ocupación de trabajadores mayores, preparación de la jubilación y participación de las personas de edad avanzada.

En correspondencia con el contenido de esta Declaración y de conformidad con el camino trazado en aplicación de la decisión del Consejo de 1990, fue presentada por el Consejo una propuesta de apoyo comunitario a las acciones en favor de las personas de edad avanzada para el período comprendido entre el 1 de septiembre de 1995 hasta finales de 1999, con el objetivo de desarrollar el rol y el potencial de la población jubilada activa y promover las mejores prácticas en los siguientes ámbitos: mejora de la situación de las mujeres de edad avanzada, gestión de una mano de obra que envejece, transición de la vida activa a la jubilación y asistencia a las personas mayores dependientes. Así como con el objeto de reforzar la solidaridad entre las generaciones y la inserción de las personas mayores dependientes, facilitando el intercambio de información y de experiencias entre los Estados miembros y aprovechando la experiencia adquirida en el Año Europea de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre las generaciones⁴⁰⁵.

objeto de cuatro exámenes y evaluaciones periódicas, en concreto los años 1984, 1988, 1992 y 1996, y donde se ha puesto de manifiesto en las conclusiones de estas evaluaciones que pese a haber aumentado los problemas de los mayores de 60 años, las medidas adoptadas al respecto han sido mínimas, llegando, entre otras, a la conclusión de que resulta difícil que la creciente sensibilización al respecto se traduzca en políticas y programas de acción, por cuanto que la población mayor de 60 años ha aumentado extraordinariamente y, sin embargo, la respuesta en el mejor de los casos, ha sido mínima. En este sentido es necesario destacar que la ONU declaró el año 1999 como Año Internacional de las Personas de edad. Vid: <http://www.un.org/spanish/conference/areas475.htm>.

⁴⁰⁴ DOCE C 343 de 21.12.1993

⁴⁰⁵ Para una mayor información al respecto, vid; Propuesta de la Comisión COM (95) 53 final - CNS 95062 DOCE C 115 de 09.05.1995; Dictamen del Parlamento Europeo DOCE C 269 de 16.10.1995, y Dictamen del Comité Económico y Social DOCE C 236 de 11.09.1995 y , en especial <http://europa.eu.int>

La preocupación de la UE en relación con las personas de edad avanzada va más allá de la simple elaboración con carácter general, y en los términos que acabamos de ver, a partir de los años 90 de diversos estudios y programas de acción para mejorar la situación de estas personas, facilitando normalmente su tránsito de la vida laboral activa a la jubilación, ya que teniendo en cuenta los problemas socioeconómicos que plantea ya hoy y planteará en el futuro el envejecimiento de la población, con una mayor gravedad si cabe. La UE y también la ONU están optando por desarrollar un tratamiento integral de la vejez y de los problemas que ésta comporta para que mediante la supresión de ciertas barreras existentes, el proceso de transición hacia una sociedad con mayor presencia de personas ancianas no genere demasiados problemas (marginación social, exclusión, discriminación) para este colectivo cada vez más numeroso.

Con anterioridad a estos textos citados ya habían sido aprobados diversos instrumentos jurídicos que afectaban directamente a las personas de edad avanzada, especialmente en fecha de 10 de diciembre de 1982 fue adoptada por parte del Consejo una Recomendación relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación⁴⁰⁶.

En el marco de la Resolución adoptada por el Consejo de 18 de diciembre de 1979, relativa al acondicionamiento del tiempo de trabajo⁴⁰⁷, se defiende la necesidad de que la Comisión prosiga sus trabajos en materia de jubilación flexible, tal y como se establece en el apartado 3º de esta Resolución, sobre la base de considerar que la jubilación flexible ha de tener un carácter voluntario, desarrollándose vinculada a la reducción del tiempo de trabajo.

Teniendo en cuenta, así pues, entre otros factores, la evolución demográfica, las perspectivas de un crecimiento económico moderado, así como los problemas de ajuste como consecuencia de la crisis del petróleo vigente a finales de la década de los años 70, la introducción progresiva de nueva tecnología, los problemas estructurales

⁴⁰⁶ DOCE L 357 de 18.12.1982.

⁴⁰⁷ JOCE C 2 de 04.01.1980.

del mercado de trabajo, se apuesta en esta resolución por adaptar el tiempo de trabajo, horas extraordinarias, trabajo a tiempo parcial, etc, defendiendo el desarrollo de una política de jubilación flexible con carácter esencialmente voluntario.

Poco a poco se fue avanzando en la idea de que es necesario acordar de forma progresiva, el reconocimiento de que los trabajadores deben tener derecho a elegir a partir de una edad determinada, el momento de su jubilación no si antes tener en cuenta las ventajas e inconvenientes que se apuntan respecto al avance o retraso de la edad de retiro.

Son en este sentido y sin ánimo de ser exhaustivo diversas las razones que, en determinadas circunstancias, aconsejan o desaconsejan adelantar o retrasar la edad ordinaria de jubilación, entre las primeras se puede destacar: a) el esfuerzo cada vez mayor exigido a los trabajadores para desarrollar el proceso productivo; b) la aplicación progresiva en el proceso productivo de técnicas y métodos de producción que sustituyen la capacidad productiva humana; c) las incipientes tasas de desempleo, especialmente juvenil, que ha ido creciendo a medida que iba disminuyendo el crecimiento económico.

Por su parte parece recomendable optar por mantener en su caso o retrasar la edad de jubilación habida cuenta que: a) la esperanza de vida se encuentra inmersa en un importante proceso de aumento; b) la difícil carga que para el sistema supone el aumento del número de pensionistas y la duración mayor del período en el que mantiene su derecho a la pensión; c) la importancia que para el individuo y su integración social tiene el trabajo como tal⁴⁰⁸.

Tal y como ya hemos tenido ocasión de apreciar, a finales de la década de los ochenta, la gran mayoría de países, de conformidad con lo dispuesto en los arts 26 y 15 de los Convenios núm. 102 y 128 de la OIT, prescindiendo de la posible distinción

⁴⁰⁸ Vid, al respecto, entre otros, HARKMANN, H. "Un modelo para hacer flexible la edad de jubilación", en Instituto de Europeo de Seguridad Social (IESS) *"La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social"*. Ed. española Madrid 1984, pág. 99; DELEECK, H. *"La edad de jubilación. Síntesis"*, en IESS *"La edad de..." Op cit*, pág. 163.

entre sexos, tenían fijada la edad de jubilación en 65 años, y aunque en algunos países excepcionalmente se había establecido en los 67 años, la tendencia mayoritaria era la de reducir esta edad a los 60 e incluso en algún caso a los 55 años⁴⁰⁹.

La defensa de un sistema de jubilación flexible en el ámbito de la CEE, que permite al interesado a partir de una determinada edad optar por la jubilación o por continuar desarrollando su actividad laboral, hay que situarlo en paralelo a la defensa que en la Recomendación de la OIT del año 1980, relativa a los trabajadores de edad se hace respecto a la flexibilidad de la edad de jubilación para facilitar el tránsito entre la vida profesional y el retiro.

La Recomendación del Consejo relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación invita a que los Estados miembros reconozcan como uno de los principios de su política social, la implantación de la jubilación flexible o lo que es lo mismo, la libre elección del momento en el que los trabajadores puedan beneficiarse de su pensión de jubilación.

Para la consecución de esta finalidad se fijan en el marco de esta norma citada dos recomendaciones, una instando a que los Estados avancen en el establecimiento de este régimen flexible de jubilación de tal manera que se flexibilicen las normas relativas a la edad normal de admisión a una pensión de vejez para permitir que el acceso a la misma se haga sobre la base de la voluntariedad, estableciendo para ello que el trabajador asalariado, a partir de una determinada edad y, en su caso, hasta una edad límite, pueda tener el derecho de escoger libremente la edad a partir de la cual desea que se le reconozca el derecho a su pensión de jubilación, y en cualquier caso permitiendo que el trabajador asalariado tenga atribuida la facultad de solicitar anticipadamente su pensión o aplazarla en aquellos sistemas en los que se prevea una edad determinada para el disfrute de la misma, y otra recomendando que en una primera etapa de dos años, se proceda a examinar los sistemas de jubilación a tenor de

⁴⁰⁹ Además del estudio general de la OIT sobre la protección de la vejez en aplicación de los Convenios núms 102 y 128 así como la Recomendación núm. 131, Ginebra 1989, párrafos 75 a 94, vid, entre otros: DELEECK, H y BERGHMAN, J. *“La edad requerida para tener derecho a una pensión y los regímenes de pensiones en los países miembros de la CEE”*, en IESS *“La edad de...” Op cit*, pág(s) 103-143;

los principios expuestos en la Recomendación⁴¹⁰ y se analice si la generalización de las posibilidades de una jubilación progresiva es viable o no, con el fin de facilitar el paso de la actividad a tiempo completo a la jubilación.

Esta Recomendación se inserta en el marco de lo que, en sentido genérico, son las políticas de fomento del empleo por cuanto que son muy claras las referencias e interconexiones que esta tiene con la política de empleo comunitaria.

En este sentido, tanto en el Dictamen emitido por el Comité Económico Social⁴¹¹ como en la Resolución adoptada por el Parlamento europeo sobre el proyecto de recomendación del Consejo relativo a los principios de una política comunitaria de la edad de jubilación⁴¹² se advierte de los peligros y objeciones que pueden efectuarse al respecto con el propósito de que sean tenidos en cuenta para que el ejercicio de esta facultad pueda ser desarrollada en condiciones óptimas.

En la Resolución del Parlamento europeo se hace mención expresa a dos cuestiones fundamentales que son necesarias tener en cuenta a la hora de abordar las reformas para la aplicación de la jubilación flexible; así se alude en primer lugar a la necesidad de estar en guardia contra las previsiones demasiado optimistas por lo que respecta al número de empleos susceptibles de ser conservados en razón de la jubilación anticipada, por cuanto que si se tiene en cuenta la racionalización y el

BERGHMAN, J. "La edad de jubilación en Europa". en IESS "La edad de..." *Op cit*, pág(s) 145-160

⁴¹⁰ Son básicamente 5 los principios o medidas enunciadas en esta Recomendación para la implantación progresiva de la jubilación flexible; 1º Flexibilizar las normas relativas a la edad normal de admisión a una pensión de vejez, para permitir que la jubilación se efectúe sobre una base voluntaria; 2º Permitir que el trabajador asalariado, a partir de una edad determinada y, en su caso, hasta una edad límite tenga derecho a escoger libremente la edad a partir de la cual beneficiarse de su pensión. En su defecto, se defiende que en aquellos sistemas que se prevea una edad determinada para el disfrute de la pensión, se reconozca al trabajador asalariado la facultad, durante un período de tiempo determinado, de solicitar anticipadamente su pensión o, por el contrario, aplazarla más allá de la edad prescrita. 3º La flexibilización de la edad de admisión a una pensión de vejez puede también derivarse de un sistema que reconozca el derecho a una pensión de vejez después de un número determinado de años de seguro o de actividad profesional. 4º Adopción de medidas que, mediante incentivos financieros, tiendan a lograr la jubilación anticipada de los trabajadores de edad avanzada, introduciéndolas temporalmente y en razón de circunstancias económicas excepcionales, no deberían considerarse como parte de un sistema de jubilación flexible. 5º Los trabajadores asalariados admitidos como beneficiarios de una pensión de vejez no podrán ser excluidos de cualquier otra forma de actividad remunerada.

⁴¹¹ JO C 178 de 15.06.1982.

⁴¹² JO C 267 de 11.10.1982.

desarrollo de nuevas tecnologías, es muy probable que sólo una parte de los empleos vacantes resten disponibles y además se advierte, en segundo lugar, sobre la necesidad de tener en cuenta la importante carga financiera suplementaria que la adopción de una medida como esta genera o puede generar sobre el propio sistema de Seguridad Social, aunque pueda contrarrestarse parte de este coste adicional a través de la desaparición simultánea de la carga social que recae sobre el desempleo.

Es realmente difícil que la sustitución de "actuales" beneficiarios de la prestación de desempleo por "nuevos" jubilados que acceden al retiro a través de la jubilación anticipada, pueda soportar el importante coste social que el adelanto de la jubilación comporta por cuanto que, tal y como acabamos de ver, no hay seguridad alguna de que la vacante dejada por el trabajador que accede a la jubilación, vaya a ser cubierta necesariamente por un nuevo trabajador, sobre todo en momentos de crisis económica en los que las empresas optan, en general, por utilizar la vía de la jubilación anticipada como válvula de escape para amortizar puestos de trabajo y reducir costes de producción.

Tal y como más adelante tendremos ocasión de apreciar la escasez de garantías de sustitución, en los términos que acabamos de ver, y los límites existentes al respecto, han sido factores determinantes del escaso éxito de la utilización de la jubilación, especialmente la modalidad de jubilación anticipada, como medida de política de empleo.

Es evidente que existe una muy estrecha conexión entre el adelanto y/o retraso de la edad de jubilación y la política de empleo no en vano si se adelanta la edad de jubilación, tal y como acabamos de ver, es previsible que se dispare la carga financiera del sistema al aumentar de forma cuantitativa y en número de años los beneficiarios de la pensión de jubilación, mientras que si se retrasa la edad de acceso a la jubilación, es muy probable que aunque descienda considerablemente el número de sujetos beneficiarios de la pensión de jubilación, aumente el porcentaje de desempleados y desocupados al retrasarse el tránsito generacional que supone la sustitución de trabajadores en edad avanzada por jóvenes.

Es por ello necesario que la adopción de una medida como esta, la flexibilización de la edad de jubilación, tal y como se propone en la Recomendación del Consejo de 10 de diciembre de 1982 y en otros instrumentos normativos como en la reciente reforma operada en el sistema español de Seguridad Social vaya necesariamente acompañada de medidas complementarias para que pueda generar efectos beneficiosos en el conjunto del sistema, medidas que o bien incentiven la sustitución real de trabajadores ancianos por jóvenes o bien reduzcan el coste laboral que supone para una empresa el disponer de un trabajador más allá de la edad ordinaria de acceso a la jubilación para que a través de dicha reducción pueda contratar un nuevo trabajador o ambas cosas a la vez.

Tal y como en este sentido se establece en el documento elaborado por la Comisión de la UE titulado "Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea", donde se aborda el futuro de la protección social, y se defiende los sistemas de jubilación flexible acompañado de medidas tales como la inversión en formación permanente para los trabajadores de edad avanzada y la potenciación de la jubilación parcial, se resalta la necesidad de estudiar de que manera y hasta que punto es posible combinar la creación de empleo, una de las mayores preocupaciones de la UE y el retraso de la edad de jubilación que es consustancial al establecimiento de sistemas flexibles de jubilación, tal y como se señala en este documento, "resulta imprescindible determinar hasta qué punto el establecimiento de incentivos para que los trabajadores de edad avanzada permanezcan más tiempo en el mercado de trabajo puede adecuarse a la creación de puestos de trabajo adaptados a sus necesidades"⁴¹³.

La adopción, sin más de una medida como esta es altamente probable que provoque desequilibrios notables sobre el sistema ya sea en el lado del empleo o en el de las cuentas de la Seguridad Social por ello es preciso calcular el impacto que una medida de este tipo puede provocar al objeto de anticiparse al mismo y prever el establecimiento de medidas compensadoras.

1.3.2 La libre circulación de trabajadores y las prestaciones de vejez de los trabajadores migrantes.

Una gran parte de los problemas que se plantean en el caso de los trabajadores migrantes dentro del ámbito de la UE giran en torno al reconocimiento del derecho a la prestación de jubilación y más en concreto sobre la forma de cálculo de la misma. No debe olvidarse que la aplicación del principio de libre circulación, uno de los pilares básicos de la UE, obliga a ajustar las disposiciones aplicables al respecto con la finalidad de evitar que precisamente éstas sean un obstáculo para la consecución de dicho principio.

Las normas de derecho comunitario que regulan el cálculo de la prestación de jubilación en el supuesto de trabajadores que hayan cotizado en dos o más Estados miembros de la Unión Europea se encuentran recogidas en el Reglamento (CEE) nº 1408/1971 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y sus familiares que se desplazan dentro de la Comunidad. Reglamento que ha sufrido alguna alteración significativa en el devenir de los años, destacando, en especial y por lo que respecta a nuestros intereses, la producida con ocasión de la Adhesión de España y Portugal a la entonces Comunidad Europea, hoy Unión Europea (en adelante UE) y la establecida en el Reglamento (CEE) número 1248/92 del Consejo de Europa por el que se modifica el Reglamento de 1971⁴¹⁴.

⁴¹³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *“Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea: comunicación de la Comisión”*. Selecciones de documentación internacional. CEDIS, núm. 56, 1997, pág. .12.

⁴¹⁴ A fecha de 30 de enero de 1997, fecha de publicación en el DOCE del Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, por el que se modifica y actualiza el Reglamento nº 1408/1971 y el nº 574/72, de 21 de marzo, por el que se establecen las modalidades de aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad, la lista de actos modificativos de estos reglamentos es extensa, vid al respecto DOCE L 28 de 30.1.1997, pág(s) 228-229.

En concreto, son de aplicación los arts 44 a 51 de este Reglamento, incluidos en el Capítulo III, del Título III del mismo, relativo a las pensiones de vejez y muerte. Artículos que no sólo están vigentes en relación con estas dos prestaciones sino que también son de aplicación en algún supuesto de invalidez, tal y como se establece en el art. 40.1 del Reglamento nº 1408/1971: en aquellos casos en los que el beneficiario de la pensión de invalidez haya estado sucesiva o alternativamente sujeto a las legislaciones de dos o más Estados miembros, de las cuales al menos una no sea del tipo señalado en el apartado 1º del artículo 37, tendrá derecho a las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en el Cap. III, que serán aplicables por analogía. O lo que es lo mismo, en aquellos casos en los que el beneficiario haya estado sujeto a legislaciones que cifran la cuantía de la prestación de invalidez independientemente de la duración de los períodos del seguro (legislaciones de tipo "A"), como es el caso de España, Francia y Bélgica y a legislaciones en las que sí se tiene en cuenta la duración de los períodos de seguro en el momento de determinar la cuantía de las prestaciones (legislaciones de tipo "B"), como es el caso de Alemania y Luxemburgo, entre otros⁴¹⁵, serán aplicables analógicamente las reglas contenidas en los arts 44 a 51 antes citados.

En este sentido, es importante tener presente que los citados artículos del Reglamento nº 1408/1971, sólo son aplicables cuando nos encontremos ante una invalidez que afecta a personas que han realizado cotizaciones en legislaciones del tipo "B" o cuando se hayan efectuado indistintamente cotizaciones a países del tipo "A" y "B"; no en aquellos supuestos en los que las cotizaciones se han devengado solamente a países del tipo "A"; en este último supuesto la pensión sólo será reconocida en el país en el que la invalidez aparece y el interesado disfrutará de una sola pensión (art. 37. 1 en relación con el art. 39 del Reglamento nº 1408/1971).

El art. 45. 1 del Reglamento nº 1408/1971, recoge el principio de totalización de los períodos de cotización, es decir, de consideración de los períodos cotizados en otros países de la UE como si se tratara de períodos cumplidos de acuerdo con la

legislación que se aplique, de conformidad con lo que se establece en este artículo, "cuando, en virtud de un régimen que no sea régimen especial de acuerdo con los apartados 2 ó 3, la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de que hayan sido cumplidos determinados períodos de seguro o de residencia, la institución competente de dicho Estado miembro tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro, ya sea en un régimen general o especial, aplicable a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. Para ello tendrá en cuenta dichos períodos como si se tratara de períodos cumplidos de acuerdo con la legislación que aplique"⁴¹⁶.

Es importante la aplicación del principio de totalización de los períodos de cotización, no sólo porque a través de él se garantiza lo dispuesto en el art. 51. 1 a) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea por lo que respecta a la acumulación

⁴¹⁵ En la parte A del anexo IV se establece cuáles son las Legislaciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 37 del Reglamento, según las cuales la cuantía de las prestaciones de invalidez es independiente de la duración de los períodos de seguro.

⁴¹⁶ En el propio art. 45. 1 se establecen, a continuación, una serie de reglas complementarias al principio de totalización, así, por ejemplo, en primer lugar, se especifica que cuando la legislación de un Estado miembro subordine la concesión de ciertas prestaciones al requisito de que los períodos de carencia hayan sido cumplidos únicamente en una profesión sometida a un régimen especial aplicable a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, o en un empleo determinado, los períodos cumplidos en virtud de la legislación de otro Estado sólo serán computables en el supuesto de que hayan sido cumplidos al amparo de un régimen de igual naturaleza o, en su defecto, en la misma profesión o, dado el caso, en el mismo empleo (art. 45 2 y 3). En segundo lugar, se establece que los períodos cumplidos bajo un régimen especial serán computados conforme al régimen general de otro Estado miembro, a condición de que el interesado haya estado afiliado a uno u otro de dichos regímenes, aunque dichos períodos hayan sido ya computados conforme a las reglas antes mencionadas (art. 45.4). En tercer lugar se especifica que cuando la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones a una condición de seguro en el momento en el que se produzca el hecho causante, se presumirá el cumplimiento de dicha condición en caso de aseguramiento e virtud de la legislación de otro Estado miembro. En este sentido el anexo VI. apartado D relativo a las modalidades particulares de aplicación de las legislaciones de ciertos Estados miembros, España, al que remite el propio apartado 5 del art. 45, precisa que: "Todo trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que haya dejado de estar asegurado con arreglo a la legislación española, se considerará que lo está todavía en el momento en que se produzca el hecho causante, a efectos de aplicación de lo dispuesto en el cap. 3 del título III del Reglamento., si está asegurado con arreglo a la legislación de otro Estado miembro en el momento en que se produzca el hecho causante o, en su defecto, en el caso en que una prestación sea debida de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro por el mismo hecho." Finalmente el apartado 6º del art. 45 establece que el período de desempleo total durante el cual el trabajador por cuenta ajena se beneficia de prestaciones, se tendrá en cuenta por la institución competente del Estado miembro en cuyo territorio resida el trabajador, como si hubiera estado sujeto a dicha legislación durante su último empleo.

de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales⁴¹⁷, así como para el cálculo de éstas, sino también porque según si ha sido necesario o no recurrir a este principio, es diferente la forma de cálculo de la prestación.

En aquellos supuesto en los que no sea necesario tener en cuenta la regla o principio antes mencionado, tal y como se establece en el art. 46. 1 a) del Reglamento nº 1408/1971, la institución competente deberá efectuar un doble cálculo, puesto que deberá determinar en primer lugar, la cuantía de la prestación que será debida conforme a lo que se haya cotizado o residido, así como también y en segundo lugar, la pensión que le correspondería en el supuesto de que hubiese hecho falta tener en cuenta el principio de la totalización.

En este segundo caso, se calculará la pensión como si lo cotizado o residido en el país en el que se produce el hecho causante no hubiese sido suficiente para reconocer el derecho a la prestación de vejez y en su caso de invalidez.

La institución competente podrá renunciar a efectuar este segundo cálculo teórico si el resultado del mismo es idéntico o inferior al que se deriva del 1º, es decir si la cuantía obtenida de conformidad con las reglas del art. 46.2 es igual o inferior a la obtenida si se calcula teniendo en cuenta que se han cumplido todos los requisitos exigidos y de conformidad con la legislación donde se ha meritado⁴¹⁸.

⁴¹⁷ La aplicación de este principio es válida no sólo para la consecución o cumplimiento del período de carencia genérico, sino también para el cumplimiento del período de carencia específico tal y como en este sentido se desprende de la letra f) del art. 15 del Reglamento nº 574/92 donde se establece que: "f) cuando, según la legislación de un Estado miembro, ciertos períodos de seguro o de residencia sólo sean computados si han sido cubiertos dentro de un plazo determinado, la institución que aplique esta legislación: i) sólo computará los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro, que si han sido cubiertos dentro del plazo en cuestión, o...".

⁴¹⁸ A tal efecto en el apartado C del anexo IV del Reglamento (CE) nº 118/97, se enumeran para cada Estado miembro afectado los casos en los que ambos cálculos conducirán a dicho resultado. En Dinamarca, todas las solicitudes de pensiones establecidas por la Ley de pensión social, salvo las mencionadas en el apartado D; en Irlanda, todas las solicitudes de pensiones de jubilación, vejez contributiva y viudedad; en Italia, todas las solicitudes de pensiones de invalidez, jubilación y supervivencia de los trabajadores por cuenta ajena así como algunas categorías de trabajadores por cuenta propia: cultivadores directos, aparceros, granjeros, artesanos y personas que ejerzan actividades comerciales; en los Países Bajos, todas las solicitudes de pensión de vejez con arreglo a la Ley de 31 de mayo de 1956 sobre el seguro de vejez garantizado, en su versión modificada; en Portugal todas las

Efectuados los cálculos correspondientes, el interesado, tal y como se establece en el apartado 3º del art. 46 del Reglamento nº 1408/1971, tendrá derecho a percibir de la institución competente de cada Estado miembro afectado, la prestación más elevada, sin perjuicio llegado el caso, de la aplicación del conjunto de las cláusulas de reducción, suspensión o supresión previstas por la legislación en virtud de la cual dicha prestación habrá de ser abonada.

En los supuestos en los que sí sea necesario tomar en consideración la totalización de los períodos de cotización a que hace referencia el art. 45 y/o el apartado 3º del art. 40 para satisfacer los requisitos exigidos por la legislación de un Estado miembro con el fin de tener derecho a las prestaciones, la forma de cálculo de la prestación es más compleja, rigiéndose, en este caso, por las reglas contenidas en el art. 46.2, donde se establece que: "a) la institución competente calculará la cuantía teórica de la prestación que el interesado podría obtener en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia hayan sido cumplidos en el Estado miembro en el que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación".

Realizado este cálculo teórico, la institución competente determinará a continuación, el importe efectivo de la prestación prorrateando la cuantía teórica señalada en la letra a) entre la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con la legislación que ésta

solicitudes de pensiones de invalidez, vejez y de viudedad; y finalmente en Suecia todas las solicitudes de pensiones base y suplementaria de vejez, salvo las mencionadas en la parte d del mismo anexo. Tal y como en este sentido señala CARRASCOSA BERMEJO, M^ºD. "En Dinamarca, Irlanda, Italia, Países Bajos, Portugal y Suecia, se sabe de antemano que el resultado de la mencionada comparación siempre será favorable a la pensión autónoma por lo que se trata de evitar las complicaciones de un doble cálculo. Esto, es así, por que son legislaciones nacionales cuya norma anticúmulo garantiza que la pensión autónoma sólo pueda ser reducida, en caso de acumulación con prestaciones de naturaleza distinta, de una manera proporcional poniendo en relación la duración de los períodos cubiertos en este Estado y la duración total de los períodos de seguro cubiertos en su vida activa en Estados miembros". *Cfr. "Cálculo de la pensión de jubilación contributiva española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la base reguladora".* Comunicación presentada al IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTySS, Madrid 1999, pág. 416 (nota a pie de página).

aplica, en relación con la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados”.

Deberá así pues, efectuarse en primer lugar, un cálculo teórico de la cuantía que le hubiese correspondido al interesado si consideramos los períodos de cotización (de seguro y/o de residencia) efectuados en otros Estados miembros como realizados en el país en el que se insta la solicitud de la prestación correspondiente. La institución competente calculará la prestación teórica que le hubiera correspondido teniendo en cuenta los períodos de aseguramiento y/o de residencia cumplidos en otros Estados como si los hubiese cubierto en el Estado en el que acontece el hecho causante.

Calculada la cuantía teórica, y a efectos de determinar la cuantía real deberá efectuarse el prorrateo del importe obtenido teniendo en cuenta cuál ha sido el tiempo de aseguramiento y/o de residencia cumplido bajo la legislación del Estado donde se ha producido el hecho causante, en relación con la duración total de estos períodos completados con anterioridad al hecho causante en otro o varios Estados miembros. Obtendremos de esta manera la denominada “cuantía efectiva prorrateada”, que es la que correspondería al trabajador en cuestión en el Estado en el que formaliza su solicitud, sobre la base de la cuantía teórica, pero a prorrata de la duración de los períodos de seguro o de residencia cubiertos en ese Estado en relación con la duración total de esos períodos cubiertos en todos los Estados afectados.

Para calcular la cuantía teórica y la prorrata a que hace referencia el art. 46.2 a) del Reglamento nº 1408/1971, el art. 47 del mismo establece, bajo la rúbrica de disposiciones complementarias para el cálculo de la prestación, una serie de reglas adicionales que al margen de las dos primeras que son de alcance general, aparecen clasificadas en 5 grupos atendiendo a los diversos sistemas de cálculo que siguen las legislaciones de los diferentes Estados miembros⁴¹⁹.

⁴¹⁹ Las situaciones a que hace referencia el art. 47. 1 del Reglamento nº 1408/1971 para el cómputo de los períodos superpuestos según cuál sea el sistema seguido por cada Estado miembro, son

La existencia de este conjunto singularizado de reglas complementarias para el cálculo de las prestaciones tiene su razón de ser en el hecho de que el Reglamento nº 1408/1971 no ha sido configurado como una norma de armonización en el sentido de entender que sustituye a las diferentes legislaciones nacionales para fijar normas comunes a todos los Estados miembros, sino que nos encontramos ante una norma de coordinación de las diferentes legislaciones nacionales que al tratar de acercar y enlazar sistemas diferentes se ve obligado a hacer uso de normas complejas que permitan mantener la diversidad de sistemas vigentes y es por ello que el legislador comunitario manteniendo una unidad general, ha optado por el establecimiento de disposiciones que, teniendo en cuenta las diferentes peculiaridades que presentan los regímenes de Seguridad Social, adecuan estos sistemas a la nueva forma de cálculo de las prestaciones.

El problema sobre el encuadramiento de la legislación española en alguno de los supuestos a que hace referencia el art. 47. 1 del Reglamento, fue solventado por el TJCE en la sentencia de 12 de septiembre de 1996 (Ar. 150), asunto C-251/1994 Lafuente Nieto, al resolver una cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, tal y como más adelante tendremos ocasión de examinar, al afirmar en su fundamento número 23 que: “las circunstancias en las que está regla se insertó en el Reglamento (en referencia a la regla contenida en la letra e) del art. 47. 1, que hoy se corresponde con letra g) de este mismo artículo en la versión del Reglamento nº 1248/92), indican que se refiere precisamente a un régimen de

5 y así se dividen los Estados tal y como sigue: “art. 47. 1 c). Estados miembros cuya legislación dispone que el cálculo de las prestaciones se efectúe a partir de unos ingresos medios, una cotización media, un aumento medio o atendiendo a la relación que haya existido durante los períodos de seguro, entre los ingresos brutos del interesado y la media de los ingresos brutos de todos los asegurados, excepto los aprendices (...); art. 47. 1 d). Estados en los que la legislación dispone que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a la cuantía de los ingresos, a las cotizaciones o los aumentos que habrán de tomarse en consideración en virtud de los períodos de seguro o de residencia cumplidos bajo las legislaciones de otros Estados miembros, atendiendo a la media de los ingresos, las cotizaciones o los aumentos que correspondan a los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación que aplique dicha institución; art. 47.1 e). Estados miembros cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a unos ingresos o cuantía a tanto alzado (...); art. 47.1 f). Estados miembros cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe, para ciertos períodos atendiendo a la cuantía de los ingresos, y para otros períodos atendiendo a unos ingresos o cuantía a tanto alzado (...); y art. 47.1 g). Estados cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a una base de cotización media (...).

cálculo de las prestaciones por invalidez como el previsto por la legislación española, que dispone, efectivamente, que el cálculo de las prestaciones depende, salvo excepciones, de una base media de cotización⁴²⁰.

Hay que tener presente, en este sentido, tal y como declara el propio TJCE en el 1º de sus pronunciamientos, que el apartado en cuestión, fue introducido, en virtud de lo dispuesto en el Anexo I parte VIII del Acta de adhesión del Reino de España y Portugal a las Comunidades Europeas⁴²¹ relativo a la Política Social, donde, entre otras cuestiones, se añadió una letra e), hoy g) al apartado 1º del art. 47 del Reglamento nº 1408/1971, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) nº 2001/1983 del Consejo, de 2 de junio de 1983⁴²².

Que la legislación española se incluye entre aquellas legislaciones en las que las prestaciones de invalidez y/o vejez se calculan sobre una base de cotización media, se desprende con cierta claridad de lo establecido en el art. 140 y 162 del TRLGSS/1994, en la medida en que el legislador español al establecer la forma o sistema de calculo de la prestación de jubilación e de invalidez derivada de contingencias comunes, la efectúa tomando en consideración las bases de cotización del trabajador durante un determinado período de tiempo anterior al hecho causante (12 últimos años durante el año 2000, 13 últimos años en el año 2001 y 15 últimos años a partir del 1 de enero

⁴²⁰ Las posiciones de las partes al respecto eran dispares ya que si bien el Sr. Lafuente Nieto consideraba que el sistema español se enmarcaba en la primera de las reglas del art. 47. 1, la incluida en la letra b), actual letra c) al considerar que se establece en nuestro sistema una relación directa entre la cuantía de las prestaciones y los salarios, las cotizaciones y los incrementos, el Gobierno español se decantaba por considerar que la regla aplicable era la contenida en la letra e) actual letra g), porque el régimen español hace depender el cálculo de las prestaciones de una "base media de cotización" que no equivale al salario real y por su parte la Comisión sostenía que ninguna de las previsiones contenidas en el art. 47.1 eran aplicables al ordenamiento español, en el que la cuantía de la prestación es independiente de la duración de los períodos de seguro.

⁴²¹ B.O.E. de 1 de enero de 1986.

⁴²² En este mismo sentido es posible encontrar sentencias que aluden a este hecho como argumento para considerar que es aplicable el mismo, sirva de ejemplo, la sentencia del TS de 25 de febrero de 1992 (Ar. 1376), donde expresamente se establece que: "Es claro que la legislación española está comprendida en el ap. e) de este art. 47.1, pues el cálculo de las prestaciones se lleva a efecto sobre una base de cotización media, lo cual es típico y característico de la legislación de Seguridad Social española. Para mayor seguridad se destaca que este ap. e) fue incluido en el art. 47.1 por disponerlo así el Tratado de adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas, y al parecer a instancias de España, lo que refuerza la consideración de que dicho apartado acoge precisamente a la normativa española".

del año 2002), y aunque la base de cotización, tal y como aparece configurada en el sistema español de Seguridad Social, guarda una conexión, no del todo exacta, con la remuneración del trabajador, el legislador ha querido desvincular el cálculo de la prestación de jubilación y de invalidez permanente derivada de enfermedad o accidente común de la cuantía real de los ingresos del beneficiario, por cuanto que no son éstos los que se toman en consideración a la hora de fijar la base reguladora, sino las base media de cotización en un período de referencia determinado⁴²³.

Solventado el problema inicial que podía plantearse respecto al encuadramiento de la legislación española en alguno de los supuestos a que hace referencia el art. 47. 1 del Reglamento nº 1408/1971, para el cálculo de la cuantía teórica y de la prorrata fijados en el apartado 2º del art. 46, es necesario a continuación proceder a analizar como se debe calcular la base cotización media, en aquellos sistemas como el español en cuya legislación se disponga que el cálculo de las prestaciones se realizará atendiendo a dicha base cotización.

Tal y como establece el art. 47. 1 g), en la versión actual del Reglamento nº 1408/1971, "la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a una base de cotización media determinará dicha base media en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado".

El TS había aceptado y adoptado como criterio unificado, a partir de la sentencia de 25 de febrero de 1992 (Ar. 1376) y reproducido en sentencias posteriores⁴²⁴, que para el cálculo de la base reguladora se tenía que tener en cuenta la media aritmética de las bases de cotización máxima y mínima en España cada año y

⁴²³ Vid en este sentido ARANZADI SOCIAL, 1996-IV, Pág(s) 2825-2836.

⁴²⁴ Tal y como se establece en la sentencia del TS de 30 de mayo de 1996 (Ar. 4707) la sentencia de 25 de febrero (Ar. 1376) sentó las bases de la doctrina aplicable, doctrina que fue desarrollada y completada, entre otras, por las sentencias del propio TS de 15 y 25 de octubre de 1993 (Ar. 9216/93 y 863/94); 3 y 18 de mayo de 1994 (Ar. 3990 y 4216); 30 de enero, 3 y 27 de marzo, 19 de junio, 7 de octubre y 10 de noviembre de 1995 (Ar. 529,1743, 2560, 5202, 7586 y 8401), todas ellas dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina.

durante el período elegido, para un trabajador de la misma categoría profesional que la que desempeñaba el beneficiario”.

La posición mantenida por el TS en la que se defiende el criterio de la media aritmética si bien parte del contenido del art. 47. 1 letra e), hoy letra g) del Reglamento nº 1408/1971, la verdad es que la construcción de este criterio se aleja del contenido del mismo por cuanto que parece claro el sentido de este precepto al sostener que sólo se calculará la base media en atención a los períodos de seguro o cotización cumplidos bajo la legislación del Estado donde solicita la prestación.

El TS opta, en un importante ejercicio de abstracción, por la determinación de la base media de cotización sobre la base de cotizaciones presuntas, y ante la falta de especificación legal, se inclina por seleccionar el punto intermedio entre los topes o límites máximo y mínimo de las bases de cotización de los trabajadores de la misma categoría o grupo profesional.

Esta interpretación del TS se sustenta no sólo en el criterio de equilibrio y equidad en la determinación de las cotizaciones presuntas, sino también y, especialmente en el principio de ponderación en el método de cálculo de las pensiones que informa la legislación española de Seguridad Social, en referencia al art. 3 y concordantes de la Ley 26/85, hoy arts 140 y 162 y Disposición Transitoria quinta del TRLGSS, versión actualizada tras la Ley 24/97, de 15 de julio.

El recurso al criterio de las bases medias asumido por el TS, permite que sean rechazados los otros criterios aceptados con anterioridad por algunos Tribunales; como son, por un lado el considerar que, en atención al período cotizado en otro Estado miembro, debían tenerse en cuenta, a efectos del cálculo las prestaciones, las cotizaciones superiores efectuadas en el extranjero, de tal manera que cuando el importe real de los salarios percibidos y/o el importe de las cotizaciones efectuadas en otro país miembro, durante el período inmediatamente anterior al hecho causante, superase el importe de las bases máximas, el importe de estas bases máximas, era el

computable para el cálculo de la base reguladora de la prestación⁴²⁵, o por otro, el que hacía referencia a la necesidad de acogerse a las bases mínimas de cotización al considerar que el período inmediatamente anterior al hecho causante, aquel que debía servir para proceder a calcular la cuantía de la prestación, era un período en el que no existía obligación de cotizar y por ende se consideraba necesario suplir esta falta de cotización siguiendo la regla de las bases mínimas⁴²⁶.

El Abogado General Sr. La Pégola en el escrito de conclusiones al asunto "Lafuente", presentado el 20 de junio de 1996, rechaza tanto el sistema de cálculo de la prestación que tienen en cuenta las cantidades pagadas en el extranjero como aquel en el que se sostiene la consideración de que no existía obligación de cotizar, manifestándose en tal acuerdo con el también Abogado General Sr. Jacobs quien en el asunto Reichling (asunto C-406/93) manifestó que "la finalidad y el espíritu del Reglamento se verían gravemente amenazadas si, en el supuesto de un trabajador migrante, a un Estado miembro que aplicara la legislación de tipo A se le permitiera sustituir el cálculo normal por uno totalmente artificial que llevara a una cuantía teórica muy inferior a la cuantía de la prestación que ha de pagarse a un trabajador en una situación equivalente que hubiera estado sujeto tan sólo a la legislación de ese Estado miembro"⁴²⁷, ya que tal y como manifiesta en el apartado 56 de este escrito, "considerar al trabajador migrante como un trabajador no sujeto a obligación de cotizar durante el período de referencia, vulnera los principios fundamentales del

⁴²⁵ Vid, entre otras, sentencias del TSJ de Madrid de 30 de octubre de 1991 (Ar. 5970); de Andalucía/Málaga de 14 de noviembre de 1991 (Ar. 6316); de Cataluña de 19 de diciembre de 1991 (Ar. 6729); de Madrid de 10 de enero de 1992 (Ar. 414); de Asturias de 18 de marzo de 1992 (Ar. 1147); y de 15 de enero de 1993 (Ar. 73); y del País Vasco de 14 de marzo de 1994 (Ar. 967), en las cuales acogiéndose a la jurisprudencia del TS dictada al amparo de Convenio hispano-alemán de Seguridad Social, que en algunos casos se aplicaba porque se entendía que era más favorable que las normas comunitarias, se defendía que debían ser tenidas en cuenta las cotizaciones realizadas en el extranjero como efectivamente realizadas en España y que cuando estas cotizaciones superasen los toques máximos de cotización establecidos reglamentariamente en España, se aplicarían estos últimos, sucediendo lo mismo cuando hipotéticamente no se alcanzaran los toques mínimos.

⁴²⁶ Vid, en este sentido y a modo de ejemplo, sentencias del TSJ de Castilla y León/Valladolid de 11 de junio de 1991 (Ar. 3816) y de 27 de julio de 1992 (Ar. 3536), donde se establece en esta última sentencia y referido al caso objeto de atención, que: "debe calcularse la cuantía de la base reguladora computando, a fin de integrar la falta de cotización a la Seguridad Social española, las bases mínimas del grupo profesional del Peón, mayor de 18 años correspondientes al período que media entre 1-10-82 y 30-9-90, en el que el accionante cotizó tan sólo en Alemania".

⁴²⁷ Rec. 1994 I-4069.

Derecho comunitario, ya que no se trata al trabajador migrante como trabajador y lo discrimina injustificadamente respecto a los trabajadores que no han ejercido el derecho a la libre circulación. (...). La equiparación del emigrante con una persona que no está sujeta a la obligación de cotizar y la consiguiente aplicación a dicho trabajador del salario mínimo interprofesional constituye una ficción legal que empeora la situación del interesado respecto a aquella en que se habría encontrado si no hubiese ejercido el derecho a la libre circulación: el resultado es incompatible con la finalidad y los principios de artículo 51 del Tratado”.

También se rechaza el criterio de tener en cuenta la retribución percibida en el país donde se produce el hecho causante en el momento de calcular la cuantía teórica por cuanto que ello supondría privilegiar al trabajador migrante respecto del trabajador “sedentario”, en expresión del propio Sr. La Pégola, entendiéndose por tal aquel que permanece en su Estado de origen ya que teniendo en cuenta las diferencias salariales todavía existentes entre diferentes Estados (como podría ser el caso de España y Alemania), se favorecería indebidamente al trabajador que haya ejercido su derecho a la libre circulación respecto a quien no haya ejercido dicho derecho.

Se llegó incluso en algún caso a solicitar tal y como se señalaba en la sentencia del TSJ de Cataluña de 13 de marzo de 1997 (Ar. 1855), la aplicación de la doctrina plasmada por el TJCE en la sentencia de 9 de agosto de 1994, asunto C-406/96, Reichling, Rec. p I-4073 y ss, donde se establecía que la letra a) del art. 46 del Reglamento nº 1408/1971, “debe interpretarse en el sentido de que, cuando la legislación aplicable de un Estado miembro haga depender el importe de la prestación de invalidez de la retribución que perciba el trabajador al sobrevenir la invalidez, y el trabajador de que se trate no se encuentre, en ese momento, sometido al régimen de Seguridad Social de dicho Estado por trabajar en otro Estado miembro, la institución competente debe calcular la cuantía teórica de la prestación basándose en la última retribución percibidas por el trabajador en otro Estado miembro”.

A pesar de las reticencias manifestadas por el TS al respecto⁴²⁸, fue necesario e inevitable plantear ante el TJCE una cuestión prejudicial para poder determinar no sólo cuál es la normativa aplicable al sistema español de Seguridad Social, sino también para que este Tribunal precisase si era o no acertado el criterio unificado adoptado por el TS al respecto, máxime cuando en la sentencia de este Tribunal de 27 de marzo de 1995 (Ar. 2560) se planteó un voto particular en el que se cuestionaba la doctrina adoptada por el TS, al entender que la misma se alejaba del sentido de la norma, art. 47. 1 e) del Reglamento nº 1408/1971 donde se establece que el cálculo de la base media de cotización debe efectuarse “en función únicamente de los períodos de cotización cumplidos con arreglo a la legislación de dicho Estado”.

Este inciso final del apartado e) del art. 47. 1 del Reglamento nº 1408/1971, obliga a que se considere como período computable a efectos de cálculo de la prestación de jubilación, que en aplicación del actual del régimen transitorio, a partir de lo dispuesto en la Ley 24/1997, de 15 de julio los 12, 13, ó 15 años inmediatamente anteriores a la fecha de la última cotización efectuada en España, no siendo del todo acertado, tal y como se venía haciendo, tomar como período de referencia los años inmediatamente anteriores al hecho causante.

Se añade, a continuación que siendo necesario remontarse a un período de cómputo, en muchas ocasiones, muy anterior al del hecho causante, “la necesaria efectividad de la acción protectora de la Seguridad Social se traduce en una exigencia de actualización y o revalorización de las prestaciones o de los elementos tomados en consideración”.

La doctrina expresada en el voto particular antes mencionado que aboga por entender que la doctrina unificada debería concretarse en los siguientes términos: “a) las bases de cotización se determinarán en función de la normativa interna vigente en

⁴²⁸ En opinión del propio TS, manifestada, entre otras, en la sentencia de 25 de febrero 1992 (Ar. 1376), rechaza la necesidad de plantear una cuestión prejudicial de conformidad con el art. 177 del Tratado constitutivo de la CEE, al entender que este artículo no obliga a que los Tribunales nacionales planteen esta cuestión por el solo hecho de que se suscite cualquier problema interpretativo; “toda vez que el planteamiento únicamente se debe realizar en aquellos supuestos en que la disposición

el período computable a tales efectos; b) tal período no es sino el correspondiente a los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española; c) partiendo de tales bases y períodos, la base reguladora se fijará de acuerdo con la normativa vigente en la fecha del hecho causante; y d) la cuantía de la pensión así obtenida habría de ser objeto de revalorizaciones, en los términos indicados”, cobraba fuerza y era confirmada, por la modificación operada en el Reglamento nº 1408/1971, por el Reglamento (CEE) nº 1248/92 del Consejo, de 30 de abril, que no sólo cambió la letra e) por la g); sino que procedió a incluir en el Anexo VI, relativo a las modalidades particulares de aplicación de las legislaciones de ciertos Estados miembros, en la letra D, referida a España, un apartado, el cuarto, relativo al cálculo de las prestaciones.

Apartado establecido en desarrollo de lo dispuesto en el art. 47. 1 e), ahora g), donde se prevé, en un sentido muy parecido al expuesto en el voto particular aludido, que: “a) En aplicación del artículo 47 del Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española; b) La cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculadas para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza”⁴²⁹.

El Abogado General Sr. Antonio La Pégola en su escrito de conclusiones relativas al asunto Lafuente, censura la solución jurisprudencial adoptada por el TS, que como hemos visto, optaba por las bases medias, al considerar que si bien ésta puede encontrar su propio fundamento en el ordenamiento nacional, no se concilia con las disposiciones del Reglamento, por cuanto que, se aleja del alcance y significado de la

comunitaria aplicable presente serias y fundadas dudas de interpretación siendo muy difícil adoptar una solución segura ante la obscuridad, vaguedad o imprecisión de los términos de tal norma”.

⁴²⁹ El Abogado general Sr. La Pergola afirma en las conclusiones presentadas el 15 de octubre de 1998 al asunto C-153/97 Aristóteles Grajera Rodríguez contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), *vid al respecto*, <http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi...>, que es incompatible con el art. 51 del Tratado CE la letra D del Anexo VI al limitarse al año anterior a aquel en que se produce el hecho causante el período de tiempo al cual se aplica la actualización de la pensión del trabajador migrante debiéndose también incluir el año en el que se produce el hecho causante (apartado 21)

letra e) del art. 47.1 del Reglamento nº 1408/1971, donde se establece que la cuantía teórica, sobre cuya base la institución competente deberá posteriormente conceder las prestaciones de Seguridad Social que le compete, conforme al criterio del prorrateo, se debe calcular exclusivamente en relación con lo que el trabajador haya pagado efectivamente durante el período de sujeción a la Ley nacional que deba aplicarse, den tal manera que, tal y como señala el Sr. La Pégola, “la cuantía teórica debe calcularse con arreglo a los parámetros establecidos por la normativa nacional, haciendo referencia a las cotizaciones pagadas por el interesado a la institución española, mientras estaba sujeto a la Ley del país de origen (es decir, en los años anteriores a su emigración), siempre, por supuesto, de conformidad con la normativa vigente en el momento en que se concede la prestación”.

Obviamente el cálculo de la prestación tomando en consideración únicamente las cotizaciones efectuadas antes de que se produzca la emigración y calculadas con arreglo a la legislación que deba aplicarse, puede perjudicar notablemente a este trabajador emigrante, sobre todo si tenemos en cuenta que por norma general, nos tendremos que remontar a períodos remotos, tomando como valor el importe de las cotizaciones pagadas por aquel entonces, obtendremos como resultado prestaciones por un valor actual bastante reducido al no tenerse en cuenta, entre otros factores, el proceso inflacionista, de ahí que se establezca, en los términos que hemos visto en el Anexo VI, letra d), la necesidad de que se proceda a la actualización de la cantidad obtenida, actualización que deberá efectuarse conforme a criterios de efectividad para adecuar, tal y como señala el Sr. La Pégola, el posible valor nominal de la prestación a su valor real, teniendo en cuenta los incrementos de las prestaciones de Seguridad Social que se hayan establecido, conforme a la legislación española, en relación con la categoría a que resulta pertenecer el trabajador. Esta solución es justa ya que aunque no se computan los salarios percibidos en otro Estado miembro, en compensación las cantidades cotizadas en su momento por el trabajador se actualizan al valor presente⁴³⁰.

⁴³⁰ En este sentido el propio Tribunal Supremo solicitó al TJCE mediante auto de 23 de abril de 1997 que da lugar al asunto C-153/97 Aristóteles Grajera Rodríguez contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), que se pronunciara sobre si debe considerarse contrario a los arts 48 y 51 del Tratado de la Comunidad Europea el sistema de

El TJCE, por todo ello y teniendo en cuenta la necesidad de interpretar la regla contenida en el art. 47. 1 letra e), hoy g), de conformidad con los principios enunciados en el art. 51 del Tratado, rechaza tanto que esta disposición sea interpretada de tal manera que el cálculo de la prestación se funde en una base mínima, como que la base media se determine en función del importe de las cotizaciones pagadas en otro Estado miembro y sostiene que sólo deben computarse el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación de que se trate aunque dicho importe deberá ser actualizado y revalorizado, de manera que corresponda al que el interesado habría pagado efectivamente si hubiera seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado de que se trate⁴³¹.

Será, así pues, necesario que la institución competente (en el caso español el INSS), efectúe, en primer lugar el cálculo de la base media de cotización con arreglo a las novedades introducidas por la LCRSS, en especial la referida a la ampliación gradual del período de referencia para el cálculo de la base reguladora, teniendo en cuenta

cálculo establecido en este punto 4º de la letra d del Anexo VI del Reglamento 1408/1971 al considerar que la mera revalorización no permite garantizar la igualdad de trato del trabajador migrante respecto del sedentario, especialmente en aquellos casos en los que el interesado haya finalizado su carrera laboral en otro Estado miembro y los períodos de cotización cubiertos en España estén notablemente alejados en el tiempo. Según opinión del Abogado General Sr. La Pergola, manifestada en la conclusiones presentadas el 15 de octubre de 1998 al asunto C-153/97 las razones esgrimidas por el TS para solicitar que el TJCE se pronuncie sobre esta cuestión son de dos tipos; por cuanto que además de aludirse a dificultades de carácter administrativo y estadístico para aplicar la regla de la actualización se hace referencia al trato desigual que padecen los trabajadores migrantes respecto de los sedentarios ya que éstos últimos, a diferencia de los trabajadores migrantes, pueden calcular su prestación a partir de las bases de cotización de los últimos ocho años de actividad inmediatamente anteriores al momento en que se alcanza la edad de jubilación, coincidiendo normalmente con las bases más altas.

Aun reconociendo que los problemas aludidos por el TS son reales y serios, el Abogado General Sr. La Pergola sostiene que no es posible propugnar la invalidez del método de actualización, no sólo porque tal y como éste afirma (apartado 18) la norma no prescribe ninguno en particular sino porqué en atención a las características fundamentales del modelo contributivo de financiación, carece de sentido permitir que se calcule la pensión de un individuo sobre la base del salario más reciente percibido en un período durante el cual no estaba obligado a pagar cotizaciones a la institución competente para su liquidación.

⁴³¹ Vid en este sentido el apartado 2º del fallo de la sentencia del TJCE de 12 de septiembre de 1996, "La letra e) del apartado 1 del artículo 47 del Reglamento nº 1408/1971, interpretada conforme al objetivo fijado por el artículo 51 del Tratado CEE, actualmente CE, implica que, en una situación como la que es objeto del procedimiento principal, el cálculo de la base media de cotización se funda únicamente en el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación de que se trata y que la cuantía teórica de la prestación así obtenida será adecuadamente revalorizada y aumentada como si el interesado hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trata".

exclusivamente la cuantía de las cotizaciones efectivamente abonadas por el trabajador emigrante y, posteriormente aplicar a la cuantía teórica de la prestación así obtenida cualquier revalorización o incremento como si el interesado hubiese continuado ejerciendo su actividad profesional, en las mismas condiciones, en el Estado miembro de que se trata.

El tema de la adecuación de la pensión así obtenida a valores actuales a través del mecanismo de la actualización no ha estado exento de confusión por cuanto que si bien parece que el TJCE hace referencia en su parte dispositiva a la actualización de las bases remotas, esta interpretación no es tan clara ya que en el propio apartado 41 de la sentencia se hace referencia a la actualización de la cuantía teórica de la prestación.

Una de las cuestiones que mayores problemas y discusiones ha planteado gira en torno a la determinación de la norma aplicable cuando pueda existir un Convenio bilateral aplicable sobre esta materia y el Reglamento nº 1408/1971, debiéndose en estos casos dilucidar no sólo cuál es la norma aplicable, sino también el alcance y significado del art. 6 de dicho Reglamento siendo posible apreciar al respecto una importante evolución en la doctrina mantenida por el TJCE.

De conformidad con lo establecido en el art. 6 del Reglamento nº 1408/1971, este Reglamento sustituye a cualquier Convenio de Seguridad Social que vincule ya sea exclusivamente a dos o varios Estados miembros, ya sea al menos a dos Estados miembros y a uno o varios otros Estados, siempre que se trate de casos en cuya resolución no haya de intervenir ninguna institución de uno de estos últimos Estados.

La contundencia de este precepto que proclama la sustitución de los Convenios bilaterales por el Reglamento nº 1408/1971, ha estado durante años refrendada por la doctrina del propio TJCE establecida en la sentencia de 7 de junio de 1973 dictada en el asunto Walder (asunto C-32/72, Rec. p I-599 y ss), donde se estableció que “el principio de sustitución de las disposiciones de los Convenios de Seguridad Social concluidos entre Estados miembros (...) tiene un alcance imperativo que no admite excepciones fuera de los casos expresamente estipulados”, defendiendo claramente, en

este sentido, la prioridad de los Reglamentos comunitarios sobre los Convenios bilaterales.

Se atribuye, así pues, imperatividad absoluta a la normativa comunitaria, al establecerse que la normativa contenida en este reglamento sustituye a cualquier Convenio, excepto en aquellas cuestiones expresamente citadas en el propio art. 6 (que nos remite al art. 7, 8 y al apartado 4º del art. 46).

La rotundidad con la que fue interpretado este precepto del Reglamento nº 1408/1971, fue con posterioridad moderada, por el propio TJCE al declarar en la sentencia de 7 de febrero de 1991, asunto Rönfeldt⁴³², que la sustitución de los Convenios de Seguridad Social celebrados entre Estados miembros a que hace referencia el art. 6 debe ser puesta en conexión con los arts 48 a 51 del Tratado de la CE, especialmente con este último artículo que defiende la libertad de circulación de los trabajadores emigrantes, siendo por ello necesario tener en cuenta, tal y como se establece en esta sentencia, las disposiciones de los Convenios celebrados entre Estados miembros que impliquen para los trabajadores ventajas superiores a las que se derivan de la normativa comunitaria, ya que de no hacerse esto se produciría una limitación sustancial del alcance de los objetivos del art. 51, en la medida en que el trabajador que ejerce su derecho a la libre circulación se encontraría en una situación menos favorable que la que habría disfrutado de no hacer uso de este derecho.

Se puede de esta manera señalar, tal y como se hace, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo, en adelante TS, de 15 y 25 de octubre de 1993 (Ar. 9216 y 863/1994) que: “esta sentencia (en referencia a la sentencia del TSJCE de 9 de febrero de 1991, asunto “Rönfeldt”) se aparta de la doctrina que atribuía imperatividad absoluta a la normativa comunitaria del art. 65 del Reglamento nº 1408/1971 conforme a la cual éste sustituye a cualquier Convenio de Seguridad Social que vincule a dos o más estados miembros; no admite dicha sentencia tal sustitución cuando los Convenios

⁴³² STJCE de 9 de febrero de 1991 asunto C-227/89 Rönfeldt contra Bundesversicherungsanstalt für Angestellte. Rec. 1991, pág(s). I-323 y ss.

implican para los trabajadores ventajas superiores a las que derivan de las normas comunitarias”.

Esta conclusión se fundamenta en los arts 48 y 51 del Tratado Constitutivo de la CE y el propio TJCE sostiene, en el apartado 29 de la citada sentencia, que los citados preceptos “deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la pérdida de las ventajas de Seguridad Social que se derivaría, para los trabajadores interesados de la no aplicabilidad como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento nº 1408/1971, de los Convenios vigentes entre dos o varios Estados miembros y que estén integrados en su derecho nacional”⁴³³.

La aplicabilidad o no aplicabilidad de las normas contenidas en los Convenios suscritos entre Estados miembros no deriva, en aplicación de los arts 48 a 51 del Tratado de la CE que exigen aplicar las disposiciones más favorables con el fin de garantizar del modo más completo posible la libre circulación de trabajadores, de la entrada en vigor de una norma de derecho comunitario de rango superior como es en este caso el Reglamento nº 1408/1971, tal y como en un principio fue interpretado el art. 6 de este Reglamento, que abogaba por la sustitución automática de las normas contenidas en los Convenios por las del Reglamento, sino que dependerá de los efectos más o menos favorables que la utilización de estas normas generen, al entender que no pierden vigencia y aplicabilidad las normas contenidas en los Convenios celebrados entre estados miembros si éstos incluyen disposiciones que son más ventajosas para los trabajadores interesados.

Esta posición más moderada mantenida por el TJCE, fue objeto de severas críticas fundadas en el hecho de que el mantenimiento de esta interpretación rompía la unidad del sistema de coordinación establecido por el Reglamento y destruía su

⁴³³ En este sentido, hay autores que hablan de la aplicabilidad residual de los Convenios bilaterales, refiriéndose de forma especial al Convenio Hispano-Alemán de Seguridad Social de 4 de diciembre de 1973 (B.O.E, de 28 de octubre de 1977) que sustituye al Convenio sobre Seguridad Social suscrito entre estos dos Estados con fecha de 29 de octubre de 1959 y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1977. Vid en este sentido, entre otros; OJEDA AVILÉS, A.; *“Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea”*. Ed. Trotta, S.A. Madrid, 1994, pág. 30-36; RIOS SALMERON, B.; *“Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez. (Nota de urgencia a la STJCE de 12 de septiembre de 1996, caso “Lafuente”)*”. AL nº 1/1997, pág. 16-17.

eficacia⁴³⁴. A pesar de estas críticas, lo que parece obvio es que con esta nueva interpretación se limita el carácter imperativo absoluto inicialmente atribuido al Reglamento nº 1408/1971, al entender que el mismo está sometido al límite derivado del mantenimiento de las ventajas garantizadas anteriormente por la conjunción del Derecho nacional y del Derecho convencional.

Al igual que sucedió con la primera interpretación del art. 6 del Reglamento nº 1408/1971, ésta fue objeto de un matiz posterior a partir de la sentencia de propio Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1995, asunto "Thévenon"⁴³⁵, al sostenerse que este límite mencionado no es tampoco absoluto por cuanto que tal y como se establece en el apartado 26 de esta sentencia; "no es aplicable a un trabajador, como es el caso del Sr. Thévenon, que no ejercitó el derecho a la libre circulación hasta después de la entrada en vigor del Reglamento nº 1408/1971, es decir en un momento en que el Convenio franco-alemán ya había sido sustituido por el Reglamento en su ámbito de aplicación personal y material, no puede pretender haber sufrido una pérdida de las ventajas de Seguridad Social que se derivarían para él del Convenio franco-alemán".

El TJCE parte de la idea de que no nos encontramos ante supuestos idénticos en los asuntos "Rönfeldt" y "Thévenon" y por ello la solución no puede ser idéntica, rechazándose de esta manera que en el caso "Thévenon" sea aplicable el régimen de Seguridad Social más favorable ya que el Sr. Thévenon fue a trabajar a Alemania con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento nº 1408/1971, a diferencia de lo

⁴³⁴ Vid, en este sentido apartado las Conclusiones del Abogado General Sr. Georgios Cosmas presentadas el 5 de julio de 1995 en el "asunto Thévenon", donde se rebaten, en el apartado 38, las críticas vertidas esta interpretación al señalar que "el Reglamento no establece un régimen común de Seguridad Social, sino que deja subsistir regímenes distintos que generan créditos distintos a cargo de instituciones competentes distintas, frente a las que el prestatario poseen derechos directos en virtud bien únicamente del Derecho interno, bien del Derecho interno completado, en caso necesario, por el Derecho comunitario. Por tanto, el Reglamento deja esencialmente intactos los regímenes nacionales de Seguridad Social. Por otra parte, basándose en esta realidad, la jurisprudencia Petroni, extendida por la sentencia Rönfeldt al caso de Convenios internacionales concluyó que la coordinación comunitaria, que se propone facilitar la libre circulación de trabajadores, no puede aplicarse en detrimento de los trabajadores, si tiene por objeto reducir los derechos que derivan de las disposiciones favorables de la legislación nacional".

⁴³⁵ STJCE de 9 de noviembre de 1995 asunto C-475/93 Jean-Louis Thévenon et Stadt Speyer-Sozialamt contra Landesversicherungsanstalt Rheinland Pfalz. Rec. 1995, pág(s) I-3813 y ss.

que sucedió con el Sr. Rönfeldt que se marchó a trabajar a Alemania en un momento en el que Dinamarca no formaba parte de la Comunidad Europea, hoy UE, siéndole aplicable el Convenio germano-danés y no el Reglamento comunitario. Así pues, el Sr. Thévenon, pudo ejercer su derecho a la libre circulación en una época en la que el Reglamento nº 1408/1971 había ya entrado en vigor, no pudiendo aplicarse en este caso el Convenio franco-alemán alegado⁴³⁶.

Se rechaza por parte del TJCE el carácter absoluto del principio de aplicación del régimen de Seguridad más favorable y se excluye la aplicación de los Convenios entre Estados miembros en aquellas situaciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento comunitario⁴³⁷, y así se afirma en la parte dispositiva de esta última sentencia que: "el apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el Reglamento(CEE) nº 1408/1971 (...) sustituya a cualquier Convenio que vincule exclusivamente a dos Estados miembros, cuando un asegurado sólo haya cubierto, antes de la entrada en vigor del Reglamento nº 1408/1971, períodos de seguro en uno de los Estados contratantes, ni siquiera cuando la aplicación del Convenio bilateral de Seguridad Social hubiera sido más favorable para el asegurado".

Este es, precisamente, el criterio mantenido por el TJCE en la sentencia de 9 de octubre de 1997, asuntos acumulados C-31/96, C-32/96 y C-33/96 Antonio Naranjo Arjona y otros contra INSS y otros⁴³⁸, que tiene por objeto tres peticiones dirigidas a este Tribunal por el Tribunal Superior de justicia de Extremadura/Cáceres, donde se

⁴³⁶ Tal y como en este sentido se establece en la STS de 11 de mayo de 1999 (Ar. 5782), tomando en consideración la doctrina de esta misma sala de 10 y 12 de marzo de 1999 (Ar. 2910 y 3752), dictadas ambas sentencias en Sala General y basándose en las SSTSJCE de 17 de diciembre de 1998; de 7 de febrero de 1991; y de 15 de octubre de 1993, se han sentado la siguientes conclusiones: "a) Si el interesado trabajó y cotizó en Alemania antes de que España ingresase en la Comunidad Europea, la prestación deberá calcularse conforme a lo establecido en el Convenio Hispano-Alemania de Seguridad Social de 4 de diciembre de 1973 (Ar. 2296); siempre que este Convenio sea más beneficioso para aquél que las disposiciones del Reglamento CEE 1408/1971 (...)"

⁴³⁷ Tal y como señala OJEDA AVILES, A; "No nos hallamos ante el principio de norma más favorable, en el sentido de mantenimiento en vigor para todo trabajador de los Convenios bilaterales, sino algo más simple: el reconocimiento de las expectativas de derecho surgidas al amparo de aquellos Convenios, a las respecto a sus condiciones más beneficiosas para los trabajadores que en algún momento se sometieron a su aplicación." *Cfr. Op cit*, pág. 33.

⁴³⁸ Rec. 1997, pág(s) I-5501 y ss.

plantea una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 47 del Reglamento nº 1408/1971, cuestión que se suscitó en el marco de tres litigios distintos y que mediante auto del propio presidente de Tribunal de Justicia fueron acumulados a efectos de la fase escrita y oral así como de la sentencia.

El TJCE se acoge al criterio mantenido en la sentencia "Lafuente", de 12 de septiembre de 1996 (asunto C-251/94. Rec p I-4187 y ss), apartados 39 y 40, si bien incorpora al presente asunto la doctrina contenida en los asuntos "Rönfeldt" y "Thévenon", llegando a la conclusión de que a los efectos de interpretación del art. 47. 1 e) hoy g) es aplicable lo dispuesto en la sentencia Lafuente, si bien con el matiz que acabamos de ver en los dos asuntos citados, de tal manera que "en el caso de que la aplicación de esta disposición así interpretada (conforme a la sentencia del TJCE de 12 de septiembre de 1996) resulte, para los trabajadores que antes de al entrada en vigor del Reglamento en ese Estado miembro ya ejercían sus actividades asalariada en otro Estado miembro, menos favorable que la de un Convenio anterior celebrado con este último Estado, el órgano jurisdiccional competente debe, con carácter de excepción, aplicar las reglas contenidas por el referido Convenio".

En cualquier caso el TS ha optado por considerar que la aplicación del derecho comunitario no puede, en ningún caso, suponer o implicar una disminución de las prestaciones concedidas por la legislación de un Estado miembro y ha declarado que si bien el TJCE ha mantenido desde la sentencia de 7 de junio de 1973 que: "el Reglamento que sustituye a los Convenios sobre Seguridad Social concluidos entre Estados miembros, es de categórica eficacia y no permite otras excepciones que las expresamente allí reguladas", también ha afirmado que: "el Reglamento nº 1408/1971, promulgado, en aplicación del art. 51 del Tratado de Roma, debe ser interpretado en función de la finalidad de libre circulación establecida por ese artículo", llegándose a considerar que: "la aplicación de las disposiciones comunitarias no puede acarrear una disminución de las prestaciones concedidas por la legislación de un país miembro, que, dentro de estas prestaciones, deben incluirse aquellas dimanantes de los Convenios bilaterales o multilaterales sobre Seguridad Social integrados en el derecho interno,

<<cuando éstas fueran para el trabajador afectado más beneficiosas que las dimanantes del derecho comunitario>>⁴³⁹.

La aplicación del principio de régimen de Seguridad más favorable, en los términos que acabamos de ver, obliga a que las instituciones aseguradoras competentes estén sujetas a la necesidad de comparar las prestaciones concedidas con arreglo al Derecho nacional (en la medida en que las disposiciones de los Convenios de Seguridad Social entre Estados forman parte integrante del derecho nacional) y las que derivan de la aplicación del derecho comunitario, con el objeto de poder precisar cual es más favorable a los intereses de los particulares.

De esta manera, en la sentencia, antes citada, de 15 de octubre de 1995 (Ar. 9216) referida al cálculo de la base reguladora de las pensiones de trabajadores emigrantes que han estado incluidos en distintos períodos en los sistemas de Seguridad Social de España y de la República Federal de Alemania, el TS frente a la pretensión del recurrente de que sean computadas en el período de trabajo en Alemania, las bases máximas de cotización previstas en ese espacio de tiempo para un trabajador de la misma categoría o grupo profesional, en aplicación de lo dispuesto en el Convenio hispano-alemán de Seguridad Social, se encuentra obligado a efectuar un examen comparado del Convenio hispano-alemán y del Reglamento nº 1408/1971 por cuanto que tal como se señala en esta sentencia, teniendo en cuenta el importante cambio producido por la doctrina mantenida por el TJCE en el "asunto Rönfeldt", respecto del criterio inicialmente defendido en la sentencia del asunto "Walder", se hace necesario realizar esta comparación: "la nueva doctrina del TJCE sobre la interpretación del art. 6 del Reglamento nº 1408/1971, obliga a la Sala a reconsiderar la cuestión del cálculo de la base reguladora de las pensiones a cargo de la Seguridad Social española para beneficiarios a los que resulte aplicable un Convenio internacional de las características señaladas".

⁴³⁹ STS de 21 de junio de 1999 (Ar. 5226). En este mismo sentido, vid, entre otras, SSTS de 15 y 16 de marzo de 1999 (Ar. 3751; 3753); y de 7 de junio de 1999 (Ar. 5205).

Se descarta, así pues, que el Reglamento comunitario tenga carácter imperativo absoluto de tal manera que excluya a la necesidad de aplicar el Convenio sobre Seguridad Social: “la ratio decidendi no puede ser ahora sin más la aplicación preferente con carácter de imperatividad absoluta de dicho Reglamento comunitario, sino que debe reposar sobre el juicio comparativo de mayor ventaja al beneficiario entre el precepto de dicha norma comunitaria que pudiera ser de aplicación (para España, el art. 47. 1 e), hoy letra g), del citado Reglamento nº 1408/1971), y la regulación internacional establecida previamente, que es para el caso el art. 25 del Convenio entre el Estado español y la República Federal de Alemania de 4-12-1973 (BOE 28-10-1977)”.

La elección de la norma aplicable, estará sujeta al juicio comparativo que al respecto haga la Sala, en orden a determinar cuál es la normativa que contiene ventajas superiores para los trabajadores.

Así, de esta manera, se constata que tanto los preceptos del Reglamento comunitario como los del Convenio hispano-alemán, tienen inspiración común en el principio de exclusión del elemento extranjero para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de la Seguridad Social que se traduce en el hecho de que tanto el art. 47. 1 e) del Reglamento comunitario como el art. 25.1 b) del Convenio hispano-alemán⁴⁴⁰, obligan a tener en cuenta a efectos del cálculo de la base reguladora únicamente los períodos de seguro cumplidos en España, lo que excluye, a los salarios que sirven de base de cotización en el período de trabajo desarrollado en Alemania, de los factores o elementos a tener en cuenta para determinar dicha base reguladora.

Teniendo en cuenta el importante cambio legislativo que ha comportado la sustitución del sistema de bases tarifadas de cotización y de prestación en el que el único factor variable era el grupo o la categoría profesional por un sistema en el que la cotización y las prestaciones son moduladas según las remuneraciones de los

⁴⁴⁰ El art. 25 1 del citado Convenio establece, en su apartado b) que: “Cuando todo o parte del período de cotización elegido por el solicitante para el cálculo de su base reguladora de prestaciones se hubiera cumplido en la República Federal, el Organismo competente español determinará dicha base

trabajadores producido con posterioridad a la firma de este Convenio bilateral hispano-alemán y que ha generado una visible laguna normativa, el TS rechaza el criterio de las bases máximas al no ser este el criterio actual del TS y al comprobar que esta solución debe descartarse “porque consiente que dichas retribuciones ejerzan una doble influencia no enteramente justificada en las prestaciones sociales de los asegurados por una parte en el cálculo de la pensión alemana y por otra en la elección de la base máxima de la pensión española” y se inclina por el criterio de las bases medias para cubrir la laguna del Convenio hispano-alemán al ser éste el criterio que más se acomoda a sus principios inspiradores.

El art. 47. 1 e), hoy letra g) es igualmente interpretado, mediante la elección de las bases medias, llegándose a la conclusión, una vez hecha la exégesis de los preceptos sobre el cálculo de la base reguladora de las pensiones en ambos textos normativos, de que uno y otro deben ser interpretados en el sentido de selección de las bases medias, “no puede por ello decirse que el Convenio hispano-alemán proporcione mayores ventajas al beneficiario, debiendo por tanto operar en la solución del presente caso (elección Reglamento nº 1408/1971 o Convenio hispano-alemán), la solución contenida en el art. 6 del Reglamento comunitario de sustitución de la regulación de los tratados internacionales entre actuales países miembros. No nos encontramos, en suma, en el supuesto excepcional de regulación de Convenio internacional previo más favorable que señala la sentencia Rönfeldt”.

2. La protección de la vejez en el marco constitucional español.

La evolución de la protección de la vejez, que en ordenamiento jurídico español, empezó tal y como hemos visto, a través del mecanismo del seguro social voluntario, al que pronto le fue atribuido su carácter obligatorio instaurándose el denominado retiro obrero, que unos años más tarde se convirtió en subsidio de vejez y al que en una etapa posterior se le añadió la protección de la invalidez pasando

reguladora sobre las bases de cotización vigentes en España, durante dicho período o fracción, para los

entonces a denominarse seguro obligatorio de vejez e invalidez, culmina con la aprobación de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 y su texto de desarrollo, la LSS/1966, y muy especialmente a través de la constitucionalización del derecho a la Seguridad Social en la CE de 1978.

En la Carta Magna, aunque no se hace referencia expresa a la protección de la vejez como tal, si que es posible entender que de forma implícita se alude a ésta y otras contingencias, en la medida en que se trata de una circunstancia que puede ser generadora de una situación de necesidad y cuya protección está expresamente atribuida a los poderes públicos, a tenor de lo dispuesto en el art. 41 del texto constitucional, precepto éste que da un mandato expreso a los poderes públicos para que garanticen la protección de ésta y otras situaciones de necesidad, a través de un régimen público de Seguridad Social y al establecerse en el art. 50 del propio texto constitucional la necesidad de que los propios poderes públicos garanticen la suficiencia económica de los ciudadanos durante la denominada tercera edad mediante el establecimiento de pensiones adecuadas y el diseño de un sistema de servicios sociales que atienda los problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio de este colectivo.

Sin duda, alguna, y a pesar de los inconvenientes que la redacción y ubicación de estos dos preceptos ha planteado, la constitucionalización del sistema de Seguridad Social representa un paso importante en el desarrollo y asentamiento de las medidas de protección social, ya que si bien el texto de la constitución de la república española de 9 de diciembre de 1931 hacía referencia, en su art. 46, al contenido de la legislación social citando, entre otros, al seguro de vejez⁴⁴¹, no aparece ésta configurada con la fuerza e intensidad con la que aparece en el texto de 1978.

trabajadores de la misma categoría profesional que la persona interesada”.

⁴⁴¹ En concreto el art. 46 de la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931 expresamente establecía en su párrafo segundo que: “La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección de la maternidad, etc.”.

La Constitución de 1931 dada la escasa y dispersa evolución de los seguros sociales se planteó la necesidad de dar un impulso, a través de la legislación social para instaurar un sistema de seguros sociales lo más extenso posible que sólo el fracaso de la II República y el estallido de la guerra civil frustró, aunque fue desarrollándose durante la dictadura del general Franco, hasta culminar con la aprobación del sistema de Seguridad Social en el período 1963-66.

La Constitución Española de 1978, procedió a otorgar fuerza y valor constitucional al sistema de Seguridad Social fijando cuáles debían ser los rasgos característicos del mismo, planteándose, a partir de las previsiones contenidas en dicho texto normativo, la duda de si el modelo preexistente se adecuaba o no a las previsiones constitucionales establecidas, dado el carácter preconstitucional del sistema de Seguridad Social configurado a partir de la LSS/1966, recogiendo parte del contenido de la Ley de Bases de 1963, y que fue reformado en 1972 con la aprobación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la Seguridad Social, dando lugar al texto refundido de la Ley general de Seguridad Social de 1974, en adelante TRLGSS/1974, que será objeto de análisis en el próximo capítulo.

Obviamente no voy a entrar en el análisis de esta polémica en torno a la compatibilidad o incompatibilidad del modelo preexistente con el sistema diseñado en la constitución de 1978⁴⁴², pero si creo necesario apuntar esta cuestión como condicionante, no sólo, evidentemente, del desarrollo posterior que se ha hecho del sistema, especialmente con la aprobación de la Ley de prestaciones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre⁴⁴³, que tal y como se señalaba en su Exposición de Motivos, esta Ley tenía como objetivo principal el establecimiento de un nivel no contributivo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social (entre las que

⁴⁴² ALARCÓN CARACUEL, M.R y GÓNZALEZ ORTEGA, S., equiparan, aunque con las salvedades oportunas, la divergencia existente, lo que muy gráficamente denominan coexistencia no pacífica, entre el modelo de Seguridad Social diseñado en la constitución, más ambicioso del realmente vigente, con las divergencias existentes entre la Ley de Bases de 1963 y su desarrollo articulado, pero con la importante diferencia de que en el caso de la tensión existente entre el modelo vigente y el modelo constitucionalizado, no se trata de una cuestión meramente histórica sino de una exigencia de presente y de futuro: adecuar nuestro sistema de Seguridad Social a las previsiones constitucionales. *Cfr. "Compendio de Seguridad Social"*. Ed. Técnos, Cuarta edición revisada, Madrid, 1991, pág. 40.

⁴⁴³ B.O.E., de 22 de diciembre.

se encuentra la jubilación), como desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de nuestra Constitución", sino de la propia configuración que el texto constitucional hace del mismo⁴⁴⁴, por cuanto que, en mi opinión, dada la configuración del sistema ya existente, el legislador constitucional trató de mantener un cierto equilibrio entre el modelo vigente y los rasgos característicos del sistema constitucionalizado, con el objeto de salvar la posible tacha de inconstitucionalidad que hubiese podido efectuarse del modelo preexistente.

2.1 El contenido del art. 41 de la Constitución española y el régimen público de vejez.

La configuración constitucional del modelo de Seguridad Social que el art. 41 de la CE establece, como precepto central en esta materia, presenta un primer inconveniente esencial como es el de su ubicación en el texto constitucional fuera del bloque principal de los derechos y deberes fundamentales al que el propio texto les otorga un nivel máximo de protección, en concreto, dentro del capítulo III del Título I, que aparece bajo la rúbrica de los principios rectores de la política social y económica⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Vid, al respecto, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; y GÓNZÁLEZ ORTEGA, S.; *"La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma"*. en AA.VV. *"II Jornadas Universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo"*. Madrid, IELSS, 1985.

⁴⁴⁵ Al igual que sucede con el derecho al trabajo art. 35 de la CE y el derecho al trabajo de los condenados a penas privativas de libertad, art. 25. 2 de la CE, el texto constitucional reconoce dentro del capítulo II, Título I, sección 1ª, de los derechos fundamentales y las libertades públicas el derecho a la Seguridad Social a favor de este colectivo, pero tal y como ha señalado el propio TC, en su sentencia 17/1993, de 18 de enero, "el reconocimiento constitucional no supone su configuración como un verdadero derecho subjetivo perfecto del interno frente a la Administración, pero tampoco como una mera declaración dirigida a destacar la obligación positiva de la Administración Penitenciaria de procurar al interno el efectivo disfrute de ese derecho, pues también aquí hay una exigencia complementaria de prestación de la Administración", así acogándose, en esta sentencia, a lo dispuesto por el propio TC en sus Autos 256/1988, de 29 de febrero y 95/1989, de 20 de febrero; "el derecho a un trabajo remunerado, y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social que el art. 25. 2 de la CE reconoce a quienes se encuentran cumpliendo condena de prisión, son derechos que se insertan en los fines de reeducación y reinserción social a los que por exigencia constitucional deben orientarse las penas privativas de libertad, y, en tal sentido, son derechos de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración Penitenciaria tenga en cada momento, no

Esta ubicación del art. 41 en el capítulo III, si bien, en principio, le resta eficacia jurídica al tratarse de un precepto, que de conformidad con lo previsto en el art. 53.3 informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y sólo podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes que los desarrollen, ello no es un obstáculo para considerar, tal y como ha establecido el propio TC en su sentencia 19/1982, de 5 de mayo en relación con estos principios rectores, que se trate de normas sin contenido; "el art. 53.3 de la C.E., impide considerar los principios rectores de la política social y económica como normas sin contenido, y obliga a tenerlos presentes en la interpretación, tanto de las restantes normas constitucionales, como de las leyes", llegándose a afirmar por parte del propio TC en la STC 37/1994, de 10 de febrero que "el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración jurídica".

Teniendo en cuenta las importantes vinculaciones que un sistema de Seguridad Social tiene con factores diversos, sea éstas de índole político, económico, social, etc., que condicionan su desarrollo, el legislador constitucional ha optado por excluir del capítulo de los derechos y libertades fundamentales el derecho a la Seguridad Social; "precisamente por las implicaciones económicas y sociales de estos derechos y su repercusión en la economía y en la política de gasto público, se ha estimado conveniente una regulación de la Seguridad Social en la Constitución no muy vinculante para la acción del gobierno y que dejara espacios para diversas concepciones ideológicas, de la situación económica del país y de las relaciones entre Estado y mercado"⁴⁴⁶, no en vano la configuración constitucional del derecho a la Seguridad Social se establece en un momento de crisis económica mundial, coincidiendo con los últimos años de la década de los años 70, que limita, en gran parte, el diseño y desarrollo del sistema de Seguridad Social, aunque en aquel momento el legislador era

puediendo, por tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata en el caso que realmente existe imposibilidad de satisfacerlos".

⁴⁴⁶ LÓPEZ GANDIA, J., "Los niveles de Seguridad Social en la Constitución Española entre interpretación jurisprudencial y desarrollo legislativo". Tribuna Social núm. 35, 1993, pág. 16.

consciente de que en el período 1963/66-1974/78 no se había, ni mucho menos, implantado un completo sistema de Seguridad Social.

A pesar de su ubicación en el capítulo III del Título I es posible considerar, tal y como ha señalado el propio TC en la sentencia ya citada 37/1994 que el art. 41, "consagra en forma de garantía institucional un régimen público, <<cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador>> (STC 32/1981, de 28 diciembre, fundamento jurídico 3º), de tal suerte que ha de ser preservado en <<términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar>> (STC 26/1987, de 26 de febrero, fundamento jurídico 4º, y 76/1988, de 26 de abril, fundamento jurídico 4º)."

Entendiendo, así pues, que la configuración que el art. 41 de la Constitución española hace de la Seguridad Social puede ser interpretada como garantía institucional, tal y como ésta ha sido defendida, entre otros, por Parejo Alfonso, L, quien establece que: "la finalidad de la garantía institucional es la de otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y típicas características de una institución, en la medida en que éstas han pasado a ser - como resultado de la evolución histórica de dicha institución- esenciales e identificativas de las mismas"⁴⁴⁷, es posible atribuir al contenido del art. 41 de la Constitución española, un valor mayor que el de simple norma programática, pudiendo por ello analizarse este artículo "no desde una óptica de entenderlo, como norma programática, como expresión de un deseo o una meta a alcanzar, sino como una norma jurídica que despliega una eficacia determinada tanto para la interpretación del ordenamiento jurídico cuanto para enmarcar la acción del futuro legislador"^{448 449}.

⁴⁴⁷ Cfr. "Garantía institucional y autonomías locales". Madrid (IEAL), 1981, pág. 23

⁴⁴⁸ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., "El art. 41 de la Constitución. Garantía institucional y compromisos internacionales". RSS, núm. 15. 1982, pág. 78.

⁴⁴⁹ Ni mucho menos es esta una cuestión aceptada por toda la doctrina por cuanto que hay autores que niegan o limitan la eficacia de los principios rectores como es el caso de GARRIDO FALLA, F., quien llega a considerar a los principios rectores como mera retórica constitucional al señalar que es necesario que una declaración constitucional tenga estructura lógica de norma para ser considerada como jurídica, debe consistir en un mandato, orden, prohibición o delimitación de esferas jurídicas con establecimiento de recíprocos derechos y obligaciones. Cfr. "Artículo 53" en "Comentarios a la

Cabe, así pues la posibilidad de entender que el art. 41 de la Constitución dispone de una eficacia mayor de la que le sería atribuida si sólo fuera considerado como principio rector de la política social y económica, no sólo porque tal y como acabamos de ver es posible atribuirle el valor de garantía institucional, sino que también si establecemos una conexión del contenido del art. 41 con la cláusula del Estado Social a que alude el art. 1º de la Constitución, debería aparecer reforzado el valor y la eficacia del contenido de este artículo, sin que el hecho de que el TC haya sido reacio a reconocer la existencia de una vinculación entre Seguridad Social y Estado Social, excluya esta posibilidad por cuanto que no cabe duda alguna sobre el hecho de que la Seguridad Social forma parte de los objetivos de un Estado Social, así en el Auto del TC 4/1985, de 9 de enero, en referencia a la tercera edad, el TC señalado que: "con no estar este precepto en el catálogo de los que configuran derechos susceptibles de amparo, el mismo consagra un principio que debe inspirar la legislación positiva (art. 53.3) y que, ciertamente, en el área de la Seguridad Social impone, dentro de los objetivos de un Estado Social, el prestar una adecuada atención a los que se encuentran en la tercera edad, pero no configura un derecho, pues los derechos de prestación -en el caso los de la Seguridad Social- son los definidos en la legislación positiva".

La configuración del Estado como Estado Social, como Estado de prestaciones y redistribuidor de riqueza, es decir como garantizador de la subsistencia, de la procura existencial (Deseinvorsorge)⁴⁵⁰ y su conexión instrumental con la Seguridad Social que,

Constitución". Ed. Civitas Madrid, 2edición. 1985 pág. 896. Y en relación con la eficacia normativa del art. 41 de la CE, VIDA SORIA, J., señala, no sin ser crítico con el planteamiento constitucional de la Seguridad Social, que "no parece que el artículo 41 pueda ir más allá de un puro calificativo de <<programático>>. Cfr. "Artículo 41" en "Comentarios a la Constitución española de 1978" dirigidos por Alzaga Villaamil, Oscar, Tomo IV (arts 39-45). Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1996, pág. 118. Sobre la eficacia jurídica de los principios rectores y las teorías que lo niegan, limitan o admiten, Vid, COSSIO DÍAZ, J.R., "Estado Social y derechos de prestación". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989, pág(s) 252-260.

⁴⁵⁰ Sobre el alcance y significado del Estado Social, vid, entre otros, además de COSSÍO DÍAZ; GARCÍA-PELAYO, M.; "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo". Alianza Editorial. Madrid, 1987, pág(s) 13-104 donde establece cuáles son las notas caracterizadoras de este tipo de Estado, entre otras, "... (ii) la prosecución de la procura existencial, es decir, por la acción estatal destinada a crear las condiciones para la satisfacción de aquellas condiciones para la satisfacción de aquellas necesidades vitales que, en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no pueden ser satisfechas ni por los individuos, ni por los grupos, ... (iv) por ser un Estado de prestaciones, de modo que a los

entre otras cuestiones, se ocupa de la protección de la vejez, necesariamente permite otorgar una mayor fuerza al art. 41 de la CE que la que se deriva del hecho de ser un mero principio programático, siendo posible sostener, tal y como hace Valdés Dal-Ré, F.: "que el tratamiento que los arts. 41 y concordantes de la CE hacen de la Seguridad Social ha de entenderse, a la luz del enunciado del art. 1.1, con un alcance no meramente formal al entender que es una función del Estado la de mantener un régimen público de Seguridad Social"⁴⁵¹, por cuanto que la referencia al Estado como Estado Social y Democrático de Derecho se configura, junto con otros dos principios más, "como la esencia o substancia de la Constitución española, a la que dan existencia normativa el resto e los preceptos constitucionales, por eso tales normas tienen carácter acuñador, generador, germinal o troncal de otras normas de la Constitución"⁴⁵².

Aceptado, así pues, que el Estado asume la obligación, no meramente programática, de mantener el régimen de Seguridad Social a que alude el art. 41 de la CE y que este mismo artículo le atribuye el carácter de público, es necesario que nos planteemos cuáles son los trazos esenciales del modelo de Seguridad Social descrito en el texto constitucional de 1978, donde se debe incluir la protección de la vejez a la que el propio texto le dedica el art. 50, cuestión ésta sobre la que entraré más adelante.

Como punto de partida es preciso señalar que el derecho del art. 41, tal y como se establece, entre otras, en las SSTC 103/1983 de 22 de noviembre y 121 /1983 de 15 de diciembre, es un "mínimum constitucionalmente garantizado". Es un derecho de estricta configuración legal que a partir de los principios o rasgos fijados en el texto constitucional no impide que el legislador, dada la flexible fórmula utilizada en este precepto, disponga de un considerable margen de concreción.

preceptos constitucionales que limitan su actividad añade otros que le fijan objetivos para su acción legislativa y administrativa...", pág. 95. Así como los artículos de ABENDRROTH, W.; FORSTHOFF, E.; y DOEHRING, K.; recogidos en *"El Estado Social"*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986, y muy especialmente *"Problemas constitucionales del Estado Social"* y *"Concepto y esencia del Estado Social de Derecho"* ambos de FORSTHOFF, E., publicados respectivamente bajo el título de *"Verfassungsprobleme des Sozialstaates"* y *"Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates"*, por la editorial Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 2ª edición, 1961. Münster-Westfalen en los cuadernos 1 de "schriften der freiherr-Vom-Stein-Gesellschaft" el primero y por la editorial C.H. Beck. München, 1975, el segundo.

⁴⁵¹ Cfr. *"Estado Social y Seguridad Social (I)"*. RL 1994-II, pág. 65.

La Constitución ha optado por la utilización de una fórmula flexible a la hora de fijar en el art. 41 de la CE, los límites del derecho a la Seguridad Social⁴⁵³, aceptándose, tal y como ha reconocido el TC, que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales (entre otras, SSTC 65/1987, de 21 de mayo; 134/1987, de 21 de julio; 97/1990 de 24 de mayo; 37/1994, de 10 de febrero).

Libertad que se manifiesta y reconoce, entre otras cuestiones, en la modulación o determinación de la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia del sistema (STC 184/1990, de 15 de noviembre); en la determinación de cuál es el mínimo de subsistencia (STC 119/1987, de 9 de julio); en la regulación del nivel y condiciones de las prestaciones (STC 127/1987, de 16 de julio); y en lo relativo a las condiciones para el acceso a las prestaciones y para su pérdida (STC 126/1994, de 25 de abril), al considerar en este último caso que "los derechos de Seguridad Social como derechos sociales de prestación, que implican una carga financiera considerable, son de contenido legal y requieren ineludiblemente de intermediación legislativa. (...) Esta característica de derechos prestacionales que requieren una base financiera sólida y una administración de recursos escasos permiten al legislador una amplia libertad de configuración".

Llegándose, por todo ello, a la conclusión de que los arts 41 y 50 de la CE no se limitan al establecimiento de un único sistema de Seguridad Social cerrado, por

⁴⁵² GARCÍA-PELAYO, M.; *"Las transformaciones..."*. Op. cit, pág. 93.

⁴⁵³ Aceptando que el legislador dispone de una amplia facultad de acción, y destacando que el precepto carece de fuerza configuradora BORRAJO DACRUZ, E, señala como causas de la enorme flexibilidad de que goza el legislador para configurar el régimen jurídico y económico de la Seguridad Social: a) la propia naturaleza del derecho a la Seguridad Social y b) el establecerse de forma dispersa la regulación de las diferente materias clásicas de la Seguridad Social y el tratamiento separado de la Seguridad Social propiamente dicha que efectúa el propio texto constitucional. Cfr. *"La Seguridad Social en la Constitución española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional"* DL nº 30. 1990, pág. 11-

cuanto que el legislador dispone tal y como acabamos de ver, de un amplio margen maniobra para desarrollar los principios fijados en ambos preceptos constitucionales.

Esta consideración de la Seguridad Social como un sistema abierto deriva, no sólo de múltiples y numerosas implicaciones o repercusiones financieras que representa el desarrollo de un sistema de Seguridad Social, sino que también en atención a la fórmula empleada en estos preceptos ya que tal y como ha señalado el propio TC en la sentencia antes citada 37/1994; "la flexible fórmula empleada en la Constitución (art. 41) impide hablar de un modelo único de Seguridad Social como conforme a aquélla, y mucho menos de una norma -la Ley General de Seguridad Social o cualquier otra pensable- que resuman de una vez y para siempre el contenido del mandato constitucional".

A pesar, pero, del amplio margen de maniobra de que dispone el legislador, en concreto, el art. 41 de la CE, impone a los poderes públicos la obligación de establecer y mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad, alejándose de concepciones anteriores, no deslegitimadas (STC 38/1995, de 13 de febrero) en las que se primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias.

Así, si bien, tal y como señala el propio TC , en su STC 65/1987, de 21 de mayo: "en el sistema español actual se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional (art. 41), el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad -que habrán de ser precisadas en cada caso- implica que las prestaciones de Seguridad Social, y entre ellas, las pensiones de jubilación, no se presenten ya -y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas- como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual".

53 y en "*La Seguridad Social en la Constitución Española*" en "*Estudios sobre la Constitución Española (II)*".

El legislador constitucional ha optado por otorgar una fuerza considerable al nivel asistencial, al hacer mención expresa a la protección de las situaciones de necesidad, mediante el establecimiento de una asistencia y prestaciones suficientes por parte de régimen público de Seguridad Social, asumiendo, entre otras cuestiones, que de la consideración de la Seguridad Social como función del Estado se deriva una cierta ruptura de la correspondencia cotización-prestación, presente en el sistema vigente. Así, de esta manera, sin negar que "el régimen de la Seguridad Social se asienta en alguna medida en el principio contributivo, conviene tener en cuenta que la relación entre cotización y prestación que se da en una relación contractual no puede trasladarse de forma automática al régimen legal de la Seguridad Social (STC 121/1983, de 15 de diciembre; y STC 134/1987, de 21 de julio).

Aún cuando, tal y como vemos, se considera no superado del todo el esquema típico del seguro del que se deriva una expresa y estrecha correspondencia entre la cotización y la prestación, el TC, teniendo en cuenta los postulados del art. 41 y muy especialmente a partir de la referencia expresa que este artículo hace a la cobertura de las situaciones de necesidad como finalidad del sistema, defiende la idea de que puede considerarse rota y superada esta equivalencia cotización-prestación, llegándose, en este sentido a considerar que: "la referencia a una <<situación de necesidad>> o a un <<estado de necesidad>> obedece a la voluntad de superar la primitiva perspectiva legal donde era prioritaria la noción de <<riesgo>> o <<contingencia>>, que se produjo en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963" (STC 103/1983, de 22 de noviembre).

¿Cuál es la incidencia que esta cuestión ha tenido sobre la realidad práctica? La desvinculación entre cotización realizada y prestación devengada pese a no haber sido mantenida de forma firme por parte del propio TC, ya que en ocasiones se ha aludido, tal y como hemos visto, a que el sistema vigente continúa manteniendo rasgos típicamente contributivos, ha permitido que con posterioridad a la aprobación del texto constitucional se optase por el desarrollo del carácter asistencial y universal del sistema de Seguridad Social, a través por ejemplo de la extensión de la asistencia

sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes (RD 1088/1989, de 8 de septiembre⁴⁵⁴, o de la aprobación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre de prestaciones no contributivas, que, aunque se refiere sólo a tres prestaciones del sistema de Seguridad Social (invalidez, jubilación y prestaciones por hijo a cargo) extiende su ámbito subjetivo a sujetos que no han acreditado que cumplen los requisitos del sistema contributivo, y carecen de un nivel determinado de rentas.

Esta tendencia a la extensión de la cobertura a favor de colectivos especialmente necesitados, a través del nivel no contributivo del sistema, se ha desarrollado de forma simultánea al reforzamiento continuo y constante del principio de contributividad que ha ido introduciéndose en el sistema a medida que han ido aprobándose importantes reformas que han afectado a la estructura del sistema, cuyo máximo exponente ha sido las reformas establecidas en el marco de la acción protectora a partir de la Ley 26/1985 de 31 de julio, para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social⁴⁵⁵, en adelante LMU y la más reciente LCRSS.

Pero, no sólo ha tenido incidencia esta cuestión en la configuración y desarrollo de los rasgos fundamentales del sistema, también permitió justificar que, en determinados casos, no se tomasen en cuenta a la hora de precisar el período de cotización o el importe de la prestación la acreditación del pago extemporáneo de cuotas correspondientes a períodos en los que aún no se había producido la afiliación, en el Régimen especial de los trabajadores autónomos, al señalarse que: "el predominio en la Seguridad Social de la financiación por cotizaciones se intensifica en el R.E.T.A., cuya financiación recae en su totalidad sobre los propios beneficiarios, de modo tal que la extensión y nivel de las prestaciones depende de la capacidad económica de los mismos colectivos protegidos. En consecuencia, el conocimiento necesario para una buena gestión que implica análisis y previsiones ciertas, de quiénes y cuántos trabajadores tendrán derecho a prestaciones en años venideros se ve dificultada por las altas tardías (o, lo que es igual, por el no cumplimiento oportuno del deber de

⁴⁵⁴ B.O.E., de 9 de septiembre.

⁴⁵⁵ B.O.E., de 1 de agosto.

afiliación), y al mismo tiempo el pago tardío de las cotizaciones priva a la entidad gestora de unos fondos de utilización inmediata a favor de los trabajadores beneficiarios durante el período de retraso" (STC 189/1987, de 24 de noviembre)⁴⁵⁶.

Así pues, las cotizaciones abonadas a requerimiento de la entidad gestora, correspondientes a un período en el que, a pesar de la obligación existente, el reclamante no procedió a formalizar su afiliación y alta, no surten efecto en relación con las prestaciones, privándose de eficacia retroactiva a las cotizaciones extemporáneas sobre la base del trastorno o perturbación que este pago tardío ocasiona o puede ocasionar y ante el riesgo manifestado por el propio TC de aceptar la denominada "compra de pensiones".

Esta polémica fue corregida por el RD 2110/1994, de 28 de octubre⁴⁵⁷ que dio nueva redacción a los arts 10 y 13 del D 2530/1970, de 20 de agosto por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos⁴⁵⁸, en la actualidad la Disp. adic. novena del TRLGSS/1994, donde se reconoce la validez, a efectos de prestaciones, de las cuotas anteriores al alta en este régimen, al disponerse que: "cuando reuniendo los requisitos para estar incluidos en el RETA, no se hubiera solicitado la preceptiva alta en los términos reglamentariamente previstos, las cotizaciones exigibles correspondientes a períodos anteriores a la

⁴⁵⁶ Vid, en este mismo sentido, entre otras, SSTC 73/1988, de 21 de abril; 120/1988, de 20 de junio; 122/1988, de 22 de junio; 126 y 127/1988, de 24 de junio; 130/1988, de 4 de junio; 131/1988, de 4 de julio; 4/1989, de 18 de enero, todas ellas en supuestos de jubilación en el R.E.T.A, excepto la STC 126/1988, jubilación en el Régimen Especial Agrario, de un trabajador por cuenta propia que aunque se dio de alta en octubre de 1978 abonó las cuotas correspondientes al período entre octubre de 1973 y septiembre de 1978, permaneció en alta hasta diciembre de 1985 momento en el que solicitó la prestación de jubilación que le fue denegada al no poder acreditar cumplido el período de carencia exigido al no haberse tenido en cuenta las cotizaciones ingresadas fuera del plazo, ya que éstas sólo tienen eficacia cuando correspondan a períodos en los que figuraron en alta. No fue ni mucho menos unánime la aceptación del criterio mantenido por el TC, en la propia STC 189/1987 se formularon dos votos particulares, uno por parte del Magistrado D. Eugenio Díaz Eimil al que se adhirieron los Magistrados D Angel Latorre Segura, D. Antonio Truyol Serra, y D. Miguel Rodríguez-Piñero Bravo y Ferrer considerando que es ya suficiente la exigencia de un recargo y multa para evitar el posible fraude; y otro formulado por el Magistrado D. Francisco Rubio Llorente al considerar que la denegación de la prestación de jubilación viola el principio de igualdad (art. 14 de la CE), en los dos planos donde este principio despliega su eficacia, el de la igualdad en la ley y en la aplicación que de la norma se haga.

⁴⁵⁷ B.O.E, de 10 de diciembre.

⁴⁵⁸ B.O.E, de 15 de septiembre.

formalización del alta producirán efectos respecto de las prestaciones, una vez hayan sido ingresadas con los recargos que legalmente procedan".

Aunque la configuración que el texto constitucional realiza del sistema de Seguridad Social, tal y como hemos tenido oportunidad de apreciar, es de carácter flexible, dándole al legislador postconstitucional un amplio margen de discrecionalidad para la determinación de su contenido específico, ya que el texto constitucional se limita a fijar unos trazos o líneas esenciales por las que debe discurrir la evolución y desarrollo que del mismo se haga. La fijación de estos perfiles del sistema así como la obligación debida a las normas internacionales, en especial la Carta Social europea, ratificada por España, tal y como hemos visto en otro momento, el 29 de abril de 1980 que nos remite al contenido del Convenio núm. 102 de la OIT, sobre norma mínima, desdibujan, en cierta medida, el carácter flexible del diseño constitucional del sistema, al limitar considerablemente el papel del legislador, ya que éste debe respetar éste núcleo básico indisponible del sistema⁴⁵⁹.

El problema pasa a ser entonces, determinar cuáles son las bases esenciales del sistema o dicho de otra manera cuál es el núcleo indisponible del mismo. En mi opinión dos son las cuestiones fundamentales que condicionan este desarrollo del sistema de Seguridad Social: de un lado, el carácter público del sistema de Seguridad Social, y de otro, la estructuración del mismo en diferentes niveles.

El carácter público del sistema de Seguridad Social queda fuera toda duda si atendemos a la utilización intencionada que el legislador hace de este concepto al encomendar a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, a pesar de que los que han defendido y defienden la idea de una posible coexistencia de un régimen público y privado acogiéndose al inciso final del art.

⁴⁵⁹ Tal y como en este sentido señala VALDES DAL-RÉ, F.: "dados los términos en los que se expresa el art. 41 CE, no parece discutible que la configuración del régimen público de Seguridad Social quede en manos del legislador. Pero no es menos cierto que el legislador no goza de total libertad para acometer esta tarea. La función legislativa (cualquier función legislativa) ha de ejercerse dentro de los cauces constitucionales, debiendo respetar, en concreto, las bases que se desprenden del propio art. 41". *Cfr. "Estado Social y ..."* *Op cit*, pág. 71. En este mismo sentido, entre otros ALVÁREZ DE LA ROSA, señala que "En la constitución española de 1978 aparece una predeterminación de elementos básicos que condicionan, como contrapeso al legislador ordinario". *Cfr. "El art. 41 de la ..."* *Op cit*, pág.

41 que expresamente alude a que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres sostiene que en el sistema constitucionalizado es posible atribuir aspectos del mismo a la iniciativa privada.

Los que realizan lecturas a favor de la privatización del sistema de Seguridad Social, a partir de lo dispuesto en el art. 41 de la CE, no tienen en cuenta, que está referencia final, de difícil comprensión, se establece al margen del modelo tal y como éste ha sido diseñado en la primera parte del art. 41. El legislador, en este sentido, opta por establecer un punto y parte para separar ambas cuestiones, de tal manera que debe considerarse que el texto constitucional opta por el establecimiento de un único modelo, público y obligatorio, estructurado en dos niveles dentro de un mismo plano; uno asistencial y otro contributivo, sin que pueda, en mi opinión, derivarse del contenido del art. 41 que uno tenga carácter básico y otro complementario⁴⁶⁰.

Los dos niveles forman parte del sistema en un mismo plano de igualdad aunque se desarrollen a partir de ideas y bases diferenciadas por cuanto que mientras que el nivel asistencial se fundamenta y construye sobre la idea de situación o estado de necesidad, el nivel contributivo, se articula sobre las base del desarrollo de una actividad profesional y la correspondencia limitada entre contribución y prestación, aunque ambos niveles, tal y como está configurado el sistema en su conjunto, mantienen el doble carácter de público y obligatorio.

Los problemas fundamentales de interpretación del art. 41 de la CE, en el aspecto que estoy tratando, la determinación de su núcleo indisponible y su estructuración en diferentes niveles formando un único conjunto, surgen, en mi opinión, a partir de dos cuestiones fundamentales, en primer lugar porque la CE no ha fijado cuáles deben ser las bases de funcionamiento de ambos sistemas, en cuanto a su contenido y relación y, en segundo lugar porque la CE se ha decantado por reforzar claramente la vertiente asistencial del sistema al hacer referencia expresa a la

⁴⁶⁰ Como síntesis de las diferentes posturas doctrinales sobre la estructuración del sistema en un único nivel; en dos niveles o incluso en tres vid, al respecto, SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.; *"Seguridad Social y Constitución"*. Ed. Civitas, S.A. Madrid. 1995, nota a pie de página núm. 54, donde sin

cobertura de las situaciones de necesidad, pudiendo mantenerse que la CE opta por una cierta asistencialización de la protección⁴⁶¹, sobre todo si tenemos en cuenta que el aspecto entonces predominante era el contributivo; "lo que significa que, en cuanto tal tendencia asistencial o universalista del precepto citado (art. 41), no puede afirmarse que la Constitución supere o rechace el tradicional sistema profesional-contributivo, predominante en la realidad española, todo lo contrario que el mandato constitucional es compatible con el mismo"⁴⁶². No pudiendo pero extraerse la conclusión de que aunque la Constitución se centre en la protección asistencial, le de a esta cuestión, un carácter preeminente^{463 464}.

La pretendida ruptura de la correspondencia cotización-prestación típica del seguro privado a través de la consideración de la Seguridad Social como función del Estado no ha sido refrendada por la jurisprudencia del TC, que aunque en ocasiones hace referencia a ella en otras sostiene, tal y como ya hemos visto, se alude al hecho de que el sistema continúa asentándose sobre el principio contributivo, sin que se haya superado totalmente la relación típica del seguro privado.

ánimo de exhaustividad, al ser numerosas las opiniones doctrinales al respecto, se hace una recopilación de las principales opiniones existentes.

⁴⁶¹ En este sentido, ALARCÓN CARACUEL, M.R y GONZÁLEZ ORTEGA, S.; aunque defienden que lo que mejor se adecua al texto constitucional es un modelo mixto; "en ese modelo la preeminencia debe ser dada al factor asistencial o universalista. Esta es la idea-fuerza contenida en el terminante mandato del art. 41, cuyo potencial renovador no debería ser desvirtuado" *Cfr. "Compendio de..." Op cit*, pág. 48. En estos mismos términos se manifiesta RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M, que sostiene que el art. 41 mantiene "vocación universalista". *Cfr. "Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas"*. RL 1988-II, pág. 3.

⁴⁶² SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.; *"Seguridad Social..." Op cit*. pág. 40.

⁴⁶³ "El mandato constitucional no significa un reconocimiento del carácter predominante de los factores asistenciales en el Sistema español de Seguridad Social, sino que ante un modelo suficientemente desarrollado en su aspecto profesional-contributivo y, en consecuencia, desequilibrado con respecto a la protección no contributiva (de carácter marginal), la Constitución pide a los poderes públicos que ahora desarrollen los rasgos no contributivos del sistema". *Ibidem*, pág. 49.

⁴⁶⁴ El carácter contributivo del sistema se mantiene no sólo, tal y como hemos visto, porque se mantiene la correspondencia cotización-prestación, sino que también puede deducirse de la utilización dentro del art. 41 de conceptos tales como <<prestaciones suficientes>> que nos remite necesariamente al contenido del Convenio 102 de la OIT, sobre norma mínima o al 128 que en materia de vejez, muerte y supervivencia obliga a mantener un mínimo del 45% del salario activo y <<desempleo>>, frente al de paro. BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDIA, J.; y MOMPARTLER CARRASCO, M^a A.; *"Curso de Seguridad Social (Régimen general y prestaciones no contributivas)"*. 5^a edición, Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, pág. 64.

El mantenimiento de estas dos ideas, a saber, el reforzamiento de la vertiente asistencia y la continuidad de elementos contributivos ha permitido que se utilice en ocasiones de forma confusa ambas cuestiones según los intereses coyunturales produciéndose una cierta confusión de esferas, así, "la interpretación del texto constitucional conduce al ingreso del modelo contributivo en áreas de cierta discrecionalidad política y de gasto público que supone un cierto alejamiento del esquema del seguro y una cierta confusión con los esquemas de la Seguridad Social asistencial: cuando interesa por motivos de gasto público, se ingresa en el área pública presupuestaria global, pero sin que se apliquen claramente principios tributarios, como es el de capacidad contributiva, el de igualdad, o la doble fiscalidad, esto es, sin haberse en cambio alejando del modelo privatista y contributivo en cuanto a la mecánica de las cotizaciones bajo el pretexto de la solidaridad"⁴⁶⁵.

Otra de las cuestiones que es necesario destacar del contenido del art. 41 es que éste opta por no determinar, salvo la alusión realizada al desempleo, cuáles son las situaciones protegidas por el Sistema de Seguridad Social, incluyéndose la ya comentada referencia genérica a la situación de necesidad como justificante de la cobertura. En la evolución seguida por el art. 41 durante su fase de tramitación parlamentaria, si encontramos momentos en los que se alude a esta cuestión, especialmente en los votos particulares del Grupo Socialista al Anteproyecto de Constitución, donde, entre otras cuestiones, se defendía el derecho a la Seguridad Social al establecerse en el apartado 1º que "Todos los ciudadanos tienen derecho a una adecuada protección de la salud y a la Seguridad Social" y se especificaba cuál debía de ser el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, al señalarse en el apartado 2º, que: "El Estado garantizará la satisfacción de estos derechos (el derecho a la salud y a la Seguridad Social), mediante la organización y el mantenimiento, por sí o a través de entes públicos especializados, de organismos que protejan situaciones de enfermedad, incapacidad para el trabajo, vejez, desempleo involuntario, viudedad y

⁴⁶⁵ LÓPEZ GANDIA, J; "Los niveles de Seguridad Social en..." *Op cit*, pág. 17. SÁNCHEZ-URÁN, Y., sostiene que: "la doctrina del TC ha contribuido a una cierta asistencialización de la protección contributiva-, la falta de desarrollo del art. 41 de la Constitución y, en consecuencia, la ausencia de un auténtico nivel contributivo de prestaciones sociales en el Sistema de Seguridad Social, se han suplido por el legislador a través de la incorporación de elementos asistenciales dentro del área o nivel contributivo" *Cfr. "Seguridad Social..." Op cit*. pág. 49.

orfandad, así como otros casos de necesidad no determinables. El sistema de la Seguridad Social organizará su acción de modo que se consiga una protección suficiente, otra efectiva reincorporación de las personas a la vida activa y una eficaz redistribución de la renta basada en el principio de solidaridad”⁴⁶⁶.

El legislador optó, en este sentido, por un sistema abierto de situaciones protegidas, con la inclusión de una única referencia expresa, la relativa al desempleo, dadas la importancia que ésta había adquirido, permitiendo, así pues, una cierta libertad en la determinación del ámbito objetivo del sistema de Seguridad Social, aunque supeditándolo a la cobertura expresa de las diferentes situaciones de necesidad que se manifiesten.

2.2 Las diferentes políticas de protección de la tercera edad: art. 50 CE.

La protección específica de la vejez aparece recogida de forma expresa en el art. 50 de la CE, artículo en el que, por su parte, se da un mandato a los poderes públicos para que garanticen, mediante las prestaciones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad, promoviendo además su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que deberán atender sus problemas más específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

Uno de los primeros problemas que surgen a la hora de realizar un análisis del contenido de este art. 50, deriva del hecho de determinar cuál es la relación, si es que existe, entre este precepto y el art. 41 del propio texto constitucional.

⁴⁶⁶ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES núm. 44, de 5 de enero de 1978. Para un mayor conocimiento de la gestación y discusiones planteadas en la tramitación de este artículo de la Constitución vid, BARRADA RODRÍGUEZ, A.; *“Los Derechos de Seguridad Social en la Constitución Española de 1978”*. RSS nº 2. 1979, pág(s) 67-74, y también, aunque en menor medida, VIDA SORIA, J.; *“Artículo. 41”*. *Op cit*, pág(s).109-111.

El diseño que en la Carta magna se hace del sistema de Seguridad Social es abierto, y aparece concebido fundamentalmente en el art. 41, como un todo genérico, con la única excepción de la referencia que de forma expresa se hace del desempleo como situación especialmente protegida. Aunque en algún momento de la fase de tramitación parlamentaria se planteó la inclusión dentro del artículo central, de las situaciones protegidas y, entre ellas, la vejez, tomando en cierta medida el modelo de la Constitución española de 1931, el legislador constitucional optó por no incluir referencia alguna, salvo la excepción ya comentada, en relación con el campo objetivo del sistema. Sin embargo materias que forman parte del mismo como es el caso, entre otros, de la protección de la tercera edad, aparecen recogidas en otros preceptos de la Constitución, en concreto, en este caso, en el art. 50 de la CE.

Son dos, básicamente, las interpretaciones que pueden hacerse de esta cuestión, por un lado, considerar que no sólo de forma voluntaria sino que conscientemente el legislador ha optado por esta separación entre el sistema de Seguridad Social y contenido del mismo con la finalidad de poder excluir de esta manera algunas cuestiones del contenido del sistema de Seguridad Social, existiendo, en este sentido, quienes entienden (interpretación segregacionista) que se manifiesta una clara separación entre el art. 41 y los demás preceptos de la CE que abordan cuestiones propias de la Seguridad Social, para estos: "el resultado interpretativo sería un concepto residual de la Seguridad Social, según el cual, para el constituyente, el campo objetivo de protección de la Seguridad Social integraría todo lo que hoy día la compone, menos la asistencia sanitaria, menos la ayuda a la tercera edad o a los minusválidos, las prestaciones familiares, etc."⁴⁶⁷, y por otro, entender que el legislador se ha inclinado expresamente por hablar de forma genérica del Sistema de Seguridad no entrando en su contenido, pudiéndose, de esta manera, considerar (interpretación integradora) que las alusiones que en otros momentos del texto constitucional, se hace a la protección de la tercera edad, a la salud, a la familia y a los minusválidos, son consecuencia del deseo de hacer una referencia expresa a estas cuestiones, en orden al establecimiento de medidas adicionales a las propiamente establecidas por el sistema de Seguridad Social.

⁴⁶⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R y GONZÁLEZ ORTEGA, S.; "Compendio de..." *Op cit.* pág. 44.

Teniendo en cuenta, así pues, que en determinadas materias, entre las que se encuentra la vejez, la protección deseada es mayor que la ofrecida por el Sistema de Seguridad Social en sentido estricto, el anhelo de una protección que va más allá del marco estricto del Sistema, ha dado lugar a que el legislador, opte por diversificar las alusiones que en el texto constitucional hace al respecto, sin que pueda por ello, considerarse que existe una voluntad de excluirlas del campo de aplicación, así: "el que una determinada parcela de la protección social de los ciudadanos por parte de los poderes públicos esté contemplada por la Constitución en preceptos distintos del artículo 41 no significa que el constituyente haya querido excluir del campo objetivo de la Seguridad Social esas parcelas, o más exactamente, la parte de ellas que venía estando integrada en ese campo objetivo de protección de la Seguridad Social con anterioridad a la promulgación del texto constitucional"⁴⁶⁸.

En el caso de la vejez es esta cuestión especialmente significativa, por cuanto que el art. 50 de la CE no sólo hace referencia a las pensiones adecuadas para asegurar la suficiencia económica durante la tercera edad, sino que además hace mención expresa a la necesidad de promover, a través de un sistema de servicios sociales, el bienestar de estos ciudadanos atendiendo problemas especialmente significativos de este colectivo como son la salud, la vivienda, la cultura y el ocio; de ahí que deba optarse por una interpretación integradora ya que las materias desarrollada fuera del art. 41 de la CE, entre las que se encuentra la vejez, son, en general, materias en las que de forma simultánea al mandato general fijado en el propio art. 41 de la CE, se atribuye a otros organismos la cobertura de necesidades complementarias, aunque formando parte de un todo.

La prestación de asistencia social y los servicios sociales de asistencia a la tercera edad forma parte también del contenido de la acción protectora del sistema de Seguridad Social (art. 38 del TRLGSS/1994), actuando los segundos como complemento de las prestaciones correspondientes a las situaciones específicamente protegidas por la Seguridad Social, especialmente la recuperación profesional de los

⁴⁶⁸ *Ibidem*, pág. 45.

inválidos (arts 53 y 54 del TRLGSS/1994), mientras que la asistencia social se configura como la dispensación de servicios y auxilios económicos que en atención a los especiales estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos (arts 55 y 56 del TRLGSS/1994).

En materia de asistencia o atención a la tercera edad, es necesario destacar el establecimiento de una pensión asistencial por ancianidad a favor de los emigrantes españoles, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo⁴⁶⁹, en el que se procede a sustituir y perfeccionar las ayudas económicas individuales de naturaleza asistencial y de pago periódico que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social venía otorgando desde 1988 a favor de los emigrantes españoles ancianos.

La finalidad de este Real Decreto es, así pues, la de fijar, tal y como se establece en su Exposición de Motivos, un mecanismo de protección que garantice, en términos de derecho subjetivo, un mínimo de subsistencia para los españoles de origen residentes en el extranjero que emigraron de nuestro país, y que, habiendo alcanzado la edad de jubilación, carecen de recursos.

La protección que se ofrece, por medio de esta pensión asistencial por ancianidad a los españoles que residen en el extranjero, aquellos que tienen la condición de sujetos beneficiarios es prácticamente idéntica a la ofrecida por el Sistema de Seguridad Social bajo la modalidad de jubilación no contributiva, no en vano en ambos casos la prestación tiene carácter asistencial y se fundamenta en la carencia de rentas o ingresos del interesado, entendiéndose por carencia de rentas o ingresos suficientes, que éste disponga o se prevea que vaya a disponer de rentas o ingresos en cómputo anual inferiores a la cuantía también anual que se fije de conformidad con lo establecido al respecto en el art. 7 del RD 728/1993, donde, sobre la base de la pensión de jubilación no contributiva fijada anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se aplica un coeficiente que relaciona el nivel de rentas del país

⁴⁶⁹ B.O.E. de 21 de mayo. Vid, al respecto, BLASCO LAHOZ, J.F., "Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de españoles no residentes en España" AL, nº 25, 2000, pág(s). 451-465.

de residencia con España, sin que en ningún caso pueda ser la base de cálculo inferior, en cada país de referencia, a la establecida el año anterior.

En la Orden de 1 de julio de 1993⁴⁷⁰, por la que se desarrolla el RD 728/1993, se fijan las reglas para la tramitación, resolución y pago de estas pensiones asistenciales por ancianidad, así como los coeficientes y bases de cálculo para determinados países.

No sólo se ofrecen prestaciones asistenciales como desarrollo de la asistencia o servicios sociales, tal y como acabamos de ver, sino que, entre otras cuestiones se dispone, a título de ejemplo, un servicio especial de termalismo por parte del Instituto Nacional de Servicios Sociales, en virtud de lo dispuesto en la Orden de 15 de marzo de 1989⁴⁷¹, dando respuesta a una de las demandas de las personas de la tercera edad; seguir tratamientos recuperadores en establecimientos termales específicos, como servicio complementario de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, para aquellos individuos que, por prescripción facultativa lo precisen.

Así pues, contrariamente al diseño del modelo de Seguridad Social efectuado en la CE que se refiere en sentido genérico a la protección de las situaciones de necesidad, el legislador constitucional ha optado por incorporar algunas alusiones expresas a determinadas contingencias fuera del art. 41 de la CE, como en el caso de la vejez, con el propósito de destacar que más allá del sistema de Seguridad Social a que hace referencia este artículo de la CE, cabe la posibilidad de adoptar políticas de protección de la vejez tendentes a asegurar la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad así como la solución de problemas específicos en materia de salud, vivienda, cultura y ocio que afectan a este colectivo.

Como puede observarse la protección de la vejez o la tercera edad, va más allá del simple ofrecimiento de una prestación económica por parte de la Seguridad Social en favor de los sujetos beneficiarios, que les permita ser poseedores de una renta substitutiva del salario con ocasión de su jubilación o retiro, por cuanto que debe

⁴⁷⁰ B.O.E. de 8 de julio.

⁴⁷¹ B.O.E. de 5 de abril.

establecerse medidas complementarias de tipo fundamentalmente asistencial que velen, entre otras cuestiones, por la salud, vivienda, cultura y ocio a que alude el propio art. 50 de la CE; "la Constitución ha diseñado acciones generales de política social, cuya instrumentación podrá hacerse por medio de la Seguridad Social, o por medio de cualquier otra fórmula o por ambas clases de medidas. Una protección fiscal, por ejemplo, a los ancianos, a las familias, no es una técnica propia de la Seguridad Social y, sin embargo, puede ser incluida en los artículos constitucionales correspondientes. Y así sucesivamente. Se ha de entender, pues, que la Seguridad Social podrá incidir en las acciones específicas previstas por los otros artículos citados y en otros ámbitos que no estén descritos; y que el Estado, por otra parte, podrá desarrollar sobre esos sectores específicos una acción protectora que esté fuera de los ámbitos de las técnicas típicas de Seguridad Social. En definitiva el supuesto desarrollo legal ordinario de esas previsiones se podrá llevar a cabo de múltiples formas, y con múltiples técnicas; una podrá serle propia de la Seguridad Social, otras de asistencia, otras de carácter fiscal - por ejemplo- Porque en definitiva, <<el régimen público de la Seguridad Social>> del artículo 41 a lo que se refiere es (desde otro punto de vista) a <<una manera>> de proteger determinadas circunstancias o sectores, que no sería la única protección y que, de este modo (y por otra parte) no se superpondría con la previsión específica de protección a que se refieren los artículos citados"⁴⁷².

Atendiendo, a este carácter de protección global o integral que es predicable de la vejez en cuanto generadora de diversas y variadas situaciones de necesidad, es necesario hacer una interpretación sistemática de ambos preceptos, (art. 41 y el 50) a la hora de abordar el estudio de la protección integral de la vejez sobre la base de considerar que el contenido de estos dos preceptos forman una unidad integrada⁴⁷³, sin que pueda deducirse de esta separación existente, tal y como he apuntado, una voluntad disgregadora entre el Sistema de Seguridad Social y su contenido.

⁴⁷² VIDA SORIA, J.; "Artículo 41". *Op. cit.* pág. 116

⁴⁷³ ZORRILLA, RÚIZ, J.; "Lectura sistemática de los arts. 41 y 50 de la Constitución Española". RSS nº 25, 1985.

En relación con el contenido del art. 50 de la CE, es posible señalar que éste alude a dos cuestiones diversas: a los servicios sociales que de alguna manera colaboran a alcanzar los beneficios que se pueden derivar de otras medidas protectoras de alcance general y al sistema de pensiones suficientes para los ciudadanos de la tercera edad.

Por lo que respecta a este segundo contenido, es necesario hacer una referencia expresa a la doble mención que este artículo hace, del carácter suficiente de las prestaciones y de la necesidad de que exista un sistema de pensiones adecuadas.

La mención que en este sentido se hace a la suficiencia de la protección no es exclusiva del art. 50 de la CE, ya que el art. 41 de la CE también incorpora una referencia en este mismo sentido al hacer mención expresa al hecho de que las prestaciones sociales deben tener carácter de suficientes.

Existe, así pues, una doble evocación a la suficiencia de las pensiones o prestaciones sociales del sistema de Seguridad Social que aún tratándose de un concepto claramente indeterminado otorga una fuerza especial al contenido principal del sistema, dando lugar, entre otras cuestiones, a que nos planteemos la siguiente cuestión: ¿frente a qué, y en relación con qué es predicable el carácter suficiente de la protección?

El TC se ha limitado, en este sentido, a precisar que no puede invocarse la suficiencia de la protección en relación con el régimen de compatibilidades de las prestaciones, especialmente la existente entre las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) y las derivadas de los regímenes del sistema de Seguridad Social, cuestión ésta no existente en la primitiva Ley de Seguridad Social de 1966 pero que fue introducida por la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social de 1972, donde se establecía que quienes a fecha de 1 de enero de 1967 tuviesen cubierto el período de cotización exigido en el SOVI o que en su defecto hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservaban el derecho a la prestación del SOVI, siempre y cuando no

tuviesen derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, debiendo optar entre una u otra prestación, en el caso que esto sucediera, dado el carácter incompatible de las mismas.

El TC opta por no entrar a valor el significado de la expresión suficiencia de las prestaciones al negar que ésta sea aplicable al supuesto objeto de análisis; "el alcance de la compatibilidad o incompatibilidad de pensiones declarada por la Ley constituye cuestión de mera legalidad, en relación con la cual ni siquiera cabe invocar los artículos 41 y 50 de la Constitución para obtener determinada interpretación, toda vez que la suficiencia de prestaciones que establecen dichos preceptos ni exige ni guarda relación con la compatibilidad que aquí se reclama", sin que pueda, en este sentido, mantenerse que al tratarse de una modificación normativa, se pretende equiparar ésta con un supuesto de desigualdad de trato temporal⁴⁷⁴.

Tampoco se ha considerado, por parte del TC, que la fijación de límites a las pensiones iniciales de jubilación de la Seguridad Social, ni la actualización de las pensiones ya causadas superiores al tope vulnere los arts 41 y 50 de la CE, al interpretarse que "de ninguno de estos preceptos puede deducirse que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual"⁴⁷⁵.

El carácter suficiente de la protección otorgada por el sistema de Seguridad Social, dependerá de si nos encontramos ante una prestación contributiva o no contributiva. En el caso de las prestaciones no contributivas, éstas serán suficientes si permiten eliminar la situación de necesidad que da origen a la prestación, es decir si a través de la prestación y teniendo en cuenta los ingresos del individuo y/o de su unidad económica familiar, el individuo dispone de unos ingresos mínimos que permiten situarlo por encima de límite de la necesidad, por encima del nivel mínimo de rentas a partir del cual un ciudadano se hace acreedor de la protección contributiva, con

⁴⁷⁴ Vid, entre otras STC 103/1984, de 12 de noviembre; STC 121/1984, de 12 de diciembre.

⁴⁷⁵ vid, entre otras, STC 134/1987, de 21 de julio; STC 83/1993, de 8 de marzo.

independencia de cuál haya sido su contribución, si es que la ha habido, al sistema, ni de si realmente la prestación ofrecida le permite eliminar o atenuar su situación de necesidad.

En el caso de las prestaciones contributivas, teniendo en cuenta la existencia de una cierta correspondencia entre contribución previa y prestación, puede llegar a considerarse que una prestación es suficiente cuando ésta guarda una relación estrecha con las aportaciones previas, de tal manera que la correspondencia entre una y otra cuestión es más o menos plena⁴⁷⁶.

Aunque adquiere cada vez mayor relevancia en el sistema de Seguridad Social, y especialmente en la protección que éste dispensa en relación con la vejez o jubilación, el principio de contributividad presente en las reformas establecidas por la LMU y la LCRSS, éste dispone de una importante dosis de solidaridad intergeneracional que permite relativizar la suficiencia entendida como correspondencia exclusivamente por cuanto que la cotización por jubilación no es expresamente un sistema exclusivo de ahorro diferido como sucede en los sistemas de capitalización o sistemas privados, ya

⁴⁷⁶ Que existe un diferente sentido de suficiencia en relación con el tipo de prestación y según la función cumplida por ésta lo pone de manifiesto, entre otros, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, para quien: "La noción de suficiencia, en cuanto ligada a la función y a la finalidad de las prestaciones otorgadas por el régimen público de Seguridad Social, es diferente según nos refiramos a mecanismos de protección de naturaleza contributiva o de naturaleza no contributiva o asistencial, puesto que diferentes son, asimismo, sus respectivos fundamento y extensión objetiva.

Las prestaciones profesionales-contributivas cumplen una función de sustitución de las rentas de trabajo que el sujeto ha dejado de percibir cuando se ha actualizado la contingencia protegida. Por tanto si esta es la función, la cuantía y nivel de las prestaciones dependerá de la cuantía del ingreso profesional en base al cual el sujeto ha contribuido al sistema; es decir, el sistema contributivo se traslada a la finalidad de las prestaciones en el sentido de que éstas han de ser calculadas en relación con la cotización o aportación económica al sistema (...).

La prestación contributiva, en definitiva, es suficiente cuando es proporcional a la contribución previa y cumple, de este modo, con <<eficacia>> y <<razonabilidad>> la finalidad o función que se le asigna (...).

Por el contrario, las prestaciones no contributivas o asistenciales cumple una función de compensación o suplencia de la carencia de rentas mínimas para la subsistencia del sujeto protegido; si ésta es su función, su cuantía y nivel estarán en relación, exclusivamente, con la situación de necesidad económica previamente delimitada y demostrada, y no con los ingresos anteriores del beneficiario y la cuantía de sus cotizaciones (...).

Este tipo de prestaciones serán, por tanto, suficientes (y cumplirán, entonces, el mandato constitucional) cuando garanticen un ingreso mínimo, cuando garanticen rentas de subsistencia que eliminen o reduzcan, la situación de real necesidad económica en que se encuentre el sujeto que carezca de los ingresos o rentas mínimas para poder subsistir". Cfr "Seguridad Social..." *Op cit.* pág(s). 109-110.

que parte de las aportaciones efectuadas por cada ciudadano individualmente considerado, se transforman en un importante elemento de redistribución de rentas, de ahí que en el caso de las prestaciones contributivas también haya de tenerse en cuenta a la hora de valorar la suficiencia de la protección de las situaciones de necesidad del individuo, que en el caso de este tipo de prestaciones, prestaciones de carácter contributivo está vinculada con la función atribuida a las pensiones de rentas substitutivas del salario⁴⁷⁷.

Existe, en mi opinión, una conexión muy estrecha entre prestaciones suficientes y situaciones de necesidad que se manifiesta, aunque con diferente intensidad, tanto en el supuesto de prestaciones contributivas como en el de no contributivas en el caso de estas últimas como determinante del derecho a la prestación y como límite a partir del cual poder considerar la suficiencia de la prestación mientras que en el caso de las prestaciones contributivas como elemento o factor relativizador de la no total correspondencia entre cotización previa y prestación.

En cuanto a la noción de pensiones adecuadas, ésta también ha sido utilizada de forma conjunta con el carácter suficiente de las prestaciones y al igual que éste se ha optado por una interpretación restrictiva del mismo, atemperando la fuerza que puede desprenderse, y así en la sentencia antes citada del TC 134/1987, de 21 de julio, así como entre otras, en la STC 97/1990, de 24 de mayo, se establece que: "el concepto de <<pensión adecuada>> del art. 50 C.E. <<no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar

⁴⁷⁷En este sentido, GÓNZALEZ ORTEGA, S, establece que no sólo debe tenerse en cuenta si guarda una relación de proporcionalidad con las aportaciones económicas previas del sujeto que recibe la prestación para considerar que ésta es suficiente; "També s'ha datendre les situacions de necessitat que en cobreix, malgrat que, en molts casos, aquestes siguin solament presumptes. De tal forma que no bastaria apreciar la suficiència de les prestacions contributives amb una relació de proporcionalitat qualsevol amb les cotitzacions realitzades; si més no, aquesta prestació ha de ser adequada per fer front a la contingència produïda. La qual cosa únicament es produeix, si aquesta prestació realitza, amb un cert grau d'eficàcia (impossible de precisar de forma més concreta i que és, finalment, una opció del legislador en raó de les circumstàncies polítiques, socials i econòmiques que envolten el sistema de protecció) la seva funció assignada de substitució de rendes d'actiu prèvies". Cfr. *"El sistema espanyol de*

medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales". Tal y como vemos en esta sentencia, se opta por una interpretación flexible de la expresión <<pensión adecuada>>, utilizada en el art. 50 de la CE al establecerse que es necesario tener en cuenta, el sistema de pensiones en su conjunto, para valorar este carácter o no adecuado de la pensión ofrecida.

2.3 El distinto tratamiento dispensado entre regímenes en materia de vejez y el principio de igualdad.

Del análisis efectuado hasta ahora del marco constitucional en materia de Seguridad Social, especialmente referido a la vejez, se puede inferir una importante conclusión: el sistema de Seguridad Social, tal y como ha sido diseñado en el texto constitucional, es un sistema abierto, y al no ser éste un sistema o modelo cerrado, el legislador postconstitucional dispone de un importante margen de libertad, de discrecionalidad para modularlo, teniendo en cuenta pero los límites a esa libertad del legislador que fija la propia Constitución y que éste debe respetar con el objeto de no extralimitarse.

Al margen de los límites establecidos en el art. 41 de la CE, se ha tratado de restringir la potestad de desarrollo del marco constitucional a partir de otros derechos recogidos en el propio texto constitucional, como es el caso del principio de igualdad a que hace referencia el art. 14 de la CE, especialmente por lo que respecta a la existencia en la estructura y composición del sistema de diversos regímenes especiales y el establecimiento de un trato desigual en el contenido de los mismos que afecta, entre otras cuestiones, a la protección de la vejez⁴⁷⁸.

la Seguretat Social" en "*Dret de la Seguretat Social*" Consejo General de Poder Judicial (CGPJ). Generalitat de Catalunya. *Studia Juridica* núm. 7, pág. 30.

⁴⁷⁸ En la presente Tesis no se aborda con amplitud el tema del principio de igualdad en la teoría constitucional ni la relevancia de los factores personales en el acceso a las prestaciones contributivas al haber sido este tema objeto de una tesis de reciente lectura a cargo de la Dr. Nuria Pumar Beltrán dirigida por el Dr. M.R., Alarcón Caracuel y la Dra J., Lopez López.

La aparición de los regímenes especiales no es una creación de la Ley de Bases de 1963, ya que a pesar de que se introducen por primera vez en su Base Tercera, su vigencia real se remonta a épocas anteriores, caracterizada por la pluralidad y diversidad de seguros sociales.

El establecimiento en el sistema de Seguridad Social de regímenes especiales obedece no sólo a razones técnicas, tal y como puede en un principio desprenderse del art. 10 del TRLGSS/1994, cuando hace referencia a que "se establecerán 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 hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social", puesto que son diversas y variadas las causas de su existencia⁴⁷⁹ constatándose, en cualquier caso, una imposibilidad para superar las diferencias existentes y la adopción final de un sistema que aunque está más organizado es un sistema disgregado en cuanto a los colectivos protegidos y en relación con el contenido de la protección dispensada⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Vid, al respecto, en forma de síntesis las razones expuestas por ALARCÓN CARACUEL, M.R, y GONZÁLEZ ORTEGA, S, quienes, teniendo en cuenta las destacadas por, entre otros, VIDA SORIA, J., "Los regímenes especiales" Papeles de Economía Española, nº 12/13, 1982, pág. 55 y ss. MONTOYA MELGAR, A., "La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones". Revista de Política Social, nº 98. 1973, pág. 5 y ss. y BAYÓN CHACÓN, G., "El elemento de la pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen general y Regímenes especiales" en "Diecisiete lecciones sobre Regímenes especiales de la Seguridad Social". Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Madrid. 1972, pág. 9 y ss. apuntan hasta seis causas. Cfr, "Compendio de.." Op. cit., pág. 82, destacando, en mi opinión, las razones de índole financiero, ya que en algunos casos la existencia de ciertos regímenes especiales responde a cuestiones tales como las dificultades de financiación del sector o sectores afectados (mar, agricultura, minería) el envejecimiento de la población activa que produce un importante desequilibrio entre cotizantes y perceptores de prestaciones como en el caso de la agricultura, o porque los ingresos que generan sean en general poco elevados, etc. Por su parte, FERRERAS ALONSO, F.; señala que no sólo la Ley de Bases de 1963 fue incapaz de sentar bases mínimas de racionalización futura de la estructura del sistema de protección social, sino que además de permitir la pervivencia de los regímenes especiales preexistentes, permitió el nacimiento de otros, y considera que uno de los motivos principales por los que la Ley de Bases no fue capaz de superar esta situación haya sido la falta de una concepción global de un modelo específico y concreto de protección social, situación ésta que no sólo se produce en España, sino en la mayoría de los países. Cfr. "Desigualdades de protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la <<Ley de Pensiones>> del 85". REDT, nº25. 1986, pág. 59.

⁴⁸⁰ La forma abierta en que fue formulada la Base Tercera de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, reproducida posteriormente en el art. 10. 3 del Decreto 907/1966, de 21 de abril y en el art. 10.2 del TRLGSS/1974 al establecerse que además de los regímenes especiales expresamente reconocidos como tales en estos textos (trabajadores por cuenta propia o autónomos; personal al

El mantenimiento de los regímenes especiales tiene importantes consecuencias sobre el propio sistema de Seguridad Social; "supone una negación de los principios básicos de toda Seguridad Social moderna (unidad de gestión, solidaridad colectiva global, igualdad de trato); dan origen a una compleja y muchas veces irracional trama organizativa, multiplicando las especialidades, generando burocratismos y propiciando supuestos de desprotección, infraprotección y superprotección; dificultan una gestión unitaria y coordinada de los recursos económicos así como el control de la aplicación de los mismos; favorecen el escapismo de algunos grupos profesionales que tienden a evadirse del sistema buscando la conservación o la obtención de determinados privilegios; frenen la aplicación de técnicas unitarias de protección absolutamente necesarias respecto de determinadas prestaciones (asistencia sanitaria, servicios sociales); obstaculizan, en fin, la expansión global del sistema merced a los rígidos criterios profesionales en los que se sustentan"⁴⁸¹.

La fijación de esta estructura del sistema en dos compartimentos diferenciados (Régimen general y regímenes especiales) supone una importante quiebra del principio de unidad que el propio texto de la Ley de Bases fija como directriz de la Ley, ya que, aunque los regímenes especiales en relación con el régimen especial responden a una misma concepción y a principios homogéneos, de la existencia misma de esta variedad de regímenes se deriva un tratamiento diferenciado que dificulta esa tendencia a la unidad que el texto propugna, no permitiendo tampoco que sea factible la superación

servicio del Movimiento; Funcionarios en entidades estatales autónomas; servidores domésticos o empleados del hogar; personal civil no funcionario dependiente en establecimientos militares; representantes de comercio), serán también considerados como regímenes especiales los que con este carácter establezca o autorice el Ministerio de Trabajo, en virtud de cuya potestad fueron aprobados los siguientes regímenes especiales: Régimen especial de la minería del carbón (Decreto 384/1967, de 17 de marzo; Régimen Especial de trabajadores ferroviarios (Decreto 1495/1967, de 6 de julio; Régimen especial de artistas profesionales (Decreto 635/1970, de 12 de marzo; Régimen especial de escritores de libros (Decreto 3262/1970, de 29 de octubre); Régimen especial de toreros (decreto 1600/1972, de 8 de junio); y Régimen especial de los jugadores profesionales de fútbol (RD 2806/1979, de 7 de diciembre) y la diferente forma en que éstos han sido desarrollados, unos, los menos, por Ley, (Régimen especial agrario; Régimen especial de los trabajadores del mar; y de los funcionarios públicos, civiles y militares), y los demás por normas reglamentarias añaden mayor confusión a la ya de por sí compleja estructuración del sistema en un Régimen general y diversos regímenes especiales.

⁴⁸¹ *Ibidem*, pág. 83.

de algunos otros inconvenientes del sistema precedente, como son: la proliferación, entre otros, de disposiciones y la diversidad de Organismos y Entidades⁴⁸².

Al margen, pero, de la importante ruptura del principio de unidad tanto en su vertiente organizativa como en la financiera y respecto al contenido de la protección ofrecida por el sistema, que se deriva de la estructuración de sistema de Seguridad Social en un régimen general y diversos regímenes especiales, se produce, entre otras cuestiones, una quiebra del principio de igualdad e identidad en los riesgos protegidos y en las prestaciones concedidas⁴⁸³, no en vano algunos regímenes especiales excluyen, con carácter general, del ámbito de su acción protectora prestaciones como la incapacidad temporal o el desempleo⁴⁸⁴ y aunque existe uniformidad en otros riesgos,

⁴⁸² Tal y como en este sentido se señala en AA.VV. *"La estructura actual de la Seguridad Social española y su reforma"*, la existencia de esta contradicción entre la tendencia a la unidad fijada como directriz y el establecimiento de diversos regímenes especiales, tuvo importantes consecuencias, permitió que el legislador no se sintiera obligado por este principio, de ahí que en no pocas ocasiones, la aparición y el establecimiento de regímenes especiales lejos de estar fundado en razones técnicas, se basaba "en criterios de pura conveniencia política, y no en las dificultades que, para los respectivos colectivos, podría haber supuesto su incorporación en el marco legal del régimen general o de algunos de los regímenes preexistentes en orden al disfrute de los beneficios que otorga la Seguridad Social". Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social. Monografías de Seguridad Social, nº 2. Madrid. 1981, pág. 32. hay algún autor, como es el caso de TEJERINA ALONSO, J.I.; que llegan a considerar que "los regímenes especiales representan un síntoma de imperfección; constituyen un mal menor e inevitable para la época. Esto explica que ya desde un principio estuvieran llamados a ser superados en el futuro, lo que se detecta en la misma Ley de la Seguridad Social de 1966 (en la que se configuran como categorías no estáticas, sino en un estado de evolución que debería conducirlos progresivamente a configurar sus beneficios de acuerdo con los criterios del Régimen general), y que se reafirma con rotundidad en la posterior Ley General de Seguridad Social de 1974". Cfr. *"La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los regímenes especiales de trabajadores ferroviarios, de artistas, de toreros, de representantes de comercio, de escritores de libros y de futbolistas"*. RSS nº 31. 1986, pág. 61.

⁴⁸³ En la definición dada por BAYÓN CHACÓN, G., a los regímenes especiales se alude de forma expresa a esta cuestión al señalar que "Régimen especial es aquel en el cual las prestaciones de los trabajadores incluidos en él son diferentes de las previstas para el Régimen general de la Seguridad Social (...) ya porque no existen algunas de las establecidas por el Régimen general (por ejemplo, subsidio de desempleo), ya porque existiendo son menores que las del mismo o esencialmente diferentes". Cfr. *"El elemento de..." Op. cit.*, pág(s) 10-11. Vid , en este mismo sentido, AA.VV. *"La estructura actual de la..."*, donde se añade que "la diferencia esencial entre los regímenes especiales y el régimen general ha de ser buscada en el déficit o plus de protección que establecen. Se tiende a pensar que, en principio, los regímenes especiales son objeto de una protección menos favorable que el Régimen general; normalmente es así, pero no faltan ejemplos de regímenes especiales privilegiados en relación con el general", citando, expresamente, el de la minería del carbón y el de los trabajadores ferroviarios donde, entre otras cuestiones se ha recortado la edad de jubilación., *Op cit*, pág. 27. Cuestión ésta la relativa a la desigualdad de protección en función de la existencia de una pluralidad de regímenes tratada con mayor amplitud en pág(s). 40 y ss.

⁴⁸⁴ Así por ejemplo en el caso de los trabajadores por cuenta propia o autónomos la cobertura por Incapacidad Temporal es voluntaria y no están previstas prestaciones por desempleo, tal y como también sucede en el régimen especial agrario para los trabajadores por cuenta propia o autónomos a los que ni se les reconoce el derecho al desempleo y la prestación de incapacidad temporal queda

como en el caso de la vejez, se establecen importantes diferencias, tal y como a continuación veremos, en cuanto a las prestaciones de cobertura, es decir, en relación con el contenido específico de la prestación, ya sea por lo que respecta a los requisitos, sistema y formas de cálculo de la prestación o intensidad de la protección, aunque el TC, tal y como también veremos más adelante, ha tratado de justificar o si más no de obviar en aras a la estabilidad del sistema.

Esta estructuración del sistema en dos compartimentos diferenciados no puede, más que merecer una crítica airada, por cuanto que lejos de haberse superado el periodo de transitoriedad que parece desprenderse del contenido del vigente art. 11 del TRLGSS/1994, y que estaba presente en los apartados 4º y 5º del art. 1 del TRLGSS/1974 e incluso en la propia Ley de Bases al establecerse en el punto 11 de la Base tercera que "en la regulación de ambos regímenes (haciendo alusión a los regímenes especiales de los trabajadores del mar y agrarios) se tenderá a la paridad de derechos y prestaciones", y teniendo en cuenta las importantes consecuencias que ello comporta haber procedido a una importante simplificación del marco vigente porque no cabe duda alguna que el distinto tratamiento dado a situaciones iguales vulnera el principio de igualdad, sin que existan motivos objetivos y razonables que justifiquen esta desigualdad, más que la propia existencia de los regímenes especiales, se mantienen, aún hoy, algunas diferencias vigentes.

La LMU trato de corregir la desigualdad existente entre el Régimen general y los Regímenes Especiales, que se acentuó enormemente con la proliferación de regímenes especiales que fueron aprobados entre 1967-1979, al establecerse, en la

configurada como mejora voluntaria de la acción protectora. En el régimen especial de los empleados de hogar si bien se incluye dentro de su acción protectora la prestación por incapacidad temporal ésta se empieza a percibir cuando deriva de enfermedad o accidente desde el vigésimo noveno día, y no tienen reconocido el derecho a prestaciones por desempleo. En otros regímenes especiales el reconocimiento de estas prestaciones está sujeto a importantes restricciones o condiciones como en el caso del régimen especial de los trabajadores del mar donde si bien los sujetos incluidos dentro de su campo de aplicación tienen derecho tanto a la incapacidad temporal como a desempleo, se reconocen ambas prestaciones con ciertas peculiaridades, así por ejemplo para los trabajadores por cuenta propia, el cálculo de la prestación económica, a partir del 1 de enero de 1998, se realiza al aplicar a la base reguladora los mismos porcentajes que se aplican en el Régimen general para los procesos derivados de contingencias comunes; el 60% a partir del 15º día y el 75% a partir del 21º, y en el caso de la prestación por desempleo, tienen derecho a esta prestación todos los trabajadores excepto los armadores que presten servicio a bordo de su embarcación y perciban salarios como tripulante o una participación en el <<Monte menor>> y los trabajador autónomos

Disp. Adic. segunda, un mandato al Gobierno para que en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la LMU se procediera a integrar en el Régimen general o en otros regímenes especiales, los regímenes de los trabajadores ferroviarios, de artistas, de toreros, de representantes de comercio, de escritores de libros y de futbolistas, integración que fue realizada por Decreto 2621/1986, de 6 de julio⁴⁸⁵ en el que con fecha de 1 de enero de 1987 se procedió a integrar todos los regímenes citados en el Régimen general, excepto el de los escritores de libros que se integró en el Régimen especial de trabajadores autónomos y al extender, según lo dispuesto en su art. 6º, la aplicación de lo dispuesto en los arts 1º, 2º, 4º y 5º a todos los regímenes de la Seguridad Social y los números 1, 2 y 3 del art. 3º a algunos Regímenes especiales además del Régimen general, extensión que afecta a los regímenes especiales de trabajadores del mar, de la minería del carbón, de trabajadores ferroviarios, agrario, de trabajadores autónomos, de empleados del hogar, y e futbolistas.

Pero no sólo a través de esta integración de diversos regímenes especiales en el régimen general o en el RETA se ha avanzado en la homogeneidad de la protección, también se ha procedido a realizar una aproximación progresiva de la acción protectora del régimen general cuya síntesis la encontramos, en la vigente disp. adic. octava del TRLGSS/1994, disposición redactada conforme a la Ley 24/1997, de 15 de julio y modificada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

En relación con el riesgo de vejez, el tratamiento dispensado en los diferentes regímenes especiales, aunque se ha uniformado considerablemente, en virtud de lo dispuesto en la LMU, especialmente en relación con el período de carencia y el cálculo de la base reguladora, dista aún de ser igualitario por cuanto que existen diferencias que afectan a cuestiones diversas tales como la edad de jubilación, los porcentajes aplicables a la base reguladora, la compatibilidad o no de la pensión de jubilación con otras pensiones y con el trabajo, etc.

⁴⁸⁵ B.O.E. de 7 de julio.

A modo de síntesis y sin ánimo de ser exhaustivo por lo complejo y disperso que es esta materia, centrándome, como es obvio, en la prestación de jubilación voy a tratar a continuación de exponer cuáles son las principales diferencias y/o particularidades que subsisten en la protección de la vejez en los diversos regímenes especiales en relación con el régimen general (alguna de las cuales ya han sido expuestas al abordar en la parte histórica la conformación del sistema actual de Seguridad Social), con el objetivo de poder determinar cuán diferente es la protección dispensada en cada régimen especial y entre los regímenes especiales y el régimen general y cuáles son las principales cuestiones que afectan de forma común a más de un régimen especial⁴⁸⁶.

En el caso del RETA⁴⁸⁷, se reconoce la prestación de jubilación en su modalidad contributiva prácticamente en idénticos o parecidos términos y condiciones que en el régimen general si bien se incorporan algunas singularidades que merecen ser objeto de comentario. En este sentido es necesario señalar que no está previsto en este régimen la posibilidad de jubilación anticipada cuando el trabajador por cuenta propia o autónomo cumple el requisito de haber sido mutualista antes del 1 de enero de 1967 y se encuentra en situación de alta o alta asimilada. Aunque existen, al respecto, pronunciamientos judiciales en los que si se reconoce esta posibilidad, entre otros en la STSJ de Madrid, de 21 de febrero de 1990 (Ar. 1975) y más recientemente en la STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 1997 (Ar. 1973), en la gran mayoría de los supuestos, los Tribunales optan por el no reconocimiento de la jubilación anticipada con coeficientes reductores basándose en la consideración de que no sólo el marco normativo regulador de este régimen especial no lo recoge sino que tampoco incluye ninguna disposición donde se efectúe una remisión a la normativa donde se reconoce este derecho.

⁴⁸⁶ Para un mayor y más completo estudio del tratamiento de esta prestación en los regímenes especiales vid, GARCÍA NINET, I.; *"La jubilación en los regímenes especiales de Seguridad Social"*. RSS nº 16, número monográfico sobre la jubilación, 1982, pág(s) 225-253.

⁴⁸⁷ D 2530/1970, de 20 de agosto por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (B.O.E. de 15 de septiembre) y Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (B.O.E. de 30 de septiembre).

Es igualmente importante destacar que de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional 10ª del TRLGSS/1994, la cuantía de la pensión de jubilación de este régimen se determina aplicando a la base reguladora el porcentaje correspondiente según la escala prevista para el régimen general, en función exclusivamente de los años de cotización efectiva excluyéndose por tanto la aplicación, para el cálculo de la pensión la escala de días y años de cotización según la edad de trabajador el 1 de enero de 1967 (vid, entre otras, SSTs, dictadas al resolver recursos de casación para unificación de doctrina, de 12 de junio de 1992 (Ar. 8276); de 10 de febrero de 1993 (Ar. 1848) y de 22 de noviembre de 1995 (Ar. 8682), donde se establece que la argumentación a favor de la aplicación en el RETA de la bonificación, según edad, prevista en la disposición transitoria 2ª de la orden ministerial de 18 de enero de 1967, "es notoriamente, voluntarista a favor de una aplicación integralmente igualitaria al RETA de la normativa reguladora de la jubilación dentro del régimen general, desconociendo en cambio, de modo palmario, la peculiaridad de aquel régimen especial de la Seguridad Social, y más concretamente, la particularidad normativa establecida para el mismo, en la Ley 26/1985. En este sentido si esta última norma legal, tras homologar a efectos del período carencial y de cálculo de la base reguladora, el sistema de la pensión de jubilación en ambos regímenes de la Seguridad Social, el general y el de trabajadores autónomos, sin embargo y con relación a estos últimos, en su disposición adicional 1ª, expresamente establece la sola computación de la cotización efectivamente del beneficiario, obvio resulta que el más elemental criterio hermeneútico lleva a excluir del expresado cómputo de cotización cualquier tipo de bonificación contributiva, teniéndose que referir el mismo, únicamente, a las cuotas realmente ingresadas por el beneficiario de la prestación de Seguridad Social en litigio".

El TS, en la primera de las sentencias antes citadas, excluye la posible violación del art. 14 de la CE, acogiéndose, a los argumentos esgrimidos por el propio TC que más adelante veremos, al señalar que no se da la identidad de situaciones tratadas que se exige para considerar que se produce la violación de este principio constitucional, así tal y como establece el TS "esta identidad no es predicable de la relación jurídica de protección social que vincula al trabajador autónomo con la Seguridad Social respecto, a la que, con esta última Institución pública vincula a los trabajadores por cuenta ajena.

La propia configuración de la actividad laboral determinante, en uno y otro caso, de la afiliación al sistema de la Seguridad Social pública, marca una manifiesta diferenciación, por más que, en ambos casos, se busque una similar cobertura del riesgo. La peculiaridad del trabajo autónomo, la mayor libertad que genera en orden a la efectividad de su realización y el hecho de asumir, en su integridad, el trabajador la financiación de la cuota contributiva del aseguramiento forzoso, son circunstancias que cualifican, distinguiéndola de la de los trabajadores por cuenta ajena, la situación de quienes trabajan de modo independiente o autónomo, hasta el punto de originar es establecimiento de un propio régimen especial de Seguridad Social, separado y distinto, del que corresponde al resto de trabajadores. Por todas estas razones, no cabe invocar con éxito la transgresión del principio de igualdad, por la inaplicación al régimen especial de trabajadores autónomos de una determinada disposición normativa prevista dentro del régimen general de la Seguridad Social, en función de las características de la relación laboral protegida a través del mismo. Y es de señalar que, tal afirmación, sigue siendo válida, aun dentro de la orientación unificadora de los distintos regímenes de Seguridad Social, en tanto, éstos, mantengan su propia entidad o autonomía".

A pesar de que el TS reconoce que puede llegar a entenderse que en relación con esta cuestión no existe razón válida para una diferenciación de tratamiento legal, el cambio normativo operado por la LMU, expresamente establece una singularidad para el RETA que no puede eludirse en aras de un igualitarismo apoyándose para ello, incluso en la propia exposición de motivos de la LMU, al entender que las referencias que en la misma se hace al objetivo de evitar, a través del incremento del período de carencia y la modificación de la base reguladora, el fraude que se venía ocasionando en determinados regímenes especiales que favorecían la práctica insolidaria de pensiones está expresamente referida al RETA.

Por lo que respecta a la determinación o cálculo de la base reguladora aunque ésta se efectúa del mismo modo que en el régimen general, no está prevista la denominada integración de lagunas, así si existen en el tiempo de referencia, períodos

en los que no existió la obligación de cotizar, éstos no se completan, tal y como sucede en el régimen general, con las bases mínimas, sino que quedan en descubierto.

En relación con esta cuestión, el cálculo de la base regulador, es necesario también señalar que se aceptó la posibilidad de reducir proporcionalmente el divisor que hasta la entrada en vigor de la Ley 24/1997, de 15 de julio de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, era 112, para aquellos colectivos o grupos de trabajadores que eran incluidos de forma obligatoria en este régimen especial, y a los que les era realmente difícil al alcanzar la edad de jubilación, 65 años, tener cubiertos los 96 meses exigidos, a modo de ejemplo, vid STSJ de Madrid de 6 de febrero de 1991 (Ar. 1357), donde se establece que: "sería discriminatorio, para el demandante, dada la fecha de publicación de la Orden que declaró la integración obligatoria del colectivo a que pertenece en el RETA -17 de noviembre de 1981- es absolutamente imposible que éste pueda reunir los meses de cotización exigidos por el art. 3 de la LMU en la fecha en que se solicita la jubilación, 5 de diciembre de 1986, en la que ya tiene más de setenta años".

Con anterioridad el Tribunal Central de Trabajo, en adelante TCT, ya se había manifestado también en este mismo sentido, tal y como se establece, al respecto, en las diecisiete sentencias del TCT de 3 de septiembre de 1986 (Ar. 7314 a 7330), donde expresamente se dispone que en estos casos (autónomos procedentes de grupos profesionales que obligatoriamente habían sido incluidos en el RETA con posterioridad al 1 de octubre de 1970), la exigencia de 60 meses como carencia mínima, limitaba sus efectos a facilitar el acceso a la prestación, y asumiendo una interpretación analógica y no mimética de este art. 31.1 del Decreto regulador de este régimen especial, el TCT llega a la conclusión de que "esta minoración del indicado período no implica que dichos 60 meses fueran el divisor a utilizar para el cálculo de la base reguladora, para tales supuestos, el tan repetido divisor habría de ser el número de meses transcurridos desde el inicio de la cotización del interesado, coincidente con la fecha de incorporación al RETA de su correspondiente grupo profesional, hasta el momento del hecho causante".

El TS, en unificación de doctrina, rechazó la posibilidad de reducir este divisor al considerar que debía primar la inexistencia de excepción alguna a la fórmula para el cálculo de la base regulador que establece el art. 3.1 de la LMU. Ni la propia LMU ni en el RD 1799/1985 dictado para al aplicación de ésta, permite considerar que constituye voluntad legislativa la de aplicar también, en estos supuestos conflictivos, la regla contenida en el art. 3.1, sin que pueda considerarse, tal y como hacía el TCT, que la fijación de reglas en otras cuestiones como las referidas al período de carencia en relación con las cotizaciones efectuadas al anterior régimen de las Mutualidades Laborales de Trabajadores Autónomos, donde se establecían reglas específicas para el supuesto de que el período mínimo de cotización exigido fuera superior al requerido en al legislación anterior, sean aplicables a los supuestos de inclusiones tardías de determinados grupos profesionales al RETA.

Sirviendo de apoyo también para negar esta posibilidad la exclusión para los afiliados al RETA de la regla, ya comentada, de integración de lagunas, ya que si se redujese el divisor que se va a utilizar para el cálculo de la prestación de jubilación, "daría como resultado que los trabajadores del RETA, a los que no se aplica el beneficio del art. 3.4 (integración de lagunas), verían mejorada su base reguladora en proporción más importante que los trabajadores de los regímenes a que hace referencia el art. 3.4, dado que al mantenerse para estos últimos la correlación 96/112, la integración de dividendo de las bases mínimas que cubran lagunas de cotización reduce la media de la cotización real, con incidencia negativa en la base reguladora, mientras que para los primeros, la sustitución de tal correlación por otra en la que el dividendo se formara con el número de cotizaciones reales -lo que dejaría indemne su media-, fijándose el divisor en términos de atemperación proporcional al número del dividendo, daría como resultado un cociente más favorable que en el primer supuesto"⁴⁸⁸.

Por lo que respecta al momento de producirse el hecho causante, éste varía según cuál sea la situación del sujeto así, para quienes se encuentren en alta la fecha del

hecho causante se entiende producida el último día del mes del cese en el trabajo, para los que se encuentren en situación asimilada al alta, en este caso se entenderá que el hecho causante se produce el último día del mes en el que tiene lugar la presentación de la solicitud, mientras que para los trabajadores que no estén en alta ni en situación asimilada la fecha del hecho causante es la fecha de la solicitud. En todos los casos los efectos económicos se producen a partir del día 1º del mes siguiente a la fecha del hecho causante.

Finalmente señalar que el cobro de esta prestación es compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio y con el desempeño de las funciones que son inherentes a dicha titularidad⁴⁸⁹.

En el régimen especial agrario, en adelante REA⁴⁹⁰, la prestación de jubilación es igual a la del régimen general, aunque también se incluyen una serie de particularidades siendo necesario, en este caso, distinguir entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia. Así si bien en este régimen especial se reconoce la posibilidad de que los períodos en los que no ha existido obligación de cotizar se integren, a los exclusivos efectos, del cálculo de la base reguladora con las bases mínimas vigentes para los trabajadores mayores de 18 años, el reconocimiento de esta posibilidad se limita a los trabajadores agrarios por cuenta ajena, no para los trabajadores por cuenta propia⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ Vid al respecto, entre otras, SSTS de 16 de marzo; de 10 de julio, 24 y 30 de octubre y 21 de diciembre de 1992 (Ar. 1652, 5602, 7680, 7862, 10347, 10350); 18 de marzo, 1 de abril, 29 de diciembre de 1993 (Ar. 1872, 2896, 10075) y de 20 de junio de 1994 (Ar. 5460).

⁴⁸⁹ vid, al respecto art. 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y, entre otras, STS de 2 de noviembre de 1989 (Ar. 7993).

⁴⁹⁰ Vid, al respecto, Decreto 2123/1971, de 23 de julio (*B.O.E.*, de 21 de septiembre) por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por la que se establece y regula el régimen especial agrario de la Seguridad Social y Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre (*B.O.E.*, de 19 de febrero de 1973) por el que se aprueba el Reglamento general del régimen especial agrario de la Seguridad Social.

⁴⁹¹ Vid, al respecto, entre otras, STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 1992 (Ar. 2874).

Aunque en este régimen no está prevista la posibilidad de jubilación anticipada ni para los trabajadores por cuenta ajena ni para los por cuenta propia⁴⁹², al considerar que "tanto la disposición transitoria segunda, número 1, norma 6ª de la TRLGSS/1974, como la primera, número 9 de la Orden Ministerial 18 de enero de 1967, tiene su razón de ser en el respeto a los derechos adquiridos en el precedente régimen mutualista de poder obtener la jubilación alcanzados los 60 años. Quiere esto decir que fueron dictadas con la exclusiva finalidad de atender a una modalidad excepcional de reconocimiento del derecho a la prestación de jubilación en el régimen general", ya que la posibilidad de jubilación anticipada tuvo su origen en el artículo 57 del Reglamento del Mutualismo Laboral de 1954, aprobado por Orden de 10 de septiembre de 1954⁴⁹³, que otorgaba el derecho a obtener la pensión de jubilación a los 60 años, si además de reunir las condiciones del art. 35 del Reglamento se reunían un mínimo de 10 años de trabajo efectivo por cuenta ajena dentro del territorio nacional en empresas incorporadas al Mutualismo Laboral en la fecha del hecho causante o en empresas desaparecidas que, de existir, en tal fecha, hubiesen estado obligadas a dicha incorporación, sin que se desprenda que se reconociera este derecho a la jubilación anticipada ni del apartado a) del artículo 33 de los Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria de 1961 aprobados por la orden de 21 de junio de 1961⁴⁹⁴, ni de la normativa anterior del régimen especial agropecuario.

Así si bien hay alguna que otra sentencia donde si se reconoce esta posibilidad, tal y como sucede en la SSTSJ de la Rioja de 6 de abril y de 14 de octubre de 1993 (Ar. 1898 y 4267 respectivamente), al establecerse que la disposición transitoria 1ª 9 de la Orden Ministerial de 19 de enero de 1967, no condiciona el derecho al acceso a la jubilación anticipada al cumplimiento de un período mínimo en condición de mutualista, ni al de haber simultaneado o no esta condición con la de trabajador agrícola, basta, en opinión del TSJ de La Rioja, con tener 60 años y haber tenido la condición de mutualista antes del 1 de enero de 1967 para poder acceder a la

⁴⁹² En este sentido vid, entre otras, SSTS, en unificación de doctrina, de 23 de noviembre de 1993 (Ar. 8938); de 17 de febrero, 4 de marzo, 14 de junio, 4 y 28 de octubre de 1994 (Ar. 2055; 2477, 5433, 7741, y 9719).

⁴⁹³ B.O.E., de 17 de septiembre.

⁴⁹⁴ B.O.E., de 4 de julio.

jubilación anticipada. Por su parte el TS ha precisado que el no reconocimiento de la jubilación anticipada en este régimen especial no es discriminatorio⁴⁹⁵, al considerar que "no hay razón de igualdad ante la ley cuando las situaciones son desiguales; la excepcionalidad de las situaciones atendidas por la disposición transitoria, cuya limitada aplicación a los supuestos en ella contemplada supone y entraña el trato desigual a situaciones desiguales, que no veda ni proscribe el art. 14 de la CE.

Si que es aplicable a los trabajadores integrados en este régimen especial el sistema comunitario de jubilación anticipada a que hace referencia el Reglamento (CEE) 1257/1999 del Consejo de 17 de mayo de 1999⁴⁹⁶, que sustituye al Reglamento 2079/1992 del Consejo de 30 de junio⁴⁹⁷, por el que se establece un régimen comunitario de ayudas a la jubilación anticipada en la agricultura, con el objetivo fundamental de asegurar unos ingresos a los agricultores de mayor edad que decidan cesar la actividad agraria, así como fomentar la sustitución de esos agricultores de mayor edad, cuando sea necesario, por otros que puedan mejorar la viabilidad económica de las explotaciones agrarias que queden libres⁴⁹⁸.

En España se venía ya aplicando un régimen de ayudas destinadas al fomento del cese anticipado en la actividad agraria en virtud del RD 1178/1989, de 29 de septiembre⁴⁹⁹, modificado por el RD 22/1991, de 18 de enero⁵⁰⁰, a tenor de lo previsto en el Reglamento (CEE) 1096/1988 del Consejo⁵⁰¹, modificado a su vez por el

⁴⁹⁵ Entre otras, STS de 23 de noviembre e 1993 (Ar 8938); STS de 27 de mayo de 1996 (Ar. 4681).

⁴⁹⁶ DO L 160 de 26 de junio de 1999, pág 87. Vid, al respecto, entre otros, CASTRO ARGÜELLES, M.A., "El régimen comunitario de ayuda al cese anticipado de la actividad agraria a partir del Reglamento (CE) núm. 1257/1999". AL, nº 22, 2000, pág(s). 451-462.

⁴⁹⁷ DO L 215, de 30 de julio de 1992, pág. 91.

⁴⁹⁸ La ayuda al cese anticipado de la actividad agraria podrá incluir medidas que proporcionen una renta a los tabajadores agrarios. El importe de estas ayudas figura en un anexo de este Reglamento, (15.000 euros por cesionista y año). La concesión de estas ayudas no excederá de 15 años para el cesionista y de 10 para el trabajador agrario.

⁴⁹⁹ B.O.E., de 30 de septiembre.

⁵⁰⁰ B.O.E., de 19 de enero.

⁵⁰¹ DO L 110, de 29 de abril de 1988, pág. 1.

Reglamento(CEE) 3808/1988, del Consejo⁵⁰², que con anterioridad al Reglamento de 1992 habían ya previsto esta posibilidad de jubilación anticipada en el ámbito de la CEE concediendo una indemnización anual a favor de los titulares de la explotación que cesen en su actividad agraria de forma definitiva antes de la jubilación y a los trabajadores por cuenta ajena o a los familiares del titular de la explotación.

Esta nueva normativa por el que se establecen un régimen comunitario de ayudas a la jubilación anticipada en la agricultura, obligó a adaptar la normativa vigente entonces recogiendo en primera instancia en el RD 477/1993, de 2 de abril⁵⁰³, modificado parcialmente por el RD 539/1994, de 25 de marzo⁵⁰⁴, con el fin de simplificar el pago de las cuotas de la Seguridad Social de los beneficiarios y más tarde por el RD 1695/1995, de 20 de octubre⁵⁰⁵, tratando de facilitar el acceso a las ayudas a un mayor número de agricultores, ya que el número de agricultores que se habían acogido a estas ayudas era inferior al previsto en el programa 1993/1997.

En este último RD, se fijan como requisitos específicos para tener derecho a las ayudas los siguientes: en el caso de los cedentes, art. 4: " a) haber cumplido sesenta años de edad, sin haber cumplido los sesenta y cinco años, en el momento del cese; b) haber ejercido la actividad agraria a título principal durante los diez años anteriores al cese que podrá acreditarse mediante la justificación de estar dado de alta en REA o en el RETA, en función de su actividad agraria, y la presentación del documento correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), de dos de los tres últimos años; c) haber cotizado a cualquier régimen del sistema de Seguridad Social un período previo tal que permita completar al cumplir los 65 años al menos 15 de cotización y hallarse al corriente del pago de las cotizaciones; y d) estar al corriente de sus obligaciones fiscales".

⁵⁰² DO L 371, de 20 de diciembre de 1989, pág. 1.

⁵⁰³ B.O.E., de 3 de abril.

⁵⁰⁴ B.O.E., de 22 de abril.

⁵⁰⁵ B.O.E., de 4 de noviembre.

Por lo que respecta a los trabajadores, los requisitos que se deben cumplir para tener derecho a las ayudas establecidas en el RD 477/1993, son los siguientes: " a) haber cumplido los cincuenta y cinco años de edad, sin haber cumplido los sesenta y cinco años, en el momento del cese; b) haber cotizado a cualquier régimen del sistema de Seguridad Social un período previo tal que permita completar al cumplir los 65 años al menos 15 de cotización, de los cuales los diez últimos anteriores al cese lo han de ser sin interrupción, y estar al corriente en el pago de sus cotizaciones; c) estar al corriente de sus obligaciones fiscales; d) haber dedicado a la actividad agraria al menos la mitad de su tiempo de trabajo durante los cinco años anteriores al cese; y e) haber trabajado en la explotación del cesionista como mínimo durante el tiempo equivalente a tres años de trabajo a tiempo completo durante los cinco años que preceden al inicio del cese de dicho titular".

Las ayudas previstas en este RD, y recogidas en el art. 11 del mismo fueron objeto de modificación por el RD 1695/1995, de 20 de octubre y éstas son también diferentes según si se trata del cedente o de los trabajadores, en el primer caso (art. 10 del RD 1695/1995) se concede una indemnización anual, cuyo importe oscila entre las 650.000 pesetas si el cónyuge recibe esta ayuda, las 710.000 pesetas si el titular no tiene cónyuge a su cargo y éste no recibe ayuda como trabajador/a y las 830.000 pesetas si el titular tiene cónyuge a su cargo y una prima anual complementaria de 15.000 pesetas por hectárea tipo que transmita o ceda de su explotación, sin exceder de 900.000 pesetas por beneficiario, y los cedentes recibirán a partir de su jubilación un complemento anual de jubilación que se determinará en el momento de la jubilación definitiva según el mecanismo previsto en el art. 10.2 del RD 1695/1995 de 20 de octubre, y que le será abonado desde el día que al cumplir los 65 años se jubile definitivamente, hasta que cumpla los setenta años de edad. Por su parte los trabajadores percibirán de conformidad con lo dispuesto en el art. 10. 4 del RD 1695/1995, una indemnización anual cuyo importe será de 490.000 pesetas hasta su jubilación definitiva.

Aunque si bien de la lectura de los artículos referidos a los requisitos o condiciones aplicables a las personas interesadas se desprende que las ayudas previstas

están orientadas hacia los agricultores que ejercen la actividad agraria a título principal y hacia los trabajadores que acrediten una clara vinculación con la actividad agraria y con la explotación del titular que cesa en su actividad, el hecho de que nos encontremos ante supuestos de fomento de la jubilación anticipada en el que la UE tiene una importante participación por cuanto que financia el 50% ó 75% de las ayudas en función de la región de que se trate, no cabe duda alguna de que permite que en estos casos el cese de agricultores de edad avanzada y la posible sustitución de estos agricultores por otro pueda realizarse sin que suponga un coste especialmente significativo para los sistemas nacionales de Seguridad Social, tal y como, en general sucede, como más adelante tendremos ocasión de ver con la jubilación anticipada y la utilización de esta práctica como medida de fomento del empleo.

Finalmente señalar que de conformidad con lo dispuesto en el art. 52. 2 del D. 3772/1972, de 23 de diciembre, el disfrute de la pensión de vejez de este régimen especial es compatible con la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional, y sin que, en ningún caso, puedan llevarse a cabo estas labores durante más de seis días laborables consecutivos, ni se inviertan en ellas un tiempo que exceda, al año, del equivalente a un trimestre⁵⁰⁶.

Por su parte en el régimen especial de los trabajadores del mar, en adelante RETM⁵⁰⁷, la diferencia más destacable de este régimen especial en relación con el régimen general, afecta a la edad de jubilación, al haberse establecido, en el Decreto

⁵⁰⁶ Tal y como se establece en este art. 52. 2 del D. 3772/1972, de 23 de diciembre, cuando la realización de estas labores compatibles con la pensión se efectúen por cuenta ajena, el empresario estará obligado a formalizar su protección por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, mientras que si las labores son realizadas por cuenta propia, el pensionista quedará protegido de pleno derecho, para estas contingencias sin que tenga que satisfacer cuota alguna. También se añade que el pensionista que pretenda realizar trabajos que sean incompatibles con el percibo de la pensión deberá ponerlo en conocimiento de la institución competente, debiendo proceder al abono de las cotizaciones que le correspondan, cesando en el trabajo mientras duren los trabajos. Las nuevas cotizaciones pagadas podrán dar lugar a que se revise la cuantía de la pensión, tal y como sucede en el régimen general para el incremento de los años de cotización de los que depende el porcentaje aplicable.

⁵⁰⁷ Vid al respecto Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar (*B.O.E.*, de 10 de octubre) y Decreto 1867/1970, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de la ley 116/1969, de 30 de diciembre, por la que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar (*B.O.E.*, de 11 de julio).

2309/1970, de 23 de julio⁵⁰⁸, así como en la Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1983⁵⁰⁹, y en el RD 863/1990, de 6 de julio⁵¹⁰, unos coeficientes reductores⁵¹¹ en la edad ordinaria de jubilación fijada en los 65 años aplicables sólo a los trabajadores por cuenta ajena y a los armadores asimilados, al considerar que la actividad del trabajo en el mar es una actividad especialmente penosa y peligrosa. Se trata de un sistema de bonificaciones por el tipo de trabajo realizado que permite el adelantamiento de la edad de jubilación, hasta el límite máximo de 10 años, a instancias del propio interesado, sin que este anticipo de la edad implique una disminución de las prestaciones.

Los coeficientes se aplican en función del tiempo de navegación en cada una de las actividades correspondiente, de tal manera que para fijarlos debe totalizarse los períodos de vida laboral del trabajador según las actividades en cada una de las actividades desarrolladas con el mismo coeficiente. Los días acreditados en cada actividad se dividen por 365, estimándose como años completos las fracciones de año

⁵⁰⁸ B.O.E., de 24 de agosto.

⁵⁰⁹ B.O.E., de 24 de noviembre.

⁵¹⁰ B.O.E., de 7 de julio.

⁵¹¹ Los coeficientes que se aplican son diferentes según se trate de la marina mercante u otras actividades en el mar, así en el caso de la marina mercante se distingue, atendiendo a la zona de navegación 3 zonas (1ª zona: entre Burdeos y Niza, incluyendo la península ibérica, Illes Balears, Canarias, Argel y Novadhibou; la 2ª entre algunos puertos no incluidos en la 1ª y los europeos no incluidos en ella y los restantes del mar Mediterráneo y del mar Negro; y la 3ª zona, las restantes navegaciones), estableciéndose los siguientes coeficientes:

Para las actividades de la marina mercante consistentes en la navegación de altura y gran cabotaje o de 2ª o 3ª zona; petroleros: 0,40; carga: 0,35; y pasaje: 0,25; para la navegación de cabotaje o de primera zona: petroleros: 0,30; carga: 0,25; y pasaje: 0,20; y para los períodos en buques no determinados: buques mixtos de carga y pasaje 2ª y 3ª zona: 0,35; y 1ª zona 0,25; buques de remolque 2ª y 3ª zona: 0,35; 1ª zona: 0,5; butaneros 2ª y 3ª zona: 0,40; 1ª zona: 0,30; buques de apoyo a las plataformas petrolíferas (buques <<supply>>) 2ª y 3ª zona: 0,40; 1ª zona: 0,30; buque <<Esperanza del Mar>> 2ª y 3ª zona: 0,40; 1ª zona: 0,30.

Para las actividades de pesca, los coeficientes son los siguientes: congeladores, bacaladeros y parejas de bacaladeros: 0,40; arrastreros de más de 250 toneladas de registro bruto: 0,35; embarcaciones pesqueras de más de 150 toneladas de registro bruto, no incluidas en los grupos anteriores: 0,30; embarcaciones pesqueras de 50 a 150 toneladas de registro bruto, no incluidas en los grupos anteriores: 0,25; embarcaciones pesqueras de más de 10 a 50 toneladas de registro bruto, no incluidas en los grupos anteriores: 0,20; trabajos por cuenta ajena, a bordo de embarcaciones pesqueras de hasta 10 toneladas de registro bruto: 0,10; balleneros: 0,40; congelados de cefalópodos del banco Canario-Sahariano: 0,40; y personal laboral de inspecciones pesquera de las CC.AA: 0,10.

Para las diversas actividades de estiba y desestiba a que hace referencia el D. 2309/1970: 0,30.

Para las plataformas petrolíferas en alta mar: según la zona en que estén situadas: 0,35 - 0,25.

superiores a 100 días en cada una de ellas, y si la fracción es inferior se acumula al grupo de coeficiente inferior, desestimándose en última instancia si éste no existe. Los años que resulten se multiplican por el coeficiente que corresponda, siendo la suma de ellos el número de años o fracción de año, en que se reduce la edad legal de jubilación, con el tope de los 10 años antes comentado.

En el caso del régimen especial de empleados de hogar, en adelante REEH⁵¹², la prestación de jubilación se concede en idénticos términos y condiciones que respecto al régimen general, únicamente es necesario destacar que no esta prevista la posibilidad de jubilación anticipada; no se aplica la escala de años y días según la edad a fecha de 1 de enero de 1967, tal y como se establece, entre otras, en la STSJ de Galicia, de 13 de junio de 1994 (Ar. 2509), y así las cotizaciones efectuadas al anterior Montepío nacional del servicio doméstico y a los también anteriores regímenes de seguros sociales unificados, desempleo y Mutualismo Laboral, se computan para el disfrute de las prestaciones sin límites temporales de conformidad con lo previsto en la Disp. Trans. 3ª del D 2346/1969, por el que se regula el REEH y en las SSTSJ de Madrid de 14 de junio de 1989 (Ar. 596) y 19 de marzo de 1990 (Ar. 1407); así como tampoco opera en este régimen especial la denominada integración de lagunas.

En el régimen especial de la minería del carbón, en adelante REMC⁵¹³, al igual que acabamos de ver en el RETM, aunque está fijada la edad ordinaria de jubilación a los 65 años de edad, se prevé la reducción de la misma aplicando un coeficiente al tiempo efectivamente trabajado en las categorías y especialidades de la minería del carbón, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del REMC de acuerdo con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del régimen general de la Seguridad Social⁵¹⁴.

⁵¹² Vid, al respecto Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre (*B.O.E.*, de 15 de octubre) por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social del servicio doméstico.

⁵¹³ Vid al respecto, Decreto 298/1973, de 8 de febrero, (*B.O.E.*, de 27 de febrero) sobre actualización del régimen especial de la Seguridad Social para la minería del carbón, de acuerdo con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del régimen general de la Seguridad Social, y Orden de 3 de abril de 1973, (*B.O.E.*, de 24 de abril) para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, sobre actualización del régimen especial de la minería del carbón.

⁵¹⁴ Los coeficientes previstos en el art. 9 del Decreto 298/1973, y en el art. 21 de la orden de 3 de abril, son los siguientes: 0,50, en las categorías y especialidad profesional de picador, barrenista y

Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado se descontaran las faltas al trabajo excepto, las que tengan con motivo la baja médica por enfermedad común, profesional, accidente de trabajo o accidente no laboral, y las autorizadas con derecho a retribución.

Una de las cuestiones más importantes a destacar que refuerza el carácter de jubilación anticipada sin penalización lo constituye el hecho de que el tiempo en que resulte rebajada la edad de jubilación del trabajador, se computará como tiempo cotizado a efectos de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de jubilación.

La aplicación de esta reducción de la edad de jubilación y el cómputo de este período a efectos de cotización, en los términos que acabamos de ver, se prevé no sólo para quienes hayan permanecido toda su vida laboral en el REMC, también a quienes, habiendo estado comprendidos en este régimen especial su jubilación tenga lugar en cualquier otro régimen, sin embargo si la jubilación afecta a trabajadores que se encuentran de forma simultánea comprendidos dentro del REMC y en algún otro sistema de la Seguridad Social, en este segundo caso sólo se aplicará lo referido la reducción de la edad de jubilación, no la consideración de este período como tiempo cotizado a efectos de concretar el porcentaje aplicable⁵¹⁵, sin que en apariencia haya causa que lo justifique, dándose un trato diferenciado dentro de la diferencia.

Es importante destacar que en el REMC se incluye un supuesto especial de jubilación para quienes causen derecho a la pensión de jubilación siendo beneficiarios

ayudante de uno u otra; 0,40, en las de posteador, minero de primera y artillero; 0,30 en las de técnico o vigilante de explotación en talleres de arranque o preparación, ayudante artillero, entibador, ayudante de entibador, caballista, maquinista de tracción, vagonero y rampero, así como en las de tubero o camionero por los períodos de trabajo realizados en talleres de arranque y preparación; 0,20, en las restantes categorías; 0,15, en el supuesto de trabajadores trasladados de servicios de interior a puestos de trabajo de exterior en cumplimiento de un precepto legal o reglamentario; y 0,05, para los restantes trabajadores del exterior.

⁵¹⁵ SSTS de 21 de mayo de 1994 (Ar. 4292); 12 de julio, 12 de noviembre y 19 de diciembre de 1994 (Ar. 6558, 8609 y 10699 respectivamente). En la mayoría de los supuestos resueltos en estas sentencias se ha desestimado por el TS que pueda integrarse en la base reguladora de la jubilación las cantidades que percibe en concepto de prestación por invalidez permanente.

de una pensión de invalidez (incapacidad) permanente total, y accedan a la jubilación por encontrarse en alta o en situación asimilada a ella, quedando excluidos de este sistema especial quienes estuvieran en esta situación por haber optado por ella en vez de la jubilación, ni tampoco los que habiendo sido declarados en Incapacidad Permanente Total continúen prestando servicios en el REMC para poder alcanzar la jubilación.

En el art. 22.2 de la Orden de 3 de abril de 1973, se establecen cuáles son las normas a las que se ajustará el reconocimiento de este sistema especial de jubilación de inválidos totales, así, como nota más significativa es preciso destacar que está previsto que la base reguladora de la pensión de jubilación se determinará tomando para cada uno de los meses que la integren las bases de cotización normalizadas que hayan correspondido en los mismos a la categoría o especialidad profesional que tuviera el interesado al producirse si IPT.

Para ello será necesario que el inválido satisfaga las cuotas, incluyéndose las aportaciones propias y las del empresario, del período comprendido entre la fecha de efectos de la Incapacidad Permanente Total y la del hecho causante de jubilación, con deducción del importe de las cuotas que durante este período hayan sido ingresadas a nombre del interesado en este régimen especial.

Finalmente en relación con el complejo régimen de los funcionarios públicos procederé a continuación a delimitar cuál va a ser el ámbito de estudio de esta cuestión. Así debo precisar que en primera instancia abordaré, obviamente siempre desde la exclusiva perspectiva de la jubilación, el análisis del régimen común de Clases pasivas, para posteriormente proceder al examen del régimen especial de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, así como lo relativo a otros funcionarios públicos (funcionarios públicos militares, funcionarios de la administración de justicia)⁵¹⁶.

⁵¹⁶ Para un estudio completo de la jubilación de los funcionarios públicos, vid, entre otros: "ALONSO OLEA, M.; y SERRANO GUIRADO, E., *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*". IEP. 1957, Madrid; DOLZ LAGO, M.J., *La jubilación de los funcionarios públicos*". RSS núm. 16 1982, monográfico *La jubilación*". págs. 255-304; MONTORO PUERTO, M., *Jubilación de funcionarios*" en

La aparición del régimen de Clases pasivas cuyo Estatuto inicial data de 22 de octubre de 1926⁵¹⁷ al asumir el Estado el pago de las pensiones de los funcionarios públicos con cargo a los fondos públicos, prestaciones que hasta entonces eran concedidas por asociaciones de carácter mutualista financiadas por los propios funcionarios públicos, representa, sin duda alguna, el establecimiento de un régimen singular de protección social dirigido a un colectivo específico y que se mantiene vigente hoy constituyendo una institución ciertamente compleja de gran tradición en el ámbito de la función pública⁵¹⁸.

Las prestaciones que el Estatuto de Clases pasivas regula, entre las cuales, está la jubilación, inicialmente fueron concebidas como un supuesto de remuneración diferida, complementaria de la retribución que percibía el propio funcionario público en activo, y eran concedidas con el propósito de proteger la situación pasiva de los funcionarios públicos y de sus familiares. En la actualidad el sistema de Clases pasivas es uno de los mecanismos de cobertura de la Seguridad Social de los funcionarios públicos.

Se reconocen en el régimen de Clases pasivas⁵¹⁹ dos tipos de prestaciones de jubilación, una ordinaria y otra extraordinaria, estando previsto, de conformidad con lo

AA.VV. *"Nueva enciclopedia Seix Editor"*. T. XIII, Barcelona, 1979, págs 785-797; ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *"Las pensiones de los funcionarios públicos"*. Mutua Mapfre. 1988.

⁵¹⁷ *Gaceta*, de 28 de octubre.

⁵¹⁸ Dada la complejidad de este régimen no es fácil determinar qué es lo que, en realidad, comprende la noción de Clases Pasivas, así por ejemplo CALVO RAMÍREZ, C., da un concepto amplio y estricto de lo que engloba la expresión Clases Pasivas; Cfr. *"Régimen de Clases Pasivas de los funcionarios públicos del Estado"*. RSS nº 37. 1988, pág(s) 117-206, especialmente pág(s) 158-184 dedicadas a las prestaciones de jubilación.

⁵¹⁹ En la actualidad dentro del Régimen de Clases pasivas y regulados por el TRLCP de 1987, están incluidos los siguientes colectivos; a) los funcionarios civiles de carrera de la Administración del Estado; b) el personal militar profesional, sea o no de carrera, y de las Escalas de Complemento y Reserva Naval; 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; f) los funcionarios de carrera transferidos a las diferentes Comunidades Autónomas; g) los funcionarios en prácticas pendientes de su incorporación definitiva al servicio del Estado; h) los ex-Presidentes, Vicepresidentes, Ministros y Secretarios de Estado del Gobierno de la Nación y otros Altos Cargos Constitucionales; i) los alumnos de las Academias y Escuelas Militares; j) el personal que cumple el servicio militar obligatorio, así como aquel que cumple la prestación social sustitutoria del servicio militar.

establecido en el art. 28. 2 a), b) y c) del Real Decreto-Legislativo 670/1987, de 30 de abril⁵²⁰, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas, en adelante TRLCP, en el marco de las pensiones ordinarias de jubilación o retiro y de incapacidad, hasta tres tipos diferentes de jubilación, a) la jubilación de carácter forzoso que se declara automáticamente al cumplirse la edad legalmente señalada en cada caso como determinante de la jubilación o retiro, los 65 años, salvo prolongación voluntaria hasta los 70 años; b) la jubilación de carácter voluntario que se declara a instancia de parte siempre y cuando el interesado tenga cumplidos los 60 años de edad y reconocidos 30 años de servicios efectivos al Estado; y c) la jubilación por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad que es declarada de oficio o a instancia de parte cuando el funcionario esté sujeto o afectado de una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado pero sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad y le impida totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, Plaza, o Carrera.

En relación con la edad de jubilación de los funcionarios públicos es necesario destacar dos cuestiones, la primera es que el TC no consideró inconstitucional el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, que pasó de 70 a 65, de conformidad con lo establecido en el art. 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, al considerar, en la STC 99/1987, de 11 de junio que: "el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que consecuentemente, pueda exigir que la situación

No son pero éstos la totalidad de sujetos incluidos dentro de este régimen, también están protegidos por la legislación especial de Clases Pasivas: a) los familiares fallecidos como consecuencia de la guerra civil (ley 5/1979, de 18 de septiembre); b) los mutilados de guerra que no pudieron integrarse en el declarado a extinguir Cuerpo de Caballeros Mutilados (Decreto 670/1976, de 5 de marzo); c) Mutilados ex-combatientes de la zona Republicana (Ley 35/1980, de 26 de junio); d) Mutilados civiles de guerra (Ley 6/1982, de 29 de marzo); e) Personal profesional de las Fuerzas Armadas, de Orden Público y el Cuerpo de Carabineros que tomó parte en la guerra civil (RDL 6/1978, de 6 de marzo; Ley 10/1980, de 14 de marzo y Título I de la Ley 37/1984, de 22 de octubre); f) Personal no profesional de las Fuerzas e Institutos Armados al servicio de la República (Título II de la Ley 37/1984, de 22 de octubre); g) Personal que sufrió tres o más años de privación de libertad por casos objeto de amnistía (Disposición adicional Decimoctava de la Ley 4/1990, de 29 de junio). Información extraída de SERAL GOÑI, F.I.; *"Regímenes especiales de la Seguridad Social"*. Egido Editorial. Huesca, 1996, pág(s). 196-197.

⁵²⁰ B.O.E., de 27 de mayo.

estatutaria quede congelada en los términos en los que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando o bien, en fin, que el derecho a pensión, causado por el funcionario, no pueda ser incompatibilizado por ley, en orden a su disfrute por sus beneficiarios, en atención a razonables y justificadas circunstancias, porque ello se integra en las determinaciones lícitas del legislador".

Frente a los que consideran que la rebaja de la edad de jubilación, atenta a la seguridad jurídica y consideran que el precepto que lo prevé viola el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, el TC añade que: "cada funcionario ostenta el derecho a la jubilación y a su disfrute (o a solicitarlo, en su caso), de las situaciones administrativas legalmente reconocidas, pero no el derecho, sino la expectativa frente al legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificadas por el legislador, en modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la Función Pública".

La doctrina expuesta por el TC en esta sentencia 99/1987, de 11 de junio es similar a la ya expuesta por el propio TC en la sentencia 108/1986, de 29 de junio dictada al abordar la posible inconstitucionalidad de la anticipación de la edad de jubilación de Jueces y Magistrados, sentencia que fue dictada al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en la que, entre otras cuestiones⁵²¹, se rechaza por parte del TC que la fijación de la jubilación forzosa de Jueces y Magistrados en 65 años (antes fijada en los 70 años con dos prórrogas preceptivas hasta los 72), vulnera el art 35.1 de la CE que reconoce el derecho al trabajo de todos los españoles, ya que: "este derecho no supone el de continuar en el ejercicio de una función pública hasta una determinada edad, ni menos aún, si cabe, el de hacerlo indefinidamente".

⁵²¹ Por parte de los recurrentes se alegó que la fijación en 65 años de la edad de jubilación forzosa y el establecimiento de un régimen escalonado al respecto vulneraban los arts 9.3, 33.3, 35 y 117. 2 de la CE, pudiéndose agrupar estas supuestas vulneraciones en tres grupos: uno consistiría en la pretendida lesión por las disposiciones impugnadas del principio de inamovilidad judicial consagrado en el art 117.2 de la CE; un segundo grupo comprendería las alegadas violaciones de los principios instituidos en el art. 9.3 de la CE (irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, interdicción de las arbitrariedades de los poderes públicos) y, por último, las disposiciones impugnadas serían contrarias a los arts 33.3 y 35 de la CE.

La segunda cuestión que es necesario destacar y que atañe también a la edad de jubilación, hace referencia al supuesto de jubilación forzosa y al mantenimiento de esta modalidad de jubilación en este régimen en especial como “característica tradicional de la condición de funcionario público que los diferencia claramente de los trabajadores por cuenta ajena –incluso de las Administraciones Públicas- sometidos al Derecho del Trabajo, respecto de los cuales rige el principio general de la jubilación voluntaria”⁵²², cuestión ésta sobre la que más adelante me entraré, al abordar la inconstitucionalidad de la disposición adicional 5ª del TRET/1980, si es interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los 69 años de edad.

En este sentido el art. 28. 2 a) 2º párrafo del TRLCP, introduce una importante salvedad a esta jubilación o retiro forzoso al establecerse que en aquellos supuestos en los que el funcionario al cumplir la edad forzosa, tuvieran reconocidos unos años de servicios efectivos al Estado y no hubieran completado los años exigidos como mínimo podrán solicitar una prórroga en el servicio activo por el tiempo que le falte para cubrir la carencia mínima que se concederá siempre que se considere apto para el servicio⁵²³.

El requisito indispensable para tener derecho a esta pensión ordinaria de jubilación es tener una carencia mínima de años de servicios efectivos al Estado de conformidad con lo previsto en el art. 29 del TRLCP. La cuantía de esta prestación se calcula aplicando al haber regulador fijado cada año, según el grupo o categoría del funcionario, el porcentaje establecido en función del número de años completos de servicios efectivos al Estado ⁵²⁴⁵²⁵.

⁵²² ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *“Las pensiones de los funcionarios públicos”*. Fundación Mapfre, Madrid, 1988, pág. 113.

⁵²³ Vid, al respecto Disp. Adic. Séptima de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre y Resolución de 31 de diciembre de 1996 (*B.O.E.*, de 1 de enero de 1997) sobre normas complementarias de procedimiento para la aplicación de esta permanencia en el servicio activo de los Funcionarios públicos en el ámbito de la Administración General del Estado.

⁵²⁴ Vid, al respecto, ALARCÓN CARACUEL, A.; GONZÁLEZ ORTEGA, S., *“Pensiones de los...” Op cit.*, pág(s) 117-127.

⁵²⁵ Los porcentajes aplicables al haber regulador, fijados en el art. 31 del TRLCP, oscilaban del 1,15 para un año de servicio al 85,00 para 40 y más años de servicio, aumentando en torno a 1-3 puntos

En el caso de la pensión de jubilación por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad⁵²⁶, aunque esta se calcula de la manera antes comentada, se introduce una particularidad, al establecerse que cuando esta situación se produce estando el funcionario en activo, a efectos del cálculo, se considerarán como años de servicio efectivo además de los acreditados hasta el momento, los años completos que resten al funcionario para cumplir la edad de jubilación, entendiendo que estos han sido prestado en el cuerpo, escala, plaza, empleo o categoría en la que figuraba inscrito en el momento en que se produzca el cese por jubilación o retiro.

Si el funcionario tiene acreditados sucesivamente o alternativamente, períodos de cotización en el régimen general o en los regímenes especiales de la Seguridad Social, estos períodos podrán ser tenidos en cuenta a petición del interesado tanto para la adquisición del derecho a la prestación como en lo relativo a su cálculo, siempre y cuando no se superpongan.

Por su parte la pensión extraordinaria de jubilación o retiro a la que el TRLCP dedica los arts 47 a 50, está prevista en aquellos supuestos en los que la incapacidad permanente para el servicio o la inutilidad del funcionario ha sido debida a un accidente o enfermedad en acto de servicio o como consecuencia del mismo. En este caso no se exige período de cotización mínimo por cuanto que se tendrá derecho a la misma cualquiera cuál sea el tiempo de servicios prestados al Estado. La cuantía se calcula, aplicando al 200% del haber regulador que corresponda según el grupo o categoría del funcionario el porcentaje que proceda, considerando a efectos del porcentaje como servicios prestados además de los acreditados hasta el momento, los años completos que restan al funcionario para alcanzar la edad de jubilación o retiro, entendiendo tal y como veíamos antes que éstos se han prestado en el cuerpo, escala, plaza, empleo o categoría en la que figuraba inscrito en el momento en que se produzca el cese por jubilación o retiro.

por cada año de servicio. Para el año 2000 vid, art. 37 de la Ley de Presupuesto General del Estado para el año 2000 (*B.O.E.*, de 30 de diciembre de 1999).

Es ciertamente significativo la relación estrecha que en el sistema de Clases pasivas se establece entre la jubilación y/o el retiro y la inutilidad o incapacidad para el desempeño de funciones en activo, hasta el punto de llegar a considerarlo como un supuesto específico de jubilación o retiro e introducir en el mismo al cómputo del período que media entre la incapacidad y la edad de jubilación como de tiempo efectivo, quizás no sería descabellado plantearse, sobre la base de un mayor control de los supuestos de incapacidad permanente, la introducción de esta modalidad de jubilación en el régimen general para tratar de salvar las numerosas faltas de coordinación que se producen en este régimen respecto de quienes llegan a la edad de jubilación después de pasar por la situación previa de incapacidad permanente, y que tras las reformas operadas por la LCRSS obliga a cambiar la denominación de éstas cuando los beneficiarios cumplan los 65 años sin que la nueva denominación implique modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que se viene percibiendo.

La insuficiencia del régimen de Clases Pasivas, dio lugar a que en el ámbito del colectivo protegido por el mismo, se desarrollaran, a partir de la década de los años 40, con la aprobación de la regulación del Mutualismo Laboral, Ley de 1941 y Reglamento de 1943, los Montepíos y Mutualidades de Funcionarios a imagen y semejanza de lo sucedido en relación con el régimen general con el objetivo de completar el sistema entonces vigente, y que en el marco del sistema de Seguridad Social desarrollado a partir de la Ley de Bases y de su texto articulado, se establecieran regímenes especiales para algunos funcionarios: para los funcionarios civiles de la Administración del Estado, para los funcionarios militares, para los funcionarios de la Administración de Justicia y para los funcionarios de la Administración del Estado, éste último acabó integrándose en 1993⁵²⁷, en el régimen general de la Seguridad Social,

⁵²⁶ Con anterioridad al TRLCP de 1987, el texto de 1966, arts 27.2 y 3 ya preveían dos tipos de jubilación similares; la jubilación por inutilidad física y la jubilación por debilitación apreciable de facultades.

⁵²⁷ RD 480/1993, de 2 de abril (*B.O.E.*, de 3 de abril) de integración en el Régimen General del Especial de los Funcionarios de la Administración Local, y Orden Ministerial de 7 de abril de 1993 (*B.O.E.*, de 12 de abril) que desarrolla en materia de cotización y pago de pensiones el RD 480/1993, de 2 de abril.

cuya gestión está atribuida a la MUFACE en el caso de los Funcionarios civiles del Estado, al ISFAS para los militares y a la MUGEJU para los funcionarios de la Administración de Justicia.

En el caso de los Funcionarios civiles de la Administración del Estado, que forman parte del régimen de Clases Pasivas, la disposición adicional de la Ley de Bases de 1963, exceptuó del art. 2 de la Ley, la ordenación de la Seguridad Social de los funcionarios civiles y militares cuyo régimen de desarrollo debía de realizarse por medio de una ley o leyes especiales, y como es obvio la LGSS/1966, en correspondencia con lo dispuesto en la Ley de Bases, excluyó de su aplicación a este colectivo cuya regulación específica se aprobó por la Ley 29/1975, de 27 de junio⁵²⁸, que regula el régimen especial de Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado y que recientemente ha sido objeto de derogación por el RD-Legislativo 4/2000, de 23 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado⁵²⁹.

Dentro del ámbito de protección de este régimen especial se incluía un subsidio de jubilación a favor de aquellos funcionarios mutualistas que se jubilasen de forma forzosa bien sea a causa de la edad o como consecuencia de su incapacidad permanente para el servicio, siempre y cuando se encontraran en alguna de las situaciones a que hace referencia el apartado 1º y 2º de la Orden de 18 de marzo de 1987⁵³⁰, que extendía el subsidio de jubilación a los supuestos de jubilación por incapacidad permanente y revisaba el coeficiente multiplicador para el cálculo del subsidio, Orden dictada al amparo de la autorización establecida en la Disposición final 2ª del RD 606/1983, de 16 de marzo, por el que se fijaban los subsidios de defunción y jubilación en la Mutualidad general de Funcionarios Civiles del Estado⁵³¹.

⁵²⁸ B.O.E., de 30 de junio.

⁵²⁹ B.O.E., de 28 de junio.

⁵³⁰ B.O.E., de 26 de marzo.

⁵³¹ B.O.E., de 22 de marzo.

Quedaban, por tanto excluidos de este subsidio los mutualistas jubilados con carácter voluntario, así como también los jubilados con carácter forzoso que no se encuentren en alguna de las situaciones a que hace referencia la Orden antes citada, y también los mutualistas que se jubilasen por cualquier causa antes del 13 de abril de 1983, fecha de entrada en vigor del RD 606/1983, de 16 de marzo.

La finalidad de este subsidio era la de atenuar la situación de necesidad que podría producirse al jubilarse por edad al funcionario en tanto se le reconocía la correspondiente prestación de jubilación de Clases Pasivas y consistía en el pago por una sola vez de la cantidad resultante de multiplicar el importe íntegro de una mensualidad ordinaria que le corresponde recibir al funcionario en la fecha de la jubilación por el cociente que se determine conforme a lo previsto en la Disposición Final primera del RD 606/1983, de 16 de marzo.

En el caso de los regímenes especiales de funcionarios de la Administración de Justicia y de los funcionarios públicos militares, teniendo en cuenta que el régimen de Clases pasivas y de Ayuda familiar son comunes a estos dos regímenes, sólo en el ámbito de las prestaciones complementarias se prevé una prestación de jubilación o retiro, mientras que en relación con el régimen especial del personal no funcionario dependiente de establecimientos militares la acción protectora es muy similar a la del régimen general salvo algunas pequeñas peculiaridades; y en el caso de los funcionarios de Entidades Estatales Autónomas, el personal en él comprendido está integrado en el régimen general.

Tal y como hemos podido apreciar, como resultado del análisis del tratamiento dispensado a la prestación de jubilación en los diferentes regímenes especiales, se pueden extraer como conclusión que si bien, en general, no hay diferencias sustanciales en la regulación de esta materia entre los propios regímenes especiales ni entre el régimen general y los regímenes especiales si se pueden apreciar algunas desigualdades en la regulación de ciertas cuestiones que dista mucho de ser homogénea, especialmente tres: el no reconocimiento de la jubilación anticipada, la no aplicación de la escala de años y días por los que hayan cotizado con anterioridad al 1

de enero de 1967, y la no utilización con carácter general de la técnica o mecanismo de la integración de lagunas para los meses en los que no existía obligación de cotizar, cuestiones a las que podríamos añadir alguna otra que aunque no se incluye en todos, o en gran parte de los regímenes especiales, si afectan a más de uno de estos regímenes, como sucede con la reducción de la edad ordinaria de jubilación por aplicación de coeficientes y la posible compatibilidad de la percepción de la prestación con el desarrollo de alguna actividad profesional.

El TC ha mantenido, en relación con el establecimiento, en los términos que acabamos de ver, de un tratamiento diferenciado entre los diferentes regímenes de la Seguridad Social, una postura claramente justificadora de la posible desigualdad que se deriva de la coexistencia de múltiples y variados regímenes de Seguridad Social al señalar en numerosas sentencias, entre otras, SSTC 103/1984, de 12 de noviembre; 189/1987, de 24 de noviembre; 73/1988, de 21 de abril; 173/1988, de 3 de octubre; y 184/1993, de 31 de mayo, que: "no puede alegarse discriminación como resultado de la comparación de regímenes de Seguridad Social distintos, dado que no son términos homogéneos y que las peculiaridades de cada sector de actividad y las diferencias entre trabajadores de unos y otros son muy claras", añadiéndose en algunas de ellas que si bien "la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituyen un imperativo jurídico".

Parece derivarse de la doctrina señalada por el TC que la sola existencia de los regímenes especiales justifica el desigual tratamiento que los mismos pueden dispensar ya sea en relación con el Régimen general o en relación con otros regímenes especiales sin que la identidad de protección como principio básico de los sistemas de Seguridad Social que se refiere no sólo a la superación del tratamiento desigual que éstos prestan según si el riesgo generador o productor de la situación de necesidad es común o profesional, sino que también hace alusión al no establecimiento de sistemas diferenciados según el colectivo al que va dirigido.

En la STC 173/1998, de 3 de octubre, al igual que en otras muchas sentencias, entre otras, STC 189/1987, de 24 de noviembre, STC 73/1988, de 21 de abril, se plantea como motivo central del recurso la supuesta discriminación sufrida por los trabajadores afiliados al RETA al no computárseles, tal y como ya hemos visto, a los efectos de devengar una pensión, en este caso de jubilación, las cotizaciones satisfechas extemporáneamente, argumentándose, en este caso que se ha producido una doble discriminación al negársele al actor el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación por no reunir, según sostiene el INSS, suficiente período de cotización, al no ser computables las cuotas correspondientes al período anterior a la afiliación pagadas con posterioridad a requerimiento de la propia entidad gestora. Teniendo en cuenta que la denegación se debe a un cambio de criterio de dicho organismo efectuado en 1981, en virtud de una Circular de 21 de junio de aquel año, respecto a la eficacia de las cuotas satisfechas extemporáneamente, se produce una doble discriminación, de un lado, en relación con los trabajadores que solicitaron antes de dicho cambio la prestación, y de otro, se estaría sufriendo una discriminación en la aplicación de la ley respecto a los trabajadores del Régimen General.

En relación con la primera discriminación aludida, en el fundamento 4º de la STC 73/1988, de 21 de abril, acogiéndose a las argumentaciones mantenidas en la STC 189/1987, de 24 de noviembre, se afirma que en vía administrativa lo que ha existido son oscilaciones en orden al cómputo de las cotizaciones extemporáneas a raíz de diversas circulares administrativas, negándole tanto el carácter uniforme al criterio en favor del cómputo de estas cotizaciones como la consideración de normas jurídicas a estas circulares y así, partiendo de la idea de considerar que el cambio normativo esta suficientemente motivado carece de relevancia constitucional el cambio de criterio administrativo en la interpretación de un precepto legal o reglamentario del que se puede dudar razonablemente de su propio alcance si existen resoluciones de los Tribunales que son las competentes para realizar la interpretación y aplicación de la legislación ordinaria.

En cualquier caso la comparación, en este primer supuesto, debe plantearse en otro plano no en el plano temporal (antes y después de cambio de criterio) sino en el

de comparar entre quienes se afiliaron al RETA y cotizaron desde ese momento hasta el momento de su jubilación y quienes se acogieron de forma tardía al RETA y pagaron pero extemporáneamente sus cuotas atrasadas, para determinar si existe o no discriminación.

Disintiendo de la decisión de la mayoría, en uno de los votos particulares formulado en la STC 189/1987, de 24 de noviembre, en concreto el planteado por el Magistrado D. Francisco Rubio y Llorente, se sostiene que la denegación, en este caso de la pensión de jubilación, si vulnera el principio de igualdad (art. 14 CE) ya que partiendo de que son dos los planos en los que este principio despliega su eficacia "de una parte, que las normas sean aplicadas por igual a todos los españoles e implica, de otra, la necesidad de que el legislador no introduzca entre ellos diferencias artificiosas, no basadas en razones objetivas a las que se anuden después consecuencias jurídicas distintas, o que no configuren éstas de modo tan radicalmente diverso que la diferencia de tratamiento no resulte proporcionada a la existencia entre las situaciones fácticas, en la medida en que estas puedan ser legítimamente tomadas en consideración". Este Magistrado sostiene que la mayoría se ha limitado al análisis de uno de los planos, el de la igualdad en la ley, "limitación inadecuada, pues si bien la disposición que ha llevado al INSS a denegar la pensión de jubilación es en sí misma contraria al principio de igualdad, el carácter discriminatorio de la denegación se hace aún más patente si se le examina como acto de aplicación concreto de la norma en comparación con otros casos idénticos".

Aunque las diferencias en la aplicación de la norma se producen en el plano administrativo y que la interpretación final de esta norma ha sido confirmada por la jurisdicción competente, no debe ser ignorado tal y como sostiene este Magistrado que la interpretación contraria fue, como se dice, la que durante largo tiempo hizo la Administración, y que aunque este precedente no sea vinculante, no se puede "condonar las desigualdades que se produce en la práctica de la Administración, especialmente de la Administración prestacional, sobre todo en casos en los que, como en el presente ocurre, la extensión y la continuidad de una práctica

administrativa ha generado en los ciudadanos una confianza determinante de su conducta".

Por lo que respecta a la desigualdad de tratamiento entre los diferentes regímenes de la Seguridad Social, partiendo de la consideración inicial, antes apuntada, de que no puede alegarse discriminación como resultado de la comparación de regímenes de Seguridad Social distintos y que la equiparación en la protección es algo deseable, se argumenta por parte del TC, como en el caso de la STC 231/1993, de 12 de julio, que "la presencia de una misma situación de necesidad derivada de una contingencia invalidante no basta para estimar lesionado el principio de igualdad".

Es importante recordar que tal y como hemos visto en otro momento, el legislador dispone de un amplio margen de maniobra en la confección o interpretación del sistema, no pudiendo excluirse que éste "apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer regule, en atención a las circunstancias indicadas [circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diferentes grupos sociales], el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas al momento".

Basándose en una lectura conjunta de los arts. 41 y 50 de la CE que, en opinión del TC no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional, se defiende la posibilidad de que se establezcan regulaciones diferenciadas sin que se atente al principio de igualdad.

No cabe duda alguna que esta interpretación supone, en mi opinión, llevar al extremo máximo la interpretación del modelo constitucional de la Seguridad Social que si bien es un modelo abierto, está sujeto a límites derivados algunos del propio contenido de estos artículos y otros del resto de texto constitucional, como en el caso que nos ocupa, el principio de igualdad.

La Constitución, en su art. 41 no alude en modo alguno a la existencia de regímenes de Seguridad Social, parece que esté haciendo referencia sólo a la existencia

de un único régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos. La configuración preconstitucional del sistema de Seguridad Social en un régimen general y diversos regímenes especiales que se adopta en la Ley de Bases, no aparece recogida en el texto constitucional, que se limita a hablar de "un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos".

Si, tal y como hemos visto, ya sea por razones técnicas, históricas o de otra índole, se debió proceder a diseñar el Sistema de Seguridad Social en diferentes compartimentos. La consideración de éstos como un único sistema y el diseño que del mismo hace el texto constitucional unido ello a la tendencia claramente manifiesta que existe hacia la homogeneidad o equiparación de los distintos regímenes con el régimen general⁵³², nos obliga a interpretar el sistema de Seguridad Social de una forma restrictiva en lo que atañe al principio de igualdad y el establecimiento de diferencias entre los diversos regímenes de la Seguridad Social, de tal manera que sólo son admisibles aquellos tratamientos desiguales que tienen su origen en razones de índole técnico del colectivo al que van dirigido,. No pueden establecerse diferencias de forma arbitraria ni basadas en circunstancias que no técnicas como es el caso de las razones de índole económico-financiero, u otras.

El propio TC es consciente de que la aceptación de la desigualdad de tratamiento como constitucional es claramente contrario a la tendencia a la igualdad entre los regímenes que esta presente en el sistema de Seguridad Social, pero opta en este caso por lavarse las manos y precisar que ésta es una cuestión que compete a otros poderes no al TC así llega a afirmar, como en la STC 231/1983, de 12 de julio que: "aunque existe una tendencia a la equiparación de los distintos Regímenes que integran el sistema de Seguridad Social, corresponde a los poderes legislativos y ejecutivo llevar a cabo la culminación de este proceso, en el que el Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar

⁵³² Tal y como señala ALONSO OLEA; la primera característica común a todos los regímenes especiales es, programática o tendencial; los regímenes especiales deben tender a aproximarse al régimen general en todos sus aspectos, siendo sobre este particular muy insistente la propia LSS/1966, (arts 9.2; 10.5 b); 10.5 c) pudiéndose por ello llegar a la consideración que el régimen general se configura como modelo al que deben tender los regímenes especiales. *Cfr. "Características comunes y clasificación de los regímenes especiales" en "Diecisiete lecciones sobre regímenes..." Op. cit, pág. 26*

el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable".

Deberá, así pues, someterse este tratamiento normativo desigual al juicio de razonabilidad y proporcionalidad ya que tal y como ha señalado el TC, en reiteradas ocasiones, entre otras en la STC 75/1983, de 3 de agosto, partiendo de la idea de que ante situaciones de hecho iguales debe darse un tratamiento jurídico igual; " sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado, cuando tenga que resolver situaciones diferentes fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador, con carácter general, la apreciación de situaciones distintas que sean procedente diferenciar y tratar desigualmente".

Dicho de otra manera, "la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida" (STC 22/1981, de 2 de julio).

Habrà de determinarse, en primer lugar, cuál o cuáles son las finalidades perseguidas con el tratamiento, así como los efectos conseguidos para, en un segundo momento, analizar si existe una justificación que cumpla el doble requisito de ser objetiva y razonable, para que se pueda considerar que el tratamiento desigual está ajustado a las exigencias que el respeto al principio de igualdad impone; "las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad, en suma, cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en

términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a las consecuencias de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad.", tal y como se establece, entre otras, en la STC 209/1988, de 10 de noviembre.

No es suficiente encontrar un fundamento razonable en la norma para apreciar que la desigualdad no es discriminatoria tal y como se establece en el voto particular que formulan los Magistrados doña Gloria Begué cantón, don Luis Díez-Picazo y Ponce de león, don Francisco Tomás y Valiente, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Antonio Truyol Serra, a la STC 75/1983, de 3 de agosto, donde se señala que no es suficiente tal y como veíamos hasta ahora, que la opción elegida por el legislador o la norma dictada presente una justificación para que una eventual desigualdad quede excluida del art. 14 de la CE; "no basta justiciar la *ratio* de la norma, porque si así fuera, la regla de la igualdad ante la Ley del art. 14 de la CE se confundiría por completo con la regla de la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.(...) No se trata, por consiguiente de justificar la razón de ser de la norma para hacer posible la desigualdad, sino justificar la ruptura de la igualdad en si misma, que sólo puede encontrarse en una tutela de bienes jurídicos, que estén constitucionalmente protegidos y tengan carácter superior a los que resultan sacrificados, siempre que se dé una regla de proporcionalidad entre el bien protegido y el derecho sacrificado".

En el ámbito de la jubilación el establecimiento de una desigual protección entre, no sólo el régimen general y los regímenes especiales sino también entre los propios regímenes especiales, el TC parece optar por entender que el desigual tratamiento previsto es una consecuencia lógica y razonable de la propia articulación del sistema en un Régimen general y diversos regímenes especiales, de tal manera que la defensa de la no vulneración del principio de igualdad se fundamenta en la propia estructura del sistema que es la que permite el tratamiento diferenciado, llegándose a señalar por parte del TC afirmar, tal y como hace, entre otras, en la STC 377/1993, de

20 de diciembre que "el art. 14 CE, no exige, en principio, la corrección de las desigualdades existentes entre los distintos regímenes que integran la Seguridad Social", ni tan siquiera la existencia de una tendencia a la equiparación de regímenes, permita extender la aplicación de este principio al ser ésta una facultad que corresponde al legislador no al TC quien se exime de interferir en este proceso a través de decisiones singularizadas.

Establecida, así pues, una distinción previa de régimen jurídico para cada colectivo determinado la desigualdad de trato, a tenor de los criterios mantenidos por el TC, aparece justificada, ya que en estos supuestos, tal y como establece el TC en su sentencia 148/1986, de 25 de noviembre, la desigualdad de trato carecería incluso del calificativo de diferenciadora, siguiendo la opinión de este Tribunal, "donde tiene sentido preguntarse por la fundamentación en Derecho de una diferenciación normativa es, sobre todo, cuando la singularización entre categorías personales se realiza en la propia disposición, atribuyendo a las mismas regímenes jurídicos diversos, pues entonces es procedente indagar sobre las razones de la diferenciación y su justificación constitucional, en razón del fin perseguido por la norma y del criterio utilizado por el legislador para introducir diferencias en el seno del grupo sometido a un régimen común⁵³³.

Sin embargo, la situación puede ser distinta cuando nos encontramos ante una previa diferenciación de regímenes jurídicos y una norma posterior establece una regulación diferente para supuestos de hecho comprendidos en cada uno de dichos distintos regímenes jurídicos. No se puede exigir una igualdad de trato al legislador cuando trata de extraer consecuencias jurídicas diversas de situaciones que estaban originariamente en una situación jurídica distinta, siempre que el criterio adoptado por el legislador sea esa diferenciación de régimen jurídico y la finalidad perseguida por la norma diferenciadora sea coherente con esa diferenciación de partida. Incluso podría afirmarse que esa regulación distinta, consecuencia y consecuente con una previa

⁵³³ Vid, entre otras, STC 22/1981, de 2 de julio; STC 34/1981, de 10 de noviembre; y STC 75/1983, de 2 de agosto.

diversificación de régimen jurídico, no sería calificable como <<diferenciadora>> a los efectos del principio de igualdad".

Siguiendo el razonamiento expuesto por el TC podemos llegar a considerar que la diferenciación de trato dispensada está justificada si parte de una distinción previa, tal y como sucede en este caso, y debemos entonces plantearnos si la distinción previa que es la que en definitiva va a justificar la posterior desigualdad de protección es o no conforme a derecho.

En este sentido es necesario señalar, en primer lugar, que "no basta, para descartar la posibilidad de comparación, el que la propia ley adjetiva como <<especial>> la relación normada, pues es justamente la procedencia de tal especialidad la que puede quedar controvertida"⁵³⁴, y por ello habrá de determinarse si la atribución de ese calificativo está o no justificada.

Obviamente el principio de igualdad ante la ley no puede considerarse como un principio del que se derive una prohibición de la diferenciación normativa, aunque si bien es posible esta diferenciación es necesario que este fundada jurídicamente, "la igualdad que reclama el ordenamiento se resuelve, de este modo, en la exigencia de no diferenciar sin razón suficiente -no discriminar- entre situaciones de hecho, debiendo fundamentarse en tal sentido los elementos o puntos de conexión a los que quien hace la norma imputa ciertas consecuencias jurídicas"⁵³⁵.

En el caso que me ocupa y siguiendo los razonamientos expuestos hasta ahora sería necesario que nos formuláramos la siguiente pregunta: ¿la existencia en la estructura del sistema de la Seguridad Social de una distinción entre régimen general y regímenes especiales justifica la desigualdad de tratamiento?

⁵³⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J.; *"La igualdad jurídica como límite frente al legislador"*, Revista Española de Derecho constitucional nº 9. 1983, pág(s). 97-98.

⁵³⁵ *Ibidem*, pág. 90.

Esta cuestión se convierte en esencial por cuanto que el tratamiento desigual que el ordenamiento presta a los diferentes regímenes de Seguridad Social dependerá de si está o no justificada la distinción que el art. 9 de la LGSS/1966 estableció en la composición del sistema y que se ha mantenido hasta la actualidad. Así, si consideramos justificada esta distinción en la estructura o composición del sistema, el tratamiento diferenciado de situaciones diferenciadas estaría también justificado ya que en modo alguno puede considerarse que el principio de igualdad proclama la homogeneidad de tratamiento por el ordenamiento de la Seguridad Social.

El TC no ha entrado a valorar esta cuestión en ninguna de las sentencias en las que se ha aludido a esta desigualdad de trato, tan sólo se ha limitado a precisar, tal y como hemos visto, "que los arts 41 y 50 de la CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho", tal y como se establece, entre otras, en la STC 231/1993, de 12 de julio, y a justificar la articulación del sistema de Seguridad Social en un régimen general y diversos regímenes especiales dada las peculiaridades socioeconómicas, laborales productivas o de otra índole que concurren.

El TC justifica la diversidad de tratamiento que se establece entre los diferentes regímenes de Seguridad Social a partir de la existencia de una pluralidad de regímenes diversos y descartando que se trate de términos homogéneos considera que las peculiaridades de cada sector de actividad justifican las diferencias existentes.

Hemos podido apreciar como el TC se abstiene de aplicar el juicio de igualdad analizando cada caso concreto para valorar si las desigualdades existentes son suficientemente razonables y proporcionadas con el fin que persiguen, y ha optado por el uso reiterado de ciertas cláusulas de estilo, que permiten negar la vulneración de la igualdad denunciada sin entrar en el fondo del asunto.

Tal vez se aprecia un cambio en este planteamiento seguido por el TC, a partir de la sentencia 39/1992, de 20 de marzo, donde el propio TC llega a reconocer que si

bien "las diferencias de trato que se producen por aplicación de regímenes jurídicos distintos encuentran justificación, en el ámbito objetivo y subjetivo que cada uno de ellos regulan (STC 137/1987) y, por tanto, también, en principio, la pertenencia a órdenes normativas distintas constituyen, por sí misma, causa justificativa de la diferencia de trato", niega que esta doctrina "pueda aplicarse de forma automática y sin más reflexión a todos los supuestos de confluencia o concurrencia de regímenes jurídicos distintos, pues ello sería tanto como dejar al arbitrio del legislador la eficacia del principio de igualdad cuya aplicación podría verse excluida por el simple procedimiento de crear sistemas legales diferentes que actuarían como justificación de tratamientos diferentes, aunque no concurriesen razones sustantivas que legitimaran su diferencia".

En aras de la eficacia de este principio, parece poco aconsejable, siguiendo el razonamiento expuesto en esta sentencia, obviar el juicio de igualdad por cuanto que ello supondría dar un amplio margen al legislador para que atendiendo a los razonamientos expuestos hasta entonces por el propio TC y amparándose en la convicción de que la existencia de regímenes diferentes justifica la existencia de tratamientos diferenciados, estableciera diferencias que por aplicación de la creencia expuesta, quedarán exentas del juicio de igualdad y pudieran ser manifiestamente discriminatorias⁵³⁶.

Aunque el TC mantuvo el planteamiento expuesto en la sentencia 39/1992, de 20 de marzo en algún otro pronunciamiento, como en la STC 38/1995, de 13 de febrero, en la que retomó los argumentos expuestos con anterioridad a la sentencia de 1992, absteniéndose de juzgar cualquier argumentación sobre la razonabilidad de la diferencia aplicable al caso concreto, volviendo a recurrir a la idea de que "aunque la igualdad o identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos es algo deseable

⁵³⁶ Vid, entre otras, SSTC 184/1993, de 31 de mayo; 268/1993, de 20 de septiembre; y 377/1993, de 20 de diciembre. Ninguna se refiere pero a diferencias en materia de jubilación, la STC 184/1993, hace referencia al análisis de la constitucionalidad del requisito de haber cumplido los 45 años en el momento de la declaración de invalidez para tener derecho a la pensión de invalidez del RETA; la SSTC 268/1993 y 377/1993, tratan las diferencias en la acción protectora entre los trabajadores sometidos al REEH y los del Régimen general, en concreto la exigencia, ya derogada en 1993, establecida en el REEH de haber cotizado sesenta mensualidades para acceder a la pensión de invalidez con independencia de cuál sea la causa que la origine, accidente de trabajo o accidente no laboral

desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico".

Aun reconociendo la fragilidad de las diferencias derivadas del desarrollo de una diversa actividad profesional y la falta de discernimiento de alguna de las diferencias establecidas, el TC se niega a realizar el correspondiente juicio de igualdad, y opta por el uso y abuso de justificaciones demasiado generales y reiteradas que obvian una cuestión esencial como es la de que la libertad de configuración de que dispone el legislador no es absoluta, está sujeta, entre otros límites, al principio de igualdad que debería ser examinado en cada uno de los supuestos en los que se establece un trato desigual.

Tal y como hemos visto las razones de la existencia de los regímenes especiales son diversas, primando entre éstas las financieras, pero no creo yo que, en modo alguno, justifiquen la diferencia de trato que el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social dispensa a uno u otro colectivos, y por ello ante el riesgo de que pueda considerarse que el desarrollo que se ha hecho de la composición de la Seguridad Social atenta al principio de igualdad por cuanto que la razón de ser de los regímenes especiales es el de permitir, tal y como se establece en el art. 10.1 de la LGSS/1966 la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social (todos los beneficios de la Seguridad Social), en aquellas actividades profesionales en las que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar, o por índole de sus procesos productivos se hiciese preciso, no la de excluir a los individuos incluidos dentro de estos colectivos, de los beneficios que el sistema dispone, ya que la tendencia a la paridad, o la máxima homogeneidad a que alude el apartado 5º del art. 10 de la LGSS/1996⁵³⁷, no debería

⁵³⁷ Es importante destacar que el art. 10 apartados 4º y 5º de la LGSS/1966 hace una importante distinción de regímenes especiales por lo que respecta a sus normas de desarrollo, así los regímenes especiales de los trabajadores dedicados a las actividades agrícolas, forestales y pecuarias, así como los titulares de pequeñas explotaciones que las cultiven directa y personalmente, de los trabajadores del mar y de los estudiantes se regularán por ley, mientras que para los restantes regímenes especiales será el Gobierno quien a propuesta del Ministro de Trabajo dictará sus normas reguladoras, fijándose únicamente un contenido específico para los regímenes especiales a que se hace referencia en segundo término.

permitir que de acuerdo con las disponibilidades financieras del sistema se introdujeran diferencias considerables entre los diferentes regímenes de la Seguridad Social.

Teniendo en cuenta que esas referencias a la tendencia a una regulación homogénea deberían de actuar como límite en la discrecionalidad de que dispone el legislador en el desarrollo del sistema, por cuanto que la razón de ser de los regímenes especiales como es la de adecuar los beneficios del sistema a los colectivos a los que va destinado debería haberse procedido a una clara simplificación de la estructura del sistema integrando los regímenes especiales en el régimen general, manteniendo tan sólo el RETA y potenciando la vía de los sistemas especiales para adecuar, tal y como ahora se hace, algunos aspectos (encuadramiento, afiliación, forma de cotización y recaudación), a determinadas personas incluidas dentro del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social incluyendo dentro de los mismos la adaptación de la acción protectora que, en cualquier caso, pasaría a ser única e igual, salvo ciertas peculiaridades, para todos los sujetos incluido dentro de su ámbito subjetivo.

En el marco de las recomendaciones del Pacto de Toledo se hace expresamente referencia a la necesidad de proceder a esta simplificación al aconsejarse por parte de la Ponencia que se continúe con este proceso de unificación de la estructura existente, reduciendo de manera gradual el número de regímenes actualmente existentes y logrando la plena homogeneización del sistema público de 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 de trabajadores por cuenta propia, contemplando no obstante las peculiaridades específicas y objetivos de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero, y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo"⁵³⁸.

⁵³⁸ En un estudio sobre la estructura en regímenes de la Seguridad Social española desde la perspectiva del gasto público elaborado en 1981 por un grupo de expertos a instancias del Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, teniendo en cuenta la progresiva homogeneización respecto al régimen general que en el ámbito de la acción protectora ha venido estableciéndose, se sostiene que: "no queda otra alternativa que su desaparición como tales regímenes especiales, transformándose en su

2.4 Las competencias en materia de protección de la vejez por parte de las CC.AA

Reconocida en el art. 149.1.17 de la CE la competencia exclusiva sobre la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad social a favor del Estado, las CC.AA quedan relegadas a un segundo plano, al limitarse, en principio, sus competencias a la ejecución de los servicios de Seguridad Social, así como a <<legislación no básica>> o de desarrollo que teniendo en cuenta el carácter amplio del concepto de legislación básica a que alude el art. 149.1.17^a, prácticamente está vacío de contenido.

La finalidad de esta atribución de competencia exclusiva sobre el Estado en materia de Seguridad Social no es otra que la de garantizar una regulación normativa uniforme y de vigencia para todo el Estado, a partir de las cual las CC.AA pueden contribuir mediante la ejecución de los servicios a tal fin creados.

Así pues delimitada de esta manera las competencias entre el Estado y las CC.AA en materia de Seguridad Social, de la que se infiere que es ésta una materia "cosa del Estado"⁵³⁹, todo lo relativo al régimen jurídico de la prestación de jubilación en su modalidad contributiva se integra como es obvio dentro del concepto de legislación básica siendo por tanto competencia exclusiva del Estado⁵⁴⁰.

Este reparto de competencias entre el Estado y las CC.AA en materia de Seguridad Social se completa mediante la atribución, de conformidad con lo previsto

caso, si persisten sus diferencias en los procesos administrativos, en sistemas especiales integrados en el régimen general".AA.VV. *"La estructura actual de..." Op cit.* pág. 163.

⁵³⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R.; *"La Seguridad Social en España"*. Colección Divulgación jurídica, Aranzadi, 1999, pág. 66.

⁵⁴⁰ Sobre lo que debe entenderse por legislación básica id, entre otras, SSTC 1/1982, de 28 de enero; 69/1988, de 19 de abril; y 248/1988, de 20 de diciembre. Tal y como en síntesis señalan BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J.; y MOMPALER CARRASCO, M. A.; "en Seguridad Social podría entenderse como básicas las materias siguientes: - reglas de acceso al sistema y permanencia en

en el art. 148. 1. 20^a de la CE⁵⁴¹, de la competencia exclusiva a favor de estas últimas en materia de Asistencia Social, cuestión ésta que complica considerablemente el panorama de la distribución de competencias entre Estado y CC.AA, sobre todo si tenemos en cuenta que la CE no especifica que ha de entenderse por Asistencia Social⁵⁴².

Existen, en este estricto, enormes dificultades para determinar, si la Asistencia Social forma o no parte de la Seguridad Social, ya que si bien, en un principio, podría pensarse, tomando en consideración la integración dentro del contenido de la acción protectora del sistema, de la asistencia social (art. 38. 2 del TRLGSS/1994), y el hecho de que esté atribuida a las entidades gestoras la concesión de la misma (art. 55. 2 del TRLGSS/1994), que cabe la posibilidad de integrar la Asistencia Social dentro de la Seguridad Social, no cabe duda que esta posible vinculación entre la Asistencia Social y la Seguridad Social, choca frontalmente con el reparto de competencias establecido por la CE, por cuanto que claramente el legislador constitucional ha trazado una distinción, en este sentido, al atribuir competencia exclusiva al Estado y las CC.AA en Seguridad Social y Asistencia Social respectivamente.

el mismo (campo de aplicación; - requisitos, cuantía y alcance de las prestaciones, acción protectora y régimen jurídico de las prestaciones; - y obligaciones". Cfr. "Curso de... " *Op.cit.*, pág. 77-78.

⁵⁴¹ El desarrollo autonómico de las competencias en materia de Seguridad Social ha sido diverso. pudiendo, en este sentido, establecer una distinción entre las CC.AA que han asumido la totalidad de competencias constitucionalmente posibles y las que no. En el primer grupo se integran siete Comunidades Autónomas: País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Comunidad Valenciana, Canarias y Navarra, que han asumido la siguientes competencias: el desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado; la gestión del régimen económico de la Seguridad Social y la organización y administración de los servicios relacionados con la Seguridad Social, así como el ejercicio de la tutela de sus instituciones, entidades y fundaciones, reservándose el Estado la alta inspección en la materia. El resto de CC.AA, por su parte, no han asumido todas las competencias, éstas se han limitado o bien a asumir determinadas competencias de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación básica del Estado, o bien la ejecución de la legislación del Estado mediante la gestión limitada de algunas prestaciones del sistema de Seguridad Social. Vid, al respecto: CES. "Memoria sobre situación económica, laboral de la Nación". 1999, pág. 563

⁵⁴² El TRLGSS/1994 dedica un capítulo, el capítulo VI del Título I a la Asistencia Social, en concreto, los arts 55 y 56. Estableciendo bajo la rúbrica de concepto que: "La Seguridad Social, con cargo a los fondos que a tale efecto se determinen, podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de emergencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones".

Esta imposibilidad de incorporar la Asistencia Social dentro de la Seguridad Social dado el reparto competencial diseñado en la CE, nos obliga a considerar, de conformidad con la apreciación formulada en este sentido por Alarcón Caracuel, MR.: que la Asistencia Social es un mecanismo de protección social complementaria externo al de la Seguridad Social y que ha de ser competencia exclusiva de las CC.AA⁵⁴³, siendo potestad de éstas delimitar, así pues, el contenido de la misma, así como su ámbito subjetivo.

El TC en este sentido ha considerado, en su importante sentencia 146/1986, de 25 de noviembre que: “nuestro constituyente maneja un concepto consagrado por la práctica nacional e internacional” para llegar a considerar que: la Asistencia Social es: “una técnica pública de protección social, lo que la distingue de la clásica beneficencia en la que históricamente hunde sus raíces”, remarcando que se trata de una técnica de protección fuera del estricto sistema de Seguridad Social, con carácter propio, que la separan de otras afines o próximas a ella definiéndola en su sentencia 146/1986, de 25 de noviembre como: “un mecanismo protector de situaciones específicas, sentidos por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social”.

Delimitado, así pues, de forma expresa el carácter complementario y externo de la Asistencia Social frente a la Seguridad Social, es posible, a la hora de articular ambos conceptos, llegar a entender que la Asistencia Social cumple una función diversa según cual se la interpretación que tomemos como punto de referencia, ya que puede, en este sentido, considerarse que no sólo incluyen prestaciones para colectivos específicos, sino que además complementan, en algunos caso, a los propios sujetos ya incluidos dentro del ámbito de protección, o bien entender que manteniendo ciertas dosis amplias de independencia, actúa de forma suplementaria a la Seguridad Social formando, eso sí un todo, bajo el paraguas del concepto de Protección Social⁵⁴⁴.

⁵⁴³ Cfr. “La Seguridad...” *Op. cit.*, pág. 52.

⁵⁴⁴ Vid, en este sentido ALARCÓN CARACUEL, M.R.; “Hacia el derecho de la Protección Social”. en AA.VV. “Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad”. Coord. López López, J.; Marcial Pons, Madrid, 1996 págs 13-14.

En cualquier caso es necesario destacar que la atribución de las competencias a favor de las CC.AA en materia de Asistencia Social, no significa que, por su parte, las competencias en materia de Seguridad Social atribuidas al Estado queden limitadas a la concesión de prestaciones contributivas, ya que el Estado en desarrollo del principio de universalidad subjetiva a que hace referencia el art. 41 de la CE, está plenamente legitimado para la concesión de prestaciones no sujetas a la cotización previa, prestaciones no contributivas tal y como hizo a partir del año 1990, destinadas a cubrir las necesidades de aquellos que no teniendo derecho a las prestaciones se encuentran en situación de necesidad, formando eso sí parte del núcleo fundamental del sistema de Seguridad Social no tratándose por tanto de prestaciones complementarias.

En relación a las competencias asumibles en materia de vejez por parte de las CC.AA, poco se puede decir, ya que ésta se integra, tal y como ya he apuntado, dentro del concepto de legislación básica a que alude el art. 149. 1.17ª de la CE, de tal manera que es competencia exclusiva del Estado, no pudiendo las CC.AA más que limitarse a ejecutar dicha legislación, sin que obviamente tengan potestades para modificar el régimen jurídico de dicha prestación que se hace extensible a cualquier prestación del sistema de Seguridad Social.

No sucede lo mismo en relación con el nivel no contributivo ya que, en este caso, si tienen las CC.AA potestades para que en desarrollo de su competencia en materia de Asistencia Social puedan ordenar la concesión de ayudas a favor del colectivo de la tercera edad, tendentes a mejorar las condiciones de vida y subsistencia de este colectivo, especialmente respecto al sector de población más desfavorecido, dispensando a su cargo servicios y auxilios económicos para hacer frente a los estados o situaciones de necesidad de este colectivo⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ En este sentido, es importante destacar como principal manifestación que desde 1989 a 1995 todas las CCAA han tratado de garantizar un mínimo de renta a todos los ciudadanos y a tal fin se han aprobado normas sobre rentas mínimas de inserción, con el objeto de intentar cubrir mediante estas ayudas, aunque a parecen condicionadas al cumplimiento de ciertos requisitos, las lagunas e insuficiencias existentes en el sistema público de la Seguridad Social, Vid, al respecto, entre otros, ROJO TORRECILLA, E.; "Protección social y rentas mínimas de inserción" en AA.VV. *"Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad"*. Coord. López López, J.; Marcial Pons, Madrid, 1996, donde se aborda también con detalle el debate competencial Seguridad Social versus Asistencia Social.

Recientemente se ha abierto una polémica, en este sentido, en torno a la posibilidad o no de otorgar por parte de las diferentes CC.AA, complementos extraordinarios a las pensiones no contributivas más bajas⁵⁴⁶.

En estos casos la clave está en determinar cuál es el alcance real, la naturaleza de estas medidas o ayudas complementarias por cuanto que si consideramos que se trata de meros complementos a las pensiones no contributivas del sistema de Seguridad sin duda alguna podríamos entender, de forma acertada, que hay una invasión competencial por parte de las CC.AA, al estar atribuida la competencia absoluta a favor del Estado.

Sin embargo, si optamos por entender, tal y como yo entiendo, que se trata de medidas integrables dentro de este concepto difuso de Asistencia Social, separadas formalmente y técnicamente de la Seguridad Social y fundada en otro título competencial (art. 148. 1. 20ª de la CE), no puede sostenerse que sean inconstitucionales.

Es cierto que se trata de una cuestión sobre la que puede planear el miedo a la ruptura de la cohesión social, pero indudablemente es necesario destacar que estamos ante una medida que tiene pleno encaje constitucional y que afectando a un colectivo como es el destinatario de estas medidas servirá para abrir un debate sobre la necesidad de mejorar las prestaciones no complementarias, entre ellas la de jubilación, que a fecha de hoy están aún muy por debajo del salario mínimo interprofesional.

⁵⁴⁶ La polémica se inició en con la decisión tomada a finales de diciembre de 1998 por parte del Gobierno de la Comunidad Autónoma andaluza de establecer para 1999 una subida adicional del 1,8% a añadir al 1,8% fijado por el Gobierno, para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social percibidas en su territorio y otra del 5,5% para las asistenciales, abonables ambas en el mes de abril. Vid, al respecto y sobre la evolución de la polémica, CES *"Memoria sobre..." Op cit.*, págs564-569.

PARTE III LA CONFIGURACIÓN DE LA JUBILACIÓN A PARTIR DEL PRIMER TRLGSS.

Cap. 1º. La configuración de la jubilación en el Texto de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (Aspectos Generales).

El TRLGSS/1974 dio el impulso definitivo a la configuración de la jubilación, tal y como ésta había sido originariamente concebida en la Ley de Bases de 1963 y articulada en la LSS/1966, a partir de dos elementos esenciales, la *edad pensionable* y el cese voluntario, que constituyen el núcleo básico del régimen jubilatorio.

Esta configuración de la jubilación en el TRLGSS/1974, se nutrió, en gran parte, no sólo de la experiencia de los seguros sociales, sino que además trato de adecuarse, de forma muy especial, al contenido de las principales directrices y principios contenidos en las normas internacionales que regulan esta materia.

Una de las primeras cuestiones a tener en cuenta es que el TRLGSS/1974 no solucionó uno de los problemas ya presente en la LSS/1966: la inexistencia de un concepto de jubilación protegida; cuestión ésta que dificulta, enormemente, la comprensión del sentido de la jubilación, tal y como aparece regulada en los diferentes textos normativos.

Se parte, eso sí, de la premisa que la jubilación es un derecho del ciudadano, en concreto, como el derecho al descanso de quien, después de trabajar un determinado número de años, decide abandonar su vida laboral activa y pasar a asumir la condición de pensionista, previo cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos.

A continuación, trataré de realizar una primera aproximación a esta figura, tal y como aparece recogida en el TRLGSS/1974, destacando cuáles son sus aspectos fundamentales, entre otros, su enérgico carácter contributivo y cómo ha ido

evolucionando con el paso del tiempo, especialmente a partir de la ampliación de su ámbito subjetivo mediante la introducción de su modalidad no contributiva.

Modalidad que, aunque recibe el nombre de jubilación no contributiva en contraposición a la modalidad contributiva, se aleja de la concepción fundamental de la jubilación como tal, basada y construida a partir del manejo de dos elementos fundamentales, a saber: la *edad pensionable* y el cese voluntario; para configurarse a partir de otros dos elementos, en este caso: la *edad pensionable* y el estado de necesidad manifestado a través de la carencia de rentas o ingresos suficientes.

La explicación efectuada, en torno a esta modalidad de jubilación, lejos de ser exhaustiva tiene por objeto trazar las diferencias existentes entre ambas modalidades en aspectos tales como los requisitos exigidos y el contenido y cálculo de la prestación.

Tal y como tendremos ocasión de apreciar más tarde, una vez identificados más o menos los perfiles de esta prestación, a pesar de la inexistencia de referencias específicas sobre el objetivo y la finalidad de la misma, el problema fundamental, en este sentido, se ha manifestado en la evolución que ha sufrido esta institución, sujeta a numerosas oscilaciones y condicionada enormemente por el devenir de los diversos ciclos económicos, que la ha ido desconfigurando la jubilación, al diluir progresivamente sus elementos centrales de esta prestación.

1. La aprobación del primer texto refundido de la Seguridad Social.

Con anterioridad a la aprobación de la Ley 24/1972 de 21 de junio, la LSS/1966 ya había sido objeto de modificaciones parciales que directa o indirectamente habían corregido o alterado aspectos concretos del sistema de Seguridad Social⁵⁴⁷, sin que las

⁵⁴⁷ Entre las modificaciones que directa o indirectamente afectaron a la LSS/1966 cabe destacar, respecto a las primeras: El Decreto-ley 10/1966 de 1 de diciembre (B.O.E. de 10 de diciembre), que

mismas comportasen, un cambio de orientación en las estructuras fundamentales de la acción protectora y de su financiación.

Teniendo en cuenta estas modificaciones parciales establecidas con inmediata posterioridad a la aprobación del texto de 1966, en concreto durante el quinquenio 1966-1971, y considerando que el sistema previsto en la LSS/1966 se hallaba sometido a una importante crisis de insatisfacción, como consecuencia del exiguo y superficial desarrollo de las bases contenidas en la Ley 193/1963, de 28 de diciembre y que el Decreto 907/1966, de 21 de abril trató de sintetizar en un texto articulado, así como en razón de la escasa intensidad e insuficiencia de las cuantías de las prestaciones económicas dispensadas por el sistema que se hacía cada vez más patentes ante la expansión del nivel de vida y la precariedad del esquema establecido para su determinación, dio lugar a que el legislador tomara consciencia de que el sistema estaba necesitado de una reforma de mayor calado, que trató de realizar con la aprobación de la Ley 24/1972, de 21 de junio⁵⁴⁸.

Pues bien como hemos tenido en parte ocasión de apreciar⁵⁴⁹, la Ley 24/1972 introdujo modificaciones importantes en el conjunto del sistema de Seguridad Social⁵⁵⁰,

modifica las normas transitorias de protección a la familia del Régimen General; La Ley 30/1968, de 20 de junio (B.O.E, de 21 de junio) que modifica la edad de los hijos a efectos de prestaciones familiares del Régimen General, elevándola de 16 a 18 años; y el Decreto-Ley 13/1971, de 22 de julio (B.O.E, de 24 de julio), sobre ordenación de los servicios sanitarios del Régimen General. Mientras que indirectamente modificaron de forma parcial la LSS/1966, las siguientes leyes: la Ley 118/1969, de 30 de diciembre (B.O.E de 31 de diciembre), sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la comunidad iberoamericana, filipina, de empleados del territorio nacional; la Ley 14/1970, de 4 de agosto (B.O.E, de 6 de agosto), General de Educación y financiamiento de la Reforma Educativa; la Ley 25/1971, de 19 de junio (B.O.E, de 24 de junio), sobre protección de las familias numerosas; y la Ley 33/1971, de 21 de julio (B.O.E, de 23 de julio), de Emigración.

⁵⁴⁸ En opinión de GALA VALLEJO, C., el alcance y significado de la honda transformación operada por la Ley 24/1972, se expresa en el hecho de que nos encontramos ante algo más que una simple corrección o alteración del sistema vigente y cuyo alcance se manifiesta , en su opinión: "a) en una reforma estructural, al alterar la configuración de los niveles de protección y los mecanismos instrumentales de financiación; b) en una reforma sistemática del orden legal vigente desde el 1 de enero de 1967; y c) en ser una norma de proyección general sobre todo el sistema ya que aunque su rúbrica parece que se refiere sólo al Régimen General, su contenido dispositivo y los principios de ordenación hacen que afecte también a los Regímenes especiales". Cfr. *"El sistema de Seguridad Social en España"*. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. Colección Textos Legales. Serie Seguridad Social, núm. 31b, pág. 81.

⁵⁴⁹ Vid al respecto cap 2º parte I de este mismo trabajo.

⁵⁵⁰ El propio GALA VALLEJO,C., ha llegado a considerar a esta Ley como "iniciadora de una etapa de perfeccionamiento de la Seguridad Social" y teniendo en cuenta que son dos los objetivos

con el objetivo de perfeccionar el régimen entonces vigente, especialmente al abandonar el sistema de cotización de bases tarifadas por el cálculo de las mismas sobre la remuneración total de los trabajadores, lo que implicó dar un salto cualitativo.

En relación con la prestación de jubilación, se introdujeron dos novedades fundamentales, a saber: a) la declaración como imprescriptible del derecho al reconocimiento de la prestación de jubilación (art. 16.2), y, b) la conservación, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria 2ª de la Ley, del derecho a causar prestación, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación correspondiente, para quienes en fecha de 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido en el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez, o que, en su defecto hubiesen figurado afiliados al también extinguido Régimen de retiro Obligatorio, siempre y cuando los interesados no tuviesen derecho a ninguna otra pensión a cargo de los regímenes que integraban el sistema de la Seguridad Social.

El mecanismo de reforma utilizado por la Ley 24/1972 que modifica numerosos aspectos de la LSS/1966, alterando, en muchos casos, el contenido de un considerable

esenciales de la misma: "a) en el plano de los fines, a mejorar las prestaciones económicas y en especial las pensiones; b) en el plano de los medios a adaptar las cotizaciones a las retribuciones reales de los trabajadores para hacer repercutir aquéllas en la cuantía de las prestaciones económicas" El cambio de perspectiva que en el ámbito de la acción protectora esta Ley comportó y la revisión de los mecanismos de financiación dio lugar a la introducción de numerosas modificaciones de carácter general, que este mismo autor centró, en tres ámbitos fundamentales: en materia de acción protectora; en materia de cotización y recaudación; y en materia de colaboración en la gestión.

En el primero de los ámbitos señalados, cuatro son las modificaciones principales: a) la supresión de la exigencia de períodos previos de cotización para las prestaciones derivadas de accidente no laboral (art. 14.1); b) la deslegalización de la regulación de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones por incumplimiento de las obligaciones sobre afiliación, altas y bajas y cotización, con anticipo en todo caso, de prestaciones, aun en caso de empresas desaparecidas o de las que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio (art. 17. 1 y 2); c) la extensión a todas las prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo o enfermedad profesional del recargo imputable al empresario, por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo (art. 15); y d) la ampliación a cinco años del plazo general de prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones (art. 16.1). En materia de cotización y recaudación fueron tres las modificaciones introducidas: a) el abandono del sistema de bases tarifadas de cotización estructuradas por grandes grupos de categorías profesionales para sustituirlo por la cotización, con ciertas salvedades, sobre las remuneraciones totales de los trabajadores (art. 2); b) declaración de que las primas por accidente de trabajo y enfermedades profesionales tendrán, a todos los efectos la condición de cuotas de la Seg. Social. (art. 2); y c) recaudación en vía ejecutiva a través de las Magistraturas de Trabajo (art. 17.3). Y por último, en materia de colaboración en la gestión como principal novedad cabe destacar que se

número de preceptos sin proponer de nuevos, hizo necesario que se aprobase un texto refundido de ambas.

El legislador de la propia Ley 24/1972, de 21 de junio era consciente de ello, por lo que en la Disposición Final Tercera, autorizó al Ministerio de Trabajo para que sometiese a la aprobación del Gobierno, previo informe de la Organización Sindical y dictamen del Consejo de Estado, un texto o textos refundidos de la Ley de Seguridad Social y la de procedimiento Laboral de 21 de abril de 1966, de la propia Ley 24/1972 y de las que regulan los Regímenes agrarios y de trabajadores del mar, así como de los preceptos que en materia de Seguridad Social figurasen en otras disposiciones de igual rango, estableciéndose en la refundición la concordancia debida, la sistematización y depuración técnica adecuadas para lograr regularizar, aclarar y armonizar las Leyes citadas mediante preceptos del nuevo o nuevos textos.

En cumplimiento de esta Disposición Final Tercera, se aprobó el Decreto 2.604/1974, de 30 de mayo⁵⁵¹, por el que se dio luz verde al primer texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, tratándose con ello de integrar en un único texto de Seguridad Social, siguiendo el modelo y la estructura de la LSS/1966, las previsiones contenidas en la Ley 24/1972 y otras normas dictadas en desarrollo de la LSS/1966.

En relación con la regulación de la vejez contenida en la LSS/1966⁵⁵², el TRLGSS/1974 no introduce reformas esenciales por cuanto que se limita a adaptar el articulado de la originaria Ley de Seguridad Social a las modificaciones operadas con posterioridad a la entrada en vigor de este texto normativo. Así, a pesar del cambio nominal del capítulo dedicado a la protección de la vejez, que pasa del VII al VIII y a aparecer bajo la rúbrica de jubilación en vez de vejez, apenas se introducen cambios destacables en el régimen jurídico de esta prestación.

admite la agrupación de las empresas para colaborar en la gestión de la asistencia sanitaria e incapacidad laboral transitoria por enfermedad común o accidente no laboral (art.18). *Cfr. Op. cit*, págs 82-85.

⁵⁵¹ B.O.E de 20 y 22 de julio.

⁵⁵² Vid, al respecto el apartado 6.3, Parte I, capítulo 2º de este trabajo.

Se mantiene en el TRLGSS/1974, la confusa alusión que ya en el texto de 1966 se dispensaba al concepto de vejez, ahora jubilación, como punto de partida. Esta cuestión que está presente aún hoy en el vigente RD-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante TRLGSS/1994, a la hora de abordar el desarrollo de esta prestación, ya que ninguno de los artículos que en estos textos aparecen bajo la rúbrica de concepto hacen referencia propiamente al concepto de jubilación (significado y alcance), limitándose a determinar en que consiste la prestación, a qué da derecho, y cuáles son algunas de sus características, entre otras: su carácter único para cada beneficiario, su carácter vitalicio, y su imprescriptibilidad; sin que se incluya ninguna referencia ni a la contingencia ni a la situación realmente protegida.

Si bien de la lectura de los artículos 149 de la LSS/1966, 153 del TRLGSS/1974, y 160 del TRLGSS/1994, se puede extraer la conclusión de que el hecho causante, según aparece definido en estos preceptos, es el cese en el trabajo por cuenta ajena a causa de la edad, tal y como tendremos ocasión de apreciar en un momento posterior, no son éstos los requisitos legales, en sentido estricto, que obligan al trabajador a pasar la situación de inactivo, sino que son elementos esenciales que ha exigido el legislador para tener derecho a la pensión de vejez o jubilación.

Nuestra legislación, en materia de vejez, jubilación o retiro ha carecido en los últimos años, de concreción por lo que respecta a lo que verdaderamente se pretende proteger a través de esta prestación, y cuál es en definitiva la vejez sujeta a cobertura por parte de la Seguridad Social. La falta de una certera especificación de cuál es el objeto de protección de la vejez que no es un defecto exclusivo del sistema español, sino que es común a la gran mayoría de sistemas europeos, que han pasado desde mediados del siglo XX por diversas fases más o menos definidas, en las que se entremezcla el deseo de favorecer la salida del mercado de trabajo de las personas de edad como respuesta al agotamiento de su fase de actividad productiva, la necesidad de expulsar a estos trabajadores, incluso a una edad más temprana de aquella fijada para la jubilación ordinaria como respuesta a las altas tasas de desempleo, y también, aunque en menor medida, el deseo de atribuir un rol especial a un sector de la

población cada vez más numeroso que por razón de la edad, se ven abocados a su pase al retiro cuando aún son aptos para el desarrollo de actividades de diversa índole⁵⁵³.

Esta falta de determinación de la vejez objeto de protección está acentuada en el caso español ante la falta de una exacta o cuanto menos mínima definición legal de la jubilación, ya que ni los textos precedentes ni el texto vigente, a pesar de iniciar el capítulo de la vejez o jubilación bajo la rúbrica de concepto, han dado o dan un concepto de la misma. Se limitan a fijar, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar, en que consiste la prestación económica a que da derecho a la jubilación y cuáles son sus características fundamentales⁵⁵⁴, introduciendo importantes elementos de confusión como el que se deriva del hecho de hablar de la edad como causa de la jubilación que podría dar lugar a considerar, como sucedía a nivel histórico, que al

⁵⁵³ "Se possono distinguere tre fasi nella storia della politica del collocamento a riposo in Europa nel secondo dopoguerra. Nella prima, che va dagli anni quaranta fino all'inizio degli anni settanta, il limite di età per il collocamento a riposo è stato considerato in molti Paesi come momento in cui l'impiego ha termine e inizia la condizioni di pensionato, quando cioè la maggioranza degli individui passa della produttività economica all'anzianità. In altre parole i processi del mercato del lavoro e l'apparato istituzionale dei sistemi pensionistici pubblici e privati hanno contribuito a identificare la condizione di <<anziano>> come il periodo che segue l'attività economica.

Una seconda fase di transizione ha avuto luogo dai primi anni settanta alla fine degli anni ottanta, quando i confini tra attività economica e collocamento a riposo sono diventati sempre più indistinti per gruppi crescenti di popolazione. In questo periodo il pensionamento anticipato o l'uscita prematura dal mercato del lavoro sono diventati norma nella maggioranza dei Paesi dell'Unione europea. Ancora una volta sia i responsabili politici che i rappresentanti dei lavoratori sono stati parte attiva nella ridefinizione del collocamento a riposo. È stato in questa fase transitoria che la condizione di anziano ha iniziato a essere considerata come problema economico dai responsabili politici, anche se vi son esempi di tale pessimismo nel periodo immediatamente successivo alla guerra, e quando si è andata affermando la distinzione fra terza e quarta età.

La terza fase è quella attuale, il cui motivo centrale deve ancora delinearsi con precisione ma che sembra prospettare scenari a un tempo ottimistici e pessimistici. L'estilo finale sarà determinante nel definire la natura della società europee (i sistemi pensionistici costituiscono i fondamenti di tutti i sistema di sicurezza sociale; la solidarietà intergenerazionale è la chiave di volta della protezione sociale europea, e uno dei criteri per valutare la qualità di una società civilizzata è rappresentano dal modo in cui vengono trattati i suoi cittadini più vulnerabili). Dunque la posta in gioco è molto alta. Per di più gli sbocchi dell'attuale fase della storia del collocamento a riposo definiranno il significato da dare alla condizione dell'anziano in Europa. In altre parole i dibattiti che attualmente hanno luogo in tutti i paesi europei non riguardano semplicemente gli indicatori economici, come i tassi di dipendenza o di risparmio, ma hanno a che fare, in misura ben più determinante, con la definizione del ruolo della popolazione anziana nel ventunesimo secolo". WALKER, A. "Il futuro del pensionamento in Europa". Assistenza Sociale, n° 4, ottobre-diciembre 1996, pag. 11-12.

⁵⁵⁴ Tal y como señala el TS en su sentencia de 28 de octubre de 1994 (Ar. 8257); "bajo el epígrafe de <<concepto>>, (en relación con el art. 153 del TRLGSS/1974) no da una definición de la situación protegida, sino de la <<prestación económica por causa de jubilación>>, de la que se dice que <<será única>> y <<será reconocida cuando a causa de la edad, cesen en el trabajo por cuenta ajena>>".

estar estos dos elementos, la edad y la jubilación, estrechamente ligados, al ser una causa del otro, el legislador admite la configuración de la edad como causa de finalización de la relación laboral, entendiéndose que cumplida la edad fijada se debe pasar a la situación de jubilación. Parece admitirse, así pues, la consideración de la edad como causa de incapacidad para el trabajo, quebrando de esta manera no sólo el Derecho al Trabajo como tal, al establecerse un límite al mismo, sino también el derecho a la jubilación reconocido en la Orden de 1 de julio de 1953 como derecho del trabajador al imponerse ésta cuando cumple la edad fijada legalmente.

2. La sustitución del concepto de vejez por el de jubilación.

Una de las primeras cuestiones a tener en cuenta es que el TRLGSS/1974 opta por el abandono definitivo de la noción o el concepto de vejez para hacer referencia a la jubilación como contingencia protegida, según se establecía en textos anteriores, como es el caso del SOVI, o la propia Base novena de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre.

El TRLGSS/1974 se inclina por el uso extensivo de la idea de jubilación más próxima a la de retiro y el progresivo abandono de la noción de vejez utilizada con mayor amplitud hasta entonces⁵⁵⁵, no en vano, tal y como examinaremos más adelante, se ha ido articulando todo el contenido de la contingencia protegida tanto desde el punto de vista del derecho del Trabajo como en el ámbito de la Seguridad Social, sobre la acción de jubilarse, “la condición de pensionista de la Seguridad Social por razón de

⁵⁵⁵ Tal y como hemos tenido ocasión de apreciar en el análisis histórico realizado sobre la protección dispensada al retiro del trabajador, la Ley de 1 de enero de 1939 que sustituyó al régimen del Retiro obrero regulado por primera vez en 1919, introdujo en el marco de los seguros sociales la protección de la vejez a través del Subsidio de vejez que posteriormente fue ampliado con el de invalidez, dando lugar al SOVI y que se mantuvo como referente principal hasta la aprobación del TRLGSS/1974. La Ley de Bases y su texto articulado mantuvieron la protección dispensada en los supuestos de cese definitivo de la actividad laboral a partir del cumplimiento de la edad establecida bajo el cobijo de la protección de la vejez en sentido amplio (base novena).

vejez, aparece así como una situación a la que aboca la jubilación en cuanto acto jurídico"⁵⁵⁶.

La vejez, a pesar de que existen opiniones doctrinales en contra fundadas en la idea de aproximar la noción de riesgo a la de suceso adverso⁵⁵⁷, es el riesgo protegido por la Seguridad Social, que se convierte en contingencia cuando se actualiza y la protección, que al respecto establece el sistema de Seguridad Social aunque situada sobre el eje de la prestación por jubilación, va más allá del ofrecimiento de una renta sustitutiva del salario dejado de percibir al cesar en la vida activa y pasar a la situación de retiro. No debe olvidarse que al abordar el estudio de la acción protectora del sistema, es decir el conjunto de prestaciones que el sistema ofrece a los sujetos incluidos dentro de su ámbito de protección, debe incluirse las prestaciones de servicios sociales y de asistencia a la tercera edad a que hace referencia el art. 38. 1 e) del TRLGSS/1994, así como la modalidad no contributiva de jubilación que tal y como veremos más adelante constituye una excepción a la amplitud con la que había sido abordado el principio de contributividad desde finales de la década de los años 80.

No puede negarse, así pues, que el concepto de vejez es mucho más amplio que el de jubilación por cuanto que este último alude a la acción o acto de jubilarse, como manifestación del cese y separación de la vida activa, mientras que la noción de vejez, ya aparezca ésta considerada como sinónimo de ancianidad o de senectud o de ambas cosas a la vez, no se limita al simple hecho de pasar de la condición de activo a inactivo como consecuencia del cese, sino que con carácter más amplio alude a cuestiones de

⁵⁵⁶ RIVERO LAMAS, J.; *"Jubilación laboral"* Op. cit., pág. 798

⁵⁵⁷ Vid en este sentido, SÁNCHEZ MONÍS, F.; *"Ensayo sobre un Seguro social..."* Op cit., pág. 876. Por su parte, HERNAINZ, MÁRQUEZ, M.; aunque sostiene que doctrinalmente puede plantearse esta cuestión toda vez que la incertidumbre característica de todo riesgo, que es fundamento de la misma, no se da en el caso de la vejez al ser un hecho que ha de producirse fatalmente y es por ello que, en opinión de este autor, numerosas legislaciones optaron inicialmente por no tratarlo como un riesgo autónomo, considera que si tenemos en cuenta que no nos encontramos ante un acto de caridad sino más bien ante un reconocimiento de los servicios prestados parece necesario concluir que existe un claro fundamento económico y jurídico para esta institución, el deber social de no abandonar al que habiendo trabajado durante muchos años cesa en el trabajo como consecuencia fundamental del desgaste físico acumulado. Cfr. *"Tratado elemental de..."* Op cit., pág. 420-421. Es por ello que ORDEIG FOIX, J.M.; cataloga la contingencia de jubilación como de contingencia ordinaria o común, "ya que no suponen un evento extraño, anormal en la vida profesional del beneficiario, sino un supuesto

índole mayor como son todas aquellas que hacen referencia a la protección o asistencia de la tercera edad.

Aunque el riesgo cubierto por la Seguridad Social es la vejez, el TRLGSS/1974 opta por la idea de jubilación^{558 559}, a la hora de desarrollar la protección dispensada al respecto, puesto que está mucho más próxima a la noción de jubilación la idea del cese en la actividad laboral cumplida la edad legalmente establecida. La vejez se basa en una concepción de la misma hoy ya superada como si de una invalidez presunta se tratara. Por su parte la noción de jubilación, alude, sin embargo, a una situación de riesgo previsible y objeto de protección de la Seguridad Social, en la que se encuentran quienes al cumplimiento de una determinada edad han perdido una gran parte de su capacidad ganancial, bien porque se ven compelidos a abandonar su actividad profesional, bien porque la edad como elemento determinante se ha convertido en un serio obstáculo para proseguir en el mundo laboral o reincorporarse a él.

La Seguridad Social, en cuanto sistema de protección social, asume el riesgo de la vejez como riesgo protegido y a tal fin configura una protección contra el mismo que va más allá del simple ofrecimiento de una prestación económica, un sustento con el que hacer frente a la pérdida de ingresos como consecuencia de la jubilación, del ejercicio del acto de jubilarse, sino que además, ofrece un conjunto de prestaciones adicionales que no sólo complementan la ya citada, sino que en muchos casos se conforman en un elemento esencial de la protección de la vejez. Estas prestaciones adicionales se presentan bajo la fórmula de servicios sociales de asistencia a la tercera

ampliamente previsto e incluso esperado, un estadio corriente y final en la vida del trabajador". Cfr. *"El Sistema español..."*. Op cit., pág. 266.

⁵⁵⁸ Tal y como apunta ETALA, J.J.; algún autor (GONZÁLEZ POSADA, C.) había ya propuesto la sustitución del concepto de vejez por el de, en su caso, retiro o jubilación, al considerar que en el primero está incorporado la idea de incapacidad efectiva, de inutilidad, mientras que el segundo implica "la fijación de una edad a partir de la cual, la sociedad, el Estado, releva al trabajador de la obligatoriedad de seguir laborando, le reconoce el derecho al descanso y le proporciona los medios económicos para vivir sin trabajar. Cfr. *"Seguro social de vejez..."* Op cit., págs. 385-386.

⁵⁵⁹ A nivel de derecho comparado tal y como señala ALONSO OLEA, M.; y TORTUERO PLAZA, J.L.; la referencia concreta a la vejez suele ser preferida al nombrar el riesgo y su protección como sucede en el derecho anglosajón *"Old-Age Insurance"*; en el derecho italiano que alude a la *"Assicurazione vecchiaia"*; así como en el ámbito francés *"Assurance veillesse"* y en Alemania *"Altersversicherung"*; aunque hay también Sistemas que como en el caso español incluyen referencias al

edad, cuyo punto de partida y referente fundamental es el art. 50 de la CE que expresamente establece un mandato a los poderes públicos para que garanticen la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad a través del ofrecimiento de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, atribuyéndoles asimismo la competencia para promover su bienestar social, mediante un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos en relación con la salud, la vivienda, la cultura y el ocio.

Por ello parece acertado el abandono del término vejez en el momento de abordar la prestación en caso de jubilación o de retiro, al ser éste un concepto mucho más amplio que integra además de la prestación económica por jubilación, otras prestaciones que bajo la noción de servicios sociales tratan de cubrir necesidades de índole no estrictamente económica, que se presentan durante esta etapa de la vida en ámbitos muy diversos como la salud, la vivienda, o el ocio, y que han ido adquiriendo con el paso del tiempo mayor importancia, en gran medida como consecuencia del aumento de la longevidad humana. En resumen, la vejez es un término más genérico que permite precisamente incorporar aquellas otras cuestiones que se escapan del concepto estricto de jubilación o retiro.

El uso del concepto jubilación representa, en cierta forma, la culminación del proceso de evolución de esta institución que partiendo de la noción de retiro que situaba a ésta próxima a la idea de invalidez o incapacidad presunta a consecuencia de la edad, se pasó, en un segundo momento, a la adopción de un concepto de vejez mucho más amplio y desvinculado de este cese a causa de la edad como síntoma de invalidez, aunque demasiado general y carente de un sentido específico, para, en un tercer momento a partir del TRLGSS/1974 optar por el actual concepto, el de jubilación, no exento de confusión, por cuanto que se utiliza para hacer referencia no sólo al hecho de la jubilación en sentido estricto, sino que también para aludir al acto de jubilarse y en no pocas ocasiones a la pensión de jubilación.

3. ¿Existe realmente un concepto de jubilación en el TRLGSS/1974?

La primera cuestión a resolver cuando uno se plantea el tratamiento normativo que el TRLGSS/1974 dispensa a la jubilación es precisamente el determinar cuál es el concepto que en dicho texto se atribuye a la jubilación como situación protegida.

La verdad es que del examen de los artículos dedicados a la jubilación en el TRLGSS/1974, en concreto los arts 153 a 156, y muy especialmente, del primero de ellos se desprende claramente que el legislador no da un concepto de jubilación en sentido estricto, ya que lo que se presenta bajo la rúbrica de concepto de jubilación (art. 153 TRLGSS/1974), en modo alguno se identifica con tal, por cuanto que se refiere con carácter exclusivo al contenido de la jubilación, particularmente de la prestación de jubilación.

A diferencia de lo que sucede con otras contingencias protegidas en el sistema de la Seguridad Social, como es el caso de la invalidez provisional y la incapacidad o invalidez permanente (art. 132. 1 y 2 del TRLGSS/1974 respectivamente) o la incapacidad laboral transitoria (arts 126 a 131 del TRLGSS/1974), en las que unas veces de forma directa y otras indirectamente a través de la especificación de las situaciones determinantes de la misma, el legislador incluye un concepto de la contingencia protegida, cosa que no ocurre en el caso de la jubilación no existiendo tal concepto.

Lo que en apariencia debería ser el concepto de jubilación si nos atenemos a la rúbrica con la que se presenta no es más que una explicación de cuál es el contenido de la protección dispensada, la prestación económica por causa de jubilación y cuáles son las principales características de la misma.

Así, el art. 153 del TRLGSS/1974 se limita a precisar al respecto que la prestación económica por causa de jubilación consistirá en una pensión vitalicia, que

"Instituciones..." Op cit., pág. 309.

será única para cada beneficiario, determinándose de forma reglamentaria, sus condiciones, cuantía y la forma de la misma.

En este sentido, es clara la confusión existente entre la jubilación entendida como acción de jubilarse y la prestación de jubilación o cuantía que el sistema ofrece a quienes se jubilan, que se deriva de la redacción de estos preceptos. Esta cuestión ha permitido considerar por parte de algún autor, de forma equívoca, que para que pueda hablarse de la jubilación debe existir la prestación económica; “podrán darse circunstancias parecidas o habrá elementos comunes, pero sin pensión –sea por ausencia de algún requisito, sea por la ausencia de su solicitud- no surge el concepto”⁵⁶⁰.

Aunque parezca derivarse del enunciado y contenido de estos artículos esta correspondencia entre la jubilación y la prestación de jubilación, tal equivalencia no existe. De hecho, éste ha sido el error cometido por el legislador al presentar bajo la rúbrica de concepto de jubilación la prestación de jubilación, ya que parece querer identificar la jubilación como acto de jubilarse, en el que se combina la edad y cese voluntario de la actividad, y la prestación a que se tiene derecho cuando producida la jubilación se cumplen los requisitos necesarios para ser sujeto beneficiario de la misma, en ningún caso puede llegar a afirmarse que sin la existencia de prestación económica, sin pensión de jubilación, no puede hablarse de jubilación como tal por cuanto que el derecho a la prestación de jubilación es un derecho derivado de la jubilación como acto, no existiendo equivalencia alguna entre el acto en sí de jubilarse y una de las consecuencias que de él se derivan.

Por ello debemos denunciar no sólo el error cometido por el legislador a la hora de regular la jubilación, al no haber determinado de forma correcta cuál es el concepto de jubilación, sino también el hecho de que, a pesar del tiempo transcurrido y las diversas reformas acometidas sobre esta materia, no se haya procedido a la

⁵⁶⁰ “El concepto de jubilación que acoge nuestro ordenamiento desemboca, pues, en una equivalencia: la de tener derecho a cobrar una pensión con motivo de la avanzada edad que tenga el beneficiario”. BARRIOS BAUDOR, G.L.; y SEMPERE NAVARRO, A.V.; *“La jubilación en el...” Op cit.*, pág. 28-29.

modificación de este precepto, que, si bien es cierto que no tiene consecuencias de índole práctico, afecta en gran medida a la regulación de esta materia, al dejarla huérfana de concepto, elemento éste que sin duda alguna contribuye a entender mejor la institución y el objeto de su protección.

El legislador se limita a precisar, en otro orden de cosas, cuándo se produce ésta contingencia, "cuando, a causa de la edad, cesen (los trabajadores) en el trabajo por cuenta ajena".

Dos son las objeciones que deben hacerse al contenido de este art. 153 del TRLGSS/1974, expresado en los términos que acabamos de ver, de un lado el hecho ya apuntado de que no exista una definición normativa de jubilación lo que ocasiona que se confunda el concepto de jubilación con la prestación prevista en estos casos, y de otro el hecho no menos relevante de considerar que la edad es la causa del cese en el trabajo, que da lugar al retiro o la jubilación del trabajador afectado.

El art. 153 del TRLGSS/1974 no expone, al igual que ya sucedía en los textos anteriores especialmente la Ley de Bases de 1963 y su Texto articulado de 1966, un concepto de jubilación en sentido estricto, ni tan siquiera aborda el examen de cuál es la contingencia protegida en el ámbito de la jubilación, opta más bien por centrarse en la descripción del contenido de la prestación que el sistema ofrece a quienes, como consecuencia del cumplimiento de la edad de jubilación, optan por cesar en el trabajo.

La inexistencia de una definición normativa de jubilación que es una constante en la evolución de esta institución obedece a causas diversas, así por ejemplo, es necesario, en primer lugar, tener en cuenta que se trata de una institución nacida en el ámbito del Derecho Administrativo y que ha ido progresivamente incorporándose al ordenamiento jurídico laboral y al de la Seguridad Social no sin problemas, al haber sido necesario adaptar esta figura encuadrada en el marco del régimen de los funcionarios públicos a la relación de trabajo de naturaleza jurídico-privada.

En otro orden de cosas, debe igualmente destacarse que la propia evolución histórica de esta institución ha provocado esta ausencia de definición normativa. No en vano, la jubilación, tal y como ahora la conocemos, se configura como una institución próxima al derecho al descanso y alejada de la concepción más tradicional que la consideraba como un supuesto de invalidez presunta.

Este cambio de concepción de la jubilación que empieza a percibirse a partir de mediados del siglo XX, ha quebrado, en cierta medida, a partir de la década de los 80, en la que, tal y como tendremos ocasión de apreciar, se opta por el uso de esta institución como un mecanismo más de política de empleo.

Esta oscilación de la jubilación entre la presunción de incapacidad en una primera etapa, el derecho al descanso en un segundo momento y su inserción en el marco de las políticas de empleo a partir de la crisis económica de finales de los años 70, no sólo se ha convertido en un serio obstáculo para la determinación normativa de un concepto de jubilación tal y como hubiera sido aconsejable, sino que ha sido un factor claro y predominante para que hoy más que nunca pueda afirmarse, no sin ánimo crítico, que el legislador no tiene claro que es lo que realmente se protege.

A pesar de la existencia de estos condicionantes que acabamos de ver, carece hoy de justificación la inexistencia de un concepto legal de jubilación que permita clarificar: ¿cuál es objeto de la protección?; ¿cuál es la vejez protegida?; y ¿en qué medida actúan los elementos que la conforman?

La ausencia de este concepto normativo de jubilación nos obliga a extraer su configuración, y más en concreto los elementos que la conforman, del régimen jurídico de la prestación que el Sistema establece para hacer frente a la misma. Así, el legislador vincula el reconocimiento y la concesión de la pensión al cumplimiento de unos elementos esenciales, tales como el alcanzar una determinada edad y el cese voluntario en el trabajo.

A partir de estos elementos que configuran el régimen jurídico de la jubilación, ¿cuál es el concepto normativo de jubilación que podría extraerse y que de lege ferenda debería incorporarse al texto normativo, en aras a clarificar cuál es el contenido de la protección en caso de jubilación?

Así pues, la jubilación en su modalidad contributiva podría ser definida como aquella situación en la que se encuentran los trabajadores que cumplida la edad establecida para poder cesar en el trabajo deciden abandonar su actividad laboral activa⁵⁶¹.

En sentido estricto los elementos esenciales serían tres: la edad, que determina a partir de que momento se puede pasar a la condición de pensionista, el cese voluntario en el trabajo y la condición de trabajador.

Este último requisito debería matizarse por cuanto que si bien en sentido estricto la jubilación impone la necesidad de poseer la condición de trabajador; no en vano supone el pase de la situación de activo a inactivo a efectos de la prestación de jubilación no sería necesario acreditar dicha condición, ya que podría accederse a ella desde la situación de inactividad siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios para que encontrándose ya jubilado poder optar a la pensión de jubilación.

Es necesario como antes he apuntado, hacer una segunda objeción al art. 153 del TRLGSS/1974, de la misma forma y en los mismos términos que al art. 1 de la OM de 18 de enero de 1967 que le antecede, me refiero al uso equivocado que en el mismo se hace de la edad como elemento de la jubilación, ya que ésta no se produce

⁵⁶¹ En síntesis, tal y como se establece en el "Prontuario de Seguridad Social", podría concluirse que: "la jubilación es una situación voluntariamente querida por el trabajador a que tendrá derecho al alcanzar una determinada edad, los sesenta y cinco años como regla general, y siempre que reúna una serie de requisitos fundamentalmente referidos a la reunión de un período determinado de cotización suficiente". Aunque en este caso no se da, en sentido estricto, un concepto de jubilación por cuanto que no se alude al cese consustancial a la jubilación, sí se pone de manifiesto cuál es el papel de la edad en la jubilación como derecho, y como el acceso a la pensión resta condicionado no sólo a que se produzca la jubilación sobre la base del cumplimiento de la edad y el cese en la actividad profesional, sino que además se requiere haber cotizado un determinado período mínimo. AA.VV. "Prontuario de Seguridad Social" dirigida por SAGARDOY BENGOCHEA, J.A; y DEL REY GUANTER, S.; Ed. Colex, Madrid, 1999, pág. 272.

“a causa de la edad” según parece desprenderse de la redacción dada a estos artículos, sino que ésta se produce “por voluntad del trabajador siempre que éste cumpla el requisito de haber alcanzado la edad legalmente establecida para poner fin a su contrato de trabajo por esa causa y, al propio tiempo para ser acreedor a la pensión correspondiente”⁵⁶².

El requisito de la edad no es en modo alguno la causa del cese, ya que éste debe producirse por voluntad del trabajador. Así se desprende de la vigente redacción del art. 160 del TRLGSS/1994 que, aunque centrada en la prestación de jubilación, señala que ésta será concedida a los beneficiarios cuando, alcanzada la edad establecida, cesen o hayan cesado en el trabajo por cuenta ajena.

La edad queda configurada como un elemento esencial para que el trabajador pueda ejercer su derecho a jubilarse, en la medida en que sólo previo cumplimiento de esta condición, el cumplimiento de la *edad pensionable*, edad de acceso a la pensión de jubilación, podrá optar por ejercer su derecho al retiro. Se convierte, de esta manera, en un requisito necesario para poder jubilarse no en la causa de la jubilación, tal y como en principio podría desprenderse del art. 1 de la OM de 18 de enero de 1967 y del art. 153 del TRLGSS/1974.

Esta confusión terminológica, entre edad como elemento o requisito de la jubilación y/o su consideración como causa de la jubilación, nos retrotrae a la primitiva concepción de esta institución como supuesto de incapacidad presunta, ya que es en estos supuestos en los que la fijación de una edad de jubilación se convierte en la causa de jubilación.

No parece que fuera este el objetivo del legislador, sino que parece en todo caso que lo que pretendía era poner el acento en el hecho de que la jubilación, o más en concreto el cumplimiento de la edad de jubilación, se configura como un supuesto más de cesación de la actividad laboral. Ahora bien, el propio legislador induce a confusión, al situar en un mismo plano, la edad de jubilación y el cese en la actividad,

⁵⁶² ALARCÓN CARACUEL, M.R.; y GONZÁLEZ ORTEGA, S.; “Compendio...” *Op cit.*, pág. 269.

sin tener en cuenta que entre uno y otro debe darse la nota de voluntariedad por parte del trabajador. De tal manera que en modo alguno puede considerarse que cumplida la edad de jubilación deba cesarse de forma automática en la actividad laboral y pasar a la condición de pensionista. Entre una y otra circunstancia debe el trabajador manifestar su deseo de abandonar la vida laboral activa ya que, con las salvedades y en los términos que tendremos ocasión de apreciar más adelante, podemos y debemos en este momento concluir que el cese en el trabajo y la correspondiente jubilación se producen por voluntad del trabajador.

4. El marcado carácter contributivo de la pensión de jubilación.

Dejando de lado momentáneamente el concepto de jubilación, ya que más adelante tendremos ocasión de examinar cómo se articulan los elementos principales de esta institución: la edad a partir de la cual se puede acceder a la pensión y el cese voluntario; parece necesario para completar las explicaciones efectuadas al respecto sobre la conformación y/o configuración de la jubilación pasar a exponer brevemente cuan importante es el valor del principio contributivo en el diseño de la prestación, puesto que éste ha sido el motor, el factor determinante de las reformas más importantes operadas en el sistema de Seguridad Social que aunque afectan a cuestiones de índole diversa se han proyectado fundamentalmente sobre la jubilación. Por ello, tal y como ya he señalado en la introducción y en algún otro momento de este trabajo, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo es, sin duda alguna, el eje central de cualquier Sistema de protección social.

Pese a que dejo para más adelante el abordar alguno de los diversos y múltiples problemas referidos al funcionamiento de la prestación de jubilación, especialmente en relación con su cálculo y la dinámica de la misma, el principio contributivo que alude fundamentalmente al peso de la participación del sujeto en la financiación del Sistema ha tenido y tiene un valor específico en la configuración de la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, de ahí que cuando se hace necesario ejercer una presión

sobre el sistema, generalmente atendiendo a razones de índole económico, se actúe sobre este elemento, reforzándolo.

En el caso específico de la jubilación, atendiendo a la configuración de la prestación de jubilación como una renta sustitutiva del salario dejado de percibir como consecuencia del cese derivado del ejercicio del derecho a jubilarse, al cumplir la edad legalmente establecida para poder proceder a la misma, así como al hecho de que sobre la base financiera del sistema contributivo de Seguridad Social se articula, en gran parte, sobre el binomio cotización-prestación, el importe de la pensión a que se puede tener derecho en caso de jubilación se ha determinado, a lo largo de la historia de esta institución, en función sobre todo de la contributividad, acentuada si cabe aún más a partir de la reforma operada por la Ley 24/1972, de 22 de junio, y muy especialmente situada como punto central de las modificaciones más importantes que, en materia de pensión de jubilación, se han llevado a cabo tanto por la LMU como por la LCRSS⁵⁶³.

En cierta medida puede considerarse que el reforzamiento progresivo del principio de contributividad, presente en las reformas de 1985 y de 1997 que ha dado lugar a la introduciendo de reglas nuevas sobre los períodos de cotización a tener en cuenta en el momento de determinar la cuantía de la prestación, ha contribuido a que se produzca una importante desvalorización de la prestación de jubilación como renta sustitutiva del salario, por cuanto que a medida que se alarga el período de referencia que se toma en consideración para determinar el importe de la misma y a pesar de la aplicación de la técnica de la actualización en una parte considerable de las bases de cotización, fácilmente se puede deducir que el importe de la pensión de jubilación se aleja del salario que pretende sustituir, de ahí que pueda considerarse que el

⁵⁶³ En mi opinión, la aparente voluntad de fundamentar las reformas establecidas en esta Ley en base a los principios de "equidad", "contributividad" y "proporcionalidad", aún siendo cierta, esconde un deseo claro, aunque no manifestado de forma expresa, de situar estos principios al servicio de la viabilidad económica del sistema, de tal manera que, más que inspirar las modificaciones aprobadas, son utilizados como instrumentos para la consecución de ese fin principal, de ahí que, por ejemplo, el refuerzo de la contributividad presente en la LCRSS sólo es aplicable en relación con la pensión de jubilación, no respecto de otras prestaciones, como la incapacidad permanente y las prestaciones de muerte y supervivencia. Es necesario tener en cuenta que estos principios no se conjugan bien con otro principio, éste sí fundamental en el funcionamiento del sistema de Seguridad Social como es el principio de solidaridad.

reforzamiento del elemento contributivo comporta, la depreciación de la pensión como renta de sustitución.

La Ley 193/1963, de 28 de diciembre opta por el sistema ya puesto en práctica en el marco del régimen Mutualista, consistente en el desarrollo de una protección estrechamente vinculada con el esfuerzo contributivo previamente realizado. Así, la prestación que el sistema ofrece, o mejor dicho la cuantía de la misma, tiende a ser proporcional a la base de cotización por la que ha contribuido el sujeto en cuestión, fijándose el importe de la misma de conformidad con las normas y porcentajes determinados reglamentariamente en función de estas bases y de los años de cotización efectivos.

Las normas que en esta materia han ido aprobándose (TRLGSS/1974; TRLGSS/1994) no sólo han mantenido claramente este esquema, sino que incluso han ido reforzándolo cada vez más con el objeto de tratar de reflejar en el mismo el esfuerzo contributivo individual, de tal manera que sin llegar al sistema de capitalización en el que las aportaciones redundan de forma directa, en mayor o menor medida, sobre el importe de la prestación generada, se pone cada vez mayor acento en la contribución realizada rompiendo, en no pocas ocasiones, la correspondencia entre prestación y salario dejado de percibir, ya que se toman como punto de referencia no el importe de las cotizaciones últimas sino un abanico de 12, 13 ó más años de edad.

Si anteponeamos la idea de jubilación, entendida como derecho al descanso, a la contributividad como elemento determinante de la pensión, podríamos llegar a la conclusión de que la jubilación bien pudiera ser una prestación de carácter universal, máxime cuando es el eje central de cualquier sistema de Seguridad Social, y entender, de esta manera, que el derecho al descanso debe atribuirse con total plenitud tanto para quienes han cumplido los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión, tal y como hoy la conocemos, como para aquellos otros que, a pesar de no haber cumplido los requisitos exigidos, han contribuido, aunque sea mínimamente, al sostenimiento financiero del sistema.

A partir de esta universalización de la protección, cuyo establecimiento puede considerarse que tiene respaldo constitucional tanto en el art. 41 que habla de “garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”, como en el art. 50 que alude, por su parte, a la necesidad de asegurar “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”, sería cuando podrían aplicarse reglas de contributividad al importe de la prestación, siempre obviamente sobre la base del sistema de reparto que se fundamenta en la no correspondencia entre la cantidad cotizada y el importe de la pensión, y sí en la distribución de recursos entre todos los beneficiarios del sistema, inspirada en el principio de solidaridad

4.1 El peso de la contributividad en el marco de la prestación de jubilación.

El peso o valor del principio de contributividad en la prestación de jubilación se manifiesta en diversos aspectos de la misma a partir de la configuración legal que se ha hecho de ésta.

Así, por ejemplo, la concesión de la prestación está sometida al cumplimiento, entre otros requisitos, de un determinado período de carencia.

Se exige para tener derecho a la pensión de jubilación haber cubierto un período de cotización previo, quedando por tanto excluidos de la protección contributiva aquellos que, o bien no hayan cotizado nunca, o bien habiendo cotizado no han cotizado el tiempo suficiente, fijado actualmente en 15 años (art. 161 del TRLGSS/1994) tras la reforma operada al respecto por la LMU, pasándose de los 10 años de carencia exigidos hasta entonces a los 15 actuales. A la citada reforma se incorporó un régimen transitorio, sin duda para atenuar el impacto del cambio normativo introducido por la LMU, de tal manera que, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda apartado primero en el caso de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General y de los Regímenes especiales de la

Minería del carbón, Ferroviarios, Agrario y del Mar, el período mínimo de cotización exigible era el que resultaba de sumar al período mínimo establecido en la legislación anterior, 10 años, la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigor de la LMU (1 de agosto de 1985) y la fecha del hecho causante, régimen que ha estado vigente hasta que el período así determinado ha alcanzado los 15 años (1 de agosto de 1995).

Por su parte, en el caso del Régimen especial de Autónomos, Artistas, Representantes de Comercio, Empleados de Hogar, Toreros y Escritores de Libros, así como también el de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Agrario y del Mar, el período de cotización exigido para quienes en el momento de entrada en vigor de la Ley tuviesen 60 o más años de edad era el que resultaba de sumar al período anterior (10 años), el lapso de tiempo que en aquel entonces le faltaba para cumplir los sesenta y cinco años de edad.

La gradualización de la exigencia de los períodos de cotización previstos a partir de la LMU, pretende paliar, en cierta medida, el impacto de los cambios introducidos y salvaguardar, en la medida de lo posible y obviamente de forma limitada, los intereses de aquellos que próximos a la jubilación pueden ver truncadas sus expectativas como consecuencia de la aplicación de una nueva normativa.

En el ámbito en el que con mayor incidencia se manifiesta el principio de contributividad es el relativo al cálculo de la prestación de jubilación. Al respecto, es necesario señalar que la cuantía de la pensión de jubilación se determina aplicando un porcentaje variable sobre la base reguladora, utilizándose para ello el mecanismo que con carácter general se emplea en todo el sistema, siendo aplicado también en otras prestaciones distintas de la de jubilación y que toma como punto de referencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 155 TRLGSS/1974, dos elementos fundamentales, a saber: la base reguladora y el período de cotización.

La base reguladora ha sufrido cambios importantes en el transcurso de los años. Inicialmente ésta se obtenía dividiendo por 28 la suma de las bases de cotización

durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegido por el beneficiario dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, de acuerdo con lo establecido en el art. 7 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio que desarrolla la Ley 24/1972, de 21 de junio.

En el período comprendido entre 1972 y 1997, fecha de la última reforma, se ha modificado considerablemente este cálculo de la base reguladora. En este sentido, la LMU dio un salto cualitativo al tomar como punto de partida no las bases de los últimos 2 años anteriores al hecho causante, sino las bases de los últimos 8 años, de tal manera que, conforme a lo previsto en el art. 3 de la LMU, la base reguladora de la pensión de jubilación, también aplicable a la invalidez permanente derivada de contingencias comunes, era igual al resultado de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores al hecho causante.

Atendiendo al importante cambio que supuso en su momento la introducción de una modificación como la que acabamos de ver, la Disposición Transitoria Tercera de la LMU dispuso la forma de tránsito de un sistema a otro, en tan sólo 3 años, así durante el primer año de vigencia de la Ley la base reguladora era igual al cociente de dividir por 70 las bases de cotización del interesado durante los 60 meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produce el hecho causante, durante el segundo año, el cociente de dividir por 84 las bases de cotización durante los 72 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produce el hecho causante; y durante el tercer año de vigencia de la Ley, el resultado de dividir por 98 las bases de cotización del interesado durante los 84 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produce el hecho causante.

Esta misma técnica ha sido también utilizada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de esta manera, fijada una nueva base reguladora sustancialmente diferente de la vigente hasta ese momento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 de la citada norma, siendo ésta el cociente que resulte de dividir por 210 las bases de cotización del interesado durante los 180 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produce el hecho causante según se establece en el art. 162. 1 del TRLGSS/1994, su

entrada en vigor resta postergada unos años ya que, a partir de lo previsto en la Disp. Trans. quinta, la fórmula citada no será plenamente efectiva hasta el 1 de enero del año 2002 fecha en la que se establece la aplicación en toda su integridad del contenido el art. 162. 1 del TRLGSS/1994.

En este caso el tránsito previsto era o es el siguiente: durante el año 1998, la base reguladora era el resultado de dividir por 140 las bases de cotización de los 120 meses inmediatamente anteriores al hecho causante; para 1999, el resultado de dividir por 154 las bases de cotización de los 132 meses inmediatamente anteriores al hecho causante; para el año 2000, el resultado de dividir por 168 las bases de cotización de los 144 meses inmediatamente anteriores al hecho causante; a partir del 1 de enero del año 2001 y hasta el 31 de diciembre de ese año, la base reguladora será el resultado de dividir por 182 las bases de cotización de los 156 meses inmediatamente anteriores al hecho causante, no siendo hasta el 1 de enero del año 2000, tal y como ya he señalado, cuando entrará en vigor plenamente la base reguladora de la pensión de jubilación tal y como se encuentra recogida en el art. 162 del TRLGSS/1994.

Asimismo se aprecia un notable peso del factor contributividad en la regulación del porcentaje aplicable sobre la base reguladora para determinar el importe de la prestación, ya que este porcentaje es variable en función de los años de cotización, cuanto más años de cotización se puedan acreditar mayor será el porcentaje que se aplique hasta un máximo del 100% cuando se alcancen los 35 o más años de cotización realizados.

La escala de porcentajes vigente para la determinación de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, contenida en el art. 5 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LCRSS, ha reforzado, aunque de forma limitada, el criterio de la proporcionalidad entre cotización y prestación, especialmente en relación con el tramo de años inferior que han aumentado un 1%, del 2% al 3% por cada año de cotización, según se acrediten entre 15 ó 25 años de cotización efectiva, aunque el porcentaje inicial de referencia ha

sido reducido al 50% frente al 60% entonces vigente⁵⁶⁴, mientras que en el tramo superior de los 25 a 35 años se mantiene en idénticos términos que antes de la reforma de la LCRSS, sin que estos cambios hayan conseguido una proporcionalidad plena entre el valor de los primeros años y el de los posteriores⁵⁶⁵.

La escala aplicable antes de los últimos y más recientes cambios fue el resultado de la fusión de las dos escalas contenidas en el Reglamento General que determinaba la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social (Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre). Fusión ordenada por el art. 2 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio para la aplicación de la Ley 24/1972 de 21 de junio, que establecía que en tanto no se aplicara la escala de porcentajes únicos a que aludía el art. 4 1 de la citada Ley, se aplicaría como escala la suma de los porcentajes que integraban las escalas de los niveles mínimos y complementario vigentes en aquel momento.

El porcentaje aplicable oscilaba entre el 60% a que se tenía derecho si se verificaban 15 años de cotización hasta el 100% cuando eran 35 los años acreditados, a razón de un 2% de incremento por cada año de cotización superior a 15, 52% si eran

⁵⁶⁴ Debe de ser valorado muy negativamente esta reducción del porcentaje inicial (del 60% al 50%) ya que si tenemos en cuenta que un número importante de prestaciones cuentan sólo con 15 años de cotización, el impacto económico que una medida como ésta causa a los beneficiarios de una pensión de jubilación cuando sus cotizaciones son mínimas es muy importante, ignorándose por parte del legislador dos realidades que inciden notablemente sobre esta cuestión, de una parte que la tendencia que apunta el mercado de trabajo con altos índices de temporalidad es la de ampliar cada vez más el número de personas con períodos de cotización cada vez más ajustados e irregulares, tendiendo a ser cada vez más difícil acreditar períodos extensos de cotización, y de otra que esta reducción, que aparentemente puede tener efectos económicos favorables para el Sistema de Seguridad Social al reducir el importe de algunas pensiones, puede provocar un desplazamiento del coste hacia el complemento a mínimos, ya que aplicado un menor porcentaje sobre la base reguladora es previsible que sitúe el importe de la prestación generada por debajo de los límites mínimos.

⁵⁶⁵ Tal y como señala MERCADER UGUINA, J.R.; "En esta materia existía una desproporción entre el peso de aquellos años que permiten el acceso a la pensión y el resto de los años cotizados puesto que, en los primeros, a cada año se le asignaba un valor de un 4%, mientras que los demás valen únicamente un 2%, hasta alcanzar, a los 35 años de cotización el 100% de la base reguladora. Es decir que cuando se cotiza únicamente 15 años, cada año de cotización equivale a un 4% de pensión, mientras que a carrera completa, cada año supone un 2,86% (...). A través de la nueva redacción dada al art. 163 LGSS, se modifica el porcentaje que corresponde por el período mínimo de cotización que se sitúa en el 50% en lugar del 60% actual, lo que representa otorgar un valor del 3,3 % a los primeros quince años". Cfr. "La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social". RL núm. 23. 1997, págs. 71-72.

16, 54% si eran 17, etc, hasta el 100% a los 35 ya comentados⁵⁶⁶, ya que superados los 35 años de cotización ya no se eleva el porcentaje aplicable.

Quizás sería más ajustado al deseo de introducir mayor dosis de proporcionalidad entre cotizaciones efectuadas y porcentaje aplicable, tal y como se establece en la recomendación núm. 9 del Pacto de Toledo, delimitar aún más estos últimos en función no ya de los años de cotización acreditados sino tomando como punto de referencia los meses de cotización efectiva.

La Memoria del proyecto de Ley para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, el Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deben acometerse (Pacto de Toledo), así como la Memoria de la LCRSS hacen hincapié precisamente en esta cuestión, situando como eje principal de las reformas: el refuerzo del carácter contributivo del sistema mediante la introducción de un mayor grado de proporcionalidad entre lo cotizado y la cuantía de las prestaciones⁵⁶⁷, aunque limitándolo a la prestación de jubilación⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ Teniendo en cuenta que a la entrada en vigor de esta nueva escala de porcentajes el mínimo de cotización exigido era de 10 años, la escala, tal y como esta fue adoptada, iniciaba su cómputo a partir de esos 10 años, de tal manera que si se acreditaba el mínimo vigente entonces de 10 años de cotización se tenía derecho al 50% de la base reguladora, incrementándose un 2% por cada año más de cotización llegando al 60% a los 15 años. Obviamente el tramo que va de los 10 a los 15 años (50% a 60%) devino inoperante cuando la LMU modificó el período mínimo de cotización exigible.

⁵⁶⁷ Vid al respecto MINISTERIO DE TRABAJO. Memoria del proyecto de Ley para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social. 1985, págs 6 y ss. Exposición de Motivos de la Ley 26/1985, de 31 de julio, así como, Recomendación núm. 9 del Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deben acometerse -Pacto de Toledo- *BOCG.*, de 12 de abril de 1995, Serie E, núm. 134.

⁵⁶⁸ Al respecto, el CES en las valoraciones y observaciones que formula en el Dictamen emitido por este Organismo sobre el Anteproyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social sostiene que si bien es cierto que se aprecia una notable mejora en reforzamiento de estos principios (contributividad y proporcionalidad), "que subyacen al nuevo sistema de determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación y de determinación de sus cuantías", estos principios sólo se predicen con respecto a la pensión de jubilación, no respecto de la de invalidez, por ello en su Dictamen recomienda que se suprima la mención que en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se hace en relación a la invalidez, ya que "en modo alguno se corresponde, ni con el sentido de las modificaciones propuestas en el articulado, ni con la filosofía de los acuerdos alcanzados". CES. "Dictamen sobre Anteproyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social", núm. 8/1996 Sesión extraordinaria del Pleno de 27 de noviembre de 1996. pág. 5-6.

Las reformas aprobadas en los años 1985 y 1997 tienen, así pues, un elemento común, colaborar a la estabilidad financiera del Sistema mediante el fortalecimiento de la correspondencia entre cotizaciones y prestaciones, que se han reflejado fundamentalmente en el ámbito de la pensión de invalidez permanente y jubilación en LMU⁵⁶⁹ y sobre la jubilación en la LCRSS⁵⁷⁰.

Parece que esta es la tendencia presente y futura, no sólo del ordenamiento jurídico español sino de todos o la gran mayoría de países de la UE, reformar parcialmente el sistema vigente sobre el eje o la idea principal de reforzar el principio de la contributividad.

Frente a los propósitos más ambiciosos y a la vez restrictivos de aquellos que propugnan una redefinición del funcionamiento del sistema, dirigida en no pocas ocasiones hacia una externalización (privatización) del mismo, basándose en su inviabilidad financiera, que tal y como hemos visto, no cabe, en modo alguno, en el modelo de Seguridad Social diseñado por la CE, siendo para ello imprescindible su reforma, parece evidente que la aprobación de reformas como las acometidas en los años 1985 y 1997, aunque carezcan de una visión integradora y global y se establezcan como respuesta a las críticas de índole económico dirigidas contra el sistema, parecen mucho más coherentes con los principios y fundamentos del sistema de Seguridad Social actual.

Las reformas operadas en este sentido, sobre la base de ir ampliando el abanico de años tomados en consideración para proceder al cálculo de la prestación

⁵⁶⁹ La LMU, y en general las reformas llevadas a cabo en el sistema de Seguridad Social en la década de los años 80, con el propósito de perfeccionar y reforzar el sistema con miras a su consolidación y equilibrio económico, han tratado de dotar de cierta estabilidad al sistema, así la LMU, tal y como señala PANIZO ROBLES, J.A.: "además de simplificar la estructura del sistema, pretendió reforzar, como premisa previa ante futuros cometidos de generalización de la protección, el carácter proporcional y contributivo de las pensiones". Cfr. *"El marco de las prestaciones no contributivas. Antecedentes y objetivos de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas"*. RT, núm. 15, 1991, págs 9-10.

⁵⁷⁰ La LCR, al igual que su referente el Pacto de Toledo, sobre la base de consolidar y hacer viable el modelo actual de Seguridad Social, considera imprescindible, en el ámbito de las prestaciones económicas, reforzar la equidad y el carácter contributivo del sistema, a fin de evitar que pueda deteriorarse la proporcionalidad entre las cotizaciones y las prestaciones y lograr que, a igual esfuerzo contributivo realizado, la protección sea equivalente.

económica de jubilación y que parece que van a ir imponiéndose en un futuro, debe hacernos reflexionar sobre dos cuestiones esenciales: la primera, que los importantes cambios acaecidos en el mercado de trabajo, como son, entre otros, el aumento de la temporalidad, las dificultades de acumular largos períodos de cotización, así como la reducción considerable del período de actividad, entre 30-45 años, pueden redundar negativamente sobre un sistema de jubilación que se construye sobre la base de las cotizaciones versadas (sistema más próximo al sistema de capitalización que al de reparto). Por ello, sólo deben introducirse reformas en este tenor cuando realmente sean del todo necesarias y una vez se hayan agotado otras posibilidades, acompañándose siempre de medidas de índole laboral que contribuyan a reducir los efectos antes citados sobre el mercado de trabajo, tales como, entre otras, la lucha contra la temporalidad, las barreras de edad en el empleo, que actúen de elementos correctores ante los desajustes que la introducción de un sistema como este puede provocar.

La segunda cuestión a tener en cuenta es que parece más necesario redefinir el sistema en su conjunto en orden a determinar prioridades y acometer aquellos ajustes que se crean necesarios, por ejemplo, sobre otras prestaciones del sistema como en el caso de la pensión de viudedad y las prestaciones de protección a la familia, antes que volver a actuar de forma parcial y sesgada sobre elementos concretos de la pensión de jubilación⁵⁷¹; no en vano, la técnica de la reforma parcial y selectiva, aunque contribuye a fortalecer la viabilidad del sistema, ha ido desconfigurando determinados aspectos del mismo, tal y como ha sucedido con la jubilación, conduciéndonos inevitablemente a que periódicamente sea necesario proceder a introducir reformas sobre lo ya reformado con los numerosos perjuicios e inseguridad que ello genera.

Obviamente, no parece que este trabajo sea el marco más idóneo para realizar una profunda reflexión sobre el futuro del sistema de Seguridad Social, dada la complejidad y amplitud de esta cuestión de una parte, y de otra, la necesidad de centrar el estudio que se realiza en la prestación de jubilación, no obstante considero

⁵⁷¹ Esta parece ser la opinión también sostenida, entre otros, por MARTÍNEZ ABASCAL, A.V.; y DURÁN ROMASEWSKY, S., "Jubilación: ni contributividad..." *Op cit.*, pág(s). 348-350.

oportuno afirmar aquí y ahora que debería reflexionarse sobre la necesidad de avanzar hacia un replanteamiento de los objetivos principales del sistema, reflexión que debería conducir, entre otras cuestiones, a la modificación de determinadas prestaciones, como por ejemplo la pensión de viudedad, cuyo fundamento originario carece hoy de significado, haciendo incomprensible a los ojos de cualquier ciudadano que una persona que posee rentas medias o altas tenga derecho a una prestación de este tipo, sin que se tenga en cuenta sus ingresos patrimoniales a la hora de ajustar el derecho a la misma o el importe de la prestación. La limitación del ámbito subjetivo de esta prestación, por un lado, introduciéndose una cierta incompatibilidad entre el cobro de aquella y las rentas individuales, debería permitir, por otro, extender el derecho a la misma, en iguales términos que para el resto de los beneficiarios, a las parejas de hecho que acrediten un determinado número de años de convivencia.

Igualmente sería necesario proceder a una mejora sustancial de las prestaciones de ayuda a la familia, no limitándolas a las políticas de fomento de la natalidad, tal y como éstas están hoy prácticamente configuradas, sino también introduciendo políticas de soporte no exclusivamente económico a quienes deciden optar por procrear⁵⁷², en la línea ya iniciada, aunque de forma muy tenue, por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre⁵⁷³, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, para convertirlas en uno de los pilares básicos del sistema y poder, en cierta medida, invertir la actual tendencia de disminución de las tasas de natalidad y fecundidad.

En otro orden de cosas, se debería asimismo acometer la aprobación de un conjunto de reformas tendentes a mejorar la protección social de la mujer, al considerar, tal y como recientemente ha apuntado el CES en el *Informe sobre la*

⁵⁷² En este sentido el RD 1368/2000, de 19 de julio (*B.O.E.*, de 29 de julio) de desarrollo de las prestaciones económicas de paga único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos y por parto múltiple, se prevé la concesión de una prestación económica de 75.000 pts, por cada hijo nacido, a partir del tercero, éste inclusive. En el caso de parto múltiple, dependiendo del número de hijos nacidos se multiplica por una u otra cifra el importe del Salario Mínimo Interprofesional, en concreto, 4 veces si el número de hijos nacidos es de 2, 8 veces si son 3 los hijos nacidos, y 12 veces cuando sean 4 o más el número de hijos nacidos.

⁵⁷³ *B.O.E.*, de 6 de noviembre.

*protección social de las mujeres*⁵⁷⁴, que el sistema de protección social no se ha adaptado aún a la incorporación masiva de la mujer al mundo laboral.

Precisamente, sería en el marco de esta reorientación general del sistema de Seguridad Social donde cabría la posibilidad de plantearse, como antes he apuntado, la posibilidad de avanzar en el desarrollo de la prestación de jubilación a través de la conversión de la misma en una prestación de carácter universal, de tal manera que quienes cumplieran los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión, pudieran tener derecho a una prestación plena y quienes no los pudieran acreditar, con vistas a garantizar su derecho al descanso pudieran recibir una parte de la prestación proporcional a su esfuerzo contributivo (pensión reducida).

Respecto al resto, aquéllos que no han contribuido nunca, debería prestárseles el amparo del nivel asistencial. Siempre respetando los mandatos constitucionales que imponen el establecimiento de un régimen público de Seguridad Social

4.2 La prestación de jubilación en su modalidad no contributiva.

La aprobación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre⁵⁷⁵, en adelante LPNC, y el RD 357/1991, de 15 de marzo⁵⁷⁶, por el que se desarrolla la misma⁵⁷⁷, ha comportado la instauración o mejor dicho el reforzamiento del brazo no contributivo del sistema de protección social (por lo que respecta a las prestaciones económicas ya que en el ámbito de las prestaciones técnicas el carácter asistencial ya había iniciado su

⁵⁷⁴ Pleno ordinario de 26 de julio de 2000

⁵⁷⁵ B.O.E., de 22 de diciembre.

⁵⁷⁶ B.O.E., de 21 de marzo.

⁵⁷⁷ La LPNC fue derogada por la Disposición derogatoria del TRLGG/1994, integrando en el contenido de este último texto el nivel no contributivo.

desarrollo)^{578 579}, pese a que arranca como punto de partida del art. 41 de la CE, que como ya hemos visto en otro momento de este trabajo, da un mandato a los poderes públicos para que éstos se encarguen de instaurar “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos”. En modo alguno, puede considerarse que se proyecta con carácter exclusivo sobre este mandato constitucional⁶⁸⁰, ni que culmina el principio rector contenido en el art. 41 de la CE, ya que no sólo su ámbito de aplicación subjetivo es limitado, tal y como veremos, sino que además está claramente acotado el número de contingencias afectadas, en concreto, la incapacidad permanente, la jubilación y las prestaciones de protección a la familia⁵⁸¹.

La LMU ya había previsto la necesidad de impulsar el nivel no contributivo de prestaciones, como culminación, en forma de contrapeso, de las reformas establecidas en la misma. El propio preámbulo de la LMU establecía que el siguiente paso para completar los reajustes del sistema debía ser el establecimiento de: “una regulación unitaria de las distintas acciones de los poderes públicos para integrarlas en un nivel no contributivo a favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia”.

Éste es precisamente el propósito de la LPNC, instaurar un régimen o sistema de prestaciones no vinculadas a la contribución previa, sino a la existencia de una situación de necesidad en sentido estricto, en clara contraposición con los perfiles

⁵⁷⁸ A este respecto, por ejemplo, en relación con la asistencia sanitaria, el año 1989 con la aprobación del RD 1088/1989, de 8 de septiembre, (B.O.E., de 9 de septiembre) se procedió a la extinción de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a todos los españoles en territorio nacional y que carezcan de recursos económicos suficientes.

⁵⁷⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R.; y GÓNZALEZ ORTEGA, S.; “*Compendio de...*” *Op cit.*, pág. 391.

⁵⁸⁰ Es necesario conectar esta Ley tal y como realiza SALVADOR PÉREZ, F., también con otros derechos recogidos en la CE; la protección de la familia (art. 39); la política de atención a los minusválidos (art. 49); y la protección de la tercera edad (art. 50). *Cfr.* “*La nueva pensión no contributiva de jubilación: objeto de la protección y régimen jurídico (I)*”. AL-I. 1992, pág. 102.

⁵⁸¹ Vid, al respecto, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; “*El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español*”. Ediciones Laborum, S.L., Murcia, 1998, pág. 23

tradicionales del sistema de Seguridad Social basado en el carácter profesional y fundado en el principio de contributividad.

La jubilación en su modalidad no contributiva supone, en cierta medida, un alejamiento del esquema aplicado hasta entonces construido en base a dos elementos fundamentales: la edad y el cese en el trabajo (que serán objeto de examen pormenorizado un momento posterior de este trabajo); ya que tal y como a continuación tendremos ocasión de apreciar se cimienta sobre los pilares de la *edad pensionable* y la carencia de ingresos o rentas suficientes.

4.2.1 La aparición de la jubilación no contributiva y sus efectos en el marco del sistema contributivo.

La LPNC, comportó, un gran avance, aunque de alcance limitado, hacia la aplicación del mandato constitucional contenido en el art. 41 de la CE, de acuerdo con lo establecido en su propia Exposición de Motivos, en la que expresamente se dispone que es éste su objetivo: “La presente Ley tiene como objeto principal el establecimiento y regulación de un nivel no contributivo de prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, como desarrollo del principio rector contenido en el art.41 de nuestra Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, y por tanto dictada al amparo de lo previsto en el art. 149.1.17^a de la Constitución”⁵⁸².

Especial mención debe hacerse a este inciso final de la Exposición de Motivos de la LPNC que remite al art. 149.1.17^a de la CE como norma de cobertura, dejando

⁵⁸² Vid, al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; “*La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas*”. RSS, núm. 34, 1987, págs, 55-68, quien a modo de conclusión sostiene que la CE tiene una virtualidad garantizadora que, entre otras cuestiones, supone que: “Si bien cabe entender que existe una protección constitucional implícita del nivel contributivo-profesional, el <<núcleo duro>> de la protección constitucional está más bien en el nivel asistencial no contributivo”.

claro cuál es la naturaleza de este nuevo ámbito de prestaciones, en el sentido de entender que forma parte de la Seguridad Social al considerar que se trata del desarrollo de la competencia exclusiva atribuida al Estado relativa a la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin que pueda considerarse, así pues, que a pesar de su carácter no contributivo, nos encontramos ante una medida de asistencia social cuya competencia, a tenor de lo dispuesto en el art. 148.1. 20ª de la CE, en cambio puede ser asumida por las CCAA, y en virtud, de lo dispuesto, tal y como ya hemos visto, entre otras, en la STC 146/1986, de 25 de diciembre, queda definida como “una técnica de protección social fuera del sistema de Seguridad Social, con caracteres propios, que la separa de otras afines o próximas a ella”.

Cuestión distinta a ésta última es el planteamiento que, con carácter general, se hace tanto en la doctrina como los diferentes órganos judiciales en torno a la naturaleza asistencial de las prestaciones no contributivas⁵⁸³.

Es necesario tener en cuenta que la aparición de las prestaciones no contributivas puede muy bien ser considerada como una respuesta del legislador estatal al incipiente desarrollo de medidas de asistencia social dictadas por las diferentes CCAA para hacer frente al fenómeno de la exclusión social, así como a los efectos derivados del reforzamiento del principio de contributividad que es, en gran medida, el fundamento de las reformas acometidas por la LMU.

El legislador, consciente del papel que empezaban a desempeñar las CCAA en materia de asistencia social, se sintió en parte compelido a dar luz verde al sistema de

⁵⁸³ Entre otros, vid, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; *“Una norma de envergadura: la Ley de Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social”*. RL 1991-I, pág. 915 quien de forma tajante afirma que “las prestaciones contempladas en la nueva Ley (LPNC) son, en rigor, de naturaleza asistencial, lo diga la Ley o no lo diga”. En este mismo sentido, vid, a título de ejemplo SSTSJ de Galicia de 12 de marzo de 1996 (Ar. 597); de Castilla y León de 18 de marzo de 1996 (Ar. 459) donde se alude a la Exposición de Motivos de la Ley 26/90, que pone de relieve la naturaleza asistencial de las prestaciones no contributivas, ajenas a toda idea contributiva. Por su parte SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; *“El régimen jurídico de las...”* *Op cit.*, pág. 42 acogiendo a los razonamientos expuestos por HURTADO GONZÁLEZ, L.; en “Prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Prestaciones de Asistencia Social” en X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de Relaciones Laborales” Coord. OJEDA AVILÉS, A.; Ed. Trotta, Madrid, 1992, pág. 255; considera que las prestaciones contributivas también tienen una finalidad asistencial, y es por ello que, en opinión de estos autores, “las

prestaciones no contributivas, para no permanecer ajeno a esta nueva realidad social tendente a proteger a aquéllos que por causas diversas, fundamentalmente porque no han cotizado o habiéndolo hecho no lo suficiente, pueden verse al alcanzar la edad de jubilación ordinaria desposeídos de sustento económico alguno.

La instauración de un nivel no contributivo en el marco de la prestación de jubilación, al igual que ha sucedido en general sobre todo el sistema, ha comportado un cambio importante, no sólo porque de forma directa ha ampliado considerablemente el número de beneficiarios de la prestación de jubilación, ya sea en modalidad contributiva o, a partir de la LPNC, en su modalidad no contributiva, sino porque además ha permitido salvar el obstáculo que supuso la aprobación de ciertos cambios normativos, especialmente en la LMU, sobre la base de reforzar el factor profesional-contributivo del régimen de la pensión de jubilación.

Así, frente a los que consideran que aun siendo importante la aprobación de la LPNC no ha implicado un cambio considerable respecto el panorama vigente en aquel momento⁵⁸⁴, es necesario señalar que la importancia de esta Ley no radica tanto en el hecho de incorporar por vez primera prestaciones no contributivas a favor, entre otros, de los ancianos, porque éstas ya existían, sino en haber significado el abandono parcial de la técnica asistencial hasta entonces utilizada, así como la introducción de un

prestaciones no contributivas no son prestaciones asistenciales son prestaciones de Seguridad Social como las contributivas”.

⁵⁸⁴ En este sentido, hay autores como es el caso de RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; que sostienen que: “la LPNC no vino a rellenar un hueco en el sistema de Seguridad Social al instituir las prestaciones no contributivas (en referencia tanto a la invalidez como a la jubilación)”, sino que el legislador ya había hecho esfuerzos con anterioridad a la LPNC por introducir pensiones asistenciales a favor de los inválidos y de ancianos de más de 66 años. *Cfr. “Sistema de...” Op. cit.*, pág. 436 y 445-446. En este mismo sentido, se manifiesta SALVADOR PÉREZ, F.; para quien: “la pensión no contributiva de jubilación no ha supuesto, sin embargo, una radical innovación en el panorama de la protección social pública, puesto que cuenta con un antecedente destacado, anterior incluso al de la Seguridad Social estricta”, en referencia a la pensión asistencial de ancianidad, o más en concreto a la ayuda económica individualizada y de carácter periódico con cargo a la asistencia social a favor de ancianos, regulada en la Ley 45/60, de 21 de julio (*B.O.E.*, de 23 de julio) y en el RD 2620/1981, de 24 de julio. *Cfr. “La nueva pensión no contributiva...” Op. cit.*, pág.106-107. Para el año 2000, la Ley 54/99, de 29 de diciembre (*B.O.E.*, de 30 de diciembre) de Presupuestos Generales del Estado, fija en 24.935 ptas íntegras mensuales (14 mensualidades), el importe de las pensiones asistenciales reconocidas en virtud de lo dispuesto en estas normas.

nivel de protección más estructurado en el régimen básico y principal de la Seguridad Social, tal y como acabamos de ver, en términos generales, mucho más ventajoso⁵⁸⁵.

La pensión de jubilación no contributiva queda configurada como una renta de subsistencia o de compensación⁵⁸⁶ en favor de aquéllos que no teniendo derecho a la prestación contributiva de jubilación carecen de ingresos suficientes, siendo, así pues, totalmente independiente de las cotizaciones realizadas y no teniendo en absoluto un carácter sustitutivo de los ingresos anteriores⁵⁸⁷.

La aparición de esta modalidad, mal llamada de jubilación, rompe, tal y como ya he señalado antes, el esquema básico de la jubilación contributiva, no sólo porque no se basa en la exigencia de un período de cotización previa, sino porque la misma se concede a aquellos individuos que cumplida la edad ordinaria de jubilación carecen de rentas o ingresos suficientes.

Precisamente, esta distinción entre ambas modalidades de prestación ha dado lugar a que se haya criticado el uso indebido del concepto de jubilación que el legislador emplea para hacer referencia a esta prestación de vejez no contributiva⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ El año 1992, SALVADOR PÉREZ, F. hizo, a grandes rasgos, una comparación entre ambas prestaciones: la ayuda asistencial y la pensión no contributiva; siendo el balance más favorable para la segunda que para la primera, destacando entre los aspectos que inclinan la balanza a favor de ésta: la atribución de un derecho subjetivo al reconocimiento de la prestación no contributiva frente al carácter discrecional en la concesión de la pensión asistencial; la consideración como pensionistas de la Seguridad Social a favor de los beneficiarios de las prestaciones no contributivas, que permite, entre otras cuestiones, dada su condición de pensionistas, ser beneficiarios de la asistencia sanitaria y de los servicios sociales, cosa que no sucede en el caso de la ayuda asistencial dada su condición de no pensionistas. Y en tercer y último lugar, se destaca la ventaja que se aprecia en relación con los cauces de revisión judicial de las resoluciones administrativas, ya que mientras que en el caso de la ayuda asistencial debe interponerse primero recurso de alzada y después acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, en el caso de la prestación no contributiva, la resolución es revisable por la jurisdicción social. *Ibidem*, pág. 107-108.

⁵⁸⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., habla en este sentido de "renta social de compensación". Cfr. "Prestaciones no contributivas de Seguridad Social" en X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de Relaciones Laborales" Coord. OJEDA AVILÉS, A.; Ed. Trotta, Madrid, 1992, pág. 207.

⁵⁸⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; "Prestaciones no contributivas y Seguridad Social". RL 1988-II, pág. 11.

⁵⁸⁸ ALARCÓN CARACUEL, M.R.; y GONZÁLEZ ORTEGA, S., ya desde un primer momento pusieron el acento en esta imprecisión, sólo entendible por el deseo de mantener una cierta correspondencia terminológica entre ambas prestaciones, así, tal y como señalan estos autores, es sin duda una cuestión forzada: "llamar pensión <<de jubilación>> no contributiva a una prestación que, en

Al igual, que sucede en el caso de la modalidad contributiva, la prestación de vejez (jubilación) no contributiva carece de concepto legal, si bien en este caso no existe referencia alguna al mismo en ninguno de los artículos del TRLGSS/1994 que abordan el régimen jurídico de esta prestación, puesto que el legislador directamente pasa a precisar quienes serán los sujetos beneficiarios (art. 167 del TRLGSS/1994), la cuantía de la prestación, cuándo se producirán los efectos económicos derivados del reconocimiento de este derecho (art. 168 y 169 del TRLGSS/1994 respectivamente), y finalmente el conjunto de las obligaciones de los beneficiarios, estableciéndose numerosas remisiones a aspectos ya desarrollados en el propio TRLGSS/1994 en relación con la pensión de invalidez no contributiva (arts.144, 145 y 149 del TRLGSS/1994).

4.2.2 Requisitos específicos de esta modalidad de jubilación: especialmente la *edad pensionable* y carencia de ingresos suficientes.

Aunque en principio son tres los requisitos exigidos para poder tener derecho a la prestación de jubilación en su modalidad no contributiva: el cumplimiento de los 65 años de edad, la carencia de ingresos suficientes, y la residencia legal en territorio nacional; voy a centrarme en hacer una breve examen de los dos primeros, con la finalidad de poder trazar una separación clara entre ambos niveles de protección, ya que aun existiendo una vinculación entre ambas situaciones del estudio de las mismas se deriva que forman parte de planos distintos dentro del propio sistema de Seguridad

muchos casos, nada tendrá que ver con el proceso de jubilación –cese en el trabajo por edad-, sino de vejez pura y simple”, tal y como en otro momento señalan: “Si por jubilación entendemos el cese en el trabajo a causa de la edad”, es evidente que esta contingencia (en referencia a la prestación no contributiva) no se define así, (...). Debería, pues, haber sido definida como <<vejez>>, y si no se ha hecho así, ha sido para guardar el doble paralelismo invalidez contributiva-no contributiva, jubilación contributiva-no contributiva”. Cfr. “Compendio de...” *Op cit.*, págs 392 y 405. En este mismo sentido se manifiesta RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; “Sistema de...” *Op cit.*, pág. 446, que considera que sólo la prestación de jubilación en su modalidad contributiva es una verdadera prestación de jubilación, mientras que la que se presenta bajo la modalidad de no contributiva es una prestación de vejez, no en vano se utiliza la expresión <<Habiendo alcanzado...>>”.

Social, y sólo, en ocasiones, como mecanismo de superación de los obstáculos del nivel contributivo y en parte, en atención a los sujetos protegidos, se establece una especial conexión entre ambos niveles de protección.

Antes de pasar al estudio de los requisitos especiales antes mencionados, me parece oportuno plantear alguna reflexión en torno al tercero de los requisitos exigidos por la Ley para tener derecho a la prestación de jubilación en su modalidad no contributiva: el de la residencia legal en territorio nacional. Respecto a este requisito, que tal y como tendremos ocasión de apreciar ha de relativizarse a tenor del contenido del Reglamento (CEE) nº 1408/1971, y cuya finalidad aparece algo difusa, el legislador ha creído necesario exigir la existencia de un vínculo (de residencia) entre el sujeto solicitante y el Estado o sistema de Seguridad Social que va a concederle la prestación solicitada⁵⁸⁹, tal vez al considerar que se trata de un tipo de prestación que se concede sobre la base de la existencia de una situación de necesidad, sin tener que haber efectuado cotización alguna y a cargo del sistema en su conjunto.

Para poder acceder a esta pensión se exige el cumplimiento del denominado "período de calificación", término genérico utilizado por la OIT en su Convenio núm. 102, sobre norma mínima de Seguridad Social, para hacer referencia tanto al período de carencia o cotización previa, (período de empleo), como también a un período de residencia o a la combinación de ambos.

La exigencia de este período de residencia legal que aparece también recogido en otros ordenamientos jurídicos, aunque con contenidos diversos⁵⁹⁰, se proyecta en

⁵⁸⁹ En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S; habla de la necesidad de pertenencia a la comunidad pagadera al considerar que: "siendo las pensiones no contributivas una manifestación típica del principio de solidaridad, el legislador ha considerado necesario el hecho de la pertenencia del sujeto protegido a la comunidad cuyo esfuerzo económico se va a proporcionar la prestación". *Cfr. "Prestaciones no ..."* *Op cit.*, pág. 207.

⁵⁹⁰ Si bien son numerosos los países en los que se exige el cumplimiento de un período de residencia las modalidades específicas de acreditación del mismo son diversas. Así, por ejemplo en el caso de países como Australia donde se exigen 10 años de residencia ininterrumpida, o 5 años de residencia ininterrumpida si el número total de años es superior a 10, no se establece plazo de referencia alguno, al igual que en países como Finlandia y Noruega donde se limitan, sin más a establecer la necesidad de cumplir un mínimo de residencia de 40 años. En cambio, en otros países, como en Canadá, por su parte, se exigen 40 años de residencia después de los 18 años, al igual que en Dinamarca, aunque en este caso los 40 años de residencia deben acreditarse entre los 15 y 67 años de edad. En

un doble sentido, ya que se exige tanto para el reconocimiento del derecho como para su conservación, y se manifiesta a través del cumplimiento a su vez de un doble requisito de residencia, por cuanto que se exige de una parte, haber residido durante un mínimo de 10 años, entre los 16 años de edad y la edad de devengo (65 o más años de edad), de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión⁵⁹¹, y de otra, residir legalmente en territorio español en el momento de la solicitud.

En síntesis, podemos advertir que son tres los requisitos de residencia exigidos, a saber: residencia efectiva en el momento de la solicitud; residencia general mínima de 10 años entre la fecha del cumplimiento de la edad de 16 años y la edad de solicitud de la prestación; y una residencia específica de un mínimo de 2 años consecutivos en el período inmediatamente anterior a la solicitud de la prestación⁵⁹².

Lo que más llama la atención al respecto no es tanto el hecho de acumular requisitos de residencia en los términos que acabamos de ver (residencia efectiva, residencia general y residencia específica), ya que éstos en algunos casos han sido objeto de matización, así por ejemplo, en virtud de lo dispuesto en el RD 728/1993, de

cambio en Islandia se exige, al menos, 3 años de residencia entre los 16 y 66 años de edad. Por su parte en Luxemburgo es necesario acreditar una residencia de al menos 10 años dentro de los 20 años precedentes y en países como Nueva Zelanda es un requisito esencial cumplir 10 años de residencia, de los cuales 7 han de ser después de los 50. Fuente: Social Security Programs Throughout the World- 1997 (Social Security Administration, États-Unis). Reproducido en KALISCH, D.W.; y AMAN, T.; "Systemes de retraite: le processus de reforme dans les pays de l'OCDE". 1997, págs. 33 a 36.

⁵⁹¹ En relación con la residencia hay que tener en cuenta que, tal y como se establece en el art. 10.2 del RD 357/1991, de 15 de marzo, "la residencia continuada anterior a la solicitud de la pensión y la posterior al reconocimiento del derecho no se considerará interrumpida por las ausencias del territorio español inferiores a 90 días a lo largo de cada año natural, así como cuando la ausencia esté motivada por causa de enfermedad debidamente justificada".

⁵⁹² Frente al criterio flexible de residencia que parece aplicar el Magistrado de instancia al entender que: "el requisito de la residencia legal se refiere sólo al momento de la solicitud pero, respecto a los diez años previos que el precepto menciona, bastaría la acreditación de la mera o simple permanencia en el territorio español", en la STSJ de Madrid de 22 de julio de 1999 (Ar. 2179) que revoca la sentencia de instancia, se aboga por un concepto más rígido, no en vano se considera que: "la condición de residente que requiere el precepto (en referencia al art. 167.1 TRLGG/1994), sólo puede entenderse en su sentido técnico-jurídico y legal, esto es, en el que pueda derivarse de las situaciones concretas previstas en las disposiciones que regulan la materia (...) que supone la obtención de un permiso administrativo <<ad hoc>> para poder considerar residente <<legalmente>> al solicitante de una prestación no contributiva". En este mismo sentido vid, STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 1996 (Ar. 2229) que cita al considerar que cuando se alude a la residencia, dicha alusión está referida a su concepto legal, a la también STSJ de Cataluña de 19 de julio de 1996 (Ar. 4178).

14 de mayo, por el que se establecen pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los emigrantes españoles⁵⁹³ y su norma de desarrollo, la Orden de 1 de julio de 1993⁵⁹⁴, en términos muy parecidos a los previstos en la LPNC o en su norma de desarrollo, RD 357/1991, de 15 de marzo, se conceden prestaciones de jubilación asistenciales (no contributivas) a favor de españoles residentes legal y efectivamente en el extranjero, sino el hecho de haber quebrado el tratamiento igualitario mantenido en términos prácticamente absolutos entre la prestación de invalidez y la jubilación no contributiva, ya que en el caso de la invalidez no contributiva es menor el requisito de residencia exigido⁵⁹⁵.

Si bien es cierto que este tratamiento diferenciado en relación con el requisito de la residencia legal existente entre ambas prestaciones carece de justificación, ya que la única razón que parece justificarlo, si dejamos al margen las que pudieran derivarse de cuestiones de índole económica, hace referencia al hecho de que puede tenerse derecho a la prestación de invalidez a una edad más temprana de la prevista para la jubilación, la exigencia de un requisito tan rígido como el previsto en el caso de la jubilación comportaría que muchos potenciales beneficiarios quedarán excluidos de la protección prevista. En este sentido, hubiera sido más coherente, mantener el mismo requisito previsto para la invalidez en el caso de la jubilación, puesto que en definitiva el objeto de la prestación, dado su carácter no contributivo debería ser el conceder una prestación a quien residiendo en territorio español y careciendo de rentas suficientes se encuentra desprovisto de una prestación contributiva.

A efectos de considerar cumplido este requisito hay que tener en cuenta que se aplica también a este supuesto el principio de la totalización de los períodos de residencia en diversos Estados de la UE, tal y como se desprende del art. 10. bis, apartado 2º del Reglamento (CEE) 1408/1971, donde expresamente se establece que: "La institución de un Estado miembro cuya legislación subordine el derecho a las

⁵⁹³ B.O.E., de 21 de mayo.

⁵⁹⁴ B.O.E., de 8 de julio.

⁵⁹⁵ El endurecimiento es en este sentido doble, por cuanto que no sólo se duplican los años de 5 a 10, sino que además se fija un período de referencia, entre los 16 años y la edad de devengo de la

prestaciones contempladas en el apartado 1 al cumplimiento de períodos de empleo, de actividad profesional por cuenta propia o de residencia cumplidos tendrá en cuenta en la medida necesaria, los períodos de empleo, de actividad profesional por cuenta propia o de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado miembro como si se tratase de períodos cumplidos en el territorio del primer Estado miembro”⁵⁹⁶.

Atendiendo al alcance cada vez mayor del Reglamento nº 1408/1971, en aplicación, entre otros principios, de la libertad de circulación, en el ámbito de la UE, tal y como hemos visto extensamente en otro momento de este trabajo⁵⁹⁷, la aplicación de la totalización de los períodos de residencia ha vaciado de contenido el requisito de la residencia legal en territorio español a que hace referencia el art. 167. 1 del TRLGSS/1994, puesto que en ningún caso la Seguridad Social española podrá negar el derecho a una pensión de jubilación no contributiva a un solicitante que acredite que una parte de los años de residencia exigidos legalmente han sido cumplidos no en territorio nacional sino en el territorio de otro Estado al que le es aplicable el principio de totalización, por cuanto que España está obligada a equiparar y computar estos períodos como si se tratasen de períodos de residencia en territorio nacional⁵⁹⁸.

prestación, cosa que no sucede en el caso de la invalidez no contributiva donde se exige una residencia legal de 5 años, de los cuales 2 han de ser inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud.

⁵⁹⁶ La prestación de jubilación no contributiva, al igual que otras prestaciones asistenciales o no contributivas, como las prestaciones económicas de la Ley de integración social de los minusválidos (Ley 13/1982, de 7 de abril); las prestaciones en metálico de asistencia a personas de edad avanzada e inválidos incapacitados para el trabajo (RD 2620/1981, de 24 de julio), son prestaciones a las que les es aplicable el contenido del art. 10 bis del Reglamento 1408/1971, al estar reconocidas como prestaciones especiales de carácter no contributivo y recogidas en el Anexo II del citado Reglamento, anexo en el que se mencionan cuáles son las prestaciones de este tipo en cada uno de los Estados miembros.

⁵⁹⁷ Vid, al respecto, más extensamente apartado 1.3. 2, Parte II de este trabajo.

⁵⁹⁸ En relación con la situación de los residentes legales que sean nacionales de terceros estados y la posible aplicación del principio de no discriminación vid, SÁNCHEZ-RODAS, C., *“El régimen jurídico de las...” Op cit.*, págs 63-72, quien distingue a estos efectos tres situaciones diferentes: la primera, la de los ciudadanos nacionales de países del Espacio Económico Europeo, ciudadanos que a efectos de protección social (contributiva y no contributiva) están equiparados plenamente a la situación de los ciudadanos nacionales de los 15 Estados miembros de la UE; en segundo lugar la situación de los nacionales de Estados con los que la UE ha celebrado un Convenio de asociación o cooperación, quienes si bien no se hallan plenamente equiparados a los nacionales comunitarios, tienen derecho a las prestaciones de Seguridad Social en las mismas condiciones que estos últimos si en los Tratados de asociación y/o cooperación se incluye una cláusula de igualdad de trato; y por último la situación de los nacionales de otros terceros Estados, quienes sólo podrán ser beneficiarios de una prestación de Seguridad Social si se encuentran en alguna de los supuestos a que hace referencia el art. 7.5 del TRLGSS/1994.

El problema se plantea entonces en los supuestos de cambio de residencia fuera del territorio nacional en orden a mantener la prestación reconocida, por cuanto que el art. 9 del RD 357/1991, de 15 de marzo contempla como causa de extinción del derecho a la pensión de jubilación la pérdida de la condición de residente legal o el traslado fuera del territorio español por un tiempo superior a 90 días a lo largo de cada año natural, salvo que esté motivado por causa de enfermedad debidamente justificada, en clara contradicción con el principio de libertad de circulación de trabajadores cuando el cambio de residencia se produce a un estado miembro de la UE⁵⁹⁹.

La aplicación del Reglamento comunitario nº 1408/1971, respecto al requisito que estamos examinando sólo es exigible en aquellos supuestos en los que no es aplicable el principio de la totalización, considerándose que la cláusula recogida en el citado Reglamento se tiene por no puesta en el caso de aquellos individuos que sumando los períodos de residencia en los diversos territorios de la UE o mejor, del Espacio Económico Europeo, puedan acreditar la residencia mínima exigida⁶⁰⁰.

Teniendo presente las implicaciones de diversa índole que vinculan al Estado español con nacionales de Estados próximos, geográficamente hablando, y las importantes y estrechas conexiones que existen entre España y estos Estados, como

⁵⁹⁹ Vid, al respecto, entre otras STJCE sentencia de 5 de mayo de 1983 asunto C-139/82 Paola Piscitello contre Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS). Rec 1983, pág(s). 1427y ss; en el que expresamente se establece que: "<<la levée des clauses de residence>>, prévue par l'article 10 du règlement communautaire nº 1408/1971 du 14 juin 1971, a-t-elle pour effet d'abroger la disposition de l'article 26 de la loi du 30 avril 1969, nº 153, qui stipule que l'octroi et la jouissance de l'allocation d'aide sociale sont subordonnés à la résidence du citoyen italien sur le territoire national, et par conséquent, une telle pension peut-elle ou non subir une suspension ou une suppression du fait que le bénéficiaire transfère sa résidence sur le territoire d'un autre État membre"; y también sentencia de 20 de junio de 1991 asunto C-356/89 Roger Stanton Newton contra Chief Adjudicatio Officer,. Rec 91 pág(s). 3017 y ss, donde en síntesis se establece que el art. 10 del Reglamento 1408/1971 se opone a la supresión de una prestación, en este caso una asignación en favor de disminuidos, por el mero hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora.

⁶⁰⁰ Al abordar cuál es el efecto que el Reglamento comunitario generaba al respecto, el MTySS era consciente del vaciado de contenido que este comportaba, así llegó a considerar que la aplicación del mismo implica, entre otras cuestiones, "la supresión de las cláusulas de residencia establecidas por las legislación nacional, en orden al percibo de las prestaciones, de forma que se tiene por no puesta en el ámbito territorial sometido a las disposiciones internacionales de coordinación". MTySS. *"Estudios preparatorios de la Ley de Prestaciones no contributivas"*. Colección Seguridad Social, núm. 1, 1991, pág. 87.

es el caso, entre otros, de Marruecos, me parece del todo necesario hacer una mención especial en torno al reconocimiento o en su caso denegación, del derecho a una prestación no contributiva para estos ciudadanos, no sólo por las importantes repercusiones, económicas en primer termino, que tiene y tendrá una cuestión como esta dada la condición de país receptor de inmigración que ostenta España, sino también por la necesidad, ya apuntada en otra parte de este trabajo, de aprovechar al máximo y canalizar socialmente, por medio de su integración, estos flujos migratorios que, salvo que se produzca un cambio importante, van a ser necesarios, en gran parte, para salvaguardar la viabilidad del sistema.

Nuestra legislación, a partir de lo dispuesto en el art. 7.5 del TRLGSS/1994, equipara a nivel de los españoles a determinados nacionales de Estados históricamente vinculados con España, como es el caso de los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, que residan en territorio español, considerándolos, en este sentido, comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva.

Por su parte, en relación con los nacionales de otros países, el TRLGSS/1994 nos remite a lo que en su caso se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados a tal efecto por España, siempre y cuando sean aplicables en virtud de la reciprocidad tácita o expresamente reconocida.

Teniendo en cuenta que para tener derecho a las prestaciones no contributivas se exige genéricamente el requisito de tener la nacionalidad española, la alusión que en el art. 7.3 del TRLGSS/1994 se hace a los españoles debe ser interpretada en un sentido restrictivo ya que parece que afecta sólo al requisito de la residencia, más aun si cabe si atendemos al tenor literal del apartado 1º del mismo art. 7 que alude no sólo a los españoles sino también a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España en relación con las prestaciones contributivas. Ello no excluye que quienes no ostenten la nacionalidad española tengan acceso a las prestaciones no contributivas, tal y como se establece, entre otras, en la STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 1999 (Ar. 3170) a efectos de favorecer la libre circulación de mano de

obra al suprimirse las posibles desventajas, que desde el punto de vista de la Seguridad Social, pudieran seguirse para los trabajadores migrantes por el hecho de no poseer la nacionalidad del Estado cuya legislación se les aplique; "la doctrina científica ha destacado que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad viene elevado por el Tratado de Roma a la categoría de fundamental, no ya en materia de Seguridad Social sino respecto a la propia Comunidad, puesto que en su ámbito, y con independencia de que pudieran existir reglas particulares <<se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad>> (art. 6TCEE). Como consecuencia de ello el art. 3.1 del reglamento 1408/1971 incorpora el principio antidiscriminatorio al establecer que las personas incluidas en su ámbito aplicativo <<estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste>>. En definitiva, una vez determinada la legislación aplicable, este principio obliga a que la aplicación de aquélla deba realizarse por igual a todos los ciudadanos comunitarios (y asimilados), abstracción hecha de su nacionalidad y, obviamente, la aplicación por igual se refiere tanto a derechos como a obligaciones formales".

Las cuestiones litigiosas planteadas en torno al reconocimiento o denegación de este derecho respecto a los súbditos marroquíes cada vez es mayor, influyendo en ello, sin duda alguna, la proximidad geográfica y los estrechos lazos y vínculos existentes entre ambas comunidades, siendo por ello previsible que, lejos de menguar, continuarán planteándose litigios al respecto, de ahí que los Tribunales han tratado de avanzar en la búsqueda de una solución aplicable con carácter general.

La primera cuestión a tener en cuenta en el momento de discernir a favor o en contra del reconocimiento del derecho a prestaciones no contributivas para súbditos marroquíes se plantea en torno a si las prestaciones controvertidas, las no contributivas quedan o no incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos⁶⁰¹. Así en STS de 30 de marzo de 1999 (Ar. 3773) se llega a considerar conforme al criterio ya sostenido en la STS de 1 de abril de 1998 (Ar. 2689) que el Convenio citado se aplica sólo a la modalidad

⁶⁰¹ B.O.E., de 13 de octubre de 1982.

contributiva sin que alcance a la modalidad no contributiva, al considerar que se trata de una nueva rama de protección⁶⁰².

En esta última sentencia, el TS constituido en Sala General desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una súbdita marroquí, al entender que no es aplicable el Convenio hispano-marroquí de Seguridad Social que introduce un principio de equiparación entre los ciudadanos de uno y otro Estado puesto que este Convenio regula el alcance subjetivo o personal de la protección, no así el ámbito de protección, considerando que el establecimiento de las prestaciones no contributivas excede de dicho ámbito subjetivo.

Estimando, así pues, que la protección otorgada por las denominadas prestaciones no contributivas constituye una <<nueva rama>> de la Seguridad Social cuestión ésta que se deduce claramente, tal y como señala el propio TS en su sentencia de 1 abril de 1998 (Ar. 2689), no tanto de la naturaleza de las propias prestaciones y contingencias protegidas como de su fuente de financiación y, sobre todo, de su desvinculación como relación protectora, de la relación de prestación de servicios por cuenta ajena, en abierta diferencia con el ámbito protector contributivo, debe considerarse según el TS que ésta excede de los términos en los que en el Convenio citado está regulada la extensión de su aplicación.

A pesar de esta negativa a considerar integradas las prestaciones no contributivas en el Convenio hispano-marroquí, ello no es óbice para defender el reconocimiento, tal y se hace en la STS de 30 de marzo de 1999 Ar. 3773), de las prestaciones no contributivas a súbditos marroquíes, basándose para ello, no tanto en el Acuerdo hispano-marroquí, sino en el alcance que debe darse al Reglamento (CEE) 2211/78, que aprueba el Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos, y en especial su art. 41.1⁶⁰³, que defiende la igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad Social de los

⁶⁰² Vid, en este mismo sentido, entre otras, STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de junio de 1997 (Ar. 2083); STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999 (Ar. 252).

⁶⁰³ En concreto el art. 41.1 de este Reglamento establece que: "salvo lo dispuesto en los apartados siguientes, los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia que residan con ellos, se beneficiarán, en el sector de la Seguridad Social, de un régimen caracterizado por la

trabajadores de nacionalidad marroquí y los familiares que residan con ellos, respecto de los nacionales de estados miembros de la UE⁶⁰⁴ ⁶⁰⁵.

El problema en estos caso se plantea en torno a si debe considerarse o no incluidas las prestaciones no contributivas en el ámbito del Reglamento citado, pudiéndose llegar a la conclusión de que, al ser esta una asimilación producida en el marco de una norma comunitaria, debemos remitirnos a la noción de Seguridad Social tal y como ésta es interpretada en el ordenamiento comunitario, de tal manera que de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento 1408/1971 y tratándose de la jubilación en su modalidad no contributiva de una prestación integrada en el ámbito del art. 4.2 del Reglamento 1408/1971, no se puede negar dicho reconocimiento por aplicación del principio de igualdad de trato a que hace referencia, por su parte, el art. 41 del Reglamento 2211/1978 ⁶⁰⁶.

ausencia de cualquier discriminación, basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados”.

⁶⁰⁴ En la sentencia del TS de 1 de abril de 1998, en la que el Magistrado D. Fernando Salinas Molina formuló un voto particular al que se adhirieron los Excmos Sres. Magistrados D. Arturo Fernández López, D. José Antonio Somalo Giménez; y D. Luis Ramón Martínez Garrido, expresamente se defiende que la norma aplicable no es el Convenio sobre Seguridad Social suscrito entre España y el Reino de Marruecos, sino que lo es el Reglamento 2211/1978, de la CEE de 26 de noviembre de 1978, por el que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos. Se rechaza que nos encontremos ante una nueva rama de la Seguridad Social al considerar que lo que la introducción de las prestaciones produce no es tanto la creación de una nueva rama entendida como un nuevo Régimen Especial sino una ampliación del sistema vigente a nuevos grupos de personas, pasando del campo de la asistencia social al de la Seguridad Social, aunque aceptando la posibilidad de considerar no válido dicho razonamiento se considera que el derecho a las prestaciones no contributivas no está excluido en el Convenio de Seguridad Social vigente entre ambos países en aplicación del principio de reciprocidad recogido en el art. 7 de la LGSS en relación con el propio Convenio bilateral.

⁶⁰⁵ Vid, al respecto, a título de ejemplo, aunque no referidas a las prestaciones no contributivas, entre otras, SSTJCE de 31 de enero de 1991 asunto C-18/90 Office national de l'emploi (Onem) contra bahia Kziber Rec. 1991 pág(s). I-199 y ss; STJCE de 20 de junio de 1991 asunto C-356/89 Roger Stanton Newton contra Chief Adjudicatio Officer,. Rec 1991 pág(s). I-3017 y ss; STJCE de 3 de octubre de 1996 asunto C- 126/95 Hallouzi-Choho contra Bestur van Sociale Venekeringsbank,. Rec 1996 pág(s). I-4807 y ss; STJCE de 20 de abril de 1994 asunto C-58/93 Zoubir Yousfi contra État belge,. Rec pág(s). I-1353 y ss; y STJCE de 5 de abril de 1995, asunto C-103/94 Zoulika Krid contra Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS). Rec. pág(s). I-719 y ss. Especialmente la primera de estas sentencias dictada en un caso en el que se debatía sobre la aplicación de las prestaciones belgas de desempleo para los jóvenes trabajadores que hubieran terminado cursos de formación profesional y donde expresamente se establece, entre otras cuestiones que: 1) el art. 41 del Acuerdo de la CEE con Marruecos tiene un efecto directo y, por lo tanto debe ser aplicado por los órganos judiciales de los Estados miembros sin necesidad de que se dicten disposiciones de adaptación, y 2) que el concepto de Seguridad Social del núm. 1 del este Acuerdo debe comprenderse por analogía con el concepto idéntico que figura en el Reglamento 1408/1971.

⁶⁰⁶ La STSJ de Cataluña de 19 de julio de 1996 (Ar. 4178) apunta como argumentos a tener en cuenta además de los ya expuestos, de un lado que si bien es cierto que el Convenio sobre Seguridad

Junto a la condición de residencia en territorio español, se erigen como requisitos esenciales de esta modalidad de jubilación, la edad y la carencia de ingresos; no sólo porque se trata de requisitos sin cuyo cumplimiento acumulativo no se tiene derecho a la prestación prevista, sino porque a mi entender, el eje central sobre el que se configura esta modalidad de jubilación se aparta claramente del concepto de jubilación en sentido estricto, que tal y como ya hemos tenido ocasión de apreciar, se estructura a partir de dos elementos fundamentales: la edad de acceso a la pensión y el cese en la actividad profesional.

Así, por lo que respecta al requisito de la *edad pensionable* a efectos de la prestación de jubilación no contributiva, el legislador ha optado por fijarla a la misma edad que en el caso de la jubilación ordinaria, los 65 años. Sin que sea posible en el caso de la prestación de jubilación no contributiva, acceder a una edad más temprana que los 65 años, con o sin coeficientes reductores, ya que ésta aparece establecida con carácter absoluto, sin que se prevea su posible alteración ni en razón de la actividad desarrollada, ni tampoco en función de las rentas disponibles, así como tampoco que ni directa ni convencionalmente se pueda establecer la jubilación forzosa en aquellos supuestos en los que se cumplan los requisitos para ser beneficiario de esta prestación no contributiva⁶⁰⁷.

Social entre España y Marruecos no incluye previsión alguna sobre las prestaciones no contributivas, entre otros motivos, porque aún no existían como tales en el ordenamiento jurídico español de la Seguridad Social, el derecho a las prestaciones no contributivas no está excluido en dicho Convenio en los términos previstos en el art. 2.3 b) del mismo, en el que se establece que el Convenio se aplicará "a las disposiciones legales que amplíen el derecho vigente a nuevos grupos de personas, siempre que una de las Partes Contratantes no haya formulado objeción alguna al respecto ante la otra parte dentro de los tres meses siguientes a la recepción del informe previsto en el art. 34". Si a ello unimos el hecho de que el Convenio de la OIT núm. 97 sobre trabajadores migrantes, ratificado por España mediante instrumento de 23 de febrero de 1967 (B.O.E., de 7 de junio) y con efectos del 21 de marzo de 1968, en el que se equiparan a los españoles los trabajadores migrantes que se encuentren legalmente en territorio español, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo es plenamente aplicable, parece claro que si el interesado cumple los requisitos exigidos por la legislación nacional para disfrutar de las prestaciones no contributivas no puede negársele la concesión de las mismas por razón de su nacionalidad. En este mismo sentido, vid, entre otras STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 1997 (Ar. 1840).

⁶⁰⁷ Tres son las diferencias fundamentales que se aprecian entre la edad de la pensión de jubilación no contributiva y la de la pensión en su modalidad contributiva según manifiesta SALVADOR PÉREZ, F., "La primera y más notable es la inexistencia de supuestos de reducción y anticipación de la edad mínima general, puesto que no admite la aplicación de coeficientes reductores de la *edad pensionable*, aplicables a ciertos regímenes del sistema, ni se encuentran previstos normativamente

La edad de 65 años, en este caso, se afianza como uno de los requisitos de acceso a la condición de pensionista no contributivo, y así aparece configurada en el art. 167 del TRLGSS/1994, ya que sólo en el caso de encontrarnos ante personas con la edad de 65 años cumplida si acreditan los otros requisitos exigidos, fundamentalmente, el de la carencia de ingresos o rentas suficientes, podrán acceder, formulando la solicitud oportuna, a la pensión de jubilación no contributiva: “consiste, por lo tanto, en un límite mínimo o inicial, pero no fijo o rígido, cuyo cumplimiento determine el reconocimiento automático de la pensión, sino que se trata de una prestación voluntaria, cuyo reconocimiento requiere la solicitud del sujeto protegido”⁶⁰⁸.

De esta manera, aunque el trabajador esté afectado de una minusvalía o enfermedad crónica la prestación que le corresponderá será la de jubilación, ya que la de invalidez en su modalidad no contributiva se limita a la edad de entre 18 y 65 años, cesando el derecho a ser beneficiario de la misma al cumplir la edad para tener derecho a la jubilación.

Hasta las reformas introducidas por la LCRSS, en el ámbito de la modalidad contributiva, se podía mantener la condición de pensionista de invalidez (incapacidad) permanente más allá de la edad ordinaria de jubilación, cosa que no sucedía, tal y como acabamos de ver, en el caso de la modalidad no contributiva ya que en este supuesto con independencia del grado de minusvalía existente, al cumplir el sujeto beneficiario los 65 años de edad pasaba a la situación de pensionista de jubilación no contributiva.

supuestos de reducción de la edad. En segundo lugar, aunque es posible diferir la edad a la que se solicita la pensión, este atraso carece de sentido puesto que no tiene reflejo alguno en el incremento de la cuantía de la pensión, como sucede en la contributiva en la que la mayor edad puede o suele ir acompañada de un incremento del porcentaje personal que se aplica a la base reguladora. En tercer lugar y habida cuenta de la inexistencia, por definición, de cese en el trabajo, no cabe la aplicación a través de la negociación colectiva de cláusulas de cese forzoso por razón de la edad que, en su caso, den lugar a la denominada jubilación forzosa” (vid, en relación con esta última cuestión con mayor detalle ap. 4.1.1.4 de este mismo trabajo). Cfr. “El régimen jurídico de las...” *Op. cit.*, pág. 117-118.

⁶⁰⁸ *Ibidem.*, pág. 117.

La reforma establecida al respecto por la LCRSS, que ha dado lugar a la introducción de un apartado final, el 4º, en el art. 143 del TRLGSS/1994, ha equiparado ambas situaciones, al prever para el ámbito contributivo un tratamiento similar al previsto con anterioridad en el ámbito no contributivo en relación con el vínculo entre la edad ordinaria de jubilación, y el cobro de la pensión de invalidez, al establecerse en este apartado 4º que la pensión de incapacidad permanente, cuando el beneficiario cumpla la edad de 65 años, pasará a denominarse de jubilación, sin que la nueva denominación implique modificación alguna respecto a las condiciones de la prestación que se venía percibiendo.

La diferencia más notable entre una y otra situación la encontramos en el hecho de que mientras que en el caso de la modalidad contributiva queda garantizado normativamente el mantenimiento de las condiciones que existían antes de cumplir los 65 años y cambiar la denominación de la pensión, en la modalidad no contributiva nada se establece al respecto, ya que la LPNC se limitó, en este sentido, a fijar un límite de edad, los 65 años, sin más para la prestación no contributiva de invalidez, coincidente con la edad de acceso a la jubilación no contributiva de lo que se deriva que producida la extinción de una se debe pasar a la otra, pero sin que la ley garantice el mantenimiento de las condiciones hasta entonces disfrutadas, especialmente, el importe mayor previsto para la invalidez no contributiva en función del grado de minusvalía.

Dejando de lado los problemas de coordinación de las prestaciones de incapacidad permanente y de jubilación, así como el distinto tratamiento establecido al respecto en los diversos niveles de protección, sin duda alguna, conviene abordar el tema de la carencia de ingresos o rentas suficientes, por ser el requisito más importante de la jubilación no contributiva puesto que desvinculada esta prestación de la correspondencia que en el régimen contributivo se establece entre la cotización efectuada y la pensión a que se tiene derecho, para poder ser beneficiario de la prestación en su modalidad no contributiva se exige que el solicitante acredite la carencia de recursos suficientes, habida cuenta que a través de estas prestaciones se

trata de cubrir situaciones reales de necesidad económica, las prestaciones sólo pueden proporcionarse a partir de la prueba de esta situación⁶⁰⁹.

Así pues, el estado de necesidad se acredita mediante la prueba de la falta de rentas o ingresos suficientes que es precisamente lo que justifica que el sistema de Seguridad Social en aplicación del principio de solidaridad conceda una prestación a quienes se encuentren en dicha situación.

La determinación de esta carencia de ingresos suficientes se establece de forma objetiva, vinculándola al propio importe anual de la prestación no contributiva que de esta manera se convierte en el umbral económico de pobreza, así el art. 144.1 d) del TRLGSS/1994 aplicable no sólo a la invalidez en su modalidad no contributiva sino que por remisión es también aplicable a la jubilación no contributiva a tenor de lo dispuesto en el art. 167.1 del TRLGSS/1994, dispone que: "se entenderá que existen rentas o ingresos suficientes cuando la suma, en cómputo anual, de los mismos sea inferior al importe, también en cómputo anual, de las prestaciones"⁶¹⁰; debiéndose manifestar dicha carencia no sólo en el momento de su reconocimiento, sino que también con posterioridad durante el período de su disfrute⁶¹¹.

Se consideran rentas o ingresos computables⁶¹² además de las rentas de trabajo en sentido estricto, sino que también las rentas de trabajo equiparadas, es decir,

⁶⁰⁹ GÓNZÁLEZ ORTEGA, S.; *"Prestaciones no..."*. *Op cit.*, pág. 206.

⁶¹⁰ Para el año 2000, el cómputo anual del importe de estas prestaciones asciende a 563.570 ptas.

⁶¹¹ Tal y como, entre otras, señala la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 18 de marzo de 1996 (Ar. 459): "al venir atribuida por motivos de solidaridad, conlleva al igual que en el subsidio asistencia de desempleo que tanto al reconocimiento como la subsistencia del derecho esté subordinado a la persistencia de la situación de necesidad".

⁶¹² De conformidad con lo dispuesto en la STS de 6 de marzo de 1998 (Ar. 2370) en principio se computan los ingresos brutos. Con anterioridad a esta sentencia, en la STS de 31 de mayo de 1996 (Ar. 4715), aunque referida al subsidio por desempleo ya se había manifestado en el sentido de considerar que a efectos de determinar la carencia de ingresos deben computarse la totalidad de los ingresos brutos sin deducciones, argumentando que: "la primera razón que inclina a esta solución es de interpretación gramatical; en los preceptos legales y reglamentarios aplicables no se dice nada de rebajar la cuantía de la renta mensual que se adopta como punto de referencia con deducciones de gastos, por lo que debe entenderse, como se suele entender en casos equivalentes, que tal renta es la renta adquirida o bruta y no la renta neta o disponible. A esta razón de interpretación gramatical debe añadirse otra de interpretación teleológica, (expresada entre otras en la STSJ de Castilla-La Mancha (Ar.

aquellas las rentas de naturaleza prestacional, así como las rentas sustitutorias, las percepciones supletorias de las rentas del trabajo (desempleo), y las rentas de capital ya se trate de ingresos que provengan de elementos patrimoniales, tanto de bienes como de derechos, o de rendimientos derivados de bienes muebles o inmuebles⁶¹³.

Sólo se excluyen del cómputo de rentas o ingresos para determinar la carencia de rentas o ingresos suficientes: las asignaciones económicas por hijo a cargo sea o no minusválido, ofrecidas por el propio sistema de Seguridad Social; los subsidios de garantía de ingresos mínimos o de ayuda por tercera persona previstos en la Ley de Integración Social del Minusválido⁶¹⁴; así como las pensiones asistenciales previstas en la Ley 45/1960, de 21 de julio⁶¹⁵; y las pensiones otorgadas a personas minusválidas en los centros ocupacionales.

Si el beneficiario convive con otras personas, sean estas beneficiarias o no, unidas con aquél por matrimonio o consanguinidad hasta el segundo grado⁶¹⁶, se

2039) que el cálculo de la renta neta o disponible es normalmente de difícil determinación y siempre de comprobación laboriosa; lo que comporta costes muy altos de gestión que sólo sería exigible afrontar de haber sido expresamente previstos por el legislador". Vid, en este mismo sentido, entre otras, STSJ de Galicia de 10 de marzo de 1997 (Ar. 546) y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de junio de 1997 (Ar. 1927) donde se rechaza la posibilidad de reducir o disminuir los ingresos brutos mediante el descuento de los gastos de conservación y reparación de inmuebles. En sentido contrario, vid STSJ de Navarra de 30 de diciembre de 1995 (Ar. 4684), así como STSJ de Asturias de 31 de marzo de 1995 (Ar. 945); en las que se concluye que deben computarse sólo los ingresos netos, debiéndose descontar, tal y como se apunta en la primera de estas sentencias, las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social al ser estas cantidades que en ningún caso, ni directa ni indirectamente, se incorporan al patrimonio, e incluso un 5% de los ingresos brutos, tal y como se señala en la segunda de las sentencias citadas, por aplicación del art. 2.2 de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

⁶¹³ Vid, al respecto GARCÍA ORTEGA, J.; y GARCÍA NINET, J.I.: *"La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social"*. RT núm. 15 págs.29-31.

⁶¹⁴ Estos subsidios fueron suprimidos precisamente por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, si bien la Disp. Trans. 1ª mantuvo su vigencia para quienes con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma tuvieran reconocido un subsidio de este tipo. Para el año 2000 la Ley de PGE fija en 24.935 ptas/mes el importe de los mismos: 9.725 ptas/mes, el subsidio por ayuda de tercera persona y en 6.200 ptas/mes el subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte.

⁶¹⁵ B.O.E., de 23 de julio.

⁶¹⁶ Parece excluirse los vínculos de afinidad, vid, al respecto, entre otras, SSTSJ de Navarra de 27 de febrero de 1996 (Ar. 949); STSJ de Galicia de 30 de mayo de 1996 (Ar. 2210). La norma parece referirse a que se deben computar los ingresos percibidos por el cónyuge, así como por los parientes consanguíneos hasta el 2º grado, que abarcaría a los hijos y nietos (descendientes); los padres y abuelos (ascendientes); y a los hermanos (colaterales) cuando son del mismo tronco o estirpe además al cónyuge (esposo/a), pero no a los familiares directos de éste. Quedarían por su parte excluidos, entre otros: los yernos, nueros, nietos políticos (descendientes); suegros, abuelos políticos (ascendientes); y cuñados/as (colaterales). Curiosa es, en este sentido, la STSJ de Galicia de 12 de marzo de 1996 (Ar.

considerará que existe situación de necesidad cuando la suma total de los ingresos de todos los integrantes no supere el límite de acumulación de recursos fijado legalmente. En un supuesto como éste, no quedará acreditado este requisito por el mero hecho de que el interesado pruebe que no dispone de rentas o ingresos suficientes sino que deberán tenerse en cuenta los ingresos de la totalidad de los miembros de la unidad económica de convivencia⁶¹⁷, aplicándose, en estos casos, el denominado límite de acumulación de recursos.

De esta manera, se exigirá que la suma de los ingresos de todos los miembros de la unidad económica no supere la cuantía total, en cómputo anual, más el 70% de esta cuantía multiplicado por el número de miembros de la unidad menos uno, la fórmula sería la siguiente: $L = C + 70\%C \times (m-1)$; siendo L = a límite de acumulación de recursos, C = cuantía anual de la prestación, y m = miembros de la unidad económica de convivencia.

Si la unidad económica de convivencia está constituida por ascendientes o descendientes en primer grado sean éstos o no por consanguinidad o adopción, se multiplica por 2 y $\frac{1}{2}$ el importe del límite antes comentado, siendo, en este caso el

597) ya que si bien se sostiene que para la fijación de la unidad familiar "no son computables los parientes por afinidad de la persona titular [<<inclusio unius, exclusio alterius>>]" se afirma extrañamente que: "esta circunstancia no obsta a que pese a todo y muy contrariamente sean tenidos en cuenta los ingresos o rentas obtenidos por los cónyuges o padres (supuestos de hijos sometidos a su patria potestad) que igualmente convivan con los citados parientes por consanguinidad", invocándose para ello el art. 1318 del CC donde se establece que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, ya que según establece el propio TSJ de Galicia: "el cómputo de tales ingresos o rentas evita llegar a la incoherencia –argumento <<ad absurdum>>- de incluir en la unidad económica a la hija y nietos de la recurrente, pero no a quienes –como esposo y padres de aquéllos- convive con ellos, tiene para con los mismos obligación civil de proporcionarles alimentos (arts 68 y 110 CC). Teniendo en cuenta, así pues, el carácter asistencial atribuible a estas prestaciones, la obligación de prestar alimentos por parte de familiares afines (en este caso el yerno) a otros consanguíneos (hija, nietos), y el carácter ganancial de sus ingresos (que han de compartirse con el cónyuge que es ya pariente consanguíneo) hace que parezca más ajustado con la regulación existente computar las rentas de estos afines que conviven con el beneficiario, aunque deban computarse tan sólo la mitad de los mismos por cuanto que podría argumentarse la presunción de régimen económico ganancial entre hija y yerno (art. 1316 CC) y defender la atribución por mitad de las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de ellos (art. 1344 CC).

⁶¹⁷ Hay autores como es el caso de BLASCO LAHOZ, J.F; LÓPEZ GANDÍA J.; y MOMPARDLER CARRASCO, M.A.; que a efectos de distinguir ambos límites, según si se pertenece o no a unidad económica de convivencia o unidad familiar, hablan de un límite general y un límite especial, incluyéndose dentro de este último, tanto la convivencia entre el interesado y sus ascendientes y descendientes (unidad económica vertical) como la convivencia del interesado con cualquier otro familiar. Cfr. "Curso de..." *Op cit.*, pág. 520.

límite de acumulación de recursos igual a la siguiente fórmula: $L = [c + 70\% C \times (m-1)] \times 2,5$.

La aplicación de una de estas dos últimas reglas está supeditada, en primera instancia, a que el beneficiario carezca de rentas propias, así, tratándose de requisitos acumulativos, la falta de ingresos propios es de carácter excluyente, ha de cumplirse siempre a efectos de comprobar si se cumple el otro requisito referido a la unidad económica de convivencia. En este sentido, tal y como se establece, entre otras en las SSTS de 16 de julio y 30 de diciembre de 1994 (Ar. 6671 y 10528), de 8 de junio de 1995 (Ar. 4770), y de 17 de marzo de 1997 (Ar. 2562), el TS considera que no existen en sentido estricto dos reglas como tales: “no se establecen dos reglas en cuanto al límite de ingresos para lucrar la prestación según el beneficiario esté o no integrado en una unidad familiar, sólo existe una única regla, los ingresos propios de quien solicita la pensión, y otra subsidiaria para el caso de formar parte aquél de una unidad familiar y cuando carezca de rentas propias”.

En atención a lo expuesto, se puede llegar a sostener que la operatividad o utilidad de la segunda de las reglas citadas, la acumulación de rentas de todos los miembros de la unidad familiar, sólo produce efectos cuando el beneficiario individualmente considerado carece de rentas o ingresos suficientes ya que en caso contrario es totalmente indiferente, a efectos de apreciar si se cumple o no este requisito, que la unidad económica de convivencia sobrepase o no el límite de acumulación legalmente establecido⁶¹⁸, sin que en ningún caso pueda interpretarse que la referencia a los ingresos de la unidad familiar supone una alternativa al derecho a obtener la pensión no contributiva en caso de que no se superen los límites fijados aunque el solicitante tenga rentas propias superiores a la cuantía de la pensión que solicita⁶¹⁹.

⁶¹⁸ De lo que se deriva que en ningún caso puede argumentarse que se carecen de rentas suficientes cuando la unidad familiar sí carezca de ellas pero no así el beneficiario individualmente considerado, vid en este sentido y a título de ejemplo la STS de 8 de junio de 1995 (Ar. 4770), donde expresamente se señala que no se causará derecho a la pensión cuando el interesado disfrute de rentas superiores al importe de la pensión, aunque la unidad familiar no supere el límite de acumulación.

⁶¹⁹ Así se manifiesta, entre otras además de la STS de 8 e junio de 1995 (Ar. 4770), la STSJ de Navarra de 27 de febrero de 1996 (Ar. 949).

4.2.3 Contenido y cálculo de la prestación.

La prestación consiste en el ofrecimiento al sujeto beneficiario de una cuantía, en principio fija e uniforme, el importe de la cual será fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado⁶²⁰, en adelante LPGE, (art. 68 TRLGSS/1994, que nos remite al art. 145 del mismo texto), y cuyo devengo o pago se fraccionará en 14 pagas, correspondientes a cada uno de los meses del año y 2 pagas extraordinarias que se satisfarán en los meses de junio y de noviembre (art. 42.2 TRLGSS/1994 y art. 14 del RD 357/1991, de 15 de marzo).

A efectos de la determinación del importe exacto de la prestación a que se tiene derecho, se debe tener en cuenta cuál es el nivel de ingresos del beneficiario, así como el de los demás miembros de la unidad económica de convivencia, puesto que la cuantía de la prestación se vincula con la carencia de rentas o ingresos suficientes, fijándose en cualquier caso un límite mínimo de la misma, el 25% del importe de la cuantía fija anualmente en la LPGE.

La suma de la pensión se modula atendiendo a las circunstancias del sujeto beneficiario y de los demás miembros de la unidad de convivencia, optándose, en este sentido, por el denominado criterio de <<economía de escala>> recomendado por la OCDE, y por la Comisión de las Comunidades Europeas, en el que se tiende, en general, a una reducción de la cuantía, en función del cómputo de los ingresos disponibles, conjugándose el derecho a la pensión de los beneficiarios integrados en

⁶²⁰ Es esta una característica propia del sistema español, ya que en la gran mayoría de países de la OCDE se ha optado por fijar una cuantía mensual o anual fija. Vid, al respecto Tabla 1. KALISCH, D.W.; y AMAN, T.; *"Systemes de retraite:..." Op. cit.*, págs. 33 a 36.

una unidad económica con la innegable repercusión de la convivencia en las economías de los miembros del grupo⁶²¹.

Así, de esta manera, si el sujeto acreedor de la prestación de jubilación no contributiva vive sólo o no está integrado en una unidad económica de convivencia, la cuantía de la pensión fijada en la LPGE será reducida por un importe equivalente al de las rentas o ingresos anuales de que disponga, sin que, obviamente, hecha esta operación la cuantía pueda ser inferior al límite mínimo del 25% antes comentado.

Mediante este cálculo conjunto de la cuantía de la pensión reconocida anualmente con carácter fijo y las rentas disponibles por el sujeto en cuestión, se trata de ajustar el derecho a las prestaciones no contributivas, en este caso, la jubilación, con el umbral o mínimo de subsistencia manifestado a través de la carencia de rentas o ingresos suficientes, de tal manera que el importe de los ingresos ya percibidos disminuye la cuantía de la pensión, pudiéndose en este sentido, hablar de la prestación no contributiva como si de una renta de naturaleza diferencial se tratara⁶²².

Si el beneficiario se encuentra inserto en una unidad económica de convivencia las reglas que se aplican para determinar el importe de la prestación son diferentes según si la convivencia se efectúa con la concurrencia de más de un beneficiario o no.

La finalidad de la introducción de todas estas reglas, relativas no sólo al cálculo de la cuantía o importe de la prestación sino también referidas, como hemos visto con anterioridad al límite de acumulación de recursos que toman en consideración, la unidad familiar, es la de favorecer en la medida de lo posible el reagrupamiento familiar, tratando de evitar, -cosa que no sucede, más bien al contrario, se acentúan-, los obstáculos que pueden llegar a perjudicar dicho reagrupamiento, tal y como se establece, entre otras, en la STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 1994 (Ar. 544) en la que se sostiene que: "la integración del solicitante en un grupo de convivencia con la

⁶²¹ Memoria del Proyecto de Ley por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. RSS, núm. 42, abril-junio 1989, pág.154.

⁶²² Vid, al respecto ALARCÓN CARACUEL, M.R.; y GÓNZÁLEZ ORTEGA, S.; "*Compendio...*" *Op cit.*, pág. 400.

extensión y circunstancias determinadas en la actual legislación, a los efectos de obtener el derecho al percibo de la prestación y de concurrir los restantes requisitos, está, aunque pudiera ser discutible, configurado como un requisito obstativo para su obtención y no como una circunstancia beneficiosa”⁶²³.

En un sentido muy parecido se manifiesta la STS de 8 de junio de 1995 (Ar. 4770), dictada al resolver un recurso de casación por unificación de doctrina, y donde se establece que la referencia que la LPNC y el TRLGSS/1994 hacen a la unidad familiar opera, de forma negativa ya que: “viene a establecer una limitación al derecho de quien en principio reúne el requisito de la carencia de rentas pues, en el caso de los ingresos de la unidad familiar sean superiores a los topes que señalan los números 2 y 3 del precepto (art. 145 TRLGSS/1994), el titular solicitante pierde su derecho a la pensión”; de tal manera que a pesar de que el titular carezca de rentas no se entiende cumplido el requisito si la unidad familiar obtiene unos ingresos superiores a los señalados en dichos apartados, de lo que se deriva, sin duda alguna, una restricción del derecho del solicitante y no otra fórmula distinta sobre los requisitos para obtener la pensión.

El fin último de tomar en consideración los ingresos de la unidad económica familiar a efectos de determinación del límite de acumulación de recursos y para reducir el importe de la pensión reconocida si sumados a la pensión se supera dicho límite, parece obedecer a un deseo no explícito aunque si sobreentendido, de hacer recaer sobre la unidad familiar o económica de convivencia el deber de cubrir la situación de necesidad del sujeto solicitante de la prestación no contributivo al formar parte de la misma y haber miembros que pueden mantenerlo.

Tal y como en este sentido se manifiesta Roda-Sánchez, C., partiendo de la STS de 16 de julio de 1994 (Ar. 6671), donde se alude expresamente a este propósito de que sea la unidad familiar la que cubra las necesidades del individuo al ser los primeros obligados, carece de justificación dicha alusión, que si bien no es expresa está latente en la regulación de las prestaciones no contributivas, por dos motivos fundamentales:

⁶²³ Teniendo en cuenta este alcance restrictivo y no beneficioso en la STSJ de Aragón de 28 de septiembre de 1999 (Ar. 2909) se defiende que dado su carácter de exigencia limitadora de derechos

en primer lugar, porque, "en ningún precepto del TRLGSS/1994 se exige para lucrar una pensión no contributiva de Seguridad Social que el solicitante carezca de familiares con la obligados legalmente a prestarle alimentos"⁶²⁴, y porque "no deja de resultar algo bastante incoherente que de admitir la existencia de una obligación por parte de la familia de cubrir las necesidades de sus miembros, la misma sólo sea traída a colación cuando el solicitante de la prestación no contributiva convive con otros parientes, pero no cuando vive sólo"⁶²⁵.

Así, por ejemplo, si la convivencia se establece en una unidad económica en la que se integran diversos beneficiarios de prestaciones no contributivas, no se mantiene el derecho a lucrar una pensión íntegra a favor de cada uno de los beneficiarios, sino que para calcular el importe de la prestación de cada uno de ellos se procederá a efectuar los siguientes cálculos: se dividirá por el número de beneficiarios con derecho a pensión la suma de la cuantía de la pensión anual establecida en la correspondiente LPGE (reproducida gráficamente como C), más el 70% de esta cuantía (70% C) multiplicada por el número de miembros beneficiarios menos uno. De tal manera que la cuantía para cada beneficiario se obtendrá aplicando la siguiente fórmula:

$$\left[\frac{C + 70\% C \times (\text{beneficiarios} - 1)}{\text{n}^\circ \text{ de beneficiarios}} \right].$$

El resultado obtenido para cada beneficiario deberá ser reducido, en su caso, por un importe equivalente al de los ingresos computables de que disponga el sujeto en cuestión. Esta regla, que implica la necesidad de reducir los ingresos disponibles de la cuantía resultante, no se aplica sólo en los supuestos de concurrencia de beneficiarios, igualmente se aplica cuando la convivencia se produce con un no beneficiario e incluso, tal y como hemos visto, en los supuestos en los que la unidad

debe hacerse una interpretación restrictiva del mismo.

⁶²⁴ La STSJ de Andalucía/Málaga de 6 de febrero de 1998 (Ar. 1239), señala que si bien es cierto que atendiendo al concepto de <<unidad económica de convivencia>> es posible deducir que entre los integrantes de la misma debe existir un cierto grado de dependencia económica, "no se establecen expresamente requisitos como el de que <<no queden familiares con la obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil>> para poder computar, en su caso, como integrante de una unidad económica de convivencia a algunos de los parientes contemplados en la norma".

familiar está formada por un solo miembro beneficiario, debiéndose descontar del importe fijado como cuantía de la pensión de jubilación no contributiva aquellas rentas obtenidas por el beneficiario en el año correspondiente.

Por otro parte, si existe convivencia del beneficiario o beneficiarios con más personas que no lo son, en este caso la suma de los ingresos o rentas anuales de la unidad económica más la pensión o pensiones calculadas en la forma que acabamos de ver no podrá ser superior al límite de acumulación de recursos, caso de que se superara este límite debería procederse, de conformidad con lo dispuesto en el art. 145.3 TRLGSS/1994 y art. 14.3 RD 357/1991, de 15 de marzo, a disminuir el importe de las pensiones hasta el límite máximo de acumulación de recursos, descontando el mismo importe para cada una de las pensiones reconocidas.

Como puede apreciarse lejos de beneficiar el reagrupamiento familiar mediante, en este caso, la integración de una prestación no contributiva de jubilación en la unidad familiar del anciano beneficiario, estas reglas de cálculo de la prestación no contributiva que reducen el importe de la pensión íntegra cuando conviven dos o más beneficiarios o toman en consideración los ingresos de la unidad familiar para proceder a rebajar el importe de la o las pensiones reconocidas, se "fomenta" el aislamiento de los ancianos dado que el reagrupamiento familiar fácilmente comportará una disminución del importe de la prestación reconocida.

Al respecto, hubiese sido más oportuno actuar de otra manera, en sentido contrario al realizado, permitiendo la convivencia de dos o más beneficiarios o de beneficiario/s con no beneficiarios sin que ello hubiese conllevado la reducción del importe de las pensiones, ya que a través del reagrupamiento de los ancianos en la unidad familiar o facilitando la unión de dos o más beneficiarios se podría, no sólo mejorar el importe de las pensiones concedidas, que son hoy del todo insuficientes para hacer frente a las necesidades más elementales, sino además se solucionaría, como es obvio, el problema de la soledad que está muy presente en las personas de edad avanzada.

⁶²⁵ Cfr. "El régimen jurídico de...". *Op. cit.*, págs.127-128

Aunque parece del todo lógico y acertado vincular las prestaciones no contributivas con la idea del límite o umbral de pobreza, dada la no exigencia de cotización previa sobre la que se asienta, es excesivamente rígido el uso que la LPNC hace de esta vinculación, hasta el punto de no sólo computar los ingresos propios del beneficiarios sino también los de los miembros de la unidad familiar en la que éste se inserta.

Por todo ello debería reconocerse, por una parte, el derecho a disfrutar de dos pensiones no contributivas sin más en el caso de que en una misma unidad familiar convivan más de un beneficiario, permitiéndose la reducción de la pensión con carácter individual en función de los ingresos disponibles y por otra, permitirse que la inclusión del sujeto/s beneficiario/s en una unidad familiar no menoscabe el derecho que se le ha reconocido a disfrutar de la pensión, aunque sumados los ingresos propios y de los demás miembros de la unidad económica de convivencia se supere el límite de acumulación de recursos, ya que éste debería servir sólo como requisito para ser sujeto beneficiario no como elemento a tener en cuenta en el momento del cálculo de la misma.

5. La quiebra del modelo “tradicional” de jubilación a través de las diferentes modificaciones operadas en el sistema de Seguridad Social a partir de la década de los años 80.

Las diferentes reformas introducidas en la modalidad contributiva de la pensión de jubilación a partir de los años 80, muy especialmente las reformas establecidas inicialmente en la LMU y posteriormente en la LCRSS, ambas condicionadas por la existencia de una fuerte crisis de índole económico que hizo que se vertieran sobre el sistema de Seguridad Social numerosas sombras de duda en torno a su viabilidad futura desde el punto de vista financiero, han contribuido a que se profundizara sobre la idea ya utilizada referida a la aportación negativa del sistema de Seguridad Social al proceso

de crisis emergente, dado el coste excesivo que supone para los Estados occidentales el sostenimiento financiero del Sistema a efectos de gasto público y el escaso margen de actuación previsto a favor de la iniciativa privada para contrarrestar dicho efecto negativo sobre las cuentas generales del Estado⁶²⁶.

Es fundamental en este sentido no perder de vista estos condicionantes para entender el alcance y significado de las reformas acometidas sobre el sistema de Seguridad Social en su conjunto y muy especialmente sobre la prestación de jubilación, no en vano debe tenerse en cuenta que las reformas aprobadas tanto en 1985 como en 1997, responden a razones estrictamente economicistas, y de hecho las líneas de actuación aprobadas se establecen sobre la base de reducir el impacto económico "negativo" que el sistema provoca sobre las cuentas del Estado, estando presididas por la premisa de la "crisis del estado del bienestar o los sistemas de Seguridad Social".

Como respuesta a estos procesos de crisis económica, que en general se manifiestan de forma cíclica, se dio luz verde a la aprobación de algunas reformas en el sistema de pensiones. Las primeras establecidas en este sentido, las contenidas en la LMU, no fueron del todo pacíficas ya que encontraron la resistencia de los sindicatos que manifestaron una fuerte oposición al entonces gobierno socialista y contribuyeron a la ruptura de relaciones entre el sindicato UGT y el PSOE.

Esta replica sindical no ha estado presente en las LCRSS, entre otras razones, porque los propios sindicatos han actuado directamente en el proceso de negociación de la aplicación o plasmación concreta del Pacto de Toledo en norma legal, mediante la LCRSS, sin que, en puridad, el contenido de una y otra reforma difieran mucho, ya que la LCRSS es en gran medida una continuación de las reformas establecidas en la LMU⁶²⁷, asentándose en principios ya expuestos en la LMU, y sobre la base de los

⁶²⁶ Vid, entre otros, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, B.; *"Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público"*. Revista de Papeles de Economía Española (PEE), nº 23, 1986, págs 144 y ss.; y GARCÍA DE BLAS, A.; *"Factores determinantes del déficit de la Seguridad Social"*. PEE nº 23, 1986, págs 128-133.

⁶²⁷ "A nadie puede ocultarse la conexión directa entre la Ley 26/1985 y la LCR de 1997 en lo que se refiere al cálculo de la cuantía de la pensión, de tal forma que es difícil no ver en la LCR el cabado, por ahora, de una tarea de reducción de cuantías iniciadas en 1985". ALARCÓN CARACUEL, M.R.; y GONZÁLEZ ORTEGA, S.; *"Los principios de..." Op cit.*, pág. 133.

mismos condicionantes (la crisis económica, el factor demográfico, etc.). Parece, en este sentido, que los propios interlocutores sociales, especialmente desde el punto de vista sindical, hayan aceptado en el período 1986-1996 la necesidad insalvable de acometer reformas en el sistema como un mal menor ante los riesgos de privatización o externalización del aquel.

A efectos de lo que aquí interesa y dejando de lado estas reflexiones en torno a los factores condicionantes de las grandes reformas en materia de pensiones, del todo necesario apuntar que las modificaciones operadas en el sistema de jubilación a partir de la década de los años 80, ya se trate de reformas de alcance general, las menos, que afectan al sistema en su conjunto o centradas en aspectos referidos exclusivamente a la jubilación, han actuado muy negativamente sobre el sistema de jubilación hasta el punto de poder llegar a afirmar que se ha desnaturalizado, desconfigurado la prestación de jubilación y de forma muy particular los elementos que la conforman hasta hacerla prácticamente irreconocible.

Muchas y muy diversas han sido las razones que han contribuido a ello, siendo al respecto necesario destacar que se ha decidido llevar a cabo una reforma continuada, aunque espaciada en el tiempo, sin haber realizado previamente una reflexión más profunda sobre qué es lo que se quiere proteger a través de la jubilación y cuáles son las medidas, los reajustes que se deben acometer, para garantizar su éxito.

Se ha optado por lo contrario, por ir introduciendo sobre el sistema reformas parciales, algunas de importante calado, que mediante la "técnica del parcheo" han ido solucionando algunos de los desajustes existentes, sin que en ningún caso pueda afirmarse que el legislador haya pensado en una perspectiva a medio o largo plazo, sin que, tal y como ya he denunciado, se aprecie la existencia de una visión global e integradora de las mismas.

Es cierto que sometido a las fuertes presiones de carácter económico que realizan los diferentes organismos internacionales, especialmente la OCDE y el Fondo Monetario Internacional, organismos que defienden la necesidad de ir adaptando el

sistema de Seguridad Social a la estructura económica del Estado, difícilmente pueden instaurarse modificaciones alejadas de los diseños de estos organismos, máxime cuando el proceso de globalización en el que nos encontramos inmersos, caracterizado, entre otras cuestiones, por la búsqueda del máximo rendimiento económico, la máxima competitividad al menor coste posible, limita las posibilidades del margen de maniobra de cada Estado.

Ello no es óbice para que sobre la premisa de saber hacia donde queremos que avance el Estado del bienestar, y en concreto, el sistema de pensiones de jubilación, se acometan aquellas reformas necesarias que permitan no sólo garantizar la viabilidad económica del mismo, sino que además contribuyan a construir un mejor y más amplio sistema de bienestar social.

De esta forma, las diversas reformas realizadas en la década de los años 80, tal y como veremos a continuación, sobre el elemento de la edad de jubilación, en las que se hizo una lectura e interpretación del mismo alejada de su concepción tradicional al aproximar la jubilación a la política de empleo, no sólo no ha alcanzado los objetivos esperados, dado el escaso éxito de las medidas propuestas, sino que se ha manifestado como un claro ejemplo de una reforma del sistema de jubilación distanciada de su sentido originario y condicionada por la crisis económica de finales de la década de los años 70 y principios de los 80 que, entre otros factores, comportó un aumento considerable de las tasas de desempleo existentes, cuya solución trató de buscarse a través de la instrumentalización de la jubilación y muy especialmente de la edad como variable a efectos de política de empleo, tratando de fomentar, directa o indirectamente, el denominado <<relevo generacional>>.

Las medidas adoptadas en este período, que serán objeto de examen en un momento posterior de este trabajo, lejos de contribuir efectivamente a una disminución de las tasas de desempleo mediante la sustitución de los trabajadores de edad por jóvenes desempleados, ha favorecido la promoción de prácticas alejadas de los objetivos previstos por estas medidas, como es la de descargar sobre el sistema público de Seguridad Social el coste derivado del mantenimiento en plantilla de los

trabajadores de edad, fomentando ya sea directamente o a través de una norma convencional su salida del mercado de trabajo a una edad anterior a la prevista o a la deseada.

Con el transcurso del tiempo se ha podido igualmente advertir cómo la aproximación de la jubilación a la política de empleo ha contribuido a favorecer la aparición de un elemento nuevo de discriminación en el mercado laboral como es la edad, sobre el que más adelante me detendré, que se ha vuelto cada vez más operativo y de difícil solución. No en vano se ha extendido la valoración, no siempre cierta, de que la edad del trabajador es un obstáculo para las empresas, fundamentalmente desde un punto de vista económico ya que el elevado coste de un trabajador mayor puede ser rebajado mediante la contratación de una persona más joven que sometida a la dinámica actual del mercado, fundada sobre la base de la flexibilidad en aras a un mayor competitividad, se ve compelida a aceptar unas condiciones de contratación muy por debajo de los niveles vigentes, y que hacen muy difícil, por no decir imposible, que una persona de edad avanzada pueda competir por un determinado puesto de trabajo en igualdad de condiciones.

Por su parte, ya hemos tenido ocasión de apreciar como las reformas aprobadas tanto por la LMU como por la LCRSS, que inciden muy especialmente sobre otros elementos de la prestación de jubilación, diferentes de la edad, han sido introducidas con un único objetivo: endurecer los requisitos de acceso a la pensión de jubilación y descargar financieramente al sistema del alto coste que comporta el aumento de número de beneficiarios y la ampliación de las tasas de esperanza de vida y de longevidad.

Incluso puede llegar a considerarse que, en parte, estas reformas son una respuesta a los efectos no esperados de las modificaciones introducidas sobre la jubilación a partir del año 1980, al margen de haberse intentando realizar un examen de fondo sobre el futuro real de esta prestación, se ha optado por la técnica de la reforma-retoque que obliga a efectuar un ajuste cada cierto período de tiempo.

Si bien es cierto que un factor a tener en cuenta es que muchos de los elementos que influyen sobre estas reformas son de índole coyuntural o que merecen una respuesta rápida con el objeto de evitar males mayores, por eso, no parece que sea desacertado, en ciertos momentos puntuales, realizar algunas adaptaciones sobre el sistema que permitan superar estos obstáculos, no debemos olvidar que nos encontramos ante una prestación de ciclo largo de vida, cuyos análisis fundamentales no deben hacerse a corto plazo sino sobre una perspectiva a medio o largo plazo, evitando de esta manera las lecturas catastrofistas de proyecciones que van más allá de un período razonable de 10 ó 15 años, y además permitiendo con ello poder efectuar reformas que incidan no sólo sobre el sistema de jubilación en sentido estricto, sino también sobre otros elementos del sistema de Seguridad Social que pueden favorecer la adaptación de la jubilación a estas nuevas realidades.

Efectuado un análisis general de las reformas realizadas en materia de jubilación, son tres las principales conclusiones que pueden extraerse: en primer lugar se aprecia una falta total de planificación en las mismas, en este sentido, el legislador español influido, en cada momento, por las circunstancias existentes ha optado por aprobar un paquete de reformas consecutivas que lejos de ser una respuesta programada a los retos presentes y futuros son meros retoques con los que combatir los potenciales riesgos advertidos, ni tan siquiera de las recientes reformas aprobadas en el marco del Pacto de Toledo, a través de la LCRSS, puede afirmarse que son una respuesta planificada a los desafíos que se atisban en materia de jubilación, pueden, eso sí, ser consideradas como una respuesta razonada a los problemas que debe afrontar el sistema en su conjunto, sin que se haya entrado a efectuar un examen pormenorizado de cuál es hoy en día el sentido y alcance que debe darse al sistema de Seguridad Social, a cada una de las prestaciones y muy especialmente a la jubilación en tanto que prestación central del mismo.

En segundo lugar, se advierte que como consecuencia de la primera de las conclusiones expuestas, la falta de un programa y examen más pormenorizado de las modificaciones que deben acometerse en materia de jubilación, no son pocas las contradicciones en las que ha entrado el legislador a la hora de afrontar los continuos

ajustes efectuados, así por ejemplo en el tratamiento dado a la edad de jubilación existe una clara incoherencia entre las reformas de la década de los años 80 aún hoy vigentes y las recientemente establecidas al respecto por la LCRSS, paradójicamente, se mantienen de un lado las variadas fórmulas de jubilación anticipada y, de otro, se propone fomentar el retraso de la edad de jubilación mediante la concesión de incentivos y/o subvenciones, de lo que muy fácilmente puede deducirse que el legislador no tienen en absoluto nada claro cuál es el tratamiento que quiere dar a la edad de jubilación.

En última instancia se puede observar como las reformas o retoques adoptados en el período 1980-1997, lejos de contribuir a clarificar el sentido y alcance de una institución como es la jubilación, ha introducido numerosas disfuncionalidades que aún manteniendo los contornos esenciales de su configuración originaria, respetando la estructura de la institución apoyada sobre dos pilares esenciales como son la edad de jubilación y el cese voluntario, los han ido vaciando de contenido hasta el punto de poder considerar que se ha producido una clara desconfiguración de esta institución que hoy fluye alejada de su concepción tradicional y lo que es más alarmante sin rumbo o dirección definida.

Cap. 2º La configuración de la jubilación a partir del primer TRLGSS: los elementos configuradores de la prestación de jubilación.

Una vez examinada la configuración general de la prestación de jubilación en el TRLGSS/1974, el alcance de las reformas operadas en 1985 y 1997 sobre el sistema de Seguridad Social y particularmente sobre la prestación de jubilación, y la importancia que supuso la introducción del nivel no contributivo en el marco del sistema de Seguridad Social, trataré a continuación de analizar los elementos que conforman la prestación económica de jubilación.

En primer término, conviene centrarse en la pensión de jubilación que constituye el núcleo esencial de esta prestación. Como ya he tenido ocasión de señalar, la protección de la vejez si bien tienen como punto de referencia esencial el ofrecimiento de una prestación, ya sea bajo la modalidad contributiva, o más recientemente a través de la modalidad no contributiva, que permita compensar a aquel trabajador que con motivo del cese en su actividad laboral tras haber alcanzado la *edad pensionable* ve mermada su capacidad económica para hacer frente a sus necesidades vitales o carece de rentas con las cuales subsistir, se complementa con el establecimiento por parte del propio sistema de Seguridad Social de otras prestaciones a favor de los ancianos para cubrir las necesidades propias de su estado de ancianidad (vivienda, servicios sociales, etc.)

La pensión de jubilación, se conforma a partir del cumplimiento de dos requisitos esenciales: el cumplimiento de la *edad pensionable* y el cese voluntario de la actividad productiva; requisitos que el desarrollo del propio sistema de Seguridad Social ha ido desconfigurando hasta el punto de haberlos prácticamente diluido. No en vano, tal y como más adelante apreciaremos, la edad se ha ido flexibilizando, en mi opinión, de forma negativa hacia abajo a través de la jubilación anticipada, dando lugar a que tengamos que hablar de "edades de jubilación", frente a la idea de una única edad de jubilación, y el requisito de la voluntariedad puede considerarse que en numerosas ocasiones ha desaparecido, al utilizarse la jubilación en relación con las políticas de empleo, al situar, siguiendo el esquema de Dupeyroux J.J., la edad de jubilación en el plano de las relaciones del individuo con el trabajo y potenciar su posible consideración como causa de cesación de la actividad profesional⁶²⁸, cuestión ésta que ha conducido a que no sean pocos los individuos que se hayan visto forzados a abandonar su actividad productiva, para intentar o bien dar posibilidades de empleo a los que no las tienen, especialmente los jóvenes, dadas las dificultades existentes para crear empleos nuevos, o evitar que se deba proceder a adoptar una medida más

⁶²⁸ Cfr. "Edad de jubilación pensión, pensión de vejez, distribución de trabajo: algunos puntos de referencia". en IESS (Instituto Europeo de Seguridad Social. "La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social". Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1980.

drástica como es el cierre de una empresa en el marco de un proceso de crisis empresarial.

Asimismo trataré de profundizar en la relación que la prestación de jubilación mantiene con otras prestaciones, muy especialmente, como es obvio, con la prestación de incapacidad permanente, que a pesar de mantener numerosas cuestiones comunes con la primera, ha sido obviada por parte del legislador que llevó a cabo la reforma de 1997 pese a que al cumplimiento de la edad de 65 años las pensiones de incapacidad permanente pasarán a denominarse pensiones de jubilación, sin que esta nueva denominación implique, tal y como hemos visto, modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que el pensionista viniese percibiendo de conformidad con el párrafo 4º del art. 143, introducido por la LCRSS.

Es necesario poner en conexión este art. 143 del TRLGSS/1994 con el segundo párrafo del art. 138.1 del mismo texto normativo, donde expresamente se establece que no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia que las origine, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad de 65 años y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

Aunque en principio pudiera parecer que se trataba de un cambio a efectos estadísticos⁶²⁹, recogiendo parte de la doctrina emanada del TS quien por analogía extendía la imposibilidad de proceder a una revisión del grado de incapacidad una vez alcanzada la edad de jubilación a la propia calificación⁶³⁰, la verdad es que de esta conversión se derivan efectos importantes, entre otros, la necesidad de distinguir entre los jubilados de forma ordinaria y los jubilados por incapacidad, distinción ésta de la que se infieren numerosos efectos, como por ejemplo, el régimen de

⁶²⁹ DESDENTADO BONETE, A.; "La protección de la incapacidad permanente en el Proyecto de Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social". RMTyAS, núm. 4, 1997, pág. 73.

⁶³⁰ Vid, entre otras, STS de 14 de octubre de 1992 (Ar. 7634), STS de 15 de diciembre de 1993 (Ar. 9960), STS de 15 de abril de 1994 (Ar. 3246).

incompatibilidades que en el caso de la jubilación es mucho más rígido que en el de la incapacidad permanente.

Algunos de estos efectos son, en gran parte, derivados de la exigencia establecida en el art. 7 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, de no alterar el régimen jurídico de aquellas prestaciones de jubilación como consecuencia del cambio de denominación.

Siendo la finalidad de esta medida, tal y como ha señalado algún autor como Goerlich Peset, J.M: "remachar el carácter central de la protección de la vejez dentro del sistema contributivo de Seguridad Social"⁶³¹, el alcance tan general con el que está prevista, merece ser objeto de crítica, por cuanto que en modo alguno, parece justificado la necesidad de aplicar esta previsión con total independencia del riesgo que la ha originado⁶³².

De entre las diferentes observaciones que en forma de reproche se han formulado a esta previsión⁶³³, en gran parte consecuencia de la precipitación y la mala técnica improvisada⁶³⁴, me parece oportuno destacar aquellas que aluden, de un lado, al hecho de que esta conversión desincentiva la permanencia en activo más allá de los 65

⁶³¹ Cfr. "La reforma de la Incapacidad Permanente" en AA.VV.; "La reforma de las pensiones de 1997". Marcial Pons, 1999, pág. 52.

⁶³² Vid, al respecto, GETE CASTRILLO, P.; "La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la persona interminable del sistema de Seguridad Social" en VALDÉS DAL-RÉ, F.; "La reforma pactada de las Legislaciones laborales y de Seguridad Social". Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 451; y MERCADER UGUINA, J.R.; "La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social" RL, nº 23, 1997, pág. 80; DESDENTADO BONETE, A.; "La protección de la incapacidad en la Ley de Consolidación y Racionalización de la Seguridad Social". RMTyAS, núm. 4, 1997, pág. 73.

⁶³³ A modo de síntesis de las diferentes críticas formuladas, puede consultarse: MARTÍN PUEBLA, E.; "La protección social de la Incapacidad permanente para el trabajo". Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 87-92.

⁶³⁴ Expresiones utilizadas por ALARCÓN CARACUEL, M.R y GONZÁLEZ ORTEGA, S.; quienes si bien consideran que las razones de fondo son atendibles y teóricamente irreprochables, (atribuir a cada prestación de la Seguridad Social la función que le es propia evitando el uso desviado de algunas de ellas para cubrir situaciones de necesidad que son de distinta naturaleza y, evitar el fraude o la selección de la prestación más favorable) la puesta en práctica de las mismas presenta numerosos lagunas. Cfr. "Los principios de..." *Op. cit.*, pág. 163

años⁶³⁵, y de otro, que sin cambio de régimen produce disfuncionalidades y desigualdades de tratamiento⁶³⁶.

Con relación a la primera de las cuestiones apuntadas, sin duda alguna en el supuesto donde mayor incidencia puede tener el límite de edad de los 65 años para acceder a la pensión de incapacidad, es en aquellos casos en los que el declarado incapaz permanente simultanee esta prestación con el desarrollo de una actividad profesional, por cuanto que alcanzada la edad de 65 años, deberá optar por mantenerse en activo hasta que decida jubilarse, renunciando a su prestación de incapacidad permanente o bien por la conversión de esta prestación en jubilación y por tanto dejar de ejercer la actividad profesional al ser ésta incompatible con la jubilación.

Parece, en este sentido, que se impone la jubilación obligatoria a los 65 años para aquellos individuos que con anterioridad a esta edad se encuentran en situación de incapacidad permanente, al ser normalmente más ventajosa esta prestación que no la jubilación⁶³⁷, limitándoles claramente su derecho al trabajo⁶³⁸, máxime cuando la prestación de incapacidad permanente es compatible con el ejercicio de actividades profesionales.

Por su parte, la necesidad de proceder a un cambio de denominación, es decir, a una conversión de la pensión de incapacidad permanente en jubilación, sin modificación alguna, sin que se produzca ninguna alteración del régimen jurídico de la

⁶³⁵ MARTÍN VALVERDE, A.; *"El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social"*. RMTAS, núm. 4, 1997, pág. 57.

⁶³⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R y GONZÁLEZ ORTEGA, S.; "Los principios...". Op cit., pág. 168.

⁶³⁷ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.; precisamente alude a esta diferencia de trato dispensada, especialmente, en el caso de incapacidad permanente por accidente sea o no de trabajo, por cuanto que la prestación es más alta en el caso de la incapacidad permanente que en la jubilación, para considerar que si bien es una medida que puede evitar fraudes, puede ser de una total injusticia. Cfr. *"Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998"*. RL, núm. 6, marzo 1998, pág. 27

⁶³⁸ GETE CASTRILLO, P.; *"La Ley de Consolidación..."* Op cit., pág. 451, considera difícil casar esta conversión de la incapacidad en jubilación con el art 12 de la propia LCRSS, considerado como una especie de veto a la continuidad en el trabajo de quienes superen la edad normal de jubilación, parece que para ellos deja de tener vigencia el art. 35 de la Constitución, lo que resulta altamente discutible.

prestación de incapacidad permanente, tiene difícil encaje en este deseo de trazar una separación de estas dos prestaciones, ya que si alcanzada la edad de 65 se tiene que acceder necesariamente a la jubilación no debería existir obstáculo alguno para que llegado el momento se calcule la prestación de jubilación conforme a las reglas propias de esta prestación y tomando en consideración los períodos de cotización satisfechos durante la prestación de incapacidad permanente.

En definitiva, si bien es cierto que deben delimitarse claramente ambas prestaciones, al responder a realidades distintas, las reformas aprobadas en torno a esta cuestión no discurren por este camino, puesto que la generalidad con la que se ha previsto el límite de los 65 años para poder acceder a la incapacidad permanente, supone claramente reforzar la idea, antes ya apuntada, de imponer una especie de jubilación forzosa cuando cumplida esta edad acontece una incapacidad permanente (incluso parcial), contraria a la voluntariedad de la jubilación configurada como un derecho del trabajador.

La solución más coherente hubiera sido quizás la de flexibilizar los requisitos de acceso a la jubilación para aquellos que superada la edad de los 65 años padecen una lesión que les imposibilite para trabajar definitivamente (sobre todo en los casos en los que esta lesión haya sido producida en ocasión o por consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional), y, a su vez, permitir el nuevo cálculo de la pensión de incapacidad permanente al cumplir los 65 años, tomando en consideración las cotizaciones efectuadas durante esta situación, ya que si la voluntad del legislador era de la establecer una clara separación entre ambas prestaciones no tiene sentido decidirse, tal y como ha hecho el legislador, por un simple cambio nominal y netamente estadístico.

Hubiera sido más oportuno trasladar al Régimen General las reglas establecidas, para el caso del Régimen Especial de la Minería del Carbón⁶³⁹, en el que, de

⁶³⁹ Es necesario tener en cuenta que las modificaciones establecidas por la LCRSS pueden afectar también a este Régimen especial, por cuanto que del art. 13 de esta norma que modifica la

conformidad con lo previsto en el art. 20 de la OM de 3 de abril de 1973 para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización de este régimen especial, se fijan una serie de normas para calcular la pensión de jubilación en el caso de invalidez absoluta o gran invalidez al cumplir la edad de jubilación, siempre que la cuantía determinada conforme a las mismas sea superior a la que con anterioridad tuviera la pensión de invalidez.

Se aplican, en síntesis, las reglas propias de la jubilación en este régimen especial aunque con ciertos matices, como por ejemplo, a la hora de determinar la base reguladora, computándose las bases normalizadas que hubiesen estado vigentes durante un período de meses ininterrumpido, previo al ejercicio del derecho a la jubilación, tomándose como referencia las bases de cotización normalizadas que hayan correspondido en los mismos períodos a la categoría o especialidad profesional que tuviera el interesado al producirse la incapacidad permanente.

Asimismo, se tomaba como porcentaje aplicable el que correspondía a la pensión de jubilación, aunque se computaban a tal efecto, como si se tratara de períodos cotizados, el tiempo de permanencia en la situación de invalidez.

1. Requisitos esenciales a partir de los cuales se construye la jubilación: la *edad pensionable*.

La jubilación sea ésta considerada como un supuesto de invalidez presunta o bien como derecho al descanso -cuestión sobre la que me he referido extensamente al inicio de este trabajo de investigación y cuya importancia radica en orden a determinar el alcance y significado de la prestación de jubilación- se construye, tal y como he reiterado en numerosas ocasiones, a partir del cumplimiento de dos condiciones fundamentales: la *edad pensionable* y el cese de la actividad laboral.

disposición adicional octava del TRLGSS/1994, extiende la aplicación del art. 138 del mismo a todos los regímenes especiales, sin embargo no se aplica el apartado 4º del art. 143 del TRLGSS/1994 que alude al cambio de denominación.

El cumplimiento de estos dos requisitos que si bien colocan al individuo que los acredita en situación de jubilación, no da derecho por sí solos a tener acceso a las prestaciones de jubilación, y muy especialmente a la pensión de jubilación contributiva, por cuanto que para ello se exige el cumplimiento de otros requisitos más específicos como son, entre otros, la acreditación de un determinado período de cotización previa o período de carencia, que tiene un peso esencial en el ámbito de la jubilación contributiva. Aunque la aparición y desarrollo de la modalidad no contributiva ha quebrado el peso de la contributividad en esta prestación, no permite considerar que existe en nuestro ordenamiento jurídico una equiparación entre jubilación, entendida ésta como acción de jubilarse, de cesar en el trabajo al cumplimiento de una determinada edad, y la prestación de jubilación a que se tiene derecho una vez se accede a la jubilación si se cumplen los requisitos exigidos en la Ley: período de carencia, en la modalidad contributiva y carencia de rentas e ingresos suficientes en la modalidad no contributiva.

1.1 La importancia de la edad en la configuración de la jubilación.

El cumplimiento de una determinada edad ha sido siempre un elemento esencial en la configuración de las prestaciones de vejez, ya desde sus orígenes, en el retiro obrero, instaurado en 1919, se tenía derecho a una pensión a partir de las aportaciones efectuados al cumplirse una determinada edad de retiro, los 65 años⁶⁴⁰.

No obstante existen, sistemas de Seguridad Social en los que la concesión de la prestación de vejez no esta condicionada al cumplimiento de ninguna edad, sino que la

⁶⁴⁰ En el régimen o sistema de libertad subsidiada, anterior al seguro obligatorio, aun cuando se establecía una edad de retiro, 65 años, dependiendo de la modalidad suscrita se concedía, en algunos casos, una renta desde los 55 ó 60 años. Vid, al respecto apartado 2.3.2, Parte I de este trabajo.

prestación se concede en función de los años de servicio o de cotización sin tener en cuenta la edad del sujeto⁶⁴¹.

Sin duda alguna el ejemplo más próximo al respecto lo constituye la *pensione di anzianità* que en el sistema italiano de protección social (*previdenza sociale*) se configura como una prestación alternativa a la pensión de vejez (*vecchiaia*), introducida por la Ley de 21 de julio de 1965, núm. 903, y que se concede con independencia de la edad del asegurado, por el sólo hecho de que se cumplan dos requisitos: el aseguramiento y la contribución durante al menos 35 años.

La concesión de este tipo de prestación un tanto atípica, estaba inicialmente sujeta al cumplimiento de un único requisito fundamental, 35 años de cotización efectiva, que fue reducido, sobre todo, para los empleados estatales y de entes locales exigiéndose a los primeros sólo 19 años, seis meses y un día, a tenor de lo dispuesto en el Decreto del Presidente de la República, en adelante, dpr, 1079/1973, y 24 años, seis meses y un día para los segundos, en virtud de la Legge 379/1975⁶⁴². En el caso de las mujeres casadas o con descendencia era posible incluso tener derecho al abono de 5 años según lo dispuesto en el dpr 1092/1973 y en la Ley 379/1975⁶⁴³.

⁶⁴¹ Vid, al respecto a título de ejemplo: *“La protección de la vejez por la...” Op. cit*, pág. 45, donde se citan como países que a fecha de 1989 y a partir de la información facilitada por éstos, conceden prestaciones de vejez sin tener en cuenta la edad: Brasil; Togo; Turquía; y Yugoslavia.

⁶⁴² Las razones de esta distinción entre empleadores públicos y privados son, en opinión de AVIO, A., de carácter esencialmente histórico; “I motivi di tali diversità rispetto all’imiego privato sono spiegabili avendo presente il diverso iter storico seguito dai trattamento di quiescenza. Essi, infatti, nascono già durante le monarchie assolute come concessione sovrana per i particolari meriti acquisiti dal suddito o per il lungo periodo di servizio svolto. Ed anche quando, sul finire del ‘700 cade il carattere di <<grazia>>, l’accento viene comunque posto sull’anzianità del servizio e non sull’età biologica del soggetto: la prestazione assume, quindi, un carattere sostanzialmente premiale piuttosto che previdenziale. Tale caratteristica permane nello sviluppo dell’istituto moderno; già dalla prima normativa generale per gli impiegati civili –la legge 14-4-1864, n. 1731- si coglie l’inesistenza di un rapporto giuridico tra l’età biologica e l’acquistazione del diritto al trattamento di quiescenza. Il dato è confermato dalle successive normative ed è, infine, ulteriormente evidente nel dpr. 29-12-1973, n. 1092 (t.u delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili i militare dello stato). Cfr. *“Vecchiaia nel diritto della sicurezza sociale”*. DIGESTO delle Discipline Privatis liche. Sezione Commerciale. Quarta edizione UTET, 1999, pág. 396.

⁶⁴³ “Ciò non significa, come comunemente viene inteso, che detto abbuono spetti comunque; esso è concesso solo se la dipendente dimissionaria non già il periodo di servizio minimo previsto nell’ipotesi di dimissioni; è richiesto altresì che l’interessata già posseda almeno 14 anni 6 mesi e 1 giorno di servizio; viene concesso, infine, solo nella misura ocorrente per il raggiungimento di 19 anni 6 mesi e 1 giorno e che comunque non può superare i 5 anni.

Este tipo de prestación dio lugar a que fundamentalmente en el sector público más que en el sector privado donde continuaban exigiéndose 35 años de cotización efectiva, se produjera un aumento considerable del número de pensiones abonadas por parte del Estado concedidas generalmente a una edad muy prematura, motivo por el cual se hizo necesario acometer con carácter urgente numerosas reformas al respecto al llegar a considerarse que este tipo de prestación estaba implicando un enorme gasto para las finanzas públicas^{644 645}.

Hay quien considera que, entre las causas que de forma más directamente han influido al legislador italiano para iniciar en la década de los 90 un importante proceso de reforma del sistema pensionístico, es necesario tener en cuenta el importante incremento cuantitativo de las pensiones de ancianidad que al no estar sujetas, tal y

Per tanto si la dipendente ha già 19 anni di servizio effettivo, l'abbuono sarà limitato a mesi 6 e giorno 1, ciò è al periodo di tempo occorrente per il conseguimento del diritto a pensione.

Se invece la stessa dipendente può vantare alla data di dimissioni un servizio di 14 anni e 6 mesi essa non può avere alcun abbuono in quanto, anche se le fosse concesso il massimo dei 5 anni previsti il totale del periodo che ne risulterebbe (19 anni e 6 mesi) non farebbe conseguire all'interessata il diritto a pensione per il quale occorrono –nell'ipotesi di cessazione in argomento- 19 anni 6 mesi e 1 giorno di servizio minimo.

Infine, se la medesima dipendente possiede già 19 anni ed 8 mesi di servizio effettivo, essa non avrà diritto ad alcun periodo di abbuono perché quest'ultimo non è influente al fine del conseguimento del diritto a pensione". GIRARDI TOSITTI, C., *"L'età di pensionamento per vecchiaia nell'assicurazione generale obbligatoria italiana e i suoi riflessi sugli oneri della Sicurezza Sociale"*. Previdenza Sociale 1956-I, pág. 844. Sobre la controversia suscitada en torno al mantenimiento de esta prestación, especialmente en el caso de los empleados públicos vid, BALANDI, G.G., *"Pensioni-baby sí e no"*. Política del Diritto (PD), 1983, n.2 págs 225-230.

⁶⁴⁴ MAZZIOTTI, F., *"Diritto della Previdenza Sociale"*. Editoriale Scientifica. Napoli, 1998, pág. 170.

⁶⁴⁵ El Legislador italiano inició esta reforma sustancial de la pensión de ancianidad sobre todo a partir del año 1992, en concreto: "dal 19 settembre 1992 fino al 30 giugno 1995, ha più volte sancito il blocco delle pensioni di anzianità (Legge 438/1992 [Legge 14 novembre 1992, n. 438 (Gazzetta Ufficiale, serie generale n. 272 del 18 novembre 1992) di Conversione, con modificazioni del Decreto-Legge (D-L) 19 settembre 1992, n. 384: recante urgente in materia di previdenza, di sanità e di pubblico impegno, nonché disposizioni fiscali]; Legge 537/1993 [Legge 24 dicembre 1994, n. 537 (G.U. Serie generale n. 303 del 28 dicembre 1993): Interventi correttivi di finanza pubblica]; Decreto Legislativo 654/1994 [Decreto Legge 26 novembre 1994, n. 654 (G.U. Serie generale, n. 278 del 28 novembre 1994): Sospensione temporanea dell'efficacia delle domande di pensionamento anticipato nel settore pubblico e privato]; y Legge 724/1994 [Legge 23 dicembre 1994, n. 724 (Supplemento ordinario alla G.U. n. 12 del 16 gennaio 1995): Misure di razionalizzazione della finanza pubblica]).

como hemos visto, al requisito de edad permitían acceder a la pensión a edades ciertamente tempranas^{646 647}.

Si a ello unimos que el sistema italiano de jubilación anticipada era enormemente generoso, de manera particular respecto a colectivos especialmente protegidos, como era el caso de los trabajadores empleados en los denominados trabajos penosos, en los que aún siendo de por sí ya baja la edad ordinaria de jubilación, podían acceder a la pensión de jubilación a una edad muy temprana, en ocasiones incluso, aunque con carácter excepcional, a los 40 años de edad, como en el caso de los bailarines, de los entrenadores de fútbol, de los jugadores de fútbol y de los deportistas profesionales inscritos en el Enpals (*Ente nazionale di previdenza e assistenza lavoratori dello spettacolo*) colectivos en los que ateniendo a las características especiales del trabajo que desempeñaban podían acceder a la pensión a una edad muy temprana, evidentemente el gasto público alcanzaba cuotas elevadas mostrándose insostenible.

Como consecuencia de lo expuesto es fácilmente entendible que el sistema financiero italiano estuviera seriamente amenazado⁶⁴⁸, de la misma forma que, en

⁶⁴⁶ Tal y como señala LAPADUA, B., y PATRIARCA, S., "L'esistenza di questo meccanismo immutato nel tempo (per lo meno fino alla comparsa dei <<blocchi>> del 1993) ha determinato nel tempo un insostenibile paradosso sociale: il perseguimento di contenimenti della spesa previdenziale complessiva era stato caricato sostanzialmente sulle situazioni relativamente più deboli e sui giovani. Infatti l'innalzamento dell'età di godimento della pensione di vecchiaia da 55/60 a 60/65 aveva determinato un peggioramento relativo delle condizioni proprio di quelle fasce di popolazione che, non arrivando a maturare i requisiti richiesti per le pensioni di anzianità (ed è tuttora la grande maggioranza dei casi) accedevano solo al pensionamento per vecchiaia che poteva però avvenire anche in assenza di reddito e di lavoro, e che avviene in condizioni reddituali e di pensione comunque inferiore (in media) a quelle delle pensioni di anzianità". Cfr. *"La rivoluzione delle pensioni"*. Ediesse, Roma, 1995, pág. 44. La edad media de jubilación se situaba en 1995, en 54,6 años. Ibidem, pág. 44. Vid también: CARRASCOSA BERMEJO, M.D.; *"El sistema de cálculo contributivo en el marco de la nueva pensión de jubilación italiana"*, en *"La reforma de las pensiones de 1997"* dir. Agnés Pardell, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999, págs. 155-180.

⁶⁴⁷ En 15 años, entre 1960-1975, se pasó en el número de pensiones de ancianidad de 3.200.000 a 5.000.000; "e quindi ai problemi derivanti dell'appesantimento demografico si sono aggiunti quelli di una maggiore apertura dell'offerta pensionistica, con una crescita dei costi sul bilancio dello Stato in conseguenza dell'estensione della copertura previdenziale di tipo orizzontale verso nuove categorie sociali e di tipo verticale con l'aumento degli importes delle prestazioni e l'anticipazione nella corresponsione". BALLISTRERI, M., *"Pensione e Sicurezza Sociale in Italia"*. Diritto e Pratica del Lavoro, 1994, n.30, pág. 2078.

⁶⁴⁸ En este sentido tal y como indica LAPADULA, B y PATRIARCA, S., el problema financiero del sistema italiano que motiva en gran parte la reforma de su sistema pensionístico italiano a partir de

general, están la gran mayoría de sistemas de Seguridad Social, aunque en este caso si cabe con mayor gravedad y con una cierta anticipación al resto de sistemas, siendo necesario por ello adoptar cambios, que de forma no traumática y salvaguardando los principios esenciales de los sistemas, permitieran proceder a una reordenación y racionalización del mismo.

Precisamente, uno de los puntos centrales de las reformas establecidas en el sistema pensionístico italiano en el período 1992-1995 afecta a esta cuestión, la edad de acceso a la pensión de jubilación, no en vano con las modificaciones introducidas en el sistema vigente se ha tratado de flexibilizar la edad de acceso a la pensión, a la vez que se ha procedido a eliminar progresivamente la pensión de ancianidad⁶⁴⁹.

El ofrecimiento de este tipo de prestación de vejez por parte de los organismos públicos, en la que la edad deja de ser en cierta medida uno de los elementos configuradores de la misma, permite que podamos llegar a considerar que, a pesar de la denominación utilizada, no nos encontramos propiamente ante una prestación de vejez, tal y como ésta la conocemos. En estos casos, el Estado opta por conceder la prestación sin más causa que la de haber cotizado y estar asegurado durante un determinado período de tiempo, convirtiéndose de esta manera en un premio, más que en una prestación ligada al estado de necesidad que se deriva del hecho de haber cesado en el trabajo profesional por parte de quien al cumplir una edad determinada

1992, no deriva tanto de la cantidad de gasto público social, ya que éste es incluso unas décimas inferior a la media europea en 1992, 24,30 frente al 24,75, sino por las propias características internas, ya que el factor más dinámico y preponderante era el relativo al gasto en pensiones que alcanzaba, en ese año, la cifra del 60%, con una incidencia sobre el PIL (producto interior bruto) del 14,6% frente a una media europea del 52,9% y del 12,7% respectivamente. Cfr. "La rivoluzione..." *Op cit*, pág. 50-51.

⁶⁴⁹ El art. 1, apartado 1º y el art. 5 del d.legs n. 503 de 1992, estableció un aumento progresivo de la *edad pensionable* año por año tanto para el hombre como para la mujer hasta situarse en los 65 y 60 años respectivamente al inicio del año 2002, que más tarde fue reducido al año 2000, la finalidad de esta elevación de la *edad pensionable* es equipararla a la edad de la gran mayoría de países europeos y reducir la carga financiera del sistema, sin que pueda considerarse una reducción de la intensidad de protección del sistema de protección social; "l'elevazione dell'età procrastina l'esborso dei pagamenti, riducendo nel complesso di un quinquennio o, transitoriamente, di una quota di esso, il periodo di godimento della pensione durante la vita media pensionabile dei lavoratori. Sotto il profilo dell'azione dello Stato sociale l'elevazione in parola non è sostanzialmente una riduzione di tutela, ma costituisce compensazione dell'invecchiamento della popolazione oltre l'età pensionabile e, quindi, bilanciamento del prolungamento della vita media". SILVESTRO, C., "Età pensionabile ed espansività del regime generale" en FERRARO, G., e MAZZIOTTI, F., "Il sistema pensionistico riformato. Dalla legge Delega 421/1992 al Dlvo 585/1993" Jovene editore, 1994, pág. 4;

más o menos avanzada después de haber cubierto un período de cotización pasa a la situación de retiro⁶⁵⁰. Dificilmente, así pues, podemos llegar a considerar que nos encontramos ante un supuesto especial de pensión de vejez o un supuesto de vejez anticipada⁶⁵¹.

El hecho de no condicionar en estos supuestos la concesión de esta prestación al cumplimiento del requisito de la edad, ha comportado que sea ciertamente complejo determinar cuál es el evento protegido y cuál es la naturaleza jurídica de esta prestación, de ahí que pueda mantenerse que la pensión de ancianidad tiene por objeto compensar la colaboración efectuada al sistema de Seguridad Social con independencia de la edad del sujeto en cuestión, cuando éste puede acreditar que ha contribuido un determinado número de años⁶⁵².

⁶⁵⁰ La pensione di anzianità, tal y como señala, entre otros, MAZZIOTTI, F., “-anche detta, nel settore pubblico, pensione anticipata- prescinde, nella sua struttura originaria, dell’età anagrafica e si basa esclusivamente sull’anzianità contributiva. Essa quindi, presuppone non tanto lo stato de bisogno, collegato con l’incapacità lavorativa che si presume derivi dal raggiungimento dell’età anagrafica, anche se flessibile; quanto con funzione premiale, lo svolgimento per lungo periodo di tempo di un’attività che abbia concorso al progresso della società e per la quale siano stati comunque accreditati contributi previdenziale”. Cfr. “Diritto della...”. *Op cit*, 1998, pág. 169. En este mismo sentido se manifiesta, entre otros, CARDONI, G., quien considera que: “in sostanza si tratta di una particolare tutela finalizzata a premiare chi, con il proprio lavoro, ha assiduamente partecipato ad un’attività di produzione sociale” Cfr “La pensione di anzianità” en PESSI, R., “La riforma del sistema previdenziale” CEDAM, Padova, pág. 112. Por su parte CARBONE descarta que forme parte de las pensiones de vejez, al señalar que la pensión de ancianidad: “non è una ipotesi particolare nell’ambito della pensione di vecchiaia, in quanto è una prestazione previdenziale fondata esclusivamente sulla durata dell’attività lavorativa e sulla correlativa anzianità di contribuzione effettiva prescindendosi in modo assoluto dell’età”. Cfr “Il blocco della pensione di anzianità”, en CINELLI, M., y PERSIANI, M., “Commentario della riforma previdenziale. Dalle leggi “Amato” alla finanziaria”. 1995. Giuffrè editore, Milano, 1995, pág. 29

⁶⁵¹ La propia Corte constitucional italiana, en su sentencia n.194 de 12 de abril de 1991, ha descartado que se trate de una pensión de *vecchiaia anticipata*, al considerar que la pensión de ancianidad no es una hipótesis particular en el ámbito de la pensión de vejez: “quest’ultima si fonda essenzialmente sul raggiungimento di un limite di età qualificato da una cert anzianità contributiva (quindici anni), mentre la pensione di anzianità prescinde in modo assoluto dall’età, essendo fondata esclusiamente sulla durata dell’attività lavorativa e sulla correlativa anzianità di contribuzione effettiva. Non si tratta di una anticipazione deell’età pensionabile, bensì di una deroga a questo presupposto, la quale configura un’ipotesi autonoma di pensione avente finalità di riconoscimento e di premio nei confronti dei cittadini cha hanno adempiuto il dovere prescritto dall’art.4, secondo comma, Cost. con una partecipazione assidua alle attività della produzione sociale, durata almeno trentacinque anni. La riprova dell’estraneità dell’istituto al concetto di pensione di vecchiaia anticipata è dall’art. 22, sesto comma, della delle n. 153, a norma del quale la pensione di anzianità si trasforma in pensione di vecchiaia quando il titolare raggiunge l’età pensionabile”. *Diritto e Pretica del Lavoro*, 1991-II, pág. 1690.

⁶⁵² “la pensione di anzianità può essere considerata, stante la rilevanza che la legge, oramai, assegna all’età del lavoratore. La circostanza che sia pur sempre richiesta una notevole anzianità contributiva non manca, però, di influire sulla funzione di quella pensión anche se questa è soprattutto condizionata alla cessazione dell’attività lavorativa in posizione subordinata e comporta un parziale divieto totale di cumulo con i redditi di lavoro autonomo. Ne deriva, a mio avviso, che tale forma di

Han sido numerosas las hipótesis planteadas por parte de la doctrina italiana en relación con esta cuestión, considerando que nos encontramos o bien ante una pensión de vejez anticipada, frente a una especie de ancianidad de trabajo, o ante un supuesto de ancianidad de servicio, para en última instancia llegar a defender que estamos ante una figura híbrida de protección de la desocupación involuntaria⁶⁵³.

Pero; ¿a qué edad se puede decirse que un individuo adquiere la condición de anciano?

No hay una respuesta cierta a esta pregunta, ni siquiera de índole científico, que tenga o pueda tener valor general, por cuanto que la condición de anciano además de una cuestión biológica que se adquiere con el transcurso del tiempo es una cuestión de sentimiento. No son pocos los estudiosos que en este sentido optan por considerar

tutela previdenziale non trova, oramai, il suo unico fondamento nella circostanza che siano stati versati un certo numero di contributi previdenziali, allo stesso modo in cui non trova soltanto nella circostanza che il soggetto protetto sia disoccupato.

A ben guardare, se può genericamente ritenersi che il titolo dal quale tra giustificazione la specifica tutela dei lavoratori, prevista nel secondo comma dell'articolo 38 della Costituzione, risieda in ciò che cittadini lavoratori hanno, con il proprio lavoro, contribuito al benessere della collettività, è da dire che il dovere di collaborare a tale benessere è stato adempiuto dopo trentacinque o quarant'anni di lavoro. Ne consegue la presunzione che la cessazione dell'attività lavorativa dia luogo ad una situazione di bisogno non in funzione dell'età né in funzione dello stato di disoccupazione, bensì in funzione esclusiva del lavoro già svolto".PERSIANI, M., *"Diritto della previdenza sociale. Cap. VI La tutela per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti"*. Decima Edizione Riveduta e Aggiornata. CEDAM, Padova, 1998, pág. 208.

⁶⁵³ NAPOLITANO se decanta por la última de las hipótesis apuntadas: "alcuni consideravano la pensione in discorso una pensione di vecchiaia anticipata, inquadrandola nella <<generica tutela della vecchiaia>>; altri, al contrario, revisavano l'evento nel raggiungimento dei 35 anni di contribuzione effettiva. A queste tesi, si aggiunge una terza, secondo la quale l'evento tutelato è <<l'anzianità di lavoro>>. Pur non reputando che questo concetto possa essere assimilato a quello di <<anzianità di servizio>>, nel senso che la tutela s'esplichi nei confronti del logorio psicofisico derivante da 35 anni di attività lavorativa, quindi della presunzione *iuris et de iure* riduzione della capacità di guadagno (...) Una quarta anch'essa nascente della constatazione che lo stato di disoccupazione genera bisogno, si specificò nell'affermazione che la pensione c.d. anticipata costituisse <<un'ibrida forma di tutela della disoccupazione involuntaria>>"⁶⁵³, tesis, esta última sostenida por Maneschi que también ha llegado a considerar que el acontecimiento tutelado es el alcanzar los 35 años de efectiva contribución, única situación objetiva a la que la ley condiciona para tener derecho a la misma. Cfr.: *"La pensione di anzianità"*. Rivista Italiana di Previdenza Sociale (RIPS), 1966, págs. 581-582; y también de este mismo autor, *"La nuova pensione di anzianità"*. RIPS, 1968, págs 641-642.

que un individuo es anciano cuando parece serlo o mejor aún cuando le parece serlo⁶⁵⁴.

No existe un concepto de ancianidad que tenga valor general o absoluto, ya que éste depende del punto de vista utilizado sea éste cronológico, socioeconómico, jurídico o biológico.

La ciencia médica no ha establecido en concreto, una edad exacta sobre la que empieza la vejez tomando en cuenta las distintas características físicas, biológicas, psíquicas e intelectuales del individuo.

Podría llegar a considerarse que se trata del período de la vida en el que se constata involuciones de índole orgánico y funcional más o menos netas en función de las características de los individuos, caracterizándose por el predominio del fenómeno destructivo-progresivo, frente al constructivo⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Tal y como, en este sentido apunta COLOMBO, U.: "il cittadino è anziano, solo quando gli pare di esserlo s si può aggiungere, se li pare di esserlo". Cr. "*Gli anziani (Rapporti sociali-lavoro-pensioni)*". Dott. A. Giuffrè editore. Milano, 1975, pág. 9. Este autor se plantea esta misma pregunta llegando a señalar que existen estudios, en los cuales sobre la base de las presunciones dividen el ciclo de vida de un individuo en 5 fases, así, hablan de juventud para referirse al período de entre 20 y 45 años; de fase media, entre 46 y 64 años; ancianidad entre 65 y 75; vejez, más de 75 años y finalmente, edad ultrasenil o "vegliarda" a partir de los 90 años. Otros autores elevan los límites antes señalados y distinguen 4 fases: la juventud, de los 22 a 48 años; la "presenescenza", subdividida en dos períodos: una transitorio de los 48 a 60 años y el otro considerado como período intermedio o de calma de los 60 a 75/80 años; la tercera fase la vejez, a partir de los 80 años y hasta los 95; y por último, la fase de la senilidad, que sería de los 95 años en adelante. Dada la incerteza de estos estudios, este autor concluye que es el ciudadano quien en definitiva es anciano cuando le parece serlo.

⁶⁵⁵ Tal y como señalan PICCIONI, A; y VITALE, A.: "Essa e diversa de la viechiaia e comincia per tutti attorno ai quarant'anni come fatale declino di tutto l'organismo, anche se i vari tessuti ed organi, avendo una propria relativa autonomia, non invecchiano sincronicamente, ma a seconda della carica nutritiva e rigeneratrice di ognuno di essi.

L'invecchiamento si distingue invece in primario, che è quello caratterizzato dalla diminuzione della capacità di adattamento dell'intero corpo ai cambiamenti delle condizioni di vita ed ha la sua causa nelle insufficienti regole omeostatiche dell'uomo, ed in secondario che trae origine dai processi di quello primario ed è caratterizzato da disturbi metabolici che alterano la funzione delle proteine e degli enzimi ed impediscono quell'azione correttiva che è ancora possibile nella fase primaria.

Da un punto di vista biológico, tuttavia, forse è meglio indicare con la parola <<longevità>> ill fenomeno imperniato sulla resistenza dell'individuo al tempo, piuttosto che con i ricorrenti termini ostici di <<senescenza>> e <<vecchiaia>>.

In sostanza si può ben convenire che invecchia come si è vissuti e che la longevità representa una vittoria personale composta da elementi semplici, giacché ogni individuo ha un propio modo di

Si a esto sumamos el hecho de que desde el punto de vista biológico el límite de edad a partir del cual una persona puede ser considerada como anciana se retrasa cada vez más como consecuencia del aumento de la longevidad de la sociedad, no cabe duda que las dificultades reales para fijar una edad concreta para poder hablar de ancianos y/o viejos son hoy enormes.

Así, por ejemplo, en un estudio más o menos reciente elaborado por el Instituto de estadística italiano (ISTAT), cuyas apreciaciones y valoraciones son aplicables a otras sociedades y ordenamientos jurídicos, se mantiene en forma de conclusión que el límite de edad se está postergando, advirtiéndose, en este sentido, que los verdaderos problemas surgen hoy después de los 75 años de edad cuando ya el proceso de decadencia biológico adquiere su cuota máxima⁶⁵⁶, no siendo por ello fácil poder fijar un límite preciso de edad vinculado al deterioro físico de la persona, a partir del cuál podamos hablar, en sentido propio, de ancianidad.

En sentido estricto puede hablarse de hasta tres tipos de vejez: la vejez cronológica, la vejez fisiológica, y la vejez psicológica; pudiendo haber individuos que a una edad aún joven sean fisiológica y psicológicamente viejos, otros en cambio pueden ser individuos de edad avanzada pero presentar un vigor físico y psíquico relevante y, en fin, hay incluso individuos que a pesar de ser sujetos a los que la cronología y las deficiencias funcionales les atribuyen la condición de viejos pueden mantener una inteligencia siempre viva.

Tal y como acabamos de apreciar, es ciertamente difícil poder determinar cuándo se dan en toda su plenitud estos tres tipos de vejez, momento a partir del cual podremos considerar en toda su extensión a una persona como vieja.

dominare la età ed una propria carica vitale capace di regolare i processi de condotta" PICCIONI, A; y VITALE, A.; *"La terza età, il lavoro e la sicurezza sociale"*. Lavoro e Previdenza oggi 1978-I, pág. 448-450.

⁶⁵⁶ ISTAT. *"Anziani in italia"*. Ed. Il mulino, Bologna, 1997, pág. 85.

1.1.1. Edad y jubilación o retiro dos conceptos interconectados.

Las normas en materia de Seguridad Social al referirse a la *edad pensionable* no hacen mención alguna a la edad de ancianidad o vejez, sino que se utiliza este concepto para poder trazar una separación entre los individuos laboralmente activos y los inactivos. En este sentido puede percibirse como es la sociedad quien poniendo un límite de edad para el desarrollo de una actividad productiva introduce una versión simplificada de la definición de anciano, como aquellos que han superado el límite de la vida activa⁶⁵⁷. Es, así pues, la propia sociedad, en la que prevalece una importante mentalidad productiva, la que a través de la edad de jubilación fija una importante separación entre activos e inactivos, haciendo que estos últimos pasen al adquirir la condición de pensionistas, a ser considerados ancianos.

Es necesario tener en cuenta que durante el período preindustrial los trabajadores -excepto en los casos de bienestar económico y de enfermedad- trabajaban hasta el final de sus vidas. Con la aparición de la civilización industrial, el anhelo de un mejor bienestar y el deseo de sustituir trabajadores de edad por jóvenes, indujeron a los primeros a solicitar las prestaciones contra el riesgo de vejez, entendida como la pérdida de los medios de subsistencia derivada del cese de la actividad laboral⁶⁵⁸.

A pesar del transcurso de los años, la edad, y más en concreto los 65 años, se ha mantenido como un elemento esencial de la jubilación, de hecho en todos los textos normativos referidos a la vejez y/o jubilación se habla de la edad como factor determinante, configurándolo como uno de los pilares básicos de esta prestación, hasta el punto de llegar a confundir cuál es el papel que ésta cumple.

⁶⁵⁷ GIORI, D., *"Vecchiaia e pensionamento"*. Prospettiva Sindacale, 1984, n.52, pág. 7. En este mismo sentido, MASINI, C., sostiene que: "l'età di pensionamento stabilita dal regime generale obbligatorio, costituisce, infatti, un dato obiettivo cui si fa riferimento ogni qualvolta, nell'ambito di un ordinamento, si voglia distinguere -a fin precipui o di carattere generale- tra popolazione attiva e popolazione che ha cessato di far parte del processo produttivo della Nazione". Cfr. *"I regimi generali obbligatori di vecchiaia per i lavoratori dipendenti nei paesi membri della CEE"*. Prev. Sociale, 1973 (II), pág. 1144.

Asimismo se debe tener presente que bajo el parámetro de la *edad pensionable* se alude, en ocasiones, a cuestiones diversas: de un lado se hace referencia a la edad de admisión a la pensión de jubilación, es decir, la edad mínima a partir de la cual se puede acceder a la pensión vitalicia de jubilación si se cumplen los otros requisitos exigidos; y de otro, se utiliza para señalar la edad obligatoria para la jubilación, entendiéndose el límite máximo a partir del cual la pensión viene atribuida de oficio, al cesar de forma obligatoria la prestación de servicios.

Son ciertamente numerosas e importantes las conexiones que el elemento de la *edad pensionable* mantiene con factores diversos que condicionan de forma notable su determinación y alcance. La *edad pensionable* representa un punto de equilibrio entre la protección del sujeto activo y la protección social, de lo que se deriva que de su individualización pueden depender relevantes efectos sobre el mercado de trabajo, ya sea sobre el plano del recambio generacional en el sistema productivo o para la posible regularización, mediante este instrumento, de los procesos de crisis y reestructuración productiva como la experiencia de la jubilación anticipada ha demostrado⁶⁵⁹, cuestión esta última sobre la que más adelante volveré no sin ahora destacar que el uso algo abusivo que de la edad de jubilación y en general de la prestación misma se ha hecho como medida de política de empleo, no sólo ha desvirtuado el objeto y alcance de esta prestación, sino que ha golpeado la estructura del sistema, cargándolo financieramente de un excesivo número de prestaciones a pagar que dificultan, dado la extensión cuantitativa y temporal de éstas, la aplicación del principio de repartición que es y debe ser el eje del sistema de Seguridad Social.

Al hablar de *edad pensionable* hago referencia a la primera de las cuestiones antes apuntadas, a la edad mínima a partir de la cual el trabajador puede voluntariamente cesar de su actividad productiva y pasar a la condición de inactivo en calidad de pensionista, ya que, tal y como con posterioridad veremos, fue excluida por

⁶⁵⁸ PICCIONI, A; y VITALE, A.; "La terza età,..." *Op cit*, págs. 474-475.

⁶⁵⁹ CESTER, C., "Requisiti per l'accesso al ...". *Op cit*, pág. 82

parte del TC la posibilidad de establecer de forma genérica una edad de jubilación forzosa, una edad obligatoria para el pensionamiento.

La fijación de la *edad pensionable* en los 60 ó 65 años fue realizada en un momento histórico determinado, coincidiendo, en general, con los inicios del presente siglo cuando la esperanza de vida se situaba de media en torno a los 40/45 años, siendo no demasiado frecuente el número de individuos que podían acceder a la misma.

La esperanza de vida no alcanzó la cifra de los 60/65 años hasta mediados del presente siglo, a pesar de ello se ha mantenido invariable esta edad, incluso en momentos como el presente en los que la esperanza de vida se sitúa alrededor de los 75/80 años de edad.

En relación con esta cuestión, el establecimiento de forma inalterada de una determinada edad de jubilación, es necesario destacar que en absoluto ha tenido en cuenta que la fijación de una edad como *edad pensionable* se realiza sobre la base de dos grandes parámetros: factores psicosomáticos, referidos a la disminución de la validez y aptitud del trabajador, y factores económico-sociales, los niveles de ocupación y de desarrollo económico del Estado. Así, tal y como señala entre otros Marziano, E., no puede tener carácter estático la edad de acceso a la pensión, por cuanto que los factores biológicos y económico-sociales tomados en consideración en el momento de determinar la *edad pensionable* poseen un carácter dinámico y es por ello que la edad de acceso a la pensión debería seguir la evolución de los fenómenos demográficos, biológicos, económicos y político-sociales que la condicionan⁶⁶⁰.

No hay que olvidar que el acceso a la condición de pensionista no es un tema baladí ya que acarrea consecuencias sobre todo de índole psicológica bastante importantes. En este sentido se ha llegado incluso a hablar de "síndrome de jubilación" o del drama del que se siente inútil al ser <<inutilizado>>. La constatación de la propia inutilidad puede ser claramente un elemento negativo para la condición vital del

⁶⁶⁰ Cfr. "Criteri biologice e sociali per la determinazione dell'età pensionabile nella donna". Previdenza Sociale, 1963-II, págs. 1876-1877.

individuo, condición que en general es el resultado de unir alma y mente, repercutiendo gravemente no sólo sobre su calidad de vida sino también sobre la duración de la misma⁶⁶¹.

La clave es la búsqueda de un cierto equilibrio entre el deseo de trabajar más tiempo manifestado por algunos, y el deseo de abandonar el trabajo, defendido por otros, ya que frente a la suerte y gratitud que para algunos representa el hecho de trabajar, otros continúan hoy considerando el trabajo como algo odioso como una "maldición bíblica".

La única manera de poder garantizar este equilibrio es posibilitando la elección del individuo, dejando en manos de él, siempre dentro de unos determinados límites, la posibilidad de elegir o bien por abandonar el trabajo y acceder a la pensión, o continuar trabajando por encima del límite ordinario de jubilación.

Obviamente, no son lo mismo los 65, 70, 75, 80 años de hoy que los de hace 10, 15, 20 ó 25 años, de ahí que parezca que carece de significado utilizar la misma barrera temporal del pasado, los 65 años, para trazar el límite ordinario entre activos y pensionistas. Siendo éste uno de los motivos por los cuales parece aconsejable tender hacia la individualización de la *edad pensionable* mediante la utilización de elementos que la doten de mayores dosis de flexibilidad, no en vano la capacidad prestacional de las personas ha aumentado considerablemente y sólo una observación personal podría permitir la indicación del límite de edad individualizado. Cuestión ésta que supondría el fin de la jubilación obligatoria a una determinada edad y la apertura de la gestión dinámica de la edad para establecer, en cada caso concreto y por parte de cada individuo, el conjunto de características personales que han de llevarle a la jubilación⁶⁶².

Sin embargo, hay autores que consideran, como sucede en el caso de Antonucci, que el factor esencial y casi único para la determinación de la *edad*

⁶⁶¹ MAGGIO, M., "L'anziano tra lavoro e pensione". Tutela, 1987, n.1, pág. 52.

⁶⁶² TRABUCCHI, M., "L'anziano e il lavoro: aspetti psicosanitari". Lavoro e Sicurezza Sociale, n. 3, 1994, pág. 62.

pensionable es el envejecimiento de la población, que está en directa relación con factores diversos como son: étnicos, geográficos, sociales, políticos y económicos. Después de rechazar que la invalidez presunta sea la causa o cuanto menos la causa exclusiva de la pensión de vejez, se debe llegar a la conclusión de que el establecimiento de una edad y no otra está estrechamente vinculado a la situación económica, el envejecimiento demográfico, la población disponible, etc. De esta forma, en opinión del citado autor, en condiciones normales la edad de jubilación debería sólo determinarse tomando en consideración el envejecimiento de la población, motivo por el cual la pensión debería concederse al cumplimiento de una edad biológica tal que resulte necesario interrumpir la edad laboral⁶⁶³.

No cabe duda que si nos atenemos a la relación estricta edad-jubilación o edad-retiro, parece lógico que nos centremos en parámetros como el envejecimiento de la población, pero hay que tener en cuenta que en torno a la edad de jubilación o *edad pensionable* confluyen factores diversos, como el paso de ser activo a inactivo, la consideración social de anciano; y es por ello que deben apreciarse otros factores, ya sean éstos de índole médico-sanitario, de índole social o de índole personal, en el momento de decidir la fijación de la edad de retiro.

En mi opinión debería optarse por el establecimiento de una edad de jubilación flexible o cuanto menos modulable dentro de un período determinado de años, con el único propósito de adecuarla al máximo a los factores que la condicionan y evitar que la modificación del límite de edad pueda tener repercusión sobre el régimen vigente en cada momento, respetando al máximo los derechos en curso de adquisición sobre todo de aquellos que un determinado cambio normativo en este sentido podría truncar sus expectativas de acceso a la pensión de jubilación a la edad actual de 65 años, siendo el mecanismo de la jubilación progresiva el que mejor se adapta a las necesidades del individuo y del sistema de Seguridad Social, comportando mayores ventajas que inconvenientes⁶⁶⁴.

⁶⁶³ Cfr. "Analisi e prospettive del pensionamento per vecchiaia in Italia". Rivista Italiana di Previdenza Sociale, 1957, págs 4-6.

⁶⁶⁴ Sobre las ventajas de la jubilación progresiva Vid: OCDE., "Retraite Anticipée ou Tardive..." *Op. cit.*, págs. 24- 25. Entre las ventajas que la jubilación flexible comporta se apunta que ésta permite,

Me parece por ello muy interesante la modificación de la edad de acceso al sistema pensionístico efectuada en Italia, al igual que ha sucedido en otros países⁶⁶⁵, donde si bien se ha procedido a introducir un importante cambio al respecto, al establecerse que de los 55/60 años de *edad pensionable* para mujeres y hombres vigente hasta finales del año 1993, se pase a 60/65 respectivamente en el año 2000, se ha previsto un aumento progresivo del límite vigente de edad, de un año cada año y medio hasta el presente año, aunque inicialmente estaba previsto alargar el período transitorio hasta finales del año 2001⁶⁶⁶.

Debe tenderse, así pues, al aumento de la edad de retiro o cuanto menos a introducir elementos que la hagan más flexible. Esta parece ser la tendencia general en los países de la UE y en el contexto internacional, donde, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar, han sido aprobados a partir de mediados de los 70 diversos textos

entra otras cuestiones: a) superar el trauma de la jubilación asociada a una transición rápida entre el mundo del trabajo y la inactividad; b) mejorar la adaptación de las personas de edad avanzada a las exigencias del trabajo; c) reducir de presiones sobre el sistema de jubilación; d) conservar durante más tiempo en la empresa la experiencia de los trabajadores de edad avanzada y facilitando la transición entre generaciones; y, en definitiva, hacer más plácida la reducción de la mano de obra y permitir el acoplamiento a los jóvenes y menos jóvenes.

⁶⁶⁵ Así, a título de ejemplo pueden citarse, entre otros, el caso de Alemania que ha previsto el aumento a 65 años la edad de jubilación, como consecuencia de la reforma aprobada en 1992 sobre las disposiciones derogatorias, estando previsto el aumento progresivo del límite de edad a razón de tres meses por año hasta el año 2001 y 2004, aumentándose el ritmo en 6 meses por año a partir del año 2004. También está prevista la aplicación gradual del aumento de la edad de jubilación en el caso del Reino Unido, aunque con la finalidad de igualar la edad de jubilación entre hombres y mujeres a los 65 años de edad, de tal manera que la edad de jubilación de la mujer situada actualmente en los 60 años aumentará 6 meses por año durante el período comprendido entre los años 2010 y 2020. Por último, podría citarse el caso de Estados Unidos, donde tras la reforma aprobada el año 1983 se ha postergado la edad de jubilación de los 65 a los 67 años de edad para las personas que cumplan la edad de 62 años entre los años 2000 y 2022, aumentando esta edad de 65 a 66 entre los años 2000 y 2005 y de 66 a 67 entre el año 2017 y 2022. Fuente: CHARPIN, J.M.; *"L'avenir de nos..." Op cit.*, Cap. IV, págs. 4 a 8.

⁶⁶⁶ Inicialmente, estaba previsto que se alcanzara los 65/60 años a inicios del año 2002 y se preveía para ello el siguiente período transitorio: años 1994-1995, 61 años para los hombres, 56 para las mujeres; años 1996-1997, 62 años para los hombres, 57 para las mujeres; años 1998-1999, 63 años para los hombres, 58 para las mujeres; años 2000-2001, 64 años para los hombres y 59 para las mujeres; y en el año 2002, 65 para los hombres y 60 para las mujeres. Pero la Ley de 1995 ha introducido una mayor velocidad en el aumento, introduciendo el principio a partir del cual la variación anual prevista se realizará cada 18 meses, no cada 24, (un bienio), tal y como estaba inicialmente previsto. Así, el período transitorio previsto pasa a ser el siguiente: de enero de 1994 a junio de 1995, 61 años para los hombres y 56 para las mujeres; de julio de 1995 a diciembre de 1996, 62 y 57 años respectivamente; de enero de 1997 a junio de 1998, 63 y 58; de julio de 1998 a diciembre de 1999, 64 y 59; y a partir de enero del año 2000, los 65 y 60 años finalmente previstos.

normativos en los que se aboga por adoptar medidas conducentes a la flexibilización de la edad de jubilación⁶⁶⁷.

En el caso de España, de entre las modificaciones introducidas por la LCRSS destaca, no sin ciertas incertidumbres, lo contenido en la Disp. Adic. 26ª, en virtud de la cual se faculta al Gobierno para que proceda a otorgar desgravaciones o deducciones en las cotizaciones sociales de aquellos trabajadores que opten por permanecer en activo una vez alcanzada la *edad pensionable*, lógicamente con la suspensión del derecho a percibir la correspondiente pensión hasta que no se jubilen.

Dos han sido las críticas que con mayor rotundidad se han efectuado a la vaguedad con la cual ha sido aprobada esta disp. adic. 26ª; por un lado al considerar que existe una clara y manifiesta falta de coordinación entre el destinatario de la norma, los trabajadores, y el destinatario de las medidas que puede aprobar el gobierno para favorecer la permanencia en activo, los empresarios. En este sentido, es importante destacar que no se prevé ningún incentivo a favor de los trabajadores cuando han de ser éstos quienes decidan si desean optar por mantenerse en activo más allá de la edad ordinaria de jubilación, o iniciar el cobro de la pensión a que tienen derecho una vez cumplida ésta⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ VANNUTELLI, C., ya a inicios de la década de los años 60 defendía la necesidad de proceder a la elevación de la edad de jubilación, exponiendo cuáles eran, en su opinión, las razones para proceder a tal aumento: "1) i progressi della medicina hanno oramai dimostrato come, al prolungamento dell'età media, si accompagnino in genere condizioni di maggior vigore fisico e mentale, per cui l'elevazione del limite di età di inattività si giustifica anche e fondatamente per ragioni di ordine fisiologico (...) 2) le attività terziarie, da un lato, e le attività agricole, dall'altro, sono quelle che consentono l'impiego produttivo di un contingente di persone anziane più elevato dell'industria in genere. Trattasi evidentemente di due distinte attività che richiedono requisiti personali nettamente distinti: un'elevata e complessa formazione intellettuale e professionale le attività terziarie, contro, prevalentemente, un'efficiente resistenza fisica le attività agricole. Ora si verifica il fatto che le prime sono in grande sviluppo, mentre le seconde (aquelle agricole) subiscono l'esodo determinato della ricerca, da parti degli uomini più valido, di un lavoro più redditizio (...) Si tratterebbe cioè di un processo di ritrasferimento dall'industria all'agricoltura di persone in età avanzata, che in parte potrebbe anche compensare, agli effetti delle esigenze della produzione, il contemporaneo trasferimento opposto di elementi più giovani, 3) lo sviluppo del progresso tecnico e la conseguente diffusione della meccanizzazione e dell'automazione, riehiedendo ai lavoratori un minore impegno di forza fisica, potrebbe favorire l'occupazione dei lavoratori di età avanzata (...)" Cfr. *"Gli oneri della collettività per il mantenimento degli anziani. Considerazioni e prospettive"*. Previdenza Sociale, 1961 (I), págs 926-927.

⁶⁶⁸ Existen sistemas de Seguridad Social en los que sí se establecen incentivos a favor del trabajador por retrasar su edad de jubilación. Así, entre otros, en Alemania donde la edad de jubilación, aunque se ha mantenido en los 65 años tras las reformas de 1992 se prevé un retraso del retiro como consecuencia de la liquidación de las disposiciones derogatorias, excepto la referida a la pensión por

La clave precisamente del aumento flexible de la edad de jubilación, como mecanismo que posibilite hacer frente a los perjuicios que, en ocasiones, plantean los sistemas rígidos, reside en el establecimiento de medidas que permitan al individuo dudar entre si opta por jubilarse o decide aumentar su vida laboral activa.

Si la voluntad real por parte del legislador es la de favorecer la jubilación progresiva o flexible, es necesario que el trabajador se encuentre en la tesitura de tener que elegir entre alargar su vida laboral activa, teniendo en cuenta los efectos beneficiosos que ello comporta, sean éstos de índole fiscal, económico, de prestigio, etc., u optar por su pase a la condición de pensionista; "l'efficacia del sistema (en referencia al *pensionamento progressivo o pensionamento flessibile*) è subordinata alla condizione che gli incentivi siano atti, con la loro misura, ad incoraggiare il lavoratore a proseguire nell'attività produttiva. Si tratta di un quadro complesso nel quale il lavoratore deve essere posto in grado di valutare i benefici che il prolungamento dell'attività gli arreca (benefici fisici e di prestigio, conservazione del reddito e della indennità connessi con il servizio attivo, favorevole incidenza della durata del lavoro sull'importo dell'indennità di fine servizio, possibilità di usufruire di disposizioni di legge e di trattamenti economici più favorevoli ai fini della liquidazione della pensione)⁶⁶⁹.

Hay autores, como es el caso de Martín Valverde, A.; que, en relación con el caso español, está disociación de la legislación española entre destinatario principal de la medida de fomento de empleo y el sujeto en cuya conducta se quiere influir, cree posible solventar esta deficiencia en sede reglamentaria y propone que una parte de los

ineptitud, una salida del mercado de trabajo con posterioridad a los 65 años da derecho a una mejora de la pensión de un 6% por año de retraso. En el caso del Reino Unido, por su parte, en que la reforma de 1995 ha previsto la igualación de las edades por sexos en el año 2020 (en concreto la edad de jubilación de las mujeres que está fijada en lo 60 años se incrementará en 6 meses por año entre el año 2010 y 2020), está prevista la posibilidad de retrasar la edad de retiro y a cambio incrementar la pensión un 1% por cada 7 semanas de retraso (aprox. 7,4% por año). En el caso de Estados Unidos, una salida del mercado de trabajo después de la edad normal de jubilación, los 65 años, da derecho a una mejoría de la pensión de 5,5% por año. Mientras que en el caso de Canadá, es posible retrasar la jubilación 5 años de los 65 a los 70, incrementándose a cambio la prestación un 6% por año de retraso. En el caso de Suecia, donde recientemente, en 1999 e ha rebajado al edad de jubilación de los 67 años a los 65, la liquidación de la pensión más allá de la edad ordinaria de jubilación da derecho a recibir un mejora de 0,7% por mes (8,4% al año).

beneficios que puedan derivarse de las desgravaciones y/o deducciones en las cuotas sociales se entreguen al trabajador para favorecer su opción por mantenerse en activo, como subvención de permanencia en activo⁶⁷⁰.

No es esta la única imperfección que presenta la Disp. Adic. 26ª del TRLGSS/1994, ya que también se puede apreciar una contradicción, ésta a mayor escala, entre el contenido de esta disposición adicional que como hemos visto prevé la posibilidad de introducir incentivos para la permanencia en activo una vez cumplida la *edad pensionable*, y el mantenimiento de las medidas de jubilación anticipada. Precisamente, en este sentido, es importante remarcar que el RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LCRSS ha llegado incluso a modificar el coeficiente reductor disminuyéndolo una décima, del 8% al 7%, en aquellos supuestos en los que la jubilación anticipada se produzca de forma involuntaria, es decir, ajena a los deseos del trabajador⁶⁷¹.

Esta opción legal favorecedora de la jubilación anticipada, en la que no sólo se ha mantenido vigente la misma sino que ha introducido un elemento corrector de alcance limitado, es claramente contradictoria con la vocación flexibilizadora de la edad de jubilación, tendente a dotar de mayor gradualidad y progresividad a la *edad pensionable* más allá de los estrictos 65 años de edad ordinaria.

El origen de esta Disp. Adic. 26ª hay que situarlo en el marco de las recomendaciones del Pacto de Toledo, donde se establecía en su recomendación núm.

⁶⁶⁹ COLOMBO, U., *"Gli anziani. Rapporti sociali-Lavoro-Pesnioni"*. Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1975, pág. 699.

⁶⁷⁰ Cfr. *"El régimen jurídico de la pensión de jubilación en..."*. Op cit., pág. 52.

⁶⁷¹ De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda, 1º y 2º párrafo, se aplica, fundamentalmente este 7% de reducción de la pensión por año de anticipación con un máximo de 5 a los trabajadores que tengan derecho a jubilación anticipada con aplicación de coeficientes reductores, es decir aquellos que tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, cuando la relación laboral se extinga en virtud de un despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; por muerte jubilación o incapacidad del empresario individual, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante; por despido improcedente; por despido basado en causas objetivas; por resolución voluntaria de la relación laboral basada en un incumplimiento empresarial; por expiración del tiempo convenido, realización de la obra o servicio; por resolución de la relación laboral durante el período de prueba; y en definitiva por cualquier otra razón en virtud de la cual la extinción del contrato no derive de causa imputable a la libre voluntad del trabajador.

11 la necesidad de avanzar hacia el establecimiento de una edad flexible de jubilación dotada de los caracteres de gradualidad y proporcionalidad.

Así parece conveniente, atendiendo a las importantes connotaciones históricas que tiene la *edad pensionable* establecida con carácter ordinario de forma estática desde sus orígenes en los 65 años y teniendo en cuenta sobre todo que el aumento de la edad de jubilación repercute en una reducción directa del número de beneficiarios de la pensión, dando lugar a una disminución considerable de los costes por jubilación optando por su flexibilización. La reducción que comportaría flexibilizar bien podría ser destinada no sólo a equilibrar las cuentas en esta materia, también podría ir dirigida a mejorar el importe individual de las prestaciones de jubilación concedidas, especialmente las más bajas, para con ello poder satisfacer mejor las necesidades cada vez mayores de los ancianos, o bien destinar este ahorro obtenido mediante la elevación de la edad de jubilación en la promoción de empleo, en concreto, en la introducción de medidas de incentivación de la contratación juvenil.

En este sentido, me parece oportuno destacar el estudio el estudio realizado por Girardi Tositti, C., quien a mediados de la década de los años 50 hizo un extenso y detallado análisis de cuáles serían los efectos que se derivarían de un aumento de la *edad pensionable*.

En opinión de esta autora⁶⁷², serían dos los efectos directos que podría provocar un aumento de la edad de retiro; una contracción de la cuantía que anualmente se destina al servicio de esta prestación, y, en segundo lugar, una elevación automática del importe medio de la prestación correspondiente a una mayor duración de la inscripción.

En términos económicos, para el sistema de Seguridad Social italiano, el ahorro sería del 15%, teniendo en cuenta que parte del ahorro en vejez podría compensarse

⁶⁷² Vid al respecto Cfr. "*L'età di pensionamento per vecchiaia nell'assicurazione generale obbligatoria italiana e i suoi riflessi oneri della sicurezza sociale*". Previdenza Sociale, 1956 (I), págs 841-859.

por un probable aumento del acceso a la pensión de invalidez, y el importe medio de la pensión de vejez oscilaría en el año 2000 en torno al 18% o 12%, según si el aumento de la edad de retiro fuese de 5 años para los hombres y 10 para las mujeres o de 5 años para todos⁶⁷³.

Llegados a este punto conviene plantearnos si ¿es posible cambiar la tendencia a la jubilación anticipada?

Parece que no sólo es posible alterar la tendencia a anticipar la edad de jubilación, sino que en cierta medida se hace imprescindible optar por esta vía, máximo cuando a través de este retraso se puede hacer frente, en parte, a los desequilibrios que, con relación a la estructura por edades de la población activa, está provocando el envejecimiento demográfico, aunque para ello será necesario en primer lugar que se superen los obstáculos que hoy en día existen tanto para el mantenimiento en plantilla como para la contratación de trabajadores de edad avanzada.

⁶⁷³ Vid al respecto, tabla sobre: *‘Prevista evoluzione della popolazione anziana e vecchia e del rapporto fra popolazione in età lavorativa e anziani in relazione a diverse combinazioni di classi di età 1988-2033’*. Tabla recogida en GOLINI, A., *“Dinamiche demografiche e politiche previdenziali”*. Previdenza Sociale. Así como en TODINI, A.M., *“La situazione demografica in Italia”*. Previdenza Sociale 1988 (II), pág. 1362. En el caso de Italia a partir de los datos basados en la previsión de fecundidad constante, se ha elaborado un tabla sobre los efectos previstos en la población derivados del aumento de la edad de acceso a la pensión de jubilación. Así, en la relación entre población en edad laboral y ancianos (personas por encima de la *edad pensionable*), si se aumentara la edad de acceso a la pensión y se igualara hombre/mujer situando ambas a los 65 años, respecto a la edad de acceso a la pensión anterior a la reforma de 1993, 55 y 60 años para mujer y hombre respectivamente, la diferencia entre una población y otra sería en miles de personas 5.076 menos en 1988, 5.168 en el año 2003, 5.632 en el año 2018, y 5.960 en el año 2033, siendo el incremento medio del período 1988-2033 de 5.739 si la edad fuese de 65 para ambos sexos, frente a los 6.605 en el caso de 55/60 años.

En relación con el número de personas en edad laboral por cada anciano, si se mantuviese la edad de jubilación en 55/60 años, el número de personas masculinas de edad entre 20 y 59 y femeninas de edad entre 20 y 54 por cada pensionista sería de 2,3 en 1988; 1,9 en el año 2003; 1,5 en el años 2018; y 1,0 en el año 2033, frente a las 4,4 personas el año 1988 de hombres y mujeres de edad entre 20 y 64 respecto a los pensionistas (65 años en adelante), 3,3 el año 2003, 2,7 el año 2018, y 1,9 el año 2033.

De lo expuesto se deriva que si no se hubiese procedido a efectuar la reforma antes comentada se hubiera llegado a la situación de que por cada persona en *edad pensionable* habría, en términos generales, una persona en edad laboral, mientras que si se aumenta progresivamente la *edad pensionable* para alcanzar los 65 años sin distinción de sexo, la relación entre trabajadores en edad laboral y individuos en *edad pensionable* sería casi el doble 1,9.

No en vano, tal y como tendremos ocasión de apreciar en un momento posterior de este trabajo, la edad se ha convertido en una seria barrera en el empleo, en gran parte, como consecuencia de los estereotipos negativos relacionados con la misma. Siendo por ello prioritario alterar esta tendencia, separando cada vez más la edad de finalización de la actividad profesional de la edad de acceso a la prestación de jubilación, así como superando las dificultades existentes para mantener el empleo a partir de una determinada edad y encontrar uno de nuevo en el caso de haber sido expulsado del mercado de trabajo a una edad prematura.

Salvado este primer obstáculo, será necesario en segundo lugar que se eliminen los incentivos que se conceden tanto a los empresarios como a los trabajadores para la utilización del mecanismo de la jubilación anticipada, tal y como señala, en este sentido, la OCDE: "la introducción de pensiones públicas o de otros programas de la Seguridad Social que reduzcan la ayuda económica existente para los trabajadores que se jubilan anticipadamente o den incentivos económicos para jubilarse más tarde probablemente llevaría a muchos trabajadores a preferir jubilarse algo más tarde o de manera más gradual"⁶⁷⁴, y aunque no será éste un cambio que se produzca de la noche a la mañana, sí que parece razonable que puede invertirse esta tendencia al abandono de la vida laboral activa a una edad cada vez más temprana.

Una de las objeciones que, con mayor insistencia, se hace al posible aumento de la *edad pensionable* alude precisamente al hecho de que la aprobación de una medida como ésta dificultaría las posibilidades de ocupación de los jóvenes, máxime en un momento como el actual en el que la tasa de desempleo juvenil es aún alta y cuando particularmente se está debatiendo sobre las diversas formas de reparto de empleo.

Contra esta objeción que no está falta de argumentos cabría apuntar que en el marco jurídico vigente y la experiencia así lo demuestra, tal y como tendremos también ocasión de comprobar en otro momento de este trabajo, no existe un auténtico compromiso de que al alcanzarse la *edad pensionable* se aproveche esta

⁶⁷⁴ Cfr. "Perspectivas del empleo 1998". MTySS. Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 1998, pág. 330.

circunstancia para proceder a contratar a otra persona que la sustituya. No existe en la práctica un vínculo directo entre ambos factores: la jubilación y la contratación de nuevos trabajadores; en el caso de la jubilación parcial y el contrato de relevo, en que se prevé una garantía de sustitución aunque limitada en el tiempo; “tuttavia non sembra che tra i due fenomeni vi sia un sicuro legame diretto, nache per il lavoro degli anziani e dei giovani non è automaticamente intercambiabile, a causa delle profonde differenze si istruzione e preparazione professionale esistenete tra i due segmenti di popolazione. Per di più, numerosi esempi stranieri, primo fra tutti quello del Giappone, dimostrano che ad un prolungamento dell’attività degli anziani può anche corrispondere il più basso tasso di disoccupazione giovanile e globale”⁶⁷⁵.

Contra el retraso de la edad de jubilación y a favor del adelanto de las misma también se esgrimir con frecuencia a la necesidad de mejorar la calidad de vida del individuo de edad avanzada, mejora que sólo se consigue a través del adelanto de su edad de jubilación, ya que éste le permite disponer de un mayor tiempo de ocio.

En contra precisamente de los que sostienen esta idea para defender el anticipo de la edad de jubilación o retiro se debería anteponer dos argumentos: de un lado, que está demostrado que lejos de abandonar el trabajo muchos jubilados, al ser insuficientes las pensiones que reciben, se ven impelidos a continuar trabajando en ocasiones de forma incontrolada y sacrificando derechos tales como el de un salario digno, su protección social, etc.; y, en segundo lugar, se debería tener en cuenta, en este caso, los efectos no tanto individuales que este anticipo puede ocasionar, como los generales que pueden derivarse de la adopción de medidas tendentes al adelanto de la *edad pensionable* o a su mantenimiento en los términos actuales.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, pág. 1355. Tal y como destaca FAUSTINI, G.; “La permanenza (più o meno prolungata) degli anziani sul lavoro, infatti impedirebbe l’ingresso dei giovani, solo a condizione che il livello complessivo dell’occupazione non fosse in espansione (...). La scelta per una età più elevata di pensionamiento non va temuta come un ulteriore fattore di straneità dei giovani dal lavoro. Anzi: quanto più si requilibrano le condizioni economiche e sociali, tanto più sarà possibile contemperare una più lunga permanenza degli adulti con una più ampia partecipazione dei giovani al lavoro.

Gli equilibri previdenziali e quelli del lavoro non sono contrapposti: semmai sono complementari. Lo squilibrio inn un ambito porta squilibrio anche nell’altro. La ricerca di riequilibrio in

A estos argumentos tendríamos que unir el hecho de que, a partir de los datos obtenidos en una encuesta europea, aproximadamente un 40% de los trabajadores prejubilados consideran que su salida del mercado de trabajo es totalmente involuntaria y que hubieran preferido continuar ejerciendo una actividad profesional⁶⁷⁶, de lo que se infiere que existen razones suficientes para optar por una restricción en el uso-abuso de la jubilación anticipada.

Quienes con mayor vehemencia se oponen a la restricciones en materia de jubilación anticipada son los sindicatos; en concreto, éstos defienden la idea de generalizar el derecho a la jubilación anticipada⁶⁷⁷ con aplicación de coeficientes reductores inferiores a los actuales, es decir, que el derecho a jubilarse a los 60 años se extienda al conjunto de los trabajadores no sólo a aquellos que hayan cotizado con anterioridad al 1 de enero de 1967, reduciéndose la pensión en un 4% por año, en vez, del actual coeficiente del 8% ó 7%.

Se basan para ello en el hecho de considerar que siendo la jubilación anticipada un recurso profusamente utilizado por los trabajadores con posibilidades de hacerlo (aunque no tienen en cuenta que en muchas ocasiones, por encima de la voluntad está la decisión de la empresa), y atendiendo al reducido el número de personas que alargan su vida laboral por encima de la edad marcada como derecho para acceder a la jubilación, consideran necesario extender la posibilidad de acceder a la misma al conjunto de los trabajadores.

Se apunta al respecto que realizados los oportunos cálculos entre pérdidas de ingresos y pagos durante esta situación, la posibilidad de jubilación anticipada no genera un gasto adicional, al contrario implica un menor coste para el Sistema. Exigiéndose una reducción en los coeficientes aplicables, en atención a los colectivos que se ven abocados a la jubilación anticipada. Sin tenerse en cuenta otras factores (sociales,

un mabito può servire al reequilibrio nell'altro". Cfr. "Età di ingresso al lavoro ed età di pensionamento". Tutela, 1981, págs 55 y 59.

⁶⁷⁶ Communication de la Commission. Les Tendances Sociales: perspectives et déficits. Bruxelles, COM (2000), pág. 11

psicológicos, etc.,) que están presentes en el caso de las personas que son expulsadas del mercado de trabajo.

Parece en este sentido que para contrarrestar, en parte, los efectos derivados de la expulsión (no voluntaria) del mercado de trabajo de las personas de edad avanzada, se opte por solicitar la extensión de la jubilación anticipada.

En mi opinión no creo que sea ésta una solución eficaz, sobre todo si tenemos en cuenta que la rebaja del coeficiente reductor no necesariamente mejora las condiciones económicas (tan sólo atenúa el impacto de los mismos) de quienes acceden aunque sea ejercitando su derecho a la jubilación anticipada, por el contrario, debería procederse, a una restricción de la jubilación anticipada garantizando que quienes se vean abocados a ella, no vean mermada su jubilación, optándose, de esta manera, por una racionalización de la jubilación anticipada, dotándola de un carácter reversible con mayores efectos que los actualmente vigentes y, en definitiva, limitando el uso abusivo que de ella se ha hecho por parte de las empresas.

Así, tomando como punto de partida el aumento significativo de la población anciana, así como los índices cada vez más altos de longevidad humana, parece a todas luces descartable la opción del adelanto de la edad de jubilación, máxime cuando, tal y como he señalado, no está garantizado en modo alguno el fenómeno del *turn off*, es decir, la sustitución automática de trabajadores ancianos que acceden a la jubilación por jóvenes desocupados.

Para favorecer ambas cuestiones, por una parte, la necesidad de flexibilizar la edad de retiro para poder adaptarla a las necesidades y condiciones de cada individuo, y, por otra, favorecer o cuanto menos no frustrar las expectativas de empleo de los más jóvenes, creo que debería optarse por aumentar de forma flexible el límite de la *edad pensionable*, abandonando la práctica muy extendida de utilizar la jubilación como mecanismo de amortización de puestos de trabajo, empleando fórmulas que faciliten

⁶⁷⁷ Vid, al respecto, Confederación Sindical de CCOO. "El sistema de la Seguridad Social español en el 2000. La Renovación del Acuerdo de pensiones". Junio 2000, pág(s). 106-109.

de verdad el relevo intergeneracional, tales como el retiro parcial o la edad de jubilación flexible, introduciendo para ello elementos dotados de mayores garantías, para asegurar la sustitución de un trabajador por otro.

En este sentido es importante destacar la función que pueden desempeñar las CC.AA fomentando en su ámbito territorial la jubilación flexible que facilite el relevo intergeneracional y el reparto del empleo, mediante la concesión de subvenciones tanto para el trabajador como para las empresas.

Precisamente en el marco del debate sobre el reparto del tiempo de trabajo, el Gobierno Vasco aprobó mediante el Decreto núm. 232/1996, de 1 de octubre de 1996⁶⁷⁸, una serie de ayudas para el fomento del reparto de trabajo y la contratación indefinida, estableciéndose, dentro del ámbito de estas ayudas, una serie de subvenciones a la jubilación parcial y contrato de relevo

El gran acierto de este Decreto del País Vasco ha sido el introducir incentivos tanto a favor de la empresa, consistentes en una subvención equivalente al 50% de la cotización empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el tiempo de vigencia de estos contratos, de conformidad con lo previsto en el art. 4. 1 de ese texto normativo como a favor del trabajador que decide acceder a la jubilación parcial, ya que, en este sentido, se establece que el trabajador podrá recibir una subvención de hasta 750.000 ptas, cuando se ejerza este derecho por la totalidad del tiempo previsto en el TRLET/1994, viéndose reducida esta cuantía proporcionalmente en la medida en que el tiempo por el que se ejercite la jubilación parcial anticipada sea inferior al tiempo legalmente previsto como máximo.

Más recientemente, el Gobierno Andaluz, en términos muy parecidos a los de este Decreto del País Vasco, aprobó el Decreto 11/1999, de 26 de enero⁶⁷⁹, por el que se fijan incentivos a la creación de empleo mediante la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales y/o la reorganización del tiempo de trabajo, haciendo una

⁶⁷⁸ B.O del País vasco, de 18 de octubre de 1996.

⁶⁷⁹ B.O de la Junta de Andalucía, de 6 de febrero de 1999.

especial mención en este programa al incentivo para la reducción de jornada de las personas mayores de 60 años, acompañada de la contratación de una persona joven, porque se convierte en un instrumento idóneo para facilitar una transición progresiva a la jubilación, al tiempo que ejerce la solidaridad con los jóvenes que buscan insertarse en el mundo del trabajo.

En el art. 14 de este último Decreto al objeto de promover la transformación voluntaria de un contrato indefinido a tiempo completo de un trabajador mayor de 60 años en un contrato indefinido a tiempo parcial para una persona menor de 30 años, siempre que la nueva jornada no sea inferior al 50% de la jornada que se adecua, se disponen una serie de incentivos consistentes: de un lado, en la concesión de ayudas al coste estimado de la diferencia de las cotizaciones hasta alcanzar la edad de 65 años de los trabajadores mayores de 60 años que opten por acomodar su jornada, a través del abono de las mismas a las empresas, siempre que se haya suscrito un Convenio especial individual a tal fin con la entidad gestora, y de otro, el ofrecimiento de un incentivo al empleador, consistente en una cantidad a tanto alzado, de hasta 600.000 ptas, por cada contrato de un menor de 30 años que se genere⁶⁸⁰.

1.1.2. La edad de jubilación en Europa: El mantenimiento de una edad diferenciada por razón del sexo.

En términos generales si bien no existe una edad única de jubilación en Europa, ya que cada país ha fijado la suya en atención a factores diversos antes apuntados, tales como, entre otros, el envejecimiento de la población y las condiciones económicas del país y sus perspectivas, la gran mayoría de estados la sitúan en torno a los 60 ó 65 años.

⁶⁸⁰ De conformidad con lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 11/1999, de 26 de enero, el importe del incentivo se calculará proporcionalmente a las jornadas suscritas, y en función de la jornada máxima a tiempo parcial pactada en Convenio colectivo, o en su defecto la legalmente establecida. Pudiendo ser incrementado este importe en un 10% cuando se contrate simultáneamente a 5 o más personas.

Eso sí existe una tendencia a mantener la *edad pensionable* tal y como más o menos fue establecida en sus orígenes, aunque es posible apreciar que se han ido introduciendo reformas relativas a la edad de jubilación, generalmente tratando, no tanto de subirla o en algún caso bajarla⁶⁸¹, sino más bien incorporando elementos que la hagan más flexible, más adecuada a las necesidades de los individuos.

Respecto a alguna cuestión creo necesario proceder a efectuar un comentario más detallado y preciso, en concreto, me estoy refiriendo de jubilación en función del sexo del individuo que está previsto en diversos ordenamientos jurídicos, entre los cuales no se encuentra el nuestro^{682 683}.

La fijación de una edad de jubilación, *edad pensionable*, diferente según el sexo del sujeto, se planteó y aún se mantiene sobre la base de la idea, en mi opinión ya superada, de que el objeto o finalidad de las prestaciones de vejez es el indemnizar el deterioro físico del individuo que alcanzada una determinada edad es inválido para trabajar.

Sobre la base del binomio vejez-invalididad presunta, que tal, y como he comentado ya en otros momentos de este trabajo, constituyó el fundamento inicial de protección de la vejez por parte del Estado, en algunos ordenamientos jurídicos se

⁶⁸¹ Curioso es, en este sentido, el caso de Dinamarca, país que, en el marco de las reformas adoptadas en materia de jubilación anticipada en 1999 redujo la edad de jubilación general de 67 a 65 años "ya que eran muy pocos los daneses que se jubilaban a esa edad". CES "Informe sobre la vida laboral...". *Op cit.*, pág. 70

⁶⁸² Mantienen aún hoy edades diferenciadas por sexos, sin perspectivas de equiparación, entre otros, los siguientes países: Austria, Grecia, Suiza, países en los que la edad de acceso a la jubilación es de 65 años en el caso de los hombres y de 60 en el caso de las mujeres. Sólo en el caso de Suiza está previsto reducir la diferencia existente, aunque sin llegar a la equiparación entre sexos, por cuanto que la edad de jubilación de las mujeres pasará a los 64 años en el año 2004, República Checa (60 para los hombres y entre 53 y 57 para las mujeres). En este caso aunque está previsto aumentar estas edades en ambos sexos, al pasar de los 60 a 62 años en el caso de los hombres y de los 53/57 a los 57/61 en el caso de las mujeres en el año 2007, no se prevé la equiparación por sexos; y Turquía, país de la OCDE con una edad de jubilación más baja, 55 años en el caso de los hombres y 50 en el caso de las mujeres. Fuente: OCDE.; "Systemes de...". *Op. cit.*, págs. 61-74.

⁶⁸³ En España sólo de forma residual en el régimen Mutualista se planteó esta cuestión aunque afectando a sectores concretos, tales como el textil o el de la madera. CES "Informe sobre la protección de las mujeres" Julio 2000, pág. 114.

creyó necesario establecer dos edades diferenciadas de jubilación, al entender que la invalidez de la mujer se produce a una edad más temprana que la del hombre. Así, valorando la diferente constitución biológica, el envejecimiento más acelerado de la mujer y otros factores diversos, algunos incluso de índole familiar o cultural, en virtud de los cuales parece menor la productividad de la mujer, así como el papel social atribuidos a esta últimas, Marziano E.; cree del todo justificado el establecimiento de una diversa *edad pensionable*⁶⁸⁴.

Es especialmente significativo, en este sentido, el caso de Italia, al que me referiré a continuación, a título de ejemplo, al ser este un país en el que se ha debatido mucho en torno a estas cuestión.

Si bien inicialmente en Italia se estableció una edad única de jubilación en los 60 ó 65 años de edad, posteriormente en 1939, tras la aprobación del Real Decreto Ley de 14 de abril de 1939, n. 636, convertido posteriormente en la Ley de 6 de julio de 1939, n. 1272, se procedió a rebajar la edad de acceso a la pensión fijando una edad diferente 60 ó 55 según se tratara de hombre o de mujer.

Desde entonces hasta ahora se ha mantenido esta situación con la introducción, no exenta de polémica de algún elemento corrector, para contrarrestar la discriminación que supone la fijación de una edad diferenciada⁶⁸⁵, sin que ni tan

⁶⁸⁴ Cfr. “*Criteri biologice e sociali per la determinazione dell’età pensionabile nella donna*” Previdenza Sociale, 1963 (II), pág. 1881.

⁶⁸⁵ La legge 9 dicembre 1977, n. 903, “*parità di trattamento tra uomo e donne in materia de lavoro*”, introdujo en su art. 4 la posibilidad de que la mujer optara por retrasar su edad de retiro hasta el límite de la edad fijada para el hombre previa comunicación al empleador, tal y como literalmente se establece en ese art. 4: “la lavoratrice, anche se in possesso dei requisiti per aver diritto alla pensione di vecchiaia, possono optare di continuare a prestare loro opera, fino agli stessi limiti di età previste per gli uomini da disposizione legislative, regolamentari e contrattuali, previa comunicazione al datore di lavoro da effettuarsi almeno tre mesi prima della data di perfezionamiento del diritto alla pensione di vecchiaia”. Si bien ha sido considerado este art. 4 como un avance, no ha estado exento de crítica la opción utilizada por el legislador para salvar la discriminación existente, vid al respecto, entre otros, FIORI, L., “*Età pensionabile e parità di trattamento tra uomo e donne*”. RGdL 1981-II, págs. 464 y ss. La propia Corte Constitucional italiana ha declarado, en sentencia de 27 de abril de 1988, n. 498 (Il diritto del lavoro 1988-II, págs 436-438), la ilegitimidad constitucional de este art. 4 de la Legge n. 903 de 1977, al entender que la exigencia de que la mujer opte por la permanencia en activo comunicándolo al empresario, supone la introducción de un trato diverso respecto del hombre que no tiene justificación razonable: “siccome la richiesta opzione discrimina la donna rispetto all’uomo per quanto riguarda l’età massima di durata del rapporto di lavoro stabilita da leggi, regolamenti e contratti, e, quindi, la

siquiera las recientes reformas operadas sobre el sistema hayan previsto una equiparación al respecto, tal y como ha sucedido en muchos países^{686 687}.

En general, aunque han sido diversos los argumentos esgrimidos por la doctrina para justificar la legitimidad de esta distinción⁶⁸⁸, la gran mayoría de ellos se asientan, tal y como ya he apuntado anteriormente, en criterios de índole biológico y social.

No puede en modo alguno considerarse que el establecimiento de una edad inferior de retiro constituya un privilegio a favor de la mujer al permitirle acceder al retiro de forma anticipada, por cuanto que el establecimiento de la misma revierte, de

protrazione del rapporto, sussiste la violazione dell'art 3 Cost., non avendo la detta opzione alcuna ragionevole giustificazione, e dell'art. 37 Cost., risultando leso il principio della parità uomo-donna in materia di lavoro, e va, quindi, dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui prevede l'opzione".

⁶⁸⁶ Tal y como en este sentido han señalado, entre otros autores, BALANDI, G.G., dado que se ha procedido a elevación de la edad de acceso a la pensión con el importante revuelo social que ello ha comportado, debería haberse aprovechado la ocasión para igualar la edad hombre-mujer también en el sector privado, sobre todo en consideración a la mayor longevidad de ésta última. *Cfr. "I provvedimenti per le pensioni tra riforma e aggiustamento (osservazioni sulla legge n. 421/92 e sul dl n. 503/92)".* RGdL 1992-I, pág. 722.

⁶⁸⁷ Italia se aleja, así pues, de la gran mayoría de países de la OCDE en los que si bien se han mantenido edades diferenciadas por razón de sexo, en las últimas reformas han optado por la equiparación, tal y como ha sucedido, entre otros, Australia, donde se ha previsto incrementar la edad de jubilación de las mujer de los 61 años vigentes en 1997 a los 65 para equiparla a la de los hombres en el año 2013. En este mismo sentido, en Bélgica también se ha adoptado una medida similar aunque el período de tránsito es menor, ya que es en el año 2009 cuando se prevé que finalice este incremento de la edad de lo 61 a los 65 en el caso de la mujer. En Alemania la equiparación será plena en el año 2004 al preverse un incremento de la edad actual 60 a los 65 en el caso de las mujeres durante el período 2000-2004. En el caso de Hungría, la equiparación de edades entre sexos se producirá a los 62 años de edad, estableciéndose, en este sentido un incremento tanto de la edad del hombre que pasará de los 60 a los 62 durante el período 1997-2001, como para la mujer al pasar en este caso de los 56 años a los 62 en el período comprendido entre el año 1997 y el año 2009. No se producira, así pues, una igualación de edad entre los dos sexos hasta el año 2009. En el caso de Japón está también aprobado el aumento de la edad de jubilación de los actuales 59 años para las mujeres y 60 en el caso de los hombres a los 65 años edad para ambos sexos, aunque dicho aumento tiene fijado un diferente período de aplicación, entre los años 2001 y 2013 para los hombres y entre los años 2006 y 2013 en el caso de las mujeres. Hay países como Portugal, en los que el proceso de equiparación ya ha finalizado, al establecerse un período transitorio que culminaba en el año 1999, todo lo contrario de lo previsto en el Reino Unido, donde si bien se ha aprobado esta igualación, el aumento de la edad de las mujeres de 60 a 65 años, se producirá en el período comprendido entre los años 2010 y 2020. Fuente: OCDE.; *"Systemes de..."*. *Op. cit.*, págs. 61-74.

⁶⁸⁸ Vid, entre otros, SILVESTRO, C., para quien el mantenimiento de este trato diferenciado entre hombre y mujer sobre la *edad pensionable*, además de ser conforme a la normativa europea, apartado 3º del art. 119 del Tratado de Roma que establece la posibilidad de establecer medidas a favor de la mujer para facilitar su vida profesional y compensarla de ciertas desventajas en su carrera; se apoya en aquella doctrina constitucional que la ha justificado en base a la diferente capacidad laboral; *"la differenza..."* COSIMO, pág 9.

forma negativa, sobre la prestación misma y sobre otras cuestiones; "poiche la pensione assume il carattere di indennità previdenziale in modo che il lavoratore sia tolto dallo stato di bisogno derivante da eventi che producono la diminuzione della capacità di guadagno, è da rilevare che la lavoratrice ne risulta svantaggiata, essendo la pensione proporzionata ai contributi versati e questi rapportati alla retribuzione: quindi non solo il trattamento di quiescenza è inferiore ma anche l'indennità di licenziamento e da ultimo pure la possibilità di carriera resulta compromessa"⁶⁸⁹. Carece por ello de fundamento el establecimiento de una diversa edad de jubilación en razón del sexo que no tenga en consideración estas cuestiones y trate de remediarlas, modificando los criterios generales para devengar el derecho a la pensión de vejez⁶⁹⁰.

En no pocas ocasiones se ha justificado este tratamiento diferenciado entre hombre-mujer por razones de orden ético-social, y ante la necesidad de combatir el fenómeno del desempleo, en realidad en la gran mayoría de los casos la disparidad de tratamiento parte de la consideración de que existe una manifiesta situación de inferioridad de la mujer respecto del hombre que justifica que ella sea compelida a acceder a la pensión antes que él.

En este sentido se ha llegado incluso a defender, de forma absurda, no sólo que la mujer envejece de forma prematura, sino que al asumir forzosamente las tareas domésticas, aumenta de forma considerable su índice de absentismo laboral o abandono temporal de la empresa con los correspondientes efectos negativos que esto provoca sobre las economías de las empresas⁶⁹¹, tal y como en este sentido señala

⁶⁸⁹ CASCOLI, S., *"Lavoratori di sesso diverso ed età pensionabile"*. RIPS, 1967, pág.872.

⁶⁹⁰ Existen países en los que al establecer una edad diferenciada por sexos, esta distinción se proyecta sobre otros elementos del sistema de jubilación. Así, por ejemplo, en el Reino Unido los períodos de cotización exigidos para tener derecho a una pensión plena son diferentes en el caso del hombre y la mujer, ya que en el primer caso se exige acreditar un mínimo de 44 años de cotización que se reducen a 39 en el caso de las mujeres. Del mismo modo en Bélgica los períodos de cotización exigidos son de 45 y 40 años, respectivamente. Como puede apreciarse se mantiene la diferencia de 5 años no sólo en la edad de acceso a la pensión, también en otras cuestiones como los períodos de cotización necesarios para acreditar una pensión completa.

⁶⁹¹ Vid, al respecto, MARZIANO, E., *"Criteri biologici..."* Op cit, págs. 1872-1874, quien llega a afirmar que en virtud de los resultados de los estudios realizados al respecto, comentados en el propio trabajo, han puesto en evidencia que se produce una notable reducción de las ausencias de trabajo en las mujeres después de los 50/55, lo que demuestra no sólo que es absurdo la utilización de este argumento como justificante de un tratamiento desigualitario, sino que además, en el momento del acceso a la

Cascioli, S., no es éste (con relación al absentismo o superabsentismo como el más importante factor del mayor costo del trabajo femenino) un argumento válido, ya que depende del trabajo que se desempeña y de las condiciones de salubridad en las que se desarrolla y no del estado civil de la mujer o de sus familiares⁶⁹².

Frecuentemente se ha planteado ante los propios Tribunales la discutible legitimidad de una medida como ésta, al entender que bien puede llegar a considerarse, como creo que así sucede, que vulnera el principio de igualdad al establecer un tratamiento diferenciado sin causa más justificativa que la del sexo, y convirtiéndose en una norma discriminatoria por razones diversas: "sia perché il non avere disposizione altri cinque anni di attività lavorativa (come l'uomo) si traduceva per la donna in una immediata perdita economica corrispondente al minor importo della pensione di vecchiaia rispetto alla retribuzione, sia perché l'interruzione anticipata dell'attività lavorativa veniva a ridurre la possibilità di raggiungere il massimo della carriera conseguendo ulteriore benefici retributivi e contributivi. Ne vá sottovalutato un ulteriore elemento di danno derivante dalla prematura interruzione del rapporto: danno difficilmente quantificabile in indennità e contributi sociali, poiché intimamente connesso alla figura morale del lavoratore se è vero che <<...nel nostro sistema costituzionale, il lavoro (art. 4 e 35) non appare solo funzionalizzato al percepimento di un compenso ma, anche alla realizzazione della persona umana>> La causa di tali discriminazioni si poteva individuare –come è noto- in una valutazione di inferiorità fisica e psichica della donna rispetto all'uomo, valutazione inattaccabile per la sua arbitrarietà e ascientificità"⁶⁹³.

pensión de jubilación, ha descendido considerablemente el número de ausencias imputables aparentemente a las condición de mujer.

⁶⁹² *Ibidem*, pág. 872.

⁶⁹³ BRACCO, B., "Età pensionabile e parità fra uomo e donna". Rivista Giuridica del Lavoro, (RGdL) 1977-II, pág. 321. Sobre la pretendida inferioridad física de la mujer respecto del hombre, entre otros, DOMENEGHETTI, E., señala que visto los efectos del trabajo sobre la salud de la mujer, aunque el estado de la investigación sobre esta materia es aún limitado, sobre todo respecto del envejecimiento, a la pregunta de si es inferior la mujer respecto del hombre responde que no, la respuesta correcta es que la mujer es diversa; "se da un lato la donna ha –in genere. minor forza muscolare, dall'altro ha una grande resistenza , è più veloce nei movimenti, più leggera, più precisa; tantè che gran parte dei settori in cui si svolgono lavori di precisioni (elettronica, elettricità) sono affidati a mano d'opera femminile". Cfr. "Note sul problema della salute della donna lavoratrice". RGdL, 1979-IV, pág 338.

Respecto a esta cuestión la jurisprudencia ha sido poco uniforme, ya que en ocasiones admite la ilegitimidad de esta distinción, mientras que en otras la considera justificada. Así por ejemplo, el *Consiglio di Stato*, en 1954 reconoció que no era contrario al principio de igualdad (art. 37 de la Constitución italiana) el mantenimiento de una edad de retiro diferenciada, acogiéndose a los argumentos antes expuestos, por cuanto que la determinación de un límite máximo de edad diferenciado para el retiro no es contraria a la norma constitucional en cuanto tiene su fundamento en una legítima y real valoración de algunos elementos propios de las personas de sexo femenino, que pueden provocar una disminución de la capacidad laboral y una menor resistencia orgánica⁶⁹⁴, criterio éste mantenido anteriormente en otra sentencia de ese mismo año, de fecha de 3 de febrero de 1954, n. 54⁶⁹⁵.

Sin embargo, unos años más tarde el propio *Consiglio di Stato*, en la sentencia de 30 de septiembre de 1965, n. 587⁶⁹⁶, consideró ilegítimo el art. 64 del Reglamento orgánico del personal del INAM (Regl. de 18 de marzo de 1950), no sólo porque el establecimiento de una distinta edad de acceso a la jubilación se efectuaba en una norma reglamentaria, sino también al carecer de fundada objetividad la diversidad de edad establecida.

Unos años después el mismo *Consiglio di Stato*, (en la decisión adoptada en audiencia plenaria, de 26 de abril de 1968)⁶⁹⁷, volvió a retomar el argumento de la legitimidad del tratamiento diferenciado, al considerar válido el art. 90 del Reglamento del personal S.I.A.E (*Società italiana degli autori ed editori*), que fija un límite de edad diverso para los hombres y para las mujeres a efectos de jubilación, al valorar que: la diferencia en el límite de edad para el retiro entre el personal masculino y femenino no puede ser considerada arbitraria, al contrario, puede ser establecida por mandato expreso del Ente público en el ejercicio de su autonomía.

⁶⁹⁴ Sentencia 7 abril de 1954, n. 225. *Giurisprudenza Consiglio di Stato Parte I*, 1954, págs 428-429.

⁶⁹⁵ *Giurisprudenza Consiglio di Stato*, 1954, Parte I, págs 174-175.

⁶⁹⁶ *Giurisprudenza Consiglio di Stato*, 1965, págs 1500-1502.

Aun cuando la precedente decisión hace descansar buena parte de sus argumentos en la potestad que tiene un Ente público, en el ejercicio de su autonomía, para establecer diferenciaciones de este tipo, recupera los razonamientos de fondo utilizados en la sentencia del *Consiglio di Stato*, de 7 de abril de 1954, n. 225 antes citada, que pone el acento en la diferenciación fisiológica existente entre hombre y mujer que influye en la capacidad laboral y en la resistencia orgánica.

Por su parte, la jurisprudencia ordinaria, especialmente la Corte de Casación, da muestras también de una escasa uniformidad en el mismo sentido que veíamos respecto del *Consiglio di Stato*, ya que son igualmente apreciables estos continuos vaivenes doctrinales, aceptando, en ocasiones los argumentos esgrimidos a favor de esta distinción, o considerando ilegítima la misma.

Así, por ejemplo, la Corte de apelación de Roma, en sentencia de 15 de diciembre de 1966⁶⁹⁸ declaró la ilegitimidad del art. 38 del contrato colectivo nacional de trabajo (*contratto collettivo nazionale de lavoro*) de 23 de junio de 1961, para los trabajadores dependientes de empresas municipales, ya que, en opinión de ese Tribunal, para justificar el diverso tratamiento reservado a la mujer, hubiera sido necesario demostrar la diferencia real de aptitud, cosa que no ha sucedido, al contrario, se ha limitado a afirmar que la mujer está sujeta a una precoz decadencia por razones fisiológicas, afirmación ésta que quizás por su generalidad no tienen ninguna consistencia científica de la que se pudiera derivar la posibilidad de argumentar la desigualdad examinada.

Posteriormente, en este mismo sentido la propia Sección II, Civil, de la Corte Suprema de Casación en sentencia de 6 de noviembre de 1968, n. 3675, declaró asimismo ilegítima en este caso la cláusula de un contrato colectivo de trabajo que fijaba un límite de edad inferior para las mujeres que el establecido para los hombres⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Giurisprudencia del Consiglio di Stato 1968, vol XIX-I, parte I, págs 481-584.

⁶⁹⁸ Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, 1967, págs.79-84.

⁶⁹⁹ En este sentido tal y como señala Morgante, D., "dopo aver affermato che con l'art. 37. 1 (de la Constitución italiana) è stata introdotta una limitazione alla autonomia negoziale, al fine di garantire una effettiva parità fra i due sessi, intesa quest'ultima quale parità proporzionale, tenente cioè

No obstante, no se trata de pronunciamientos con carácter absoluto, sino más bien al contrario son pronunciamientos de carácter particular.

Estas dos sentencias en síntesis reconocen que si bien la precoz decadencia fisiológica de la mujer con su correspondiente disminución del rendimiento laboral, puede justificar el establecimiento de un tratamiento diferenciado, no basta su alusión ya que para considerarla válida sería necesario justificar esta presunción, máxime cuando en supuestos como los enjuiciados en estas sentencias se juzga una cláusula de un contrato colectivo aplicable a una pluralidad indeterminada de individuos. Así, el establecimiento de una cláusula como la discutida bajo un criterio de absoluta abstracción, no corresponde en su generalidad a una situación real y objetiva, y por ello es ya de por sí creadora de una desigualdad de tratamiento jurídico y económico que, de ser aceptado como válido, valdría para otras muchas cuestiones, no sólo respecto a la *edad pensionable*.

Con posterioridad, la Corte de Casación ha mantenido claramente un criterio diferente al sostenido en las sentencias antes comentadas, por cuanto que si bien en la sentencia de 18 de junio de 1986, n. 137⁷⁰⁰, ha considerado ilegítima esta disparidad de tratamiento, en otras sentencias, como por ejemplo en la sentencia de 13 de mayo de 1978, n. 2574⁷⁰¹; o en la sentencia de 23 de junio de 1988, n. 703⁷⁰² ha reconocido legítima esta distinción. En el segundo caso sobre la base de la necesidad de la mujer de satisfacer exigencias peculiares y propias de ella que no están incluidas en la condición del hombre, y en el primero al sostener que la igualdad de tratamiento entre

conto delle intrinseche diversità delle fattispecie, che non consistano nel semplice elemento del sesso, ammette che la differenze fisiologiche, naturali, tra uomo e donna possano giustificare una diversità di disciplina, solo in quanto si repercuotano con causale incidenza sulla idoneità o attitudine lavorativa". Cfr. *"Età di collocamento a riposo e di pensionamento e parità dei sessi"*. Rivista Giuridica del Lavoro, 1970-I, pág. 390-391. Este autor llega a considera que en este caso la Suprema Corte aún pronunciándose como es obvio sobre una cuestión particular, ha dictado un criterio interpretativo que va mucho allá de la simple resolución del supuesto y adquiere el valor de un orientación de orden general en materia de igualdad jurídica. La sentencia puede consultarse en Il foro italiano, 1968, parte I, págs. 2658-2662 que incluye un breve comentario de SERMONTI, A., al respecto bajo el título de: "Sulle età pensionabili dei lavoratori e delle lavoratrice".

⁷⁰⁰ Giurisprudenza Costituzionale, 1986-I, págs. 942-960 que incluye también un comentario de CERRI, A., *"Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere <<privilegiato>> delle valutazioni del legislatore"*.

⁷⁰¹ Rivista Italiana di Previdenza Sociale, 1979, pág. 275-278.

trabajador y trabajadora no puede ser entendido en sentido absoluto, ni aplicable de manera automática, de tal manera que está justificada la desigualdad jurídica entre hombre y mujer cuando derive de una particular posición de la mujer y de su misma estructura individual, de manera que, con relación al desarrollo de determinadas relaciones de trabajo, esa provoque una concreta situación objetiva que justifique la diversidad de tratamiento⁷⁰³.

Tal y como hemos tenido ocasión de apreciar han sido a grandes rasgos cuatro los principales argumentos utilizados, tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia italiana, para justificar el establecimiento de una diferente edad de jubilación según el sexo: en primer lugar, se alude a motivos de índole socioeconómico, en referencia a las altas tasas de desocupación; como segundo argumento, se recurre al fenómeno ya antes apuntado del absentismo o superabsentismo femenino; en tercer lugar, se hace expresa referencia al propio principio constitucional de igualdad (art. 37 de la Constitución), al entender que la Constitución no sólo establece la igualdad hombre-mujer, sino que además trata de salvaguardar la importancia de la función familiar de la mujer, facultando al legislador para que establezca tratamientos diferenciados en cuanto a las condiciones de trabajo que posibiliten tener cuidado de los intereses familiares⁷⁰⁴, y en última instancia, se alude a la disposición y la aptitud para el trabajo, al entender que ésta disminuirá antes en la mujer que en hombre dada la mayor resistencia física y psíquica de este último⁷⁰⁵.

⁷⁰² Giurisprudenza Costituzionale, 1988-II, págs. 3222-3223.

⁷⁰³ Tal y como se establece en estas últimas sentencias: "della particolare usura fisica del lavoro per una donna, oltre una determinata età, nonché della esposizione ad una particolare difficoltà di resistenza e di rendimento proprio in dipendenza della naturale diversità fisiologica che l'età anzidetta comporta per la donna. Cosicché in realtà non è la diversità di sesso come tale che viene posta a base della disparità di trattamento per il pensionamento, ma sono le reali ed obiettive diverse realizzazioni e capacità lavorative della donna che, in via generale, ma non perciò meno aderente al pratico riscontro della vita, vengono assunte a valutazione unitaria per il minore impegno lavorativo e quindi per l'esigenza di anticipato riposo posti a base della norma sul pensionamento al 55° anno di età".

⁷⁰⁴ Vid, en este sentido sentencia de la Corte Constitucional de 11 de julio de 1969, n. 123.

⁷⁰⁵ Para un comentario más extenso de estos argumentos y la carencia de fundamento de los mismos vid: UNEDDU, G., "Brevi considerazioni sul problema della parità di trattamento uomo-donna in campo previdenziale". Sicurezza Sociale, 1971, págs. 662-671.

En muchos casos se trata de salvar el juicio de constitucionalidad de estas disposiciones por presunta violación del art. 37 de la Constitución italiana al defenderse, de un lado, que el hecho de fijar una edad inferior a la mujer teniendo en cuenta su constitución, su capacidad, su resistencia a particulares trabajos fatigosos, su rendimiento y otros factores que se incluyen en el término "*attitudine*", responde a una valoración técnica que es consentida al legislador, y de otro, que la norma constitucional (en relación con el art. 37) no sostiene tanto esta igualdad sino que tiende a salvaguardar la esencia de la función familiar de la mujer, permitiendo por ello que se establezca para la misma un tratamiento diferenciado, por ejemplo limitando en el tiempo el período en el cual la mujer se aleje de sus tareas familiares y consintiendo que, cumplida una determinada edad, pueda volver a dedicarse de forma exclusiva a la familia aportando la pensión que le espera.

Frente a estos dos argumentos demasiado forzados y anacrónicos expuestos por la propia Corte constitucional italiana, algún autor como es el caso de Hernández, S., muy acertadamente ha señalado que: en relación con el primero, al que denomina argumento A, la Constitución no hace ninguna referencia a reflexiones de tipo naturalistas tales como la resistencia física; respecto al argumento B, se alude al hecho de que si se quisiese acceder a la idea de una función familiar diferenciada, no parece claro el por qué ésta deba comportar el excluir a la mujer de una protección significativa a los 55 años de edad, cuando los hijos se han habituado a la ausencia de la madre que trabaja⁷⁰⁶. No entiende este autor, por qué la función familiar de la mujer debe ser protegida independientemente de la voluntad de la propia mujer interesada, quien bien podría renunciar al reposo.

Carecen, así pues, de fundamento todos y cada uno de los argumentos expuestos, y responden a una mala entendida tutela de la mujer, que va más allá de lo que es estrictamente necesario para proteger las condiciones fisiológicas particulares de aquella en determinadas circunstancias.

⁷⁰⁶ Cfr. "*Età lavorativa, età pensionabile e principio di parità tra i sessi*". Il diritto del Lavoro, 1996-I, pág. 525.

Es del todo inadmisibles que subsistan aún hoy sistemas de protección de la vejez en los cuales se establezca un tratamiento diferenciado entre hombre y mujer, especialmente en lo que respecta a la edad de acceso a la jubilación; máxime cuando las normas de índole internacional y muy especialmente las dictadas en el ámbito de la Unión Europea tal y como hemos señalado, abogan por la superación de esta diferenciación falta de justificación y basada sólo en el sexo del individuo⁷⁰⁷.

1.1.3 La anticipación “voluntaria” de la edad de jubilación.

Fijada con carácter general la edad de jubilación en los 65 años, tal y como ya hemos visto en la propia ley de 1919, y normas posteriores, entre las que cabe destacar como normas más importantes: art. 150. 1 a) del LGSS/1966, art. 2.1 a) de la orden de 18 de enero de 1967, art. 154. 1 a) del TRLGSS/1974, y art. 161. 1 a) del TRLGSS/1994; lo cierto es que con el transcurso de los años se está convirtiendo prácticamente en una excepción el acceder a la pensión de jubilación con el cumplimiento de la edad ordinaria⁷⁰⁸, al ser numerosos los casos en los que de forma

⁷⁰⁷ Vid al respecto, apartado 1.3, Parte II de este trabajo en el que bajo el epígrafe de: La política de protección social dispensada en el ámbito de la Unión Europea (antes Comunidad Económica Europea) y en especial la referida a la vejez, se aborda, entre otras cuestiones, el estudio de la Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad en el ámbito de la Seguridad Social, así como el alcance de la exclusión contenida en su art. 7, en relación con la edad de jubilación y cuál ha sido la interpretación que de esta Directiva ha hecho el TJCE.

⁷⁰⁸ Vid al respecto, INSTITUTO SINDICAL DE ESTUDIOS., *“Las pensiones en España. Consideraciones sobre su reforma”*. Documentos I.S.E. nº. 10, donde se incluye un cuadro, el número 12, pág. 18, de altas del Régimen General por Jubilación, tomando como fuente: Informe Económico-Financiero. Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social. 1995, en el que se refleja esta circunstancia. En 1987 accedieron a la jubilación antes de los 65 años, un 57,24%; en 1990, un 57,51%; en 1993, un 60,74%; y en 1994, (con datos hasta junio) un 63,09%; de los cuales acceden a los 60 años, un 32,36%; 37,01%; 38,01%; y un 37,76% respectivamente. Sólo acceden a la jubilación a la edad ordinaria, 65 años, o después, un 38,10% en 1987; un 38,05% en 1990; un 32,84% en 1993; y un 30,79%. Igualmente vid un cuadro similar en relación a los años 1987/1988/1989 (diez primeros meses) de nuevas jubilaciones del Régimen General distribuidas por edades con los mismos resultados en DURÁN HERAS, A., *“Anticipo de la jubilación en España”*. RSS, nº 41. 1989, pág. 126. Se ha extendido de tal manera los supuestos de jubilación anticipada que algunos expertos y determinadas organizaciones internacionales (especialmente, la AISS, la Asociación Internacional de Seguridad Social) han llegado a proponer la introducción en la Seguridad Social de un nuevo riesgo protegible, el llamado <<riesgo integral>>, correspondiente a la situación que venía denominándose como <<prevejez>>. SERVICIO

voluntaria porque así lo establece la norma, pero también, en ocasiones, de forma forzosa como medida de fomento del empleo, muchos individuos se ven compelidos a acceder a la condición de pensionista, antes del cumplimiento de la *edad pensionable*, con la importante carga económica y social que ello supone para el sistema de Seguridad Social⁷⁰⁹, y provocando un impacto considerable sobre el porcentaje de personas en edad avanzada dentro de la población activa⁷¹⁰.

DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD SOCIAL DEL IESSS.: *“La protección de la vejez y de la prevejez (Identificación, conexión e integración de riesgos en el Derecho Comparado”* RSS 1980, nº 6, abril-junio, pág. 255. Este informe ha sido elaborado por: GONZALO GONZÁLEZ, B; FERRERAS ALONSO, F; GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E; TEJERINA ALONSO, J.I; y DE LA PEÑA, P.

⁷⁰⁹ Sobre las ventajas e inconvenientes que se derivan del adelantamiento de la edad de jubilación vid, entre otros.; GARCÍA DE BLAS, A.; *“La jubilación como respuesta al problema del desempleo”*. RSS nº 16, *“La jubilación”*. 1982, págs 53-55, donde se establece que el adelanto de la edad de jubilación da lugar a las siguientes ventajas: en primer lugar, libera, en teoría, puestos de trabajo, aunque el efecto de esta ventaja está limitado al tiempo de anticipo y a las posibilidades que existan de amortización de puestos de trabajo; en segundo lugar, hay que tener en cuenta que la SS puede ahorrarse determinados costes que se producen de forma generalizada entre las personas de edad avanzada (en pensiones de invalidez, incapacidad temporal y desempleo), más si se encuentran trabajando en sectores penosos, nocivos e insalubres; en tercer lugar, las empresas pueden obtener en teoría un ahorro considerable desde el momento que la jubilación supone la desaparición de personas con altos índices de absentismo y mayor antigüedad; y por último, el jubilado tendrá un mayor tiempo para el disfrute de su inactividad.

Por su parte, entre los aspectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación provoca cabe destacar, en primer lugar, que la experiencia demuestra que no genera puestos de trabajo, ya que como consecuencia de la recesión económica las empresas se hallan sobrecargadas de plantilla y tratan de hacer frente al incremento de costes laborales influyendo ya no sobre el precio, pero si sobre la cantidad. A ello debe unirse el avance tecnológico y la inversión intensiva en máquinas ahorradoras de fuerza de trabajo, lo cual dificulta que los puestos liberados sean ocupados por nuevos trabajadores; en segundo lugar señalar que aunque puede suponer un ahorro para la SS y para las empresas, los costes de adelantamiento de la edad de jubilación superan de forma muy elevada a aquéllos, a estas dos inconvenientes hay que añadir que además el anticipo de la edad de jubilación conlleva prescindir de las personas que más experiencia tenían en la empresa lo que puede dar lugar a una cierta distorsión de la estructura productiva, y por último señalar que los propios beneficiarios pueden resultar perjudicados fundamentalmente al disminuir su renta real.

⁷¹⁰ Sobre esta cuestión vid, Cuadros 5.1 y 5.4 Porcentaje de varones/mujeres de edad avanzada en la población activa, por grupos de edad en países de la OCDE, años, en torno a 1960, 1970 y 1985, en GORDON, M.S.; *“La política de Seguridad Social en los países industrializados”*. MTySS, Madrid, 1990, págs. 121 y 141. En el examen de estos cuadros se aprecia como a raíz de la introducción generalizada en la década de los años 80, en la gran mayoría de países de la OCDE, de la jubilación anticipada se ha modificado considerablemente el porcentaje de varones con 60 a 64 años de edad y con 65 o más años de edad en la población activa, pasando de un porcentaje medio en el primer caso en torno al 65-70% en 1970 como en el caso de: Australia, 77,4%; Austria, 66% (en 1960); Dinamarca, 78,3%; Finlandia, 79,1%; Alemania (Rep. Fed.), 74,9%; Francia, 68%; Países Bajos 73,8%; Nueva Zelanda, 71,9% (en 1976); Reino Unido, 87%; y Estados Unidos, 71,7%; a porcentajes por debajo del 50% en 1985. En la gran mayoría de estos países, en concreto: 42,7%, en Australia; 44, 9% en 1970 en Austria; 49,5% en Dinamarca; 43,35 en Finlandia; 33,2% en Alemania (Rep. Fed.); 30,8% en Francia; 36,2% en los Países Bajos; 45,7% en Nueva Zelanda; 52% en el Reino Unido y 48% en Estados Unidos. En el caso de los varones con 65 o más años de edad los datos en este sentido son igualmente significativos, pudiendo valorarse como muy grande el impacto que la jubilación anticipada provocó sobre el porcentaje de población activa en el caso de varones de edad avanzada, por cuanto que, en estos caso, se pasó de porcentajes situados en torno al 20% en 1970 como por ejemplo, entre otros: Australia, 22,2%, al igual

De entre los diversos supuestos en los que se ha procedido al anticipo de la edad de jubilación habría que distinguir aquellos que son propiamente de jubilación anticipada, es decir, que mantenida una edad de jubilación como edad ordinaria se prevé la posibilidad de que, en determinados circunstancias pueda ser anticipada la jubilación, de aquellos otros en los que no se puede hablar en propiedad de jubilación anticipada sino de adelanto o reducción de la edad de jubilación, por cuanto que se fija una edad de jubilación inferior a la ordinaria de 65 años, con carácter general o bien para determinados colectivos específicos, supuestos a los que González Ortega, S., identifica como de reducción de la edad mínima, "donde el trabajador, aunque se jubile antes de la edad mínima general del Sistema de Seguridad Social, no anticipa, en realidad, en ningún momento su jubilación en relación con la edad mínima prevista para él mismo y para el colectivo a que pertenece. No existe elemento de comparación, ya que una sola es la edad mínima aplicable al mismo. Los casos de edad mínima reducida son, así, supuestos normales frente a los de jubilación anticipada que reflejan una excepcionalidad"⁷¹¹.

Así, sólo cabe la posibilidad de hablar de jubilación anticipada en dos grandes supuestos: de un lado, en aquellos en los que en aplicación del régimen transitorio está prevista la jubilación anticipada con aplicación de un coeficiente reductor; y de otro, en los supuestos en los que se ha utilizado la jubilación anticipada como medida de fomento del empleo, ya sea en el marco de procesos de crisis empresarial o para fomentar la sustitución total o parcial de trabajadores en edad avanzada por jóvenes en busca de empleo.

que Dinamarca; Canadá 22,6%; Finlandia, el 19%; Alemania (Rep. Fed.), el 19,9%; Francia, el 19,3% etc.; a porcentajes que se sitúan entre el 8 y el 10% en 1985, tal y como sucede en: Australia, el 8,9%; Dinamarca, el 12,7%; Canadá el 12,3%; Finlandia, el 10,6%; Alemania (Rep. Fed.) 5,2%; Francia, el 5,3%, etc. Para las mujeres el impacto de las jubilaciones anticipadas es mucho menor, observándose incluso algún aumento en el porcentaje del grupo de mujeres con una edad de entre 55 y 59 años de edad en 1985 en relación con los datos de 1970, como en el caso de Finlandia donde se pasó del 56,1% en 1970 al 66,7% en el año 1985, o en el caso de Noruego que por su parte se pasó del 32% al 60%, así como en Suecia en cuyo caso se pasó del 41,1% al 74,4%. Ello es debido, en gran parte, a que se refleja en estos datos una fuerte tendencia alcista de la tasa de participación femenina en el trabajo de esos países.

⁷¹¹ Cfr. "La anticipación de la edad de jubilación". RSS, nº 36. 1987, pág. 9.

Si tuviésemos que realizar un balance de lo que ha comportado el uso, en mi opinión exagerado de la jubilación anticipada, sobre todo como medida de fomento de empleo, éste sería, sin duda alguna, negativo, por cuanto que no sólo no ha conseguido los objetivos previstos, reducir las altas tasas de desempleo, sino que está suponiendo una importante carga para el sistema de Seguridad Social, que se ve obligado a abonar prestaciones a una edad muy temprana y por más tiempo del esperado, dando lugar al establecimiento de importantes disfunciones, desequilibrios y desigualdades que en modo alguno facilitan el desarrollo ordenado y regular de un sistema de Seguridad Social.

Es difícilmente compatible un sistema como el vigente en España, en el que los supuestos de anticipación de la edad de jubilación y de jubilaciones anticipadas son numerosos con la tendencia cada vez más acentuada de establecer un retiro flexible y progresivo. El legislador español, a la luz de los más recientes cambios normativos operados demuestra una desorientación, manifestada claramente en el hecho de querer, a la vez, mantener aún vigentes los diversos y múltiples supuestos de jubilación anticipada con un tímido intento de fomentar la permanencia en activo más allá de la edad ordinaria de jubilación.

Tal y como más adelante tendremos ocasión de apreciar, la actitud que han mantenido al respecto los interlocutores sociales a través de la negociación colectiva tampoco ha contribuido a desenredar el panorama vigente, más bien al contrario han introducido, aunque no de forma intencionada, mayores dosis de confusión al preverse, de un lado, compensaciones vinculadas al adelanto de la edad de jubilación consistentes en la concesión de premios o indemnizaciones con las que contrarrestar el coste que supone el paso a la situación de retiro anticipado, y de otro, una edad obligatoria, forzosa de jubilación, como medida de fomento del empleo. En relación con ésta última cuestión, puede hacerse una valoración algo más positiva de la negociación colectiva llevada a cabo, puesto que se han establecido mayores garantías a favor de la sustitución de trabajadores que acceden a la condición de pensionistas por nuevos trabajadores contratados, aunque en la práctica no se ha sido excesivamente riguroso en la exigencia de su cumplimiento.

En cualquiera de los supuestos que a continuación voy a exponer el elemento de la voluntariedad que caracteriza a la jubilación en su configuración legal tiende a difuminarse, ya que bien, en el marco de políticas de empleo o al establecerse de forma legal una edad de jubilación anticipada, la voluntad del futuro pensionista de permanecer en activo más allá de la edad establecida para el acceso a la pensión de jubilación, queda en muchos casos relegada a un segundo plano, no siendo pocas las ocasiones en las que de forma forzosa el trabajador es expulsado del mercado de trabajo, accediendo entonces a la jubilación de forma anticipada o pasando a la situación de desempleo.

1.1.3.1 La reducción de la edad de jubilación ordinaria en función de la actividad desarrollada.

A tenor de lo dispuesto en el art. 161. 2 del TRLGSS/1994, la edad mínima a que se refiere el apartado 1º de ese mismo artículo puede ser rebajada mediante Real Decreto a propuesta del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, 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 actividad profesional o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.

El desarrollo de una determinada actividad en la que las condiciones de trabajo son especialmente gravosas puede dar lugar a que se establezca, en virtud de la facultad prevista en este apartado 2º del art. 161, y ya incluida en el art. 2 de la Orden de vejez de 1967, una edad de jubilación inferior a la ordinaria para el régimen general fijada en los 65 años⁷¹².

⁷¹² Tal y como se establece en el informe OIT., *“La protección de la vejez...”*. *Op cit*, pág. 45, “El desempeño de labores penosas, insalubres constituye la causa más antigua, y todavía hoy la más generalizada, de anticipación de la edad de las prestaciones de vejez, ya que se presume que tales trabajos traen consigo un envejecimiento prematuro del organismo”. De entre los numerosos países

En estos casos el acceso a la jubilación a una edad inferior está condicionado al cumplimiento de un período mínimo en la actividad en cuestión, de tal manera que no cualquier trabajador que esté o haya estado empleado en una actividad penosa, tóxica, peligrosa o insalubre tiene derecho a disfrutar de la pensión a una edad anticipada, dependerá del tiempo de exposición a las condiciones gravosas para poder gozar de la jubilación con una cierta antelación.

No son demasiado numerosos los supuestos en los que cuales está legalmente prevista la posibilidad de acceder a la pensión a una edad inferior a la ordinaria, sin que ello comporte la reducción del importe de la misma en proporción al tiempo de anticipación entre estos se encuentra, como es obvio, determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto minero.

que incluyen una *edad pensionable* reducida en estos supuestos, la fórmula utilizada es diversa aunque en general se hace depender de la naturaleza del trabajo desarrollado y del número de años que se ha dedicado al mismo. Existen disposiciones diversas en cuanto a la edad de reducción, en general, 5 años, y en relación con la lista de trabajos a los que se aplica.

En relación con esta última cuestión, y a título de ejemplo, en Italia, el DLgs de 11 de agosto de 1993, n. 374, (*G.U.*, del 23 settembre 1993) aprobado en desarrollo del art. 3 párrafo 1º letra f de la Ley 23 de octubre de 1992, n. 421, prevé una anticipación de la *edad pensionable* de 2 meses por cada año de desarrollo de un actividad "*usuranti*", penosa, con un máximo de 60 meses (5 años). La particularidad de este DLgs no es sólo que modula con un límite máximo la edad de anticipo en función de los años dedicados a los trabajos en cuestión, hasta el punto de permitir la fracción en jornadas siempre que el desarrollo de la actividad *usuranti* sea igual o superior a 120 jornadas en cada año considerado, sino que pasa a definir que se entiende por trabajo *usuranti*, aquel trabajo para cuyo desarrollo es necesario un empeño psicofísico particularmente intenso y continuado (art 1. apart. 1 del DLgs n. 374/1993), e incluye una tabla abierta modificable mediante decreto del Ministerio de Trabajo sobre la base de valoraciones técnico-científicas después de haber consultado a las organizaciones sindicales mayormente representativas. Se consideran, así pues, trabajos penosos, desgastadores: (lavoro notturno continuato; lavori alla linea di montaggio con ritmi vincolati; lavori in galleria, cava o mineria; lavori espletati direttamente del lavoratore in spazi ristretti, all'interno di condotti, di cunicoli di servizio, di pozzi, di fognature, di serbatoi, di caldaie; lavori in altezza, su scale aeree, con funi a tetto o parete, su ponti a sbalzo, su ponti a castello installati su natanti, su ponti mobili a sospensione. A questi lavori sono assimilati quelli svolti del gruista, dall'addetto alla costruzione di camini e dal coprittetto; lavori in cassoni ad aria compressa; lavori svolti dal palombari; lavori in celle frigorifere o all'interno di ambienti con temperatura uguale o inferiore a 5 gradi centigradi; lavori ad alte temperature, addetti ai forni e ai fonditori nell'industria metallurgica e soffiatori nella lavorazione del vetro cavo; autisti di mezzi rotabili alla suoerficie; marittimi imbarcati a bordo; personale addetto ai reparti di pronto soccorso, rianimazione, chirurgia d'urgenza; trattoristi; addetti alle serre e fungaie; e lavori di asportazione dell'amianto da impati industriali, da carroze ferroviarie e da edifici industriali e civili). En base al art. 2, apartado 3º de este DLgs en el caso de que una norma especial prevea anticipos de *edad pensionable* en relación a alguna actividad *usuranti*, se aplicará la que sea más beneficiosa. Vid al respecto LAURIOLA, P. "*La tutela pensionistica del lavoro usurante*". *Diritto e Pratica del Lavoro*, n.11/1996, págs. 12-16.

Si bien el Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del régimen especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, de acuerdo con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del régimen general de la Seguridad Social⁷¹³ y su Orden de desarrollo, Orden de 3 de abril de 1973⁷¹⁴ ya preveían en su arts. 9 y 21, respectivamente, que la edad de mínima de 65 exigida para tener derecho a la pensión de jubilación podía ser rebajada en un período equivalente al que resultase de aplicar unos determinados coeficientes al período de tiempo efectivamente trabajado en cada una de las categorías y especialidades profesionales de la Minería del carbón; la reducción de la edad de jubilación a que se refiere el Estatuto del Minero, aprobado por el RD 3255/1983, de 21 de diciembre⁷¹⁵ ha sido establecida en el RD 2366/1984, de 26 de diciembre⁷¹⁶, para el supuesto de concurrencia de determinadas circunstancias de penosidad, toxicidad, peligrosidad o insalubridad para los trabajadores por cuenta ajena de la minería incluidos en el ámbito del citado Estatuto y no comprendidos en el Régimen especial de la Seguridad Social.

El mecanismo utilizado para proceder a rebajar la edad de jubilación es el siguiente: se reduce la edad en un período equivalente al que resulte de aplicar unos coeficientes al tiempo trabajado de forma efectiva en cada una de las categorías sujetas a reducción, de conformidad con los coeficientes recogidos en el anexo al RD 2366/1984, de 26 de diciembre.

El coeficiente de reducción oscila entre el 0,50 que se aplica al personal de interior que desarrolla trabajos directos de arranque de mineral, de fortificación en los frentes de arranque o de avance de distintas labores de preparación o investigación, al picador, barrenista, ayudante de picador, y de barrenista, auxiliar de picador, perforista, rozador, martillero, desplazador de arranque de pilas, conductor minador continuo, jumbista, y a los postadores y oficiales sondistas (inyectores) que trabajen en los frentes de arranque en condiciones análogas de penosidad o peligrosidad a las

⁷¹³ B.O.E. de 27 de febrero.

⁷¹⁴ B.O.E. de 24 de abril.

⁷¹⁵ B.O.E. de 4 de enero de 1984.

⁷¹⁶ B.O.E. de 15 de enero de 1985.

que concurren en el resto de categorías antes mencionadas; y el 0,05 que se aplica al resto de trabajadores de exterior que participen de forma directa en el desarrollo de labores mineras y no estén encuadrados en ningún otro apartado⁷¹⁷.

Al estar sujeta la reducción de edad al desarrollo de un determinado tiempo de trabajo efectivo, excluyéndose para ello todas las faltas al trabajo, excepto las que tengan por motivo la baja médica por enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, y las que sean autorizadas por las correspondientes normas laborales con derecho a remuneración, la citada reducción no sólo se aplica a cualquier trabajador que esté desarrollado en el momento de acceder a la *edad pensionable* una de las actividades incluidas en los correspondientes apartados, sino también a aquellos otros trabajadores que habiendo estado incluidos en el campo de aplicación del Régimen especial de la Minería de Carbón o del Estatuto del Minero, esté en el momento de su jubilación en cualquier otro régimen de la Seguridad Social.

La particularidad más significativa, al margen de la que acabo de comentar, hace referencia a que con vistas a no ver reducido el importe de la pensión como consecuencia del adelanto de la edad de jubilación, se prevé que el período de tiempo en que resulte rebajada la edad, por aplicación de los coeficientes reductores, se computará como tiempo cotizado a efectos de determinar el porcentaje aplicable para

⁷¹⁷ En concreto, se aplica un coeficiente del 0,40% al personal de interior que participa en las labores de arranque o avance de forma directa, mediante el manejo de explosivos, labores de carga y transporte del mineral. A las categorías de posteador, minero primero, artillero, ayudante de artillero cuando desempeñen sus trabajos en las mismas condiciones que los de la categoría a los que auxilian, camineros y tuberos en arranque y preparación, maestro minero, cargador-pegador, conductor de camión y conductor cargador de labores mineras y palista, así como electromecánicos de primera y segunda y oficiales mecánicos y eléctricos principales de explotación que trabajen en los frentes de arranque en condiciones análogas de penosidad o peligrosidad, a las que concurren en el resto de categorías citadas. El 0,30% al personal de interior en labores de mantenimiento, conservación, saneo y entibación (personal técnico, encargados y vigilantes), en especial a las siguientes categorías y especialidades de técnico o vigilante, ayudante artilleros, entibadores, ayudante entibador, caballista, maquinista de tracción, vagonero, rampero, electromecánico de primera, de segunda, oficial mecánico principal de explotación, oficial eléctrico principal de explotación, estemplero, viero, murero, sondista, maquinista de scraper y machacador en trituración primaria. El 0,20% al personal incluido en el resto de categorías de interior, así como al trasladado a puestos de exterior en cumplimiento de un precepto legal o reglamentario. En el supuesto que el traslado se produzca a un puesto de interior, el coeficiente correspondiente al nuevo puesto se incrementará en un 0,10%. El 0,15% al personal de exterior que realice labores de roza y arranque con similares riesgos a los tenidos en cuenta para las categorías de interior que desempeñen labores del mismo tipo, y el 0,10% para al personal de exterior que participe

calcular el importe de la pensión de jubilación a que tiene derecho el trabajador, con la única excepción para la jubilación de los trabajadores que se encuentren comprendidos simultáneamente en el campo de aplicación o bien del Estatuto Minero o bien del Régimen especial de la Minería del Carbón y en algún otro régimen de la Seguridad Social, ya que en estos supuestos se aplicará sólo lo relativo a los coeficientes reductores y la correspondiente reducción de la edad de jubilación, no al cómputo del tiempo de anticipo como tiempo cotizado.

Asimismo, se prevé la anticipación de la edad de jubilación sin reducción alguna en el importe de la correspondiente prestación económica, en el caso del personal de vuelo de trabajos aéreos. Así el RD 1559/1986, de 26 de junio⁷¹⁸, empleando el mismo método ya examinado en el caso de la Minería y con los mismo efectos, fija dos coeficientes de reducción para el piloto y el segundo piloto, el 0,40, y para el mecánico de la aeronave, navegante operador de fotografía aérea, operador de medios tecnológicos, fotógrafo aéreo y operador de cámara aérea, el 0,30.

Por lo que respecta a los trabajadores del Mar, el art. 37. 3 del RD 2864/1974, de 30 de agosto que aprueba el Texto refundido de las leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el régimen especial de los trabajadores del mar⁷¹⁹, establece que la edad mínima para la percepción de la pensión de jubilación podrá ser reducida por Decreto en aquellas actividades de naturaleza especialmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre en las que se acuse elevados índices de morbilidad o siniestralidad, así como en aquellas otras cuya realización implique una separación familiar y alejamiento del hogar, a través de la técnica de los coeficientes reductores en función del tiempo de trabajo efectivo en dichas actividades.

En este sentido, el RD 863/1990, de 6 de julio⁷²⁰, de revalorización de pensiones y de otras prestaciones de protección pública para 1990, modificó la escala de

de forma directa en el desarrollo de labores mineras distintas de las consignadas en el apartado anterior con concurrencia de riesgos pulvígenos.

⁷¹⁸ B.O.E. de 31 de julio.

⁷¹⁹ B.O.E., de 10 de octubre.

⁷²⁰ B.O.E., de 7 de julio.

coeficientes reductores de la edad de jubilación en el régimen del Mar, establecida en el art. 1 del D 2309/1970, de 23 de julio por el que se aprobaban los coeficientes reductores de edad para la pensión de vejez⁷²¹, al fijarse que, en el caso de la marina mercante, a los trabajos a bordo en embarcaciones dedicadas a la navegación de altura o gran cabotaje o de las zonas 2ª y 3ª se les aplica un coeficiente reductor del 0,40, 0,35, ó 0,25 dependiendo si se trata de petroleros, embarcaciones de carga o de pasaje, respectivamente. Estos coeficientes se reducen al 0,30, 0,25 ó 0,20 en estos tres mismos supuestos cuando nos encontramos ante navegación de cabotaje o de la 1ª zona. Mientras que en el caso de las embarcaciones de pesca, los porcentajes son: del 0,40 en el caso de Congeladores, Bacaladeros, y parejas de Bacaladeros; del 0,35 si se trata de arrastreros de más de 250 TRB (Toneladas métricas de registro bruto); 0,30, 0,25, 0,20 ó 0,10 en el caso de embarcaciones pesqueras mayores de 150 TRB, de entre 50 a 150 TRB, de más de 10 hasta 50 TRB, o de hasta 10 TRB, no incluidas en los grupos anteriores, respectivamente.

Por su parte, en el caso de los trabajadores ferroviarios, en las normas de integración particulares de este régimen en el Régimen general contenidas en el RD 2621/1986, de 24 de diciembre⁷²², que regula la integración de determinados Regímenes especiales, entre los que se encuentra el régimen especial de trabajadores ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, artistas y toreros en el Régimen General, y del Régimen especial de escritores de libros en el también Régimen especial de trabajadores por cuenta ajena o autónomos, en concreto en su art. 3.1, se establecen, en los mismos términos y con el alcance que acabamos de ver, una serie de coeficientes de reducción de la edad ordinaria de jubilación para aquellos trabajadores que hayan pertenecido a grupos y actividades profesionales de naturaleza especialmente peligrosa o penosa.

Así, se dispone, tras las modificaciones operadas, por el RD 863/1990, de 6 de julio antes citado, que los jefes de maquinistas, maquinistas de locomotora a vapor, ayudantes de maquinistas de locomotora a vapor, oficial calderero chapista en depósito

⁷²¹ B.O.E., de 24 de agosto.

⁷²² B.O.E, de 30 de diciembre.

se les aplica un coeficiente del 0,15, mientras que en el caso, entre otros muchos, de los capataces de maniobras, especialistas de estaciones, agentes de tren, auxiliares de tren, maquinistas principal, maquinistas de tracción eléctrica, etc., el coeficiente es el 0,10.

Igualmente, está prevista la reducción de la edad mínima de jubilación en el supuesto de los profesionales taurinos. De conformidad con el art. 18 del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, a diferencia de los supuestos anteriores no se recurre al mecanismo de la reducción a través de coeficientes según el tiempo de trabajo efectivo, sino que se opta por establecer directamente una edad de jubilación mínima inferior a los 65 años en determinadas categorías profesionales, manteniéndose esta edad, los 65 años, sólo para los mozos de estoque y de rejones y sus ayudantes, quienes sí podrán acceder de forma anticipada a la jubilación, pero sujeta a la imposición de una reducción de la pensión del 8% por cada año de anticipación, sin necesidad de acreditar cotizaciones previas al 1 de enero de 1967.

En el caso de los puntilleros la edad de jubilación se fija en los 60 años, y para los demás profesionales taurinos en 55 años. En estos trabajos el acceso a la jubilación a una edad inferior a la ordinaria está condicionada al cumplimiento de dos requisitos: primero, que en el momento de solicitar la jubilación se encuentren en alta o en situación asimilada al alta, y segundo, que el sujeto en cuestión haya actuado en un mínimo de espectáculos taurinos, en concreto, 150 festejos en el caso de los matadores de toros, rejoneadores y novilleros, 200 festejos para los banderilleros, picadores y toreros cómicos, y 250 festejos en el caso de los puntilleros, mozos de estoque y de rejones y de sus ayudantes.

Como puede observarse, en este caso el simple cumplimiento de la edad reducida no da, por tanto, derecho a pensión de jubilación, es necesario además acreditar el cumplimiento de estas dos condiciones: de un lado, que el trabajador ha participado en un determinado número de festejos, y de otro, que se encuentra, en el momento del hecho causante, el cumplimiento de los 55 o 60 años según el caso, en alta o en situación asimilada. Si el profesional taurino que quiere acceder a la jubilación

a una edad más temprana que la ordinaria no cumple alguno de los requisitos comentados deberá postergar el acceso a la jubilación hasta que pueda acreditarlos, que en el caso de alta o asimilada a la de alta será a los 65 años, ya que, de conformidad con lo previsto en la LMU, tendrá derecho a la pensión de jubilación sin necesidad de cumplimentar el requisito de alta.

Al igual que sucede con los profesionales taurinos, en otras profesiones en que algunas de sus actividades son también difícilmente realizables a partir de una determinada edad, como por ejemplo los artistas, está prevista la reducción de la edad de jubilación a los 60 años de edad para los cantantes, bailarines y trapevistas que además de estar en alta o en situación asimilada a la de alta hayan trabajado en su especialidad un mínimo de 8 años durante los 21 anteriores a la edad de jubilación⁷²³, que podrán reducirla sin coeficientes reductores.

Por su parte, los artistas que lo deseen y que no pertenezcan a las categorías antes apuntadas podrán anticipar su jubilación a los 60 años aunque en estos casos si se aplicará una reducción del 8% por año de anticipación, sin que sea necesario acreditar la existencia de cotizaciones antes de 1 de enero de 1967.

En cualquiera de estas categorías de trabajadores: mineros, personal de vuelo, trabajadores del mar, trabajadores ferroviarios, profesionales taurinos determinados artistas; la reducción de la edad de jubilación responde, unas veces, a las especiales y gravosas condiciones en las que se desarrolla la actividad productiva como por ejemplo las minas, del personal de vuelo, del mar, y de los trabajadores ferroviarios, mientras que en otras, en concreto, en el caso de los artistas y profesionales taurinos la reducción deriva del mayor desgaste físico que supone el desarrollo prolongado de una determinada actividad profesional, al tenerse en cuenta que es difícil desempeñar ciertas actividades específicas a partir de una determinada edad. En algún supuesto parece que se combinen ambos elementos o justificaciones, tal y como sucede con el personal de vuelo de trabajos aéreos en los que, dadas las especiales condiciones de

⁷²³ Vid al respecto, RD 2621/1986, de 24 de diciembre.

trabajo, parece razonable permitir que se acceda de forma anticipada a la jubilación ordinaria.

La técnica utilizada por el legislador para proceder a la reducción de la edad, como hemos tenido ocasión de apreciar, es diversa, ya que en ocasiones permite ajustar la reducción de la edad sin fijar una edad reducida con carácter general, al contrario, admitiendo una reducción variable de la edad en función del tiempo de trabajo efectivo en una determinadas condiciones, mientras que en otras opta por establecer una edad fija anticipada y permitir el acceso a la misma previo cumplimiento de determinados requisitos, como son los de estar en alta o en situación asimilada al alta y haber desempeñado la actividad en cuestión durante un determinado período de tiempo.

En el primer supuesto, que afecta a los trabajadores mineros, al personal de vuelo de trabajos aéreos y al colectivo de los trabajadores ferroviarios, todos los trabajadores, en mayor o menor medida ya sea en el cómputo de meses o de años y estando desarrollando o no la actividad en cuestión en el momento del hecho causante, pueden acceder a la jubilación con una edad reducida, mientras que en el segundo caso (profesionales taurinos y artistas) no todo el colectivo al que va dirigida la norma de reducción de la edad de jubilación puede acceder ipso facto a la misma de forma anticipada, por cuanto que es estrictamente necesario el cumplimiento de los requisitos antes comentados, no siendo suficiente el desarrollar o haber desarrollado la actividad en cuestión para poder acceder a pensión a una edad más temprana que los 65 años.

1.1.3.2. La jubilación anticipada en aplicación del régimen transitorio: jubilación con coeficientes reductores.

Teniendo en cuenta los importantes cambios introducidos por el TRLGSS/1974 en relación con el régimen preexistente y muy especialmente en lo relativo al contenido y

cálculo de la prestación de jubilación, se fijaron una serie de medidas de carácter transitorio, con el objeto de atenuar el impacto que podía provocar la introducción de modificaciones sustanciales en el régimen entonces vigente tras la aplicación de reformas aprobadas. Medidas dirigidas básicamente a favor de aquellos individuos que, por estar próximos al cumplimiento de los requisitos exigidos para tener derecho a determinadas prestaciones, o haberlos cumplido ya sin ejercer el mismo, podían ver seriamente mermadas sus expectativas.

La introducción de regímenes transitorios con la finalidad antes señalada, fundamentalmente en el marco de las prestaciones de larga duración (jubilación e invalidez), ha sido una práctica habitual por parte del legislador. Así éste, cada vez que ha optado por reformar el sistema de Seguridad Social vigente e introducir novedades de alcance significativo, ha introducido una serie de disposiciones que permiten a los destinatarios de las mismas o bien optar por la aplicación del sistema preexistente, en el caso de que teniendo derecho a ello no lo hayan ejercitado, o bien aplicar las reformas introducidas pero con un alcance limitado, al preverse la aplicación gradual de las mismas.

Obviamente, la utilización del mecanismo de los regímenes transitorios es no sólo necesaria por la finalidad perseguida, sino que en aras al mantenimiento de los derechos en curso de adquisición parece que sea incluso imprescindible, habida cuenta del impacto que sobre los mismos puede ocasionar la entrada en vigor de cambios sustanciales sobre el sistema vigente, que mermen las expectativas legítimas de aquellos que, habiendo estado sometidos a un régimen concreto durante un espacio considerable de años, con ocasión de las modificaciones establecidas en el mismo puedan ver seriamente perjudicado su derecho a disfrutar de unas prestaciones de acuerdo con las condiciones a las que se han sometido desde su incorporación, en muchos casos ya lejana, al sistema.

Aun cuando, como acabamos de apreciar, la introducción de normas de derecho transitorio son legítimas y necesarias, no cabe duda alguna que en la práctica se ha demostrado que, en ocasiones, estos regímenes al subsistir en el tiempo se han

en una especie de "subsistemas" o "especialidades", lejos de establecerse como protección de los derechos o expectativas en curso de adquisición, se han convertido en "una especie de privilegio" a favor de aquellos que al introducirse las modificaciones en el sistema formaban ya parte de él.

Así, en relación con la edad de jubilación y como medida transitoria entre el entonces nuevo Régimen General de Seguridad Social y el viejo Mutualismo Laboral, en el apartado 9º de la Disposición Transitoria 1ª de la Orden ministerial de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez, modificada por la también Orden ministerial de 17 de septiembre de 1976⁷²⁴ aprobada en virtud de la autorización concedida en el apartado 6º de la Disposición Transitoria 2ª del TRLGSS/1974, se contempla la posibilidad de jubilarse voluntariamente de forma anticipada a favor de aquellos que tuvieran la condición de mutualistas en fecha 1 de enero de 1967, tratándose con esta medida de respetar las expectativas creadas en el régimen del Mutualismo Laboral que recogía esta opción de acceso voluntario a la jubilación a una edad más temprana de la ordinaria, pero con una reducción en el importe de la pensión⁷²⁵, en el art. 57 del Reglamento del Mutualismo Laboral.

El objeto de estas Disposiciones parece claro, ya que su razón de ser no es otra que la de respetar los derechos adquiridos en el precedente régimen mutualista, en concreto mantener la posibilidad de obtener la jubilación una vez alcanzada la edad de 60 años, tal y como estaba previsto en el régimen Mutualista, quiere ello decir que fueron dictadas con la exclusiva finalidad de atender a una modalidad excepcional del reconocimiento del derecho a la prestación de jubilación en el Régimen General, y cuya vigencia parece que se mantendrá hasta aproximadamente el año 2015/2020.

⁷²⁴ B.O.E, de 30 de septiembre

⁷²⁵ Inicialmente, se exigía que se hubieran cumplido en la fecha de 1.1.1967 los 50 años de edad para poder acceder a este sistema de jubilación anticipada con coeficiente reductor, pero la Orden Ministerial de 17 de septiembre de 1976 suprimió la referencia que la Disposición Transitoria sexta del TRLGSS/1974 y en normas anteriores se hacía al requisito de los 50 años de edad.

Asimismo se preveía la posibilidad aún hoy vigente, de causar derecho a la pensión de jubilación a partir de los 60 años, con el cumplimiento de un único requisito: que el interesado haya estado afiliado a cualquier Mutuality laboral en el momento de entrada en vigor de sistema de Seguridad Social (1.1.1967) o en cualquier momento anterior, estableciéndose en este caso, por vía reglamentaria, una reducción de la cuantía de la pensión que se aplica durante toda la vigencia de la misma⁷²⁶, ponderando la edad real de jubilación y la correspondiente penalización por el anticipo años, en relación con la edad ordinaria de 65 años.

El uso que se ha hecho y aún hoy se hace de esta modalidad de jubilación anticipada es importante y así podemos constatar en el examen de la distribución porcentual por edades del número de altas de jubilación del Régimen General⁷²⁷, que desde 1987 hasta la actualidad, del total de altas producidas, entre un 60 y un 70% de las mismas se producen con anterioridad a la edad fijada con carácter ordinario para el acceso a la jubilación, los 65 años, (61, 90% en 1987, 63,92% en 1988, 62,82% en 1989, 61,95% en 1990, 63,92% en 1991, 65,04 en 1992, 67,16% en 1993, 69,95% en 1994, 71,64 en 1995, 70,67% en 1996, 70,65% en 1997, 66,71% en 1998, y 62,51% en 1999 (en este caso con datos hasta junio) y aunque se aprecia un cierto descenso si comparamos las cifras expuestas en 1995, 71,64% y las correspondientes a 1999, 62,51%, como consecuencia de que cada vez son menos los trabajadores que pueden jubilarse anticipadamente, las cifras son todavía suficientemente significativas y reflejan como la salida del mercado de trabajo se produce a una edad inferior a la *edad pensionable*⁷²⁸.

⁷²⁶ Tal y como se establece, entre otras, en la STSJ de Andalucía/Málaga de 17 de noviembre de 1997 (Ar. 4406) si el trabajador optó por la jubilación anticipada con coeficientes reductores no puede al alcanzar la edad de 65 años solicitar la modificación de la cuantía, teniendo carácter vitalicio rige con las condiciones en que se reconoció (salvo las posibles revalorizaciones) durante toda la vida del beneficiario.

⁷²⁷ Vid, al respecto, *Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social. Año 2000*, Cap. IV. Prestaciones económicas. Cuadro IV.7, pág. 164. En este mismo sentido vid: http://www.seg-social.es/dgoss/presupuesto/anexo/docs/c2_51_2.html. Datos también reproducidos en MTySS., "La Seguridad Social en el umbral...". *Op. cit.*, pág. 94-95, aunque limitados al periodo 1991-1994.

⁷²⁸ Del total de altas de jubilación sólo una tercera parte se produce a partir de la edad de los 65 años, en concreto, un 33,57% en 1987, 31,20% en 1988, 33,01% en 1989, 33,45% en 1990, 31,38% en

Si procedemos a efectuar un análisis de esta distribución porcentual del número de alta de jubilación en el período comprendido entre 1987 y junio de 1999, podemos observar como además es una constante, que la edad de acceso a la jubilación en aquellos supuestos en que ésta se produce a una edad anterioridad a la del cumplimiento de los 65 años, que como acabamos de ver son 6 ó 7 de cada 10, es inferior o igual a los 60 años de edad, en concreto el 34,39% en 1987, 37,94% en 1988, 39,10% en 1989, 38,85% en 1990, 40,42% en 1991, 40,75% en 1992, 41,21% en 1993, 40,73% en 1994, 42,09% en 1995, 44,40% en 1996, 46,49% en 1997, 42,11% en 1998, y 39,49% en 1999, cifras éstas que representan hasta un 63,1% de las altas producidas con anterioridad a los 65 años en 1999⁷²⁹.

A partir de las modificaciones introducidas en la Ley 24/1997, de 15 de julio y RD 1647/1997, de 31 de octubre, ya comentadas anteriormente, a efectos de la aplicación de la reducción prevista, es necesario distinguir entre los supuestos en los que la jubilación se establece de forma voluntaria de aquellos en que la jubilación a los 60, 61, 62, 63, ó 64 años de edad se produce en virtud de una causa extintiva no imputable a la libre voluntad del propio trabajador quien se ve forzado dada su condición histórica de Mutualista a acceder a la jubilación a una edad anterior a la ordinaria, no de forma voluntaria.

En el primer supuesto, por cada año de anticipación de la edad de jubilación se aplica un coeficiente reductor de la pensión de un 0,8% (a los 64 años, 0,92; a los 63 años, 0,84; a los 62 años, 0,76; a los 61 años, 0,68; y a los 60 años, 0,60), mientras que en el segundo, el porcentaje de la reducción de la cuantía de la pensión es del 0,7% (a los 64 años, 0,93; a los 63 años, 0,86; a los 62 años, 0,79; a los 61 años, 0,72 y a los 60 años, 0,65).

1991, 30,35% en 1992, 28,49% en 1993, 26,39 en 1994, 25,31 en 1996, 26,30% en 1997, 30,22% en 1998, y 33,79% en 1999..

⁷²⁹ Este porcentaje se ha mantenido prácticamente estable en este período, así en 1987 representaba un 55,5% de las altas producidas con anterioridad a los 65 años de edad; 59,3% en 1988; 62,2% en 1989; 62,7% en 1990; 63,25 en 1991; 62,6% en 1992; 61,4% en 1993; 58,2% en 1994; 58,7% en 1995; 62,8% en 1996; 65,8% en 1997; y 63,1% en 1998.

En este segundo supuesto, para poder beneficiarse de esta menor reducción del importe de la pensión es necesario no sólo que la causa extintiva sea ajena a la voluntad del trabajador y que se trate de un trabajador que tuviera la condición de mutualista en fecha de 1 de enero de 1967, sino que además será preciso que acredite 40 o más años de cotización, para cuyo cómputo se aplican las mismas normas establecidas que para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación a la edad ordinaria de 65 años.

A efectos de determinar cuándo se puede considerar que la extinción de la relación laboral acaece en virtud de una causa ajena a la libre voluntad del trabajador, en la Disposición Transitoria 2ª, apartado 2º del RD 1647/1997, de 31 de octubre se establece en forma de lista abierta los supuestos en los que es aplicable este menor coeficiente.

Este apartado 2º de la Disp. Trans. 2ª no opera como *numerus clausus* al incorporarse una referencia final en forma de cajón de sastre que permite que cualquier otra causa no citada en los apartados anteriores pero que dé lugar a una extinción de la relación laboral no derivada de una causa imputable a la libre voluntad del trabajador, también dará derecho a la aplicación de un coeficiente de reducción algo menor del general, fijado en el 8%.

Así, se aplica este 7% de reducción de la pensión por año de anticipación con un máximo de 5 a los trabajadores en los siguientes casos: cuando la relación laboral se extinga en virtud de un despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que éste haya sido debidamente autorizado, conforme a lo dispuesto en el TRET; por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante cuando determinen en ambos casos la extinción del contrato de trabajo; por despido improcedente, cuando se haya optado por la indemnización, o cuando se haya dictado un auto en ejecución de sentencia declarando extinguida la relación laboral, o por despido improcedente cuando se trate de representantes legales de los trabajadores, siempre que no hubieran dejado de ejercer, en su caso, su derecho de reincorporación

la trabajo; por despido basado en causas objetivas; por resolución voluntaria de la relación laboral en los supuestos previstos en los arts. 40, 41.3 y 50 del TRET; por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto de contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador; y por 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 citados en el propio apartado 2º de la Disp. Trans.2ª.

Asimismo, se aplica esta escala reducida a 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 establecido en los párrafos a) y f), apartado 1 del art. 213 del TRLGSS/1994, y a los beneficiarios del subsidio por desempleo de nivel asistencial, mayores de 52 años cuando se extinga el subsidio al alcanzar la edad que les permite acceder a la pensión contributiva de jubilación⁷³⁰.

El catálogo de supuestos a que hace referencia el RD 1647/1997, de 31 de octubre es muy extenso y diverso, provocando alguna que otra contrariedad al colocar por ejemplo en idéntica posición a aquellos que pierden su empleo involuntariamente habiendo cumplido 60 o más años de edad como consecuencia por ejemplo de un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que acrediten una cotización efectiva de 40 años de aquellos otros individuos que, en un caso extremo, pueden haber trabajado hasta los 50 años de edad, habiendo perdido su empleo por alguna de las causas previstas en el art. 208 del TRLGSS/1994, incluido el despido procedente confirmado judicialmente, y mediante el juego combinado de la percepción de la prestación de desempleo y, a su agotamiento, la percepción del subsidio asistencial por desempleo de mayores de 52 años, pueden llegar a la jubilación

⁷³⁰ En sentencia del Juzgado núm. 31 de Madrid de 5 de febrero de 1998 (Ar. 1631), se ha llegado a considerar que si el sujeto que tiene derecho al 7% de reducción opta por agotar la prestación por desempleo pierde el derecho a la aplicación de los coeficientes reductores, ya que, tal y como se establece en esta sentencia, la finalidad de la norma reguladora, "es exclusivamente la promoción de la jubilación anticipada cuando ésta deriva de la pérdida del puesto de trabajo por causa no imputable al trabajador procurando, de este modo, potenciar la salida del mercado de trabajo de aquellos trabajadores mayores que tienen posibilidad de jubilarse habilitando, de este modo, el acceso al trabajo de otros desempleados que no tienen ese privilegio".

anticipada, acreditando tal y como se desprende de los arts 214 y 218 del TRLGSS/1994, por los últimos años de percepción de la prestación y subsidio, 10 años de cotización.

Situaciones éstas que son atendidas de forma idéntica, a pesar de que el esfuerzo contributivo en uno y otro caso no es el mismo, dada la generalidad con la que ha sido establecido este supuesto de reducción en un punto del coeficiente reductor y el desarrollo que el RD 1647/1997, de 31 de octubre, ha realizado del art. 7 de la LCRSS, aunque la propia dinámica del sistema ya corrige de por sí estas diferencias, no en vano el juego de los topes de cotización durante la percepción del subsidio reduce considerablemente la base reguladora de la pensión, lo que unido a la obligación de jubilación del perceptor del subsidio a los 60 años, puede permitir concluir que en la mayoría de los casos la aplicación de un coeficiente reductor inferior no tendrá ningún efecto beneficioso para el pensionista, puesto que la pensión reconocida será generalmente inferior a la mínima contributiva, con lo cual, en estos supuestos de desempleados de larga duración mayores de 52 años, no actuará otro elemento corrector de la pensión que no sea el reconocimiento del complemento para mínimos.

Queda excluido de la aplicación de este nuevo régimen de coeficientes reductores que permite diferenciar, tal y como acabamos de ver, entre supuestos de extinción por voluntad del propio trabajador y supuestos de extinción derivada de causas ajenas a su voluntad, a efectos de aplicar un menor coeficiente reductor, el RETM, de acuerdo con el apartado 5º de la misma Disp. Trans. 2ª del RD 1647/1997, de 31 de octubre.

En el caso de los trabajadores incluidos dentro del campo de aplicación del RETM, se mantiene aplicable la escala de coeficientes reductores de conformidad con lo establecido en la Orden de 3 de enero de 1977, por la que se desarrolla lo dispuesto en la norma segunda de la Disp. Trans. 3ª del Decreto 1867/1970, de 9 de julio que

aprueba el Reglamento General de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, de regulación de este régimen especial⁷³¹.

La valoración que cabe efectuar del establecimiento de esta distinción entre supuestos de jubilación anticipada con coeficientes reductores en los que se aplica un coeficiente del 8% o del 7% es ciertamente crítica⁷³². Fundamentalmente porque que estricto sensu no puede considerarse que nos encontramos ante una mejora, ya que en los supuestos de jubilación anticipada por alguna causa no imputable a la voluntad del trabajador se ha optado por mantener la aplicación injustificada de los coeficientes reductores, introduciendo, eso sí, un <<menor decremento>> de la cuantía de la pensión, del 1%, respecto a los demás supuestos, con lo que tan sólo se conseguirá atenuar los efectos mayores que sobre el importe de la pensión se van a aplicar derivados del hecho de haber ampliado, en virtud de las modificaciones establecidas en la LCRSS, el período de cotización contemplado a efectos de calcular la base reguladora, sin que esta reducción pueda llegar a considerarse como una carga económica para el propio sistema, dado que el efecto económico que está previsto que produzca es muy reducido⁷³³.

Teniendo en cuenta que en la configuración legal que de la jubilación se ha hecho, la voluntariedad del trabajador en el cese en el trabajo constituye, tal y como tendremos ocasión de comprobar, un elemento básico aunque éste haya ido perdiendo valor específico, no parece que sea, en modo alguno, justificable que en aquellos casos en los que el acceso a la jubilación se produce de forma anticipada como consecuencia

⁷³¹ B.O.E., de 11 de julio.

⁷³² La fijación de coeficientes reductores en los supuestos de jubilación anticipada no es exclusivo de nuestro sistema de Seguridad Social, hay países como es el caso, entre otros, de Alemania, en el que el derecho a la pensión anticipada es penalizada con una reducción del 3,6% por año de anticipación. En el caso de Estados Unidos, es posible acceder a la jubilación a partir de los 62 años si bien en estos casos se reducirá la pensión un 6,66% por año en los supuestos de 3 años de anticipación o por un 5% por año por más años de anticipación. En el caso de Canadá, aunque la edad normal son los 65 años, es posible acceder a partir de los 60 años con una reducción del 6% por año. En acmbio en Suecia la penalización se produce por meses, 0,5% por mes de anticipación.

⁷³³ Así, en la *"Memoria Económica del Anteproyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social"*, elaborada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se estima que esta reducción del 8% al 7% como coeficiente aplicable a la jubilación anticipada, supondrá un incremento sobre el gasto total en pensiones: del 0,008% para el año 1997; 0,0022% para el año 1998; 0,0035% para 1999; y 0,047% para el año 2000.

de un causa no imputable a la voluntad libre del trabajador, éste vea mermada su prestación, al ser definitiva la pensión que resulte de aplicar el coeficiente reductor que sólo se incrementará con los correspondientes aumentos anuales periódicos aplicables a todas las pensiones⁷³⁴.

En estos casos, atendiendo al carácter claramente involuntario de la cesación en el trabajo, debería suprimirse por completo la aplicación de coeficientes reductores puesto que éstos se convierten en una penalización vitalicia para aquellos que en la gran mayoría de casos sin quererlo se ven abocados a la jubilación anticipada por causas ajenas a su voluntad, y el exceso de carga financiera que implica pagar estas pensiones durante 5 años más como máximo (de los 60 a los 64 años de edad) en modo alguno justifica que se aplique una medida como la comentada, cuyos efectos se extienden más allá del límite de los años de anticipo. Por ello, si el legislador no se decide por su supresión, debería inclinarse, no tanto como ha hecho por reducir de forma irrisoria el coeficiente aplicable en un 1%, sino por limitar su aplicación a los años de anticipo, permitiendo que el beneficiario tenga derecho, en el caso de acreditar los requisitos exigidos, al 100% de la prestación en el momento del cumplimiento de los 65 años, como hubiera sucedido, sino se hubiese procedido a extinguir su relación laboral por una causa ajena a su libre voluntad.

Debe, igualmente denunciarse por ser contraria al principio de voluntariedad y a la configuración de la jubilación como un derecho, la obligación de solicitar la jubilación anticipada con aplicación de este coeficiente reducido cuando cumplidos los 60 años se pueden acreditar 40 o más años de cotización, bajo la amenaza de la

⁷³⁴ Aunque tal y como señala DE LA VILLA GIL, L.E., el reconocimiento del complemento para mínimos atenúa e incluso, en algunos casos, neutraliza el efecto de los coeficientes reductores por jubilación anticipada, para quien la solución legal establecida es claramente contradictoria, en la medida en que se promete un estímulo al retraso de la edad de jubilación "a la vez que, en supuestos especiales, se concede la rebaja en un punto del coeficiente reductor por cada año de anticipación de jubilación entre los sesenta y los sesenta y cinco años, a lo que se añade, en no pocos casos, la neutralización de los coeficientes reductores por los complementos para mínimos. De no clarificarse la contradicción con alguna rotundidad, la jubilación retrasada corre el peligro de convertirse en un adorno, dado que los hechos favorecen la jubilación anticipada, al situar la edad media efectiva de jubilación del sistema en los 63,1 años". Cfr. *"Las pensiones sociales. Problemas y alternativas"*. Ponencia general presentada al IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MtyAS, Parte I, 1999, Madrid, pág. 10.

pérdida del derecho a la aplicación de dicho coeficiente⁷³⁵ al entender que si el beneficiario opta por mantenerse en situación legal de desempleo se aleja de la voluntad de la Ley, como es la de fomentar la jubilación anticipada, cuando ésta deriva de una causa no imputable al trabajador.

Al actuarse de esta manera, imponiendo la jubilación obligatoria a quien en el momento de cumplir los requisitos exigidos para la aplicación de este coeficiente reducido (60 años de edad y 40 o más años de cotización) se encuentra en situación de desempleo (contributiva o asistencial) o a quien habiendo cesado involuntariamente en la empresa, puede acceder a esta situación porque ya cumple dichos requisitos, no sólo se priva al sujeto beneficiario de la posibilidad de lucrar o continuar disfrutando de la prestación por desempleo al obligarle a pasar a la jubilación anticipada, con los perjuicios que ello comporta, si tenemos en cuenta que aunque es menor el coeficiente reductor éste se aplica con carácter vitalicio, sino que además no se actúa en contra del espíritu de la norma, por cuanto que la finalidad de la misma no es la de fomentar la jubilación anticipada, sino la de trazar una separación, aunque sólo sea a efectos de la aplicación de un coeficiente reductor, entre aquellos que acceden a la jubilación anticipada de forma involuntaria y los que no, debiendo considerarse que esta circunstancia no desaparece por el hecho de acceder al desempleo, ni que el RD 1647/1997, de 31 de octubre imponga esta necesidad de acceder a la jubilación anticipada.

Es ciertamente cuestionable y criticable la aplicación de coeficientes reductores en el cálculo de la pensión de jubilación para aquéllos que acceden a esta situación de forma anticipada, dada la carencia de justificación de esta medida, sobre todo si tenemos presente que en el marco del sistema mutualista que es donde fue establecida esa disposición estaba más justificada, a medida que han ido transcurriendo los años y se han introducido modificaciones sustanciales que afectan a la forma y mecanismo de cálculo de la pensión de jubilación, tal y como tendremos ocasión de apreciar más

⁷³⁵ Vid, al respecto, BARCELÓN COBEDO, S., "Tratamiento de la nueva pensión de jubilación anticipada: alcance de los requisitos legales para la aplicación del nuevo coeficiente reductor". Comunicación presentada a al IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

adelante, especialmente aquellas reformas que hacen referencia al cálculo de la base reguladora y la aplicación del tipo mínimo del 50% que ya no se aplica con un mínimo de 10 años de cotización previa, tal y como entonces se exigía, ha ido perdiendo parte del valor que entonces tenía.

Se ha producido una notable transformación de una medida como ésta en la que sólo se mantiene la penalización cuya única finalidad parece que sea la de desincentivar su uso y mitigar la carga que sobre el sistema puede comportar este anticipo de la edad de jubilación, sin que el endurecimiento progresivo de los requisitos para el cálculo de la prestación ni los cambios operados en el ámbito de la base reguladora hayan llevado a plantear la necesidad de suprimir los coeficientes reductores que penalizan el adelanto de la edad de jubilación al haberse claramente desvirtuado el privilegio que suponía en el régimen mutualista acceder a la jubilación, a una edad más temprana que la ordinaria.

Si, tal y como acabamos de ver, carece de justificación el mantenimiento de los coeficientes reductores en atención a los cambios que han sido aprobados en el ámbito de esta prestación que la han ido endureciendo considerablemente, parece aún menos justificado la aplicación de alguna reducción a la pensión en los supuestos en los que el acceso a la jubilación se convierte en algo ineludible, y actúa como un mecanismo más de expulsión del mercado de trabajo y amortización de puestos de trabajo en aquellos casos en los que, como consecuencia de causas ajenas a la voluntad del propio interesado y ante la pérdida del empleo y las dificultades de encontrar otro nuevo, el trabajador se ve abocado a acceder a la jubilación anticipada.

En estos supuestos, el establecimiento de una disminución mínima del coeficiente reductor se ha convertido en una disposición que, aunque está justificada carece de sentido, máxime cuando lo que se hubiese debido hacer es suprimir los coeficientes reductores, ya sea de forma total o parcial, dadas las importantes reformas introducidas en relación con el cálculo de la prestación que ya de por sí penalizan el

sobre *"Las Pensiones Sociales"*, organizado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Parte I, 1999, págs. 373-387.

adelanto de la edad de jubilación al disminuir, en muchos casos, el tipo aplicable y la base reguladora

En estos casos se produce una importante quiebra del principio de voluntariedad en el acceso a la prestación de jubilación, que en modo alguno se corrige con la introducción de esta distinción y la aplicación de un coeficiente reductor algo menor.

En los supuestos que estamos analizando, debería claramente optarse por la eliminación de los coeficientes reductores de la forma en que están hoy establecidos, no sólo por la falta de justificación de estos, sino también por la escasa eficacia que han tenido si lo valoramos en términos de desincentivación de la jubilación anticipada. En este sentido, el legislador debería inclinarse o bien por limitar el uso de la jubilación anticipada suprimiendo esta posibilidad de jubilación anticipada con coeficiente reductores si lo que pretende es fomentar la flexibilización de la edad de jubilación potenciando la permanencia en activo más allá del límite de los 65 años, o bien, permitir la jubilación anticipada voluntaria y gradual, con una reducción ponderada y razonable de la prestación económica que permita aliviar la carga que sobre el sistema de protección social supone la jubilación a una edad inferior a la ordinaria, pero limitando considerablemente el importe de esta reducción, o acotándolo a los años de anticipo, si lo que se pretende es fomentar la jubilación anticipada como mecanismo de reparto de empleo.

Carece, como podemos apreciar, de fundamento alguno el mantenimiento del vigente sistema de jubilación anticipada con coeficientes reductores que paradójicamente a la vez que desincentiva su uso lo fomenta, sin que la introducción reciente de esta distinción entre supuestos de jubilación anticipada voluntaria y jubilación anticipada por una causa ajena a la libre voluntad del individuo, haya contribuido a mejorar el actual panorama sino, todo lo contrario, ha contribuido a introducir mayores dosis de indefinición y confusión sobre el objetivo u objetivos reales del legislador, dada la generalidad y el momento en el que se han llevado a cabo.

Aunque se aplica este supuesto de jubilación anticipada con coeficientes reductores de forma restringida a quienes hayan estado afiliados al Mutualismo Laboral, constituido por Montepíos, Mutualidades, Cajas de Jubilación y Subsidios y Cajas y Mutualidades de previsión de empresa, quedando excluidos aquellos cuya afiliación haya sido realizada con fecha anterior al 1 de enero de 1967 a alguna entidad distinta de las mencionadas, excluyéndose, entre otros, a quienes estuvieron afiliados a la Mutualidad Nacional Agraria⁷³⁶, así como a quienes eran trabajadores por cuenta propia o autónomos⁷³⁷, a los empleados de hogar⁷³⁸, empleados de notarías⁷³⁹, a los

⁷³⁶ De conformidad con lo establecido, entre otras, en las Sentencias del TS, dictada en unificación de doctrina, de 4 de marzo de 1994 (Ar. 2055) acogiendo a lo ya expuesto en la sentencia también del TS en unificación de doctrina, de 23 de noviembre de 1993 (Ar. 8938) "la condición de mutualista no lleva consigo, sin más, la aplicación de una norma excepcional, como es la Disposición transitoria 1ª 9 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, pues no cabe olvidar que el derecho a la prestación (jubilación anticipada) no se deriva de esa concreta circunstancia sino del hecho causante de la misma, que nace o se produce en el Régimen Especial Agrario, que es en el que el trabajador se encontraba afiliado, de modo que la cuestión a decidir, es, pues, la de si esa facultad excepcional de jubilación anticipada puede tener cabida en el ámbito de aquel Régimen especial", añadiéndose en esta misma sentencia al respecto que: "tanto la disposición transitoria 2ª 1.6 de la Ley General de la Seguridad Social (de 1974) como la disposición transitoria 1ª 9 de la citada Orden, tienen su razón de ser en el respeto a los derechos adquiridos en el precedente régimen mutualista de poder obtener la jubilación una vez alcanzados los sesenta años, y que ello quiere decir que fueron dictadas con la exclusiva finalidad de atender a una modalidad excepcional de reconocimiento del derecho a prestación de jubilación en el Régimen General", a lo que se añade que ni del Decreto de 23 de julio de 1971 (Ar. 1731) que aprueba el Texto refundido de las normas reguladoras del Régimen Especial Agrario, ni del Decreto de 23 de diciembre de 1972 (Ar. 295/1973), que aprueba su Reglamento General, abordan la concesión del anticipo de jubilación a los trabajadores agrícolas por cuenta propia, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores por cuenta ajena, vid, al respecto Disposición transitoria segunda del Decreto de 23 de diciembre de 1972 y remisión que establece para éstos a la normativa del Régimen General". En este mismo sentido vid, entre otras, SSTs de 17 de febrero, 14 de junio, y 4 y 28 de octubre de 194 (Ar. 2477, 5433, 7741 y 9719 respectivamente), así como en las STSJ de Madrid de 30 de junio de 1989 (Ar. 767) y STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 1994 (Ar. 4399), STSJ de Andalucía de 7 de diciembre de 1995 (Ar. 4863) y STSJ de Galicia de 29 de junio de 1996 (Ar. 1781); STSJ de Baleares de 30 de diciembre de 1996 (Ar. 4065); y STSJ de Andalucía/Sevilla de 7 de abril de 1997 (Ar. 4506) que cita sentencias del extinguido Tribunal Central de Trabajo, como por ejemplo las SSTCT de 3 de diciembre de 1984 (Ar. 9273); y de 25 de enero de 1988 (Ar. 1260); donde se pone de manifiesto que es doctrina reiterada por este Tribunal que la Mutualidad Nacional Agraria no estuvo nunca incluida en las Mutualidades Laborales reguladas por su Reglamento General de 10 de septiembre de 1954. Sin embargo si que se ha reconocido el derecho a la jubilación anticipada con coeficientes reductores en el caso de un trabajador que además de estar afiliado al RETA estuvo en otro régimen de la Seguridad Social integrado en el Sistema de Mutualidades, aunque estuviese más tiempo en el RETA y el acceso a la pensión sería en aquel régimen donde no existe jubilación anticipada, ello no es óbice para que tal y como se establece en la STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de febrero de 1997 (Ar. 3032), pueda reconocerse al trabajador su derecho a anticipar su edad de jubilación.

⁷³⁷ vid, entre otras, STCT de 22 de mayo de 1989 (Ar. 4006) y STSJ de Cantabria de 29 de septiembre de 1994 (Ar. 3334)

⁷³⁸ STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de enero de 1994 (Ar. 351)

trabajadores de alta en el sistema de previsión de RENFE⁷⁴⁰, así como a los trabajadores afiliados al Retiro Obrero o al SOVI⁷⁴¹, ya que éstos no formaba parte del Mutualismo Laboral, se ha extendido la aplicación de este nuevo sistema de coeficientes reductores incluso a favor de aquellos individuos que habiendo cotizado en varios regímenes del sistema de la Seguridad Social, no reúnan todos los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación en ninguno de ellos, tomando en cuenta únicamente las cotizaciones acreditadas en cada uno de los diferentes regímenes especiales, mediante el cómputo conjunto de las cotizaciones efectuadas en los diversos regímenes de la Seguridad Social. En este sentido, cuando no se puede acceder a la prestación de jubilación del régimen en el que se está cotizando ni en otro régimen en el que se haya cotizado, se podrá tener derecho a la pensión de jubilación tomando en consideración el conjunto de cotizaciones realizadas; "si por falta de cotizaciones suficientes no se hubiese podido acceder a la prestación en ninguno de los Regímenes aisladamente considerados, en tal caso los períodos de carencia necesarios se podrían cubrir sumándose las cotizaciones efectuadas en todos ellos, haciendo uso de la técnica de la totalización de períodos"⁷⁴².

Pudiéndose dar el caso de que algunos trabajadores accedan a la jubilación anticipada con aplicación de coeficientes reductores estando en el momento del hecho

⁷³⁹ En este caso quedan excluidos quienes sólo acrediten prestación de servicios con anterioridad al 1 de enero de 1967, vid Resolución de la Dirección General del INSS, de 22 de julio de 1996.

⁷⁴⁰ STSJ de Madrid, de 16 de noviembre de 1989 (Ar. 2650).

⁷⁴¹ vid, entre otras, STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 1989 (Ar. 3199) o al SOVI, STSJ del País Vasco de 29 de octubre de 1993 (Ar. 4306), donde se establece que: " la norma transitoria de referencia limita el beneficio a quienes tuviesen la condición de mutualistas en una Mutualidad de trabajadores por cuenta ajena, en mención expresa que no permite equiparar a la de haber prestado servicios como trabajador asalariado. Imposibilidad que deviene no sólo de su literalidad, sino de la misma razón de ser del mandato, por cuanto que busca conservar la expectativa que tenían dichos mutualistas de poder jubilarse a partir de los 60 años, dado que tenían reconocido ese beneficio en su particular normativa. Circunstancia que no se daba en la regulación de la pensión de vejez del SOVI, y explica que en el régimen de Seguridad Social se limite exclusivamente a quienes fueron mutualistas en alguna Mutualidad de trabajadores por cuenta ajena, sin que alcance a quienes, como en el caso del hoy recurrente, sólo estuvieron asegurados en el régimen del SOVI". y también STSJ de Galicia de 29 de junio de 1996 (Ar. 1781), donde se añade que: "reiterada doctrina de suplicación niega que la afiliación al SOVI, a los Seguros Sociales Unificados, equivalga al Mutualismo Laboral, para causar anticipadamente la pensión de jubilación".

⁷⁴² PUMAR BELTRÁN, N.; y REVILLA ESTEVE, E.; *"La nueva normativa de acceso a la jubilación anticipada para determinados colectivos de regímenes especiales en virtud de reglas de cómputo recíproco de cotizaciones"*. REDT, núm. 95, 1999, págs. 382-383.

causante, el cumplimiento de la edad de 60 años, de alta en alguno de los regímenes en los que no está prevista esta jubilación anticipada con carácter transitorio, si acreditan su condición de mutualista en alguno de los regímenes en los que si está prevista.

Con el objeto de restringir esta práctica fueron dictadas en 1997 dos Resoluciones de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, con fecha de 14 de noviembre y 5 de diciembre, que preveían a partir de la entrada en vigor de las mismas, el 1 de abril de 1998, dejar sin efecto el marco de legitimación que desde el año 1978 había posibilitado que un determinado número de trabajadores accedieran a la jubilación anticipada con coeficientes reductores, sin encontrarse de alta en regímenes que lo permitan.

A través del RD-Ley 5/1998, de 29 de mayo de 1998⁷⁴³, posteriormente convalidado sin modificaciones por la Ley 47/1998, de 23 de diciembre⁷⁴⁴, en la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de Seguridad Social en determinados casos especiales, ha tratado de corregirse definitivamente esta situación, no eliminándola, sino condicionando el derecho a disfrutar de esta jubilación anticipada previo cumplimiento de una serie de requisitos. Así, sólo podrá reconocerse el derecho a la pensión anticipada de jubilación, siempre y cuando se cumplan dos requisitos fundamentales, que actúan con carácter acumulativo.

En primer lugar será necesario que el interesado tuviese la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 o en cualquier fecha anterior, o que se certifique por algún país extranjero períodos cotizados o asimilados con anterioridad a la fecha antes indicada como consecuencia del desarrollo de una determinada actividad que, de haber sido realizada en España, hubiese dado lugar a la inclusión del individuo en alguna Mutuality Laboral⁷⁴⁵, y, en segundo lugar, se exige que, al menos, una cuarta parte de

⁷⁴³ B.O.E., de 30 de mayo.

⁷⁴⁴ B.O.E., de 29 de diciembre.

⁷⁴⁵ En relación con las afiliaciones efectuadas en países extranjeros, los Tribunales han discrepado sobre la valoración de éstas y así si bien en ocasiones se ha considerado que puede solicitar esta jubilación anticipada un trabajador que haya efectuado cotizaciones en Alemania antes del 1 de enero de 1967 (STSJ de Extremadura de 30 de diciembre de 1993 (Ar. 5147) o en Suiza vid al respecto, entre otras SSTCT de 23 de diciembre de 1981 (Ar. 7700) y de 16 de diciembre de 1996 (Ar. 8605) y

las cotizaciones totalizadas a lo largo de la vida laboral del trabajador se hayan efectuado en los Regímenes que reconozcan el derecho a la jubilación anticipada, salvo que el total de cotizaciones del trabajador sea de 30 o más años, ya que en este caso será suficiente con que se acredite un mínimo de 5 años de cotización. Todo ello de conformidad con lo establecido en el art. único apartado 2º, letras a) y b) del RD-Ley 5/1998, de 29 de mayo y de la Ley 47/1998, de 23 de diciembre.

La inclusión de este segundo requisito, claramente limitativo por cuanto que excluye la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada con coeficientes reductores, de aquellos que habiendo cotizado en algún régimen que lo prevea no alcancen estas cotizaciones a ser 1/4 parte del total de las efectuadas, aunque aparece atenuado, en el caso de que sean 30 o más el total de años cotizados, ya que en este caso bastará con acreditar que son 5 los años cotizados en el régimen que prevé la jubilación anticipada para tener derecho a la misma, responde, tal y como se establece en el propio Preámbulo, a la exigencia del cumplimiento de los principios de contribución y proporcionalidad que deben regir el sistema de la Seguridad Social, y cuyo fortalecimiento constituye uno de los pilares básicos del "Pacto de Toledo" y que es relegado a un segundo plano.

Esta es la única vía, por medio de la cual, a pesar de no encontrarse de alta en un régimen que prevea la jubilación anticipada con coeficientes reductores, se puede

STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 1991 (Ar. 6131) al considerar, en relación con estos últimos supuestos que: "siendo la finalidad de los Convenios Internacionales sobre Seguridad Social, la equiparación o igualación de los trabajadores que trabajan fuera de su país con los nacionales de aquel en que trabajan, y la intención de los Estados contratantes de asegurar unos beneficios sociales a sus súbditos cuando trabajen en el territorio de otro Estado, no es posible admitir, que por las reglas o normas del Convenio puedan causarse perjuicios a un trabajador, disminuyendo o negando las prestaciones de la Seguridad Social a que tuviere derecho en su propio Estado nacional, y por ello, si el demandante, según se declara probado estuvo prestando servicios por cuenta ajena y cotizó en Suiza durante 150 meses y por el período comprendido entre el año 1962 a 1974, es claro que de haber trabajado y cotizado en España habría estado incluido obligatoriamente en el Mutualismo Laboral con la posibilidad, consiguientemente, de acceder, a la pensión de jubilación anticipada". En otras resoluciones, sin embargo, se ha denegado esta posibilidad, vid, por ejemplo, en relación con las cotizaciones efectuadas en Alemania vid, SSTSJ de Galicia de 18 de junio de 1992 (Ar. 3053) y 15 de febrero de 1993 (Ar. 753); y de la Comunidad Valenciana de 17 de enero de 1994 (Ar. 351); en el caso de cotizaciones en Suiza vid, STS de 18 de octubre de 1993 (Ar. 9617); y SSTSJ de Galicia de 6 de marzo, 10 de abril y 18 de julio de 1991 (Ar. 1752, 2411, y 4586); y de Cataluña de 10 de abril de 1992 (Ar. 2260) y también en el caso de Francia, vid al respecto, a modo de ejemplo, SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, de 2 de enero y 22 de octubre de 1990 (Ar. 3234 y 3454) y de Galicia de 30 de octubre de 1991 (Ar. 5404) y de 31 de enero de 1996 (Ar. 697).

acceder a esta modalidad de jubilación anticipada, en cuyo caso la pensión se calculará con arreglo a las normas del régimen en el que se acrediten un mayor número de cotizaciones, pero con la aplicación del coeficiente reductor del 8 o del 7% correspondiente.

De todas maneras, como puede apreciarse, no se aplica el sistema de jubilación anticipada con coeficientes reductores a cualquier individuo que acredite que ha efectuado cotizaciones a diversos regímenes especiales, incluyendo alguno que lo reconozca, pero no cumple los requisitos exigidos en ninguno de ellos aisladamente considerados. En estos casos, se mantiene la posibilidad de acceder a la jubilación de forma anticipada, siempre y cuando pueda acreditar que ha estado afiliado a un régimen que reconozca este derecho (sea nacional o internacional por asimilación), aunque no sea en el que acredite un mayor número de cotizaciones, y certifique que del total de cotizaciones realizadas, al menos una cuarta parte de las mismas se han efectuado a regímenes en los cuales se reconoce este beneficio de la jubilación anticipada, excepto si se acreditan 30 o más años de cotización a lo largo de toda la vida laboral, en cuyo caso bastará que sean 5 los años acreditados en sistemas mutualistas anteriores al año 1967 de los regímenes que la contemplen.

1.1.3.3 La jubilación anticipada como medida de fomento del empleo: jubilación especial a los 64 años sin coeficiente reductores y jubilación anticipada parcial y contrato de relevo.

Al margen de los supuestos de jubilación anticipada, que hemos visto hasta ahora, que están fijados en atención a la actividad que se desarrolla, más en concreto a las especiales condiciones de penosidad y de peligrosidad que ésta comporta, o bien como consecuencia del establecimiento de un régimen transitorio con el objetivo de mantener vigente, generalmente durante un determinado espacio de tiempo, el derecho anteriormente existente a jubilarse de forma anticipada en un determinado régimen de jubilación, a partir de la década de los años 80, coincidiendo con la

importante crisis económica mundial acontecida a finales de la década de los años 70, se empezó a utilizar el adelanto de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo estableciendo ya sea el relevo de unos trabajadores por otros, ya sea la amortización anticipada de algún puesto de trabajo para poder hacer frente, con ello, a un proceso de crisis empresarial.

La utilización de la jubilación en el marco de las políticas de empleo es una cuestión relativamente reciente, no en vano podemos considerar que ésta se empieza a utilizar a partir, tal y como acabo de señalar, de la crisis económica de finales de los años 70, ya que existiendo una clara y directa conexión entre situación económica y política social, ésta se manifiesta de forma más tajante en el caso de la jubilación de los trabajadores, así: "mientras en una época de crecimiento económico los objetivos de la política social iban dirigidos a aprovechar al máximo todas las capacidades productivas, a prolongar la duración de la vida activa, dada la tendencia al envejecimiento de la población europea, a mejoraren tal sentido las condiciones de trabajo y los sistemas productivos que provocan el deterioro físico; mientras, además, se pretendía evitar, o al menos, atenuar los efectos económicos y psicológicos provocados por un tránsito excesivamente brusco desde la actividad al descanso, a través de los principios de voluntariedad y gradualidad en la jubilación, con la crisis económica, aun cuando estos principios no hayan sido explícitamente negados, no sólo parece que han pasado a un segundo plano, sino que incluso parece un lujo mantener ocupados a los trabajadores de edad avanzada mientras los jóvenes no tienen oportunidades de insertarse debidamente en la sociedad a través del trabajo, valor tradicional de la clase obrera"⁷⁴⁶.

En estos casos, en los que el anticipo de la jubilación es utilizado como medida de fomento del empleo quienes se ven compelidos a acceder a la jubilación anticipada no ven por ello mermada la cuantía de la pensión que les hubiese correspondido si hubiesen accedido a la misma a la edad ordinaria. La adopción de una medida como ésta, no implica la fijación de coeficiente reductor alguno que suponga una disminución del importe de la pensión en función de los años de anticipo.

⁷⁴⁶ LÓPEZ GANDÍA, J., *"Jubilación y política de empleo"*. Jurisprudencia de Seguridad Social y Sanidad, 1981, nº 13, pág. 365.

Dos, han sido los supuestos utilizados, en este sentido: la jubilación anticipada a los 64 años de edad como medida de fomento del empleo, y la jubilación parcial a partir de los 60 años, tras la reforma establecida al respecto por el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre⁷⁴⁷, con la correspondiente suscripción de un contrato de relevo.

En el primer supuesto, de conformidad con las medidas de fomento del empleo previstas en el Acuerdo Nacional sobre Empleo (ANE) de 9 de junio de 1981, suscrito por el Gobierno la Confederación española de Organizaciones Empresariales y las Centrales Sindicales mayoritarias, entre las que figuraba en su cap. IV, tres el establecimiento de un sistema que permita la jubilación con el 100% al cumplir los 64 años de edad, y la simultánea contratación por parte de las empresas de trabajadores jóvenes o perceptores del seguro de desempleo, se aprobó el Real Decreto-Ley 14/1981, de 20 de agosto⁷⁴⁸, que regulaba la jubilación especial a los 64 años, modificando el entonces vigente art. 154. 1 del TRLGSS/1974 y preceptos concordantes de los regímenes especiales de la Seguridad Social.

En este RD-Ley 14/1981, se establecía que era posible la jubilación a los 64 años de edad sin aplicar coeficientes reductores para aquellos trabajadores que perteneciendo a empresas que, en virtud de un Convenio Colectivo o pacto, se hayan obligado a sustituir el trabajador que cese en la empresa como consecuencia de su jubilación anticipada, por otro trabajador que sea titular del derecho a cualquiera de las prestaciones económicas por desempleo o bien joven demandante de su primer empleo, mediante un contrato de la misma naturaleza que el extinguido⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ B.O.E, de 28 de noviembre.

⁷⁴⁸ B.O.E., de 29 de agosto.

⁷⁴⁹ En un sentido muy parecido a la jubilación especial a los 64 años de edad, en el año 1977 se aprobó en el Reino Unido un plan de <<liberación de empleos>>, "según el cual los trabajadores que, dentro del año anterior a la edad normal de jubilación, abandonaran voluntariamente sus puestos de trabajo percibirían un subsidio lineal, siempre que el empleador aceptara reclutar un sustituto registrado como parado". Este programa fue ampliado en los años 1983/1984 a varones con 62 años a 64 años de edad; a mujeres con 59 años, y a incapacitados varones con 60 a 61 años de edad. La participación en este plan era voluntaria para ambas partes si bien la empresa estaba obligada a probar que el trabajador a jubilar era reemplazado por un parado con un puesto de trabajo a tiempo completo de carácter permanente, no necesariamente en el mismo puesto de trabajo del jubilado. GORDON, M.S.; *La política de...* Op cit, pág. 134.

Como se puede apreciar, la utilización de esta jubilación especial a los 64 años resta condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos acumulativos, todos ellos imprescindibles para su aplicación y que tal vez, dado el limitado margen de aplicación, dificultaron mucho su utilización. Así, por ejemplo, sólo puede ser utilizado en relación con trabajadores que tengan 64 años de edad, no antes; en segundo lugar se establece que es una medida que está limitada a trabajadores de empresas que hayan asumido, ya sea través de un Convenio Colectivo o bien un Pacto colectivo, esta sustitución de un trabajador por otro; en tercer lugar, se exige que el trabajador que es contratado en sustitución del que accede a la jubilación con 64 años sea o bien beneficiario de una prestación por desempleo o bien un joven en busca de su primer empleo; y por último se exige que el contrato suscrito por este nuevo trabajador contratado sea de la misma naturaleza que el suscrito por el trabajador que es sustituido.

En algún caso se llegó a plantear dudas sobre la aplicabilidad de esta medida, la jubilación especial a los 64 años, en aquellos supuestos en los que se había fijado por Convenio colectivo la jubilación forzosa. El TS en diversas sentencias, entre otras, SSTS de 25 de febrero, 2 de marzo y 30 de junio de 1994 (Ar. 2481, 2048 y 5510 respectivamente), y más recientemente STSJ de Andalucía/Sevilla de 18 de marzo de 1998 (Ar. 1963), ha declarado que cabe admitir esta posibilidad de jubilación anticipada, aun cuando exista una norma convencional imponiendo la jubilación con carácter forzoso, al considerar que no se trata de conceptos incompatibles.

Dados los escasos efectos que sobre el empleo había generado este supuesto de jubilación especial a los 64 años, y de conformidad con lo dispuesto en la Disp. Adicional Séptima de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores⁷⁵⁰ redactada conforme a lo establecido en la Ley 32/1984, de 2 de agosto⁷⁵¹, que fue considerada como un supuesto de deslegalización de la normativa reguladora de la edad de jubilación para ser utilizada como medida de fomento del

⁷⁵⁰ B.O.E. de 14 de marzo.

⁷⁵¹ B.O.E., de 4 de agosto.

empleo⁷⁵², habilitaba al Gobierno para que, a propuesta del entonces Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, acomodara la legislación relativa a la pensión de jubilación en aquellos supuestos, entre otros, en los que fijada la edad de jubilación con carácter general se procediera a rebajarla en desarrollo de medidas de fomento de empleo, siempre que las mismas condujeran a la sustitución de unos trabajadores jubilados por otros en situación de desempleo. En este sentido, fue aprobado el RD 1194/1985, de 17 de julio⁷⁵³, que, revisando los presupuestos sobre los que se regulaba este sistema de jubilación anticipada y muy especialmente, las condiciones en que había de llevarse a cabo la sustitución de un trabajador por otro, estableció un nuevo régimen jurídico a esta modalidad de jubilación anticipada.

Las principales novedades introducidas a través de este RD 1194/1985, de 17 de julio, fueron las siguientes: permitir que las nuevas contrataciones se pudieran celebrar utilizando cualquier modalidad de contratación vigente, excepto la contratación a tiempo parcial y la modalidad establecida en el art. 15. 1 b) de la LET, que hace referencia al contrato temporal suscrito cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos, así lo exijan; que el trabajador que es contratado en sustitución del jubilado cumpla como único requisito, el estar inscrito como desempleado en la correspondiente oficina de empleo⁷⁵⁴; se fijó una duración mínima de un año al nuevo contrato y la necesidad de que fuese concertado por escrito, haciendo constar en el mismo el nombre del trabajador a quien se sustituye, y se estableció en última instancia, que para aquellos casos en los que durante la vigencia del mismo se produjera por cualquier causa el cese del trabajador, la necesidad de sustituir en el plazo máximo de 15 días a este trabajador por otro desempleado, por el tiempo que reste para alcanzar la duración mínima del contrato⁷⁵⁵.

⁷⁵² Vid al respecto, ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., "*Instituciones...*" *Op cit*, pág. 316/1990

⁷⁵³ *B.O.E.*, de 20 de julio.

⁷⁵⁴ Tal y como se desprende, entre otras, de la STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 1996 (Ar. 1081) se considera que se cumple este requisito de estar desempleado aunque el trabajador contratado sólo lo haya estado durante 24 horas, incluso tratándose de un trabajador que estuviese vinculado con anterioridad en la propia empresa.

⁷⁵⁵ En relación con la referencia que en art. 1º del RD 1194/1985, de 17 de julio se hace a la sustitución simultánea de un trabajador por otro, en el supuesto resuelto en la sentencia del TSJ de Murcia de 24 de febrero de 1998 (Ar. 529), el INSS al mediar 5 días entre la sustitución de un trabajador

Surgieron numerosas dudas sobre si el trabajador contratado, en sustitución del que accede a la jubilación anticipada, debía ocupar o no el mismo puesto de trabajo. Así, tal y como se desprende, entre otras de las SSTS de 28 de febrero de 1983 (Ar. 1209); 24 de febrero de 1994 (Ar. 2481); y 2 de marzo de 1994 (2048), que sirven de apoyo, entre otras, a las STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 1996 (Ar. 3631) y STSJ de Castilla- La Mancha de 3 de junio de 1997 (Ar. 3609), teniendo en cuenta que la finalidad de este Real Decreto (en referencia al RD 14/1981, de 20 de agosto) es la contratación de desempleados, finalidad que se consigue manteniendo la misma plantilla y contratando un trabajador desempleado por cada jubilado, no parece que sea necesario que aquél ocupe el mismo puesto de trabajo vacante, tal y como señala de forma expresa el propio TS: "entre las condiciones, en los contratos de los trabajadores que han de sustituir a los jubilados, el art. 3º, no exige que éstos vengan a ocupar el puesto y categoría de los jubilados, y por el contrario la finalidad del RD 1194/1985, que sustituye al RD 14/1981, de 20 de agosto, es como pone de manifiesto su Exposición de motivos, revisar las condiciones en que había de llevarse la sustitución permitiendo que las nuevas contrataciones se realicen en condiciones menos rígidas"; no es necesario, así pues, que el puesto de trabajo vacante sea ocupado por un trabajador de la misma categoría del que accede a la jubilación anticipada, ya que lo que en definitiva se pretende con esta norma es facilitar las posibilidades de acceso y promoción de las distintas vacantes surgidas, sin que se deba dar una coincidencia de categorías y contratos entre trabajadores .

Se trata, tal y como se desprende de su contenido y finalidad, de una norma orientada fundamentalmente hacia la contratación más que a la jubilación, sobre todo si tenemos en cuenta que lo que importa, en estos supuestos, no es tanto el cese efectivo en la actividad del trabajador que accede a la jubilación de forma anticipada, sino que el puesto que este trabajador ocupaba pase a ser ocupado por otro

por otro denegó la prestación de jubilación al trabajador que accedió a ella, llegando a considerar que al tratarse de un supuesto de jubilación excepcional la referencia que el RD citado hace a la simultaneidad debe ser interpretada de forma literal y estricta, el TSJ de Murcia rechaza esta interpretación y considera que se trata de un supuesto especial de jubilación (no excepcional) y que: "no hay razón alguna para introducir un criterio hermeneúico de extraordinario rigor, hasta el punto de que si no hay

trabajador que lo sustituye, y que no sea objeto de amortización, sin que sea necesario por ello que exista una correspondencia entre contratos ni entre los puestos de trabajo ocupados, sin que sea ni tan sólo necesario, tal y como se establece, entre otras, en la STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 1996 (Ar. 3867) y en la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de septiembre de 1997 (Ar. 3897), que conste expresamente cuál es la modalidad contractual a las que las partes se someten, o como mínimo, no es un requisito esencial. Así pues, la falta de concreción de la modalidad de contratación elegida no afecta a dato esencial o constitutivo alguno.

Se ha llegado incluso a aceptar por parte de algún Tribunal, como es el caso del TSJ de Madrid, entre otras, en la sentencia de 7 de febrero de 1997 (Ar. 388) y de 18 de diciembre de 1998 (Ar. 4626), como ajustado al espíritu y finalidad de la norma, supuestos en los cuales el puesto de trabajo vacante es ocupado por otro con carácter indefinido, por quien hasta entonces, sólo tenía una vinculación temporal con la empresa. En estos supuestos, aunque no se produce una nueva contratación, la conversión de una relación temporal en indefinida parece que justifica el uso de este supuesto de jubilación especial, aunque se amortice el puesto de trabajo que, con carácter temporal, venía ocupando el trabajador que pasa a ocupar el puesto dejado vacante por quien accede a la jubilación especial.

En general, se ha optado por una interpretación, favorable al trabajador que accede a la jubilación especial, así, si en la posterior suscripción del contrato de sustitución se ha cometido alguna anomalía, ésta no puede afectar al derecho del trabajador que a los 64 años accede a la jubilación especial. De tal manera que denegada por la correspondiente entidad gestora la prestación de jubilación anticipada de quien la solicitó a los 64 años adjuntando copia del contrato de sustitución, por entender que el nuevo trabajador contratado no se encontraba realmente desocupado, ya que en la fecha de la sustitución estaba de alta en el RETA y en el IAE, y aceptada en primera instancia, el TSJ de Madrid, ha rechazado esta negativa a conceder la jubilación anticipada, estableciendo, entre otras, en las SS de 12 de marzo y 14 de mayo de 1998 (Ar. 793 y 1773 respectivamente) que: "procede la jubilación anticipada, toda vez que

una coincidencia temporal exactísima entre cese del jubilado y contratación del sustituto, desaparece el

las irregularidades o incluso la ilegalidad que respecto del trabajador sustituido cupiera apreciar, no pueden afectar al trabajador que insta la prestación, cuando no es participe ni tiene conocimiento de una o de otras⁷⁵⁶.

En este sentido fueron establecidos una serie de incentivos, de estímulos para la concertación del contrato por tiempo indefinido. Así, en los supuestos en los que se suscriba este contrato de sustitución con jóvenes menores de 26 años, el empresario cotizará por contingencias comunes al Régimen General aplicando como aportación empresarial el 12% durante toda la vigencia del contrato. Este beneficio específico, que consiste en la aplicación de un porcentaje de cotización por contingencias comunes inferior al ordinario, también era aplicable a los supuestos en los que habiendo sido concertado el contrato de sustitución como contrato temporal, al llegar a su finalización la empresa opta por convertirlo en indefinido, pasando a partir de entonces a aplicarse el beneficio comentado.

Se han planteado objeciones respecto a la vigencia del RD 1194/1985, de 17 de julio, al haber sido derogado, de un lado, el RD 799/1985, de 25 de mayo⁷⁵⁷, que fija los incentivos a la contratación indefinida y que el art. 5.3 remite y declara aplicable a los contratos concertados bajo esta modalidad, y, por otro, al haber desaparecido del panorama vigente las bases o apoyo legal del mismo.

La derogación del RD 799/1985, de 25 de mayo, que constituye una norma coyuntural, no puede considerarse que implique necesariamente la derogación del RD 1194/1985, de 17 de julio, a pesar de la remisión que éste hace a aquél, sobre todo si tenemos en cuenta que el primero no sólo nace con vocación temporal, tal y como se desprende de su propia disposición final tercera, sino que el RD 1194/1985, de 17 de julio, recoge dentro de su propio articulado, en concreto en el art. 5. 1º y 2º, el contenido específico del RD 799/1985, de 25 de mayo, por lo que la pérdida de vigencia de este RD, no debe afectar al RD 1194/1985, de 17 de julio.

beneficio".

⁷⁵⁶ En este mismo sentido, vid, STSJ de Castilla-La Mancha, de 29 de octubre de 1998 (Ar. 4340).

⁷⁵⁷ B.O.E., de 1 de junio.

Por su parte, aunque del examen de las numerosas normas dictadas en materia de fomento del empleo en ningún caso se hace referencia a la derogación expresa de este RD, hay quien entiende que "de un análisis sistemático de las distintas y sucesivas normas legales y reglamentarias cabe concluir que sí se ha quedado sin soporte legal, que ha sido desplazado del derecho vigente, bien que de forma tácita".

En mi opinión, las dudas sobre la vigencia de esta modalidad de jubilación anticipada no derivan tanto de la evolución de las normas incentivadoras de la contratación indefinida, dictadas de forma un poco atropellada a partir de 1992, sino de la derogación expresa que el TRLGSS/1994 hace de la Disp. Adic Séptima de la LET, en su Disp. Derog. única, letra c).

Disposición adicional que, como hemos visto antes, habilitaba al Gobierno para rebajar la edad de jubilación en desarrollo de medidas de fomento del empleo, y a pesar de que se incluye dentro de dicha disposición derogatoria puede, en parte, considerarse convalidada por la Disp. final 4ª del TRLGSS/1994 que bajo el epígrafe de acomodación de las normas sobre pensión de jubilación por disminución de la edad, permite al Gobierno acomodar la legislación entonces vigente en los supuestos en los que la edad de jubilación haya de ser rebajada en desarrollo de medidas de fomento del empleo, siempre que estas conduzcan a la sustitución de unos trabajadores jubilados por otros en situación de desempleo⁷⁵⁸.

La exigua utilización que se ha hecho de esta modalidad de jubilación anticipada⁷⁵⁹, que actúa más como norma de reparto del empleo que como norma de

⁷⁵⁸ vid, al respecto, art. 2.2 del RD-L 9/97 de 16 de mayo (*B.O.E.*, de 17 de mayo) y de la Ley 64/1997, de 26 de diciembre (*B.O.E.*, de 30 de diciembre), donde se establece que se incentivará también la transformación en indefinidos, entre otros, los contratos de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración.

⁷⁵⁹ A partir de los datos facilitados por el propio INEM, *vid, al respecto*, http://www.inem.es/cifras/p_datbas.html, en el mes de julio del año 2000 han sido suscritos un total de 180 contratos al amparo de esta modalidad de jubilación, registrándose un descenso de 64 contratos en relación con los contratos registrados en este mismo mes del año 1999, 244. Por lo que respecta al total acumulado correspondiente al período comprendido entre enero y julio del año 2000 se han concertado un total de 1651 contratos, cifra sensiblemente inferior, a la acumulada en 1999 de 1714 contratos, registrándose un descenso acumulado de 63 contratos.

adelanto de la edad de jubilación, dado el límite temporal de un año del mismo⁷⁶⁰, se ha debido, en gran parte, a la escasa voluntad de utilización de la misma, ya que superadas las rigideces iniciales de esta modalidad de jubilación especial, no cabe duda que los incentivos directos e indirectos que se derivan del empleo de esta norma tanto para el trabajador que accede a la jubilación como para el empresario que contrata a un nuevo trabajador, auguraba un mayor uso de esta medida de jubilación anticipada ligada a la contratación de un nuevo trabajador desempleado, al permitir a la empresa no sólo disponer de un trabajador durante un mínimo de un año para determinar si es o no apto para el trabajo asignado, sino además al poder beneficiarse durante toda la vigencia del contrato de una serie de beneficios (reducciones en la cuota empresarial), en el caso de suscribir o convertir el contrato de sustitución con carácter indefinido.

Seguramente, el momento de creación de la norma reguladora de esta modalidad de jubilación anticipada, inmediatamente después de la crisis económica de finales de los años 70 principios de los 80, y la aparición simultánea de un abanico considerable de modalidades de contratación temporal, convirtieron a esta jubilación especial más en una medida de amortización de puestos de trabajo que en una medida real de reparto de empleo. Al igual que sucedió y sucede con el contrato a tiempo parcial y contrato de relevo, las escasez de garantías para que la sustitución establecida resulte efectiva más allá de la duración estricta de la sustitución han restado importancia y virtualidad práctica a estas medidas de fomento o reparto del empleo, basadas en la anticipación de la edad de jubilación; "no debe, sin embargo, omitirse que la fórmula de reparto que propicia esta nueva modalidad contractual, en tanto que se configura en la estructuración que de la misma se hace -al menos en el ámbito reglamentario- como limitada en la jornada y en la duración de la misma de la nueva relación laboral constituida, resulta insuficiente para justificar su instauración con

⁷⁶⁰ Del total de contratos suscritos desde enero a julio del presente año, 1651; 1643 tienen fijada una duración de entre 6 y 12 meses; 43 una duración, de entre 12 y 18 meses; 3 una duración de entre 18 y 24 meses; 1 sólo tiene estipulado una duración superior a los 2 años y medio (30 meses); y 41 tienen fijada una duración indeterminada. Como puede apreciarse prácticamente un 88,61% de los contratos concertados al amparo de esta modalidad de jubilación especial a los 64 años se limitan a cubrir la sustitución del trabajador que accede a la jubilación sin más no están, en principio, suscritos con una vocación de permanencia. Sólo un 11,56% del total de contratos celebrados fijan una duración superior al período de 1 año de anticipo a efectos de jubilación. No se tienen datos de cuál es el índice de permanencia en la empresa de aquellos trabajadores que acceden a la misma a partir de un contrato de esta modalidad.

normas tan complejas, como las que contiene su actual regulación. Hubiera bastado incluir en la causa de la interinidad la sustitución de la jornada cedida por el jubilado parcialmente para que la finalidad de reparto que se pretende hubiera quedado cubierta⁷⁶¹.

Si, tal y como acabamos de ver, este supuesto de jubilación especial a los 64 años de edad es más una medida de reparto del empleo que de jubilación en sentido estricto, y así ha sido interpretada por los propios Tribunales, el supuesto de jubilación parcial anticipada y la correspondiente suscripción de un contrato de relevo se inserta en el marco de lo que podríamos considerar como supuestos de jubilación anticipada progresiva o flexible y fomento de empleo, ya que se permite que un trabajador solicite a partir de los 60 años de edad -tras la reforma en este sentido establecida por el RD-Ley 15/1998 de 27 de octubre- la jubilación parcial, con la condición de que sea sustituido por otro trabajador a tiempo parcial, que realizará la reducción de la jornada laboral que ha sufrido el trabajador que accede de forma parcial a la jubilación.

Esta posibilidad de jubilación parcial anticipada fue establecida, a raíz de las modificaciones introducidas en el contrato a tiempo parcial por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, que derogó la Disposición transitoria 3ª del ET que limitaba la contratación a tiempo parcial a determinados colectivos e introdujo una nueva modalidad de contratación como es el contrato de relevo, con la finalidad, tal y como se establece en la Exposición de motivos del RD 1991/1984, de 31 de octubre⁷⁶², por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial, "de ampliar las posibilidades de reparto del trabajo disponible a través de la contratación a tiempo parcial, facilitando para ello la jubilación parcial de los trabajadores cuya edad se halle próxima a la jubilación ordinaria, siempre que simultáneamente se proceda a sustituir al trabajador jubilado parcialmente, durante el tiempo que deje vacante el mismo por otro trabajador que se encuentre en situación desempleo".

⁷⁶¹ MARTÍNEZ EMPERADOR, R., "El contrato de relevo". DL nº 15, 1985, pág. 58.

⁷⁶² B.O.E, de 9 de noviembre.

El contrato de relevo, es, así pues, el contrato que se concierta con un trabajador en situación de desempleo para sustituir a otro que accede a la jubilación parcial, con el objeto de cubrir la parte de la jornada dejada vacante por el trabajador que la reduce y cuyo régimen jurídico será el del contrato a tiempo parcial, si bien con algunas peculiaridades recogidas, todas ellas, en el apartado 6º del art. 12 de la TRLET/1994.

Tal y como expresamente señaló en la exposición de motivos del RD 1991/1984, de 31 de octubre, se trata de una modalidad de contrato a tiempo parcial. Actualmente regulado en el art. 12. 6 del TRLET/1994, que en relación con el art. 166 del TRLGSS/1994 relativo a la jubilación parcial, establece las características esenciales de este tipo de contrato a tiempo parcial, en el que se simultánea para aquellos trabajadores que reuniendo todas las condiciones necesarias para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación, excepto la edad, que habrá de ser inferior, como máximo en 5 años, a la exigida, deciden compatibilizar, de forma limitada, el trabajo remunerado y la pensión de jubilación, la reducción de jornada y salario y jubilación parcial, entre un mínimo del 30% y un máximo del 77%, y el contrato de relevo del trabajador relevista, cuya duración será igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación.

Entre las novedades más significativas introducidas por el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, en relación con el contrato de relevo, al margen de las ya comentadas, destacan de un lado, la posibilidad de que el horario de trabajo del trabajador relevista complete el del trabajador sustituido, o bien se simultanee con él, y la referencia expresa a que el puesto de trabajo del relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal, excepto en el caso del personal directivo, el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Si bien estas medidas tratan de hacer más flexible la simultaneidad de estos dos contratos, contrato de relevo y contrato a tiempo parcial del trabajador que accede a la jubilación parcial, especialmente en relación con el puesto de trabajo a ocupar por el

trabajador relevista, mantiene aún ciertas rigideces que dificultan que sea realmente una medida de fomento de la estabilidad en el empleo. Puesto que si bien puede considerarse como una medida de inserción en la empresa, no existen mecanismos que fomenten la permanencia del trabajador relevista en la empresa más allá de los estrictos términos de la sustitución que es la causa del contrato.

Estando clara, en este caso, la conexión existente entre jubilación parcial, contrato de relevo y reparto de empleo, la utilización de esta modalidad contractual ha sido, al igual que veíamos respecto de los supuestos de jubilación especial a los 64 años, poco satisfactoria⁷⁶³ y en cualquier caso limitada la vigencia del contrato suscrito

⁷⁶³ En opinión de FERNÁNDEZ LÓPEZ, A., "la canalización de los posibles beneficiarios hacia la jubilación anticipada con coeficientes reductores y las dificultades inherentes a la vigente regulación legal de la jubilación parcial aparecen como los elementos causantes de la escasez de resultados obtenidos en función de las expectativas despertadas". Cfr. *"Jubilación Parcial y reparto del trabajo. Análisis comparado de la regulación española dentro del ámbito europeo"*. RSS, nº 26, 1985, pág. 140. Este autor, después de hacer un breve examen de las jubilaciones parciales en Europa, analiza la normativa reguladora en España, determinando cuáles son los problemas que, en su opinión, plantea la regulación de esta modalidad de jubilación y cuáles son las modificaciones que se deben realizar para solventarlos, así, en relación con lo primero, llega a considerar que al estudiar la regulación prevista en el RD 1991/1984, de 31 de octubre, "resulta insuficiente la regulación del régimen jurídico de la jubilación parcial en él realizada" ya que no establece previsiones sobre aspectos esenciales de ese régimen jurídico, "así, por ejemplo, no determina ni expresa claramente el hecho causante de la jubilación parcial, ni tampoco perfila aspectos importantes de la dinámica del derecho (como la posibilidad o no de suspender la percepción de la pensión por la realización de nuevos trabajos con posterioridad al acceso a la jubilación parcial, o la posible extinción de la pensión en el caso de acceso a determinadas modalidades anticipadas de jubilación", y descendiendo al análisis de aspectos más concretos de la regulación adoptada, se llega a la conclusión que ésta "resulta en determinadas materias excesivamente compleja, lo cual, unido a las numerosas faltas de perfección técnica de la terminología utilizada, produce un cuadro en el que predomina más la confusión que la claridad, hecho que obstaculiza el propio fin para el que fue concebida esta norma ". Para solventar estos y otros problemas de la regulación legal de este supuesto de jubilación anticipada, este autor defiende la necesidad de realizar una modificación de la normativa reguladora, preferiblemente mediante una norma específica de Seguridad Social con rango de Real Decreto y señala como aspectos a modificar, entre otros; "-mejorar la determinación del concepto de beneficiario, refiriéndolo a trabajadores por cuenta ajena incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social y fijando en sesenta y cinco años la referencia a la edad <<ordinaria>> de jubilación (...); -fijar la fecha del hecho causante en el día del cese, refiriendo a dicha fecha el cálculo de la cuantía de la pensión -hacer alguna referencia expresa a la revalorización de las pensiones parciales (...); -regular un procedimiento administrativo especial para el trámite de estas prestaciones (...); -ampliar las causas de extinción de todas las modalidades de jubilación anticipada (...); -establecer la incompatibilidad de la pensión parcial y las pensiones de gran invalidez; -debe contemplarse, expresamente, la condición de pensionista del jubilado parcial a efectos del reconocimiento y percepción de las prestaciones sanitarias, y en especial de las prestaciones de protección familiar; -deben darse normas para el cálculo de las prestaciones por invalidez y muerte y supervivencia del jubilado parcial, cuando éstas tienen su origen en contingencias profesionales; -y por último deberá considerarse la posibilidad de aplicación gradual de la figura a las relaciones laborales especiales". *Ibidem*, págs 139-140.

No sólo ha sido la deficiente regulación de esta modalidad de jubilación la causante de su escasa utilización, ésta deriva del uso inadecuado que de este supuesto se ha hecho, de la misma manera que ha sucedido con la jubilación especial a los 64 años, así, amparándose en muchos casos aunque no siempre

entre el nuevo trabajador y la empresa, al tiempo de la sustitución, teniendo en cuenta, así pues, las escasas garantías de sustitución de un trabajador por otro más allá de la duración del contrato de relevo, restringiéndose de forma considerable la finalidad esencial de este contrato, como es la de facilitar la inserción de jóvenes en el mercado de trabajo, permitiendo el acceso parcial de trabajadores en edad madura a la jubilación anticipada; "analizando el mecanismo del relevo, desde una óptica de política de empleo, se observa que el contrato de relevo se configura expresamente como un contrato de duración determinada con término incorporado, extinguiéndose al cumplir el trabajador sustituido la edad ordinaria de jubilación, lo cual significa, en primer lugar, que no se garantiza la estabilidad en el empleo del trabajador contratado; no se asegura lo que pudiéramos llamar consolidación del trabajador con contrato de relevo en el puesto de trabajo en cuestión, ni a tiempo completo, ni siquiera a tiempo parcial, y en segundo lugar, pero no por ello menos importante, que no se garantiza la continuidad del puesto de trabajo que ocupaban ambos trabajadores, pudiendo la empresa amortizar la vacante que se produzca con la jubilación total del trabajador y la simultánea extinción del contrato de relevo"⁷⁶⁴.

Hubiera podido optarse, tal y como señala Martínez Emperador, por añadir a la finalidad de reparto del empleo la de rejuvenecimiento de la empresa, con mantenimiento de las dimensiones de las mismas, ello hubiera exigido configurar el contrato de relevo como contrato de carácter indefinido y a tiempo parcial, con transformación automática del mismo en un contrato a tiempo completo cuando se extinguiera la relación laboral del trabajador sustituido⁷⁶⁵, y de esta manera se había

en la existencia de crisis empresarial se ha optado por la utilización del contrato de relevo de forma limitada para proceder a la amortización de puestos de trabajo: "al margen del fenómeno de crisis ocupacional, que ha favorecido la tendencia a un reparto del empleo escaso a favor de lo más jóvenes, las empresas (con alguna complicidad sindical) muestran una clara tendencia a favorecer la salida del mercado laboral de estos trabajadores, incluso en situaciones que no pueden definirse de reestructuración empresarial o de reducción de personal, quizás por sobrentender la existencia de una disminución de la productividad a partir de cierta edad, o de un incremento de costes por este motivo, o por las mayores dificultades de readaptación de la mano de obra madura". FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO, M.; y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; "Propuestas para una reforma de la protección de la vejez". Revista de Trabajo y de Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros, núms 149-150, 1995, pág. 95.

⁷⁶⁴ MARTÍN PUEBLA, E., "La jubilación anticipada como instrumento de política de empleo y su recepción por la negociación colectiva". DL, nº 29, 1989, págs 56-57.

⁷⁶⁵ Cfr. "El contrato..." *Op. cit.*, pág. 58-59.

conseguido mantener el efecto sustitución más allá de la estricta duración de las dos relaciones simultáneas, pero la actual configuración del contrato de relevo como contrato de duración determinada y de sustitución, y la fuerte interdependencia que se establece entre el contrato de relevo y el contrato a tiempo parcial del trabajador que va a acceder a la jubilación, provocan, como lo demuestra su escasa utilización, que lejos de ser una medida real de reparto de empleo se ha convertido en una medida más de amortización de puestos de trabajo⁷⁶⁶.

A través de esta modalidad contractual el empresario puede disponer por el coste de un solo trabajador de dos que comparten jornada y salario, pudiendo el trabajador que accede a la jubilación parcial iniciar al nuevo trabajador en las tareas propias del trabajo a desempeñar y así, durante un período máximo de tres años, poder completar el aprendizaje necesario.

Por su parte, el trabajador que simultánea jubilación y trabajo no se le aplica coeficiente reductor alguno por el adelanto de la edad de retiro y tiene derecho a compatibilizar pensión y trabajo, pudiendo solicitar en su momento la jubilación ordinaria o la jubilación con coeficientes reductores (obviamente, en este caso, sólo cuando acredite que cumple los requisitos para ello, especialmente el haber cotizado al sistema de Mutualidades antes de enero de 1967). Teniendo en cuenta, tal y como se establece en el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, una serie de reglas para el cómputo de las cotizaciones efectuadas durante el período de jubilación parcial, ya que si bien se computan para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, el total de éstas se dividirá por 5, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales. En el caso de la pensión de jubilación o de incapacidad permanente al número de días teóricos de cotización obtenidos se aplicará el

⁷⁶⁶ No se disponen datos vigentes sobre el uso de esta modalidad contractual, ya que en las estadísticas actuales elaboradas por el INEM, se incluye esta modalidad contractual dentro del contrato a tiempo parcial. En el Informe CES sobre la Vida laboral y prejubilaciones, se da la cifra de 683 contratos celebrados en 1999. Cifra insignificante si tenemos en cuenta que el total de contratos registrados ascendió a 11 millones en este año. *Op cit.* pág. 69. En una nota de prensa de CCOO

coeficiente multiplicador del 1,5, y así se obtendrá el número de días acreditados para la determinación de los períodos de cotización.

Por lo que respecta a la base reguladora de estas dos prestaciones (jubilación e incapacidad permanente), ésta se calculará conforme a la regla general. Si bien, a efectos de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término.

Se trata con ello de incentivar que los trabajadores recurran a esta modalidad de anticipo de la edad de jubilación, de tal manera que las modificaciones introducidas en el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de acuerdo con lo establecido en su Exposición de Motivos, pretenden introducir una serie de elementos de corrección necesarios para adaptar el funcionamiento de las normas generales del sistema a las características específicas de este tipo de trabajo, con la finalidad de facilitar el acceso efectivo a la protección social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, permitiendo que el cálculo de la pensión de jubilación definitiva no se vea, en modo alguno, perjudicado por haber suscrito un contrato a tiempo parcial que permita compatibilizar el trabajo y la pensión de jubilación, tratando de hacer compatibles el principio de contributividad propio del sistema de Seguridad Social con los de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial.

Este sistema de jubilación parcial anticipada no puede considerarse que vulnere el principio según el cuál la jubilación de un trabajador implica el cese definitivo de la actividad profesional ya que si bien es cierto que durante el período de simultaneidad de ambos contratos no se produce un cese definitivo total, si que se puede considerar que hay un cese definitivo parcial; "en este rasgo común del cese definitivo, sólo la modalidad de jubilación parcial recogida en los artículos 166 L.G.S.S., y artículo 12 L.E.T., respectivamente, aparece como una excepción a la misma. Con todo, su presencia no altera los términos descritos por cuanto la retirada se produce

(<http://www.ccoo.es>) de fecha 26 de agosto de 1999, precisamente este sindicato se lamentaba del

definitivamente en sólo una parte de la jornada del trabajador, que es la que cubre la pensión de jubilación, y sobre la que rige la misma regla de incompatibilidad que para el resto de las modalidades de jubilación, determinando por tanto un cese definitivo bien que parcial"⁷⁶⁷.

Pero no sólo se manifiesta este cese definitivo parcial en el que rigen las normas generales de incompatibilidad entre percepción de la prestación y el trabajo del pensionista, sino que además el trabajador que accede de forma anticipada a la jubilación parcial asume la obligación de acceder a la jubilación total en un plazo máximo de 5 años, tiempo de vigencia máxima, por su parte, del contrato de relevo cuando este es sustituido a los 60 años de edad, asumiendo de forma anticipada el cese definitivo esencial en los supuestos de jubilación.

En estos dos supuestos de anticipación de la edad de jubilación, ya sea a través de un retiro gradual o bien con la anticipación de un año de la edad ordinaria de jubilación, al igual que sucede en el supuesto de jubilación anticipada con coeficientes reductores, y, en general, en cualquier supuesto de jubilación anticipada o de reducción de la edad de jubilación, se debe mantener y defender el carácter voluntario de estas medidas, de tal manera que ha de ser el trabajador quien cumpliendo los requisitos exigidos en cada caso decida de forma voluntaria poner fin a su relación laboral y acceder a la jubilación.

Aunque en muchas ocasiones este carácter de cese de voluntario aparece algo difuminado, o incluso ha desaparecido, no cabe duda alguna, que aunque se trate de supuestos, especialmente los dos últimos de utilización de la jubilación en el marco de las políticas de reparto o creación de empleo, y que tal y como más adelante veremos el TC ha legitimado la posibilidad de fijar por Convenio colectivo una edad de jubilación forzosa, debería estar siempre en manos del trabajador la decisión última sobre su deseo de permanecer en activo o su voluntad de pasar a adquirir la condición de pensionista, máxime cuando del paso anticipado a la jubilación se pueden derivar

escaso uso que se hace en España de esta modalidad contractual.

consecuencias importantes, especialmente de índole económico que se extenderán y aplicarán con carácter vitalicio.

Indudablemente, la utilización de la jubilación como una medida de política de empleo a pesar de no haber obtenido los resultados esperados sí que ha generado cambios importantes en la configuración de la jubilación como un derecho del trabajador, y en el carácter voluntario del cese en el trabajo que debe producirse al acceder el trabajador a esta situación.

La modificación establecida en relación con los coeficientes reductores ha venido a reconocer esta situación, al entender que debe aplicarse un coeficiente de penalización diferente cuando el acceso a este supuesto de jubilación anticipada se haya producido por una causa no imputable a la voluntad del trabajador, al igual que he señalado anteriormente, carece de fundamento alguno la aplicación de penalizaciones en estos supuestos en los que el pase a la jubilación se realiza, en muchos casos, en contra del deseo del trabajador de permanecer en activo.

La poca utilización de esta modalidad de jubilación anticipada, y en general, de los diversos supuestos de jubilación anticipada, en los que ésta aparece vinculada a la política de empleo deriva, en gran parte, del mantenimiento de una concepción errónea sobre las posibilidades que estas modalidades comportan a efectos de amortización de puestos de trabajo. Si a ello sumamos la escasez de referencias normativas y convencionales referidas a la necesidad de extender la sustitución acordada más allá de la duración estricta del período de sustitución, sin duda alguna, podemos llegar a considerar que estamos ante medidas con un alcance efectivo muy limitado.

⁷⁶⁷ LÓPEZ CUMBRE, L, "Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico de las jubilaciones anticipadas". nº 94, número monográfico "La reforma de la pensión de jubilación (I)". pág. 21

1.1.3.4 La jubilación anticipada en el marco de planes de reconversión industrial o en empresas en crisis no sujetas a un plan de reconversión.

Un ejemplo muy significativo de la utilización de la jubilación anticipada para fines distintos de los legalmente previstos, como son los de permitir el descanso de quien voluntariamente decide poner fin a su vida laboral activa garantizándole un sustento económico durante su período de inactividad y de la utilización de ésta como medida de política de empleo tendente a evitar la amortización de puestos de trabajo al alcanzar el individuo la *edad pensionable* o para evitar que la crisis de una empresa o sector de lugar a la desaparición definitiva de una empresa, lo tenemos en los supuestos de adelanto de la edad de jubilación y el establecimiento de ayudas equivalentes en el marco de los denominados planes de reconversión o reindustrialización para sectores en crisis, o en empresas en crisis no incluidas en dichos planes.

En estos dos supuestos de anticipo de la edad de jubilación, ya sea a través de la aprobación previa o no de un plan de reconversión, está prevista la posibilidad de aplicar medidas de jubilación anticipada que, permitan que un trabajador acceda generalmente de forma forzada a la jubilación antes del cumplimiento de la edad reglamentaria y que la empresa quede, en parte, relegada, al desprenderse de ese trabajador, de soportar el coste que implica mantener ese trabajador en la empresa.

Se trata, obviamente, de unas medidas estrechamente vinculadas a la crisis en el sector industrial español que empezaron a desarrollarse a partir de la 2ª mitad de la década de los años 70, aunque su punto álgido se produce ya entrada la década de los 80 cuya finalidad es la de "proteger económicamente a los trabajadores afectados por procesos de reconversión industrial hasta el momento que accedan a una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social"⁷⁶⁸.

⁷⁶⁸ CES. "Informe sobre...". *Op cit.* Tal y como se establece en este informe: "El balance de la crisis, en términos de empleo, representó entre 1977-1985, la pérdida de más de 1.750.000 ocupados, sobre un total ligeramente por debajo de los 12 millones y medio. El sector industrial en este período acumuló una pérdida de 776.000 efectivos sobre una población de 3.392.000 ocupados".

Con anterioridad a estas fechas ya estaba prevista legalmente la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada con esta doble finalidad, especialmente a partir de la creación del Fondo Nacional de Protección al Trabajo⁷⁶⁹ y la posterior aprobación de los planes de Inversiones del Patronato de dicho Fondo⁷⁷⁰, fue a mediados de la década de los años 80 cuando se aprobó la Ley 27/1984, de 26 de julio, de reconversión y reindustrialización⁷⁷¹, cuando se dispusieron una serie de medidas de índole laboral para las empresas incluidas en sectores en crisis que fueron desarrolladas inicialmente por el Real Decreto 1990/1984, de 17 de octubre⁷⁷² y por la Orden Ministerial de 31

⁷⁶⁹ El Fondo Nacional de Protección al Trabajo, fue creado a partir de la Ley de 21 de julio de 1960 (*B.O.E.* de 23 de julio), conocida como la Ley de los Fondos nacionales para la aplicación social del impuesto y del ahorro, que además del Fondo Nacional para la Protección al Trabajo, crea otros tres Fondos; el Fondo Nacional para el Fomento del Principio de Igualdad de Oportunidades; el Fondo Nacional de Asistencia Social; y el Fondo de Crédito para la Difusión de la Propiedad Mobiliaria. El Fondo Nacional para la Protección al Trabajo fue suprimido a inicios de la década de los años 80, vid, al respecto Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1981, siendo asumidos por la Dirección General de Trabajo los créditos y débitos del FNPT, para un mayor conocimiento del funcionamiento de este fondo vid GONZÁLEZ ENCABO, J., *"Reconversiones Industriales: el Fondo Nacional de Protección al Trabajo"*, en AA.VV., *"Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo"*. Universidad de Madrid, 1970, págs. 291-321. Fue pero en el marco de los Planes de Inversiones aprobados por el Patronato de este Fondo donde se introdujeron medidas de apoyo a la jubilación anticipada, aunque no pueda hablarse de jubilación en sentido estricto; "mal se puede anticipar una jubilación cuando no es tal. Se trata, simplemente, de la concesión de una ayuda que permite a las empresas aligerar sus plantillas y a los trabajadores "anticipar" su descanso laboral, pero sin que jurídicamente pasen a la situación de vejez o auténtica jubilación". FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.; *"La denominada <<jubilación anticipada>>: Cuestiones que presenta"*. RISS. 1969, pág. 31.

⁷⁷⁰ En el período comprendido entre 1962-1980, fueron aprobados 18 Planes de Inversiones. Inicialmente las ayudas concedidas actúan como auxilio a la jubilación anticipada, facilitando la jubilación anticipada de aquellos que estando próximos a la edad de retiro, se encuentran en empresas sometidas a procesos de reconversión o modernización o en empresas que cesen en su actividad debido al fenómeno de concentración de industrias, a partir del IV plan de Inversiones, (Orden Ministerial de 20 de febrero de 1965, *B.O.E.* de 6 y 8 de marzo de 1965) se amplía el ámbito de los sujetos a los que va destinadas las ayudas y éstas pasan a ser destinadas a los trabajadores desempleados que les faltan como máximo 5 años para cumplir la edad mínima reglamentaria de jubilación y hasta que se cumpla dicha edad, durante ese tiempo de espera hasta el cumplimiento de la edad mínima de jubilación se concede por parte del FNPT a los trabajadores desempleados ayudas equivalentes a la pensión que les hubiese correspondido de producirse la situación de desempleo en el momento de cumplirse la edad expresada, (art. 1 d) del VII Plan de Inversiones, O.M, de 15 de enero de 1968, (*B.O.E.* de 26 de enero); para un mayor conocimiento del contenido de estos planes de inversiones, especialmente en lo relativo a su naturaleza jurídica, edad de acceso y contenido de la cobertura dispensada, vid, LÓPEZ CUMBRE, L., *"La prejubilación"*. *Op cit*, págs. 149-158.

⁷⁷¹ *B.O.E.* de 28 de julio.

⁷⁷² *B.O.E.* de 9 de noviembre.

de julio de 1985⁷⁷³, entre las que se encontraban las ayudas equivalentes a la jubilación anticipada⁷⁷⁴, dándose un impulso importante a estos supuestos de jubilación anticipada.

La declaración por parte de Gobierno a propuesta de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Trabajo y de Seguridad Social siguiendo el procedimiento previsto en la propia Ley como sector en reconversión de un sector industrial o, excepcionalmente, de un grupo de empresas en reconversión por medio de un Real Decreto cuando éstos se encontraba en una situación de crisis de especial gravedad y su recuperación era considerada de interés general, permitía la adopción, en el marco de un plan más general, de medidas como las previstas en el art. 23 de la Ley 27/1984, de 26 de julio y desarrolladas en el Cap. II del RD 1990/1984, de 17 de octubre, consistentes en ayudas equivalentes a la jubilación anticipada para aquellos trabajadores que como consecuencia de la reconversión con 60 o más años de edad cesen en la empresa antes de cumplida la edad de jubilación ordinaria⁷⁷⁵.

⁷⁷³ B.O.E. de 10 de agosto. Posteriormente vid, al respecto, OM de 8 de mayo de 1991 (B.O.E., de 17 de mayo); OM de 24 de marzo de 1994 (B.O.E., de 15 de abril); OM de 15 de octubre de 1994 (B.O.E., de 22 de octubre) y OM de 5 de abril de 1995 (B.O.E., de 14 de abril).

⁷⁷⁴ Con anterioridad a la aprobación de la ley 27/1984, de 26 de julio, de reconversión y reindustrialización, en el marco de los denominados planes de reestructuración sectoriales, que, entre otros, afectó a las empresas del sector yutero (hilatura, tejeduría y saquerío de yute, esparto y sus mezclas) (Decreto 729/1973, de 12 de abril, B.O.E. de 16 de abril); a la industria de fabricación de harinas panificables y sémolas, (Decreto 2244/1973 de 17 de agosto, B.O.E. de 21 de septiembre); al sector lanero, algodónero y sedero, (Decreto 3448/1977, de 11 de noviembre, B.O.E. de 23 de enero de 1978), se establecieron medidas de anticipación de la edad de jubilación, fijando la edad de anticipo en los 60 años con carácter general si bien en el caso de las industrias del sector algodónero y sedero, las mujeres podían acceder a esta jubilación anticipada a los 58 años, siempre y cuando en el primer sector la mujer que desease acogerse a ese adelanto hubiese nacido antes del 1 de enero de 1917, mientras que en el segundo, además de la edad se exigía que se tratara de una perceptora del subsidio de desempleo.

⁷⁷⁵ De conformidad con lo dispuesto en el art. 23.3 de la Ley 27/1984, de 26 de julio y el art. 6.2 del RD 1990/1984, de 17 de octubre también pueden concederse las ayudas previstas al cumplir 60 años a aquellos trabajadores que tengan 55 años en la fecha de salida de la empresa. Aunque el art. 11 del RD 335/1984, de 8 de febrero, exige que estos trabajadores ingresen en el Fondo de promoción de Empleo, en el art. 23.3 y 6.2 antes citados no queda claro que sea necesario que aquellos trabajadores que tienen una edad inferior a los 60 años tengan la obligación de ingresar en dicho Fondo para tener derecho al cumplir los 60 años a las ayudas equivalentes a la jubilación anticipada. Como consecuencia del no ingreso en el Fondo de promoción de Empleo no se deriva, así pues, la pérdida del derecho a las ayudas equivalentes a la jubilación anticipada, ahora bien al no haber ingresado en dicho Fondo, éste no aportará las cotizaciones correspondientes a dicho trabajador a que hace referencia el propio art. 23.3 de la Ley 27/1984, de 26 de julio.

Se trata de una ayuda consistente en unas prestaciones equivalentes a la jubilación que eran reconocidas por parte de la Entidad gestora competente y que se calculan aplicando a la base reguladora un determinado porcentaje en función de la edad y de los períodos de cotización acreditados. Se trataría tal y como señala, entre otros González Ortega S., de una especie de <<pensión-puente>> entre la situación laboral activa y la verdadera pensión de jubilación concedida a los sesenta y cinco años y aunque no puede hablarse de prestación de jubilación en sentido estricto, indirecta y sustitutoriamente actúan como prestaciones de jubilación cumpliendo una función de remedio contra el desempleo⁷⁷⁶.

El carácter de prestación o pensión puente de estas ayudas se pone de manifiesto al establecerse tanto en la Ley 27/1984, de 26 de julio como en el RD de desarrollo, que durante el período de percepción de las mismas el beneficiario será considerado en situación asimilada al alta y continuará cotizándose por él tomando como referencia la remuneración media que haya servido para la determinación de la cuantía de la ayuda de modo que al cumplir la edad de jubilación el beneficiario pueda acceder a la pensión con plenos derechos⁷⁷⁷.

A efectos de cotización durante esta situación, tal y como señala Ferreras Alonso, F.;⁷⁷⁸ hay que distinguir hasta tres grupos de trabajadores; en primer lugar el de los trabajadores menores de 55 años a los que si bien se les garantiza por parte del Fondo de Promoción de Empleo, durante 3 años, el 80% de sus ingresos, a efectos de

⁷⁷⁶ Cfr. "La anticipación de la ..." *Op cit.*, pág. 17. Vid, en este sentido, FERRERAS ALONSO, F.; GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.; GONZALO GÓNZALEZ, B.; TEJERINA ALONSO, J.I., "Las jubilaciones anticipadas: panorama...". *Op cit.*, pág. 319, quienes más adelante llegan a considerar que se trata de una medida protectora de una situación híbrida de desempleo y vejez. *Ibidem*, pág. 323.

⁷⁷⁷ De conformidad con lo dispuesto en los arts 1º y 3º del RD 1990/1984, de 17 de octubre, los trabajadores que queden en situación legal de desempleo, sea esta temporal o definitiva, parcial o total como consecuencia de la adopción de medidas laborales de reconversión y reindustrialización tendrán derecho a la protección por desempleo contributiva y asistencial por el período máximo legal previsto con independencia de la cotizaciones que tengan acreditadas y cualquiera que sea el período de prestaciones ya percibido hasta la fecha de la situación de desempleo. Durante el tiempo de percepción de las prestaciones de desempleo el INEM cotizará por el trabajador desempleado y proporcionará a los Fondos de Promoción de Empleo o, en su caso, a las Empresas certificación de las cuotas satisfechas por los trabajadores mayores de 55 años con el objeto de posibilitar la cotización adicional a que hace referencia el art. 10 y 11 del propio RD 1990/1984, de 17 de octubre.

⁷⁷⁸ Vid, al respecto Cfr; "Los efectos en la Seguridad Social de la aplicación de la política de reconversión industrial durante 1985". *RSS*, núm. 28, págs 75 a 78.

determinación de la base de cotización durante el período de percepción de la prestación asistencial se tomará como referencia el tope mínimo, no existiendo así pues una correspondencia entre ingresos y base de cotización por cuanto que aún garantizándose el 80% de los ingresos la base de cotización tomada en consideración será la mínima, pudiéndose incluso dar el caso de no existir obligación de cotizar al no tener derecho a la prestación asistencial aunque en estos supuestos los derechohabientes no perderían el derecho por no estar cotizando a la Seguridad Social, tomándose en estos casos como base de cotización el salario mínimo interprofesional.

En segundo lugar el grupo de los mayores de 55 años y menores de 60 en cuyo caso la situación es distinta, ya que se mantiene la obligación de cotizar durante la percepción de las prestaciones de desempleo y el Fondo de Promoción de Empleo complementará la cotización a la Seguridad Social tomando como base de referencia el promedio de las bases de cotización por contingencias comunes durante los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de acogimiento a esta situación; y en tercer lugar el caso de los trabajadores mayores de 60 años, ya sea porque acceden a las ayudas equivalentes a la jubilación anticipada con esa edad o la cumplen durante la percepción de la misma. En este caso si bien se toma como base de cotización también la remuneración media mensual de los 6 meses inmediatamente anteriores a la percepción de estas ayudas, en este caso la actualización de las bases de cotización no se efectúa tomando como referencia el porcentaje de incremento de los salarios del trabajador fijados en el Convenio colectivo y que hubiese cobrado si permaneciese en activo, sino que en este último caso se toma como porcentaje de referencia a efectos de cotización el porcentaje que anualmente fije el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

No se puede hablar en sentido estricto de supuestos de adelanto o anticipo de la edad de jubilación por cuanto que se mantiene la edad ordinaria de acceso a la jubilación si bien para facilitar el tránsito del trabajador entre el cese en su trabajo y el cumplimiento de dicha edad, se prevé la concesión de estas ayudas equivalentes a la jubilación anticipada, ayudas que cesan cuando el trabajador cumple la edad de

jubilación momento en el que pasa a cobrar la verdadera pensión de jubilación, "en realidad cumplen una función de remedio contra el desempleo (se produce efectivamente el cese en el trabajo como consecuencia de la reconversión y son incompatibles con las prestaciones de esa naturaleza) y sólo indirecta y sustitutoriamente actúan como prestación de jubilación (por eso se les denomina "ayudas equivalentes" a la misma y el trabajador continúa en alta y cotizando al Sistema de Seguridad Social hasta la obtención de la pensión auténtica de jubilación)"⁷⁷⁹.

Si bien existe una cierta correspondencia en cuanto a la gestión y cálculo de la ayuda entre éstas y la pensión de jubilación por cuanto que la solicitud y tramitación se debe realizar ante la Entidad gestora correspondiente y la cuantía de la misma se calcula, tal y como hemos visto, aplicando un porcentaje sobre la base reguladora en función de los años de cotización, no puede en modo alguno considerarse esta ayuda como una auténtica pensión de jubilación; "no puede considerarse que el trabajadores subsidiado sea un jubilado ni que la ayuda equivalga a una pensión, por más que su tramitación y concesión tenga una estrecha similitud con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez"⁷⁸⁰.

Estas ayudas equivalentes a la jubilación anticipada cuyo importe garantizará ya sea de forma directa o a través de la concesión complementaria de una ayuda especial, el 75% de la remuneración media del trabajador durante los 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de acogimiento a esta medida y que tiene fijado un tope máximo ya que en ningún caso la ayuda podrá ser superior al importe de la pensión de jubilación a que tendría derecho el trabajador en el caso de tener cumplida la edad ordinaria, aunque no tienen como objeto el reparto del empleo si que se insertan dentro de lo que podrían ser, en sentido amplio, medidas de soporte al empleo existente, especialmente dirigidas a sectores productivos en crisis y ante la falta de viabilidad de los mismos.

⁷⁷⁹ GÓNZALEZ ORTEGA, S.; *"La anticipación de la ..."* Op cit., pág. 17.

⁷⁸⁰ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.; *"Configuración de la jubilación como..."* Op cit, pág. 65-66.

Si tenemos en cuenta que aprobado un determinado plan de reconversión e incorporado a él, entre otras medidas, estas ayudas equivalentes a la jubilación anticipada, el acceso a esta situación puente entre el cese del trabajo y la jubilación propiamente dicha se convierte en un derecho-obligación del trabajador. Aunque, estas ayudas están en parte financiadas por las empresas que se acogen al plan, ya que tienen la obligación de efectuar una aportación no inferior al 55% del importe de la ayuda, el resto, generalmente el 45% va a cargo del Plan de Inversiones de Protección al Trabajo, suponiendo una importante carga para el Estado y el sistema de Seguridad Social, por cuanto que comporta no sólo facilitar, promover, el acceso anticipado a la jubilación sino que además al no existir medida alguna que prevea la reincorporación del trabajador en el supuesto de que durante la duración del período de concesión de la ayuda, el sector en cuestión supere la crisis, ni tampoco disposición alguna que regule la sustitución del trabajador que accede a la ayuda por otro en un momento posterior, se convierte en un claro mecanismo de amortización de puestos de trabajo.

Aunque no se establece nada ni en la Ley 27/1984, de 26 de julio ni en los Decretos de desarrollo, respecto al posible régimen de incompatibilidad de estas ayudas equivalentes a la jubilación anticipada con otras prestaciones de la Seguridad Social y con el trabajo por cuenta ajena o propia del beneficiario, teniendo en cuenta que aún tratándose de una prestación puente, la naturaleza de estas ayudas es similar a la de la pensión de jubilación, deberían aplicarse por analogía las reglas de incompatibilidad previstas para ésta, que prescriben la incompatibilidad de la percepción de la prestación de jubilación con el trabajo en cualquier empresa de conformidad con lo previsto en el art. 16. 2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967 y en el art. 165 del TRLGSS/1994.

La concesión de estas ayudas equivalentes a la jubilación anticipada está sujeta al cumplimiento de una condición esencial: que la extinción de la relación laboral del trabajador que va a tener derecho a las mismas se inserte en el marco de un plan de reconversión industrial. En estos casos muy discutible que el cese de la actividad que es necesario para acceder a la jubilación se produzca de forma voluntaria, por cuanto que en estos casos la extinción de la relación laboral del trabajador que accede a la

situación de tránsito entre la extinción de la relación laboral y la jubilación propiamente dicha viene impuesta por el contenido del plan de reconversión, siendo muy escaso el margen de maniobra del trabajador interesado que se abocado a pasar de forma forzosa a la situación de inactividad previa a la jubilación, situación que le hará merecedor de las ayudas previstas en el plan para facilitar su tránsito hacia la condición de pensionista.

Pero no sólo pueden acceder a esta modalidad de jubilación anticipada para aligerar las cargas empresariales en procesos de crisis empresarial las empresas sujetas a un plan de reconversión, ya que en parecido términos a los vistos anteriormente, la Orden Ministerial de 16 de junio de 1981⁷⁸¹ utilizando la misma terminología de ayudas equivalentes a la jubilación establecía la posibilidad de que fuesen reconocidas ayudas de este tipo a los trabajadores que teniendo la edad de 60 o más años cesasen en su trabajo como consecuencia de la aplicación de expediente de regulación de empleo por causas tecnológicas o económicas aún tratándose de empresas no sujetas a planes de reconversión.

Las ayudas reconocidas a estos trabajadores se calculaban aplicando un porcentaje a la base reguladora de la pensión de jubilación, porcentaje estrechamente ligado a los períodos de cotización acreditados, aunque incluyéndose dentro de éstos los que le hubieran correspondido al trabajador de haber continuado en activo hasta el cumplimiento de la edad de jubilación.

En esto supuesto la "ayuda" que se concedía estos trabajadores se asemejaba mucho a la propia pensión de jubilación por cuanto que suponía, en cierta medida, la concesión anticipada de la jubilación ordinaria al tomar en consideración como años cotizados los años que median entre el cese en la actividad profesional y la edad ordinaria de jubilación, y si bien la financiación de estas ayudas correspondían al menos en un 60% a las empresas afectadas y el resto, hasta un 40% a cargo del propio Plan de Inversiones del Fondo Nacional de Protección al Trabajo, el pago de las mismas se

⁷⁸¹ B.O.E. de 22 de julio.

efectuaba por el INSS, en la misma forma y plazo que las pensiones del propio sistema de la Seguridad Social.

La Orden Ministerial de 9 de abril de 1986⁷⁸², dadas las importantes diferencias apreciadas entre estos supuestos en el que el elemento determinante era si la empresa estaba o no sometida a un plan de reconversión procedió a equiparar ambas ayudas, tratándolas de forma unitaria. Así, con independencia de si están o no sujetas a un plan se aplican las disposiciones previstas en el supuesto de sometimiento al mismo se aplica el mismo régimen jurídico, garantizando de esta manera el 75% de la remuneración media percibida por estos trabajadores durante los 6 meses anteriores a su acogimiento al sistema de ayudas, es decir durante los seis meses anteriores al cese en la Empresa, siempre y cuando se trate de empresas sometidas a un proceso de crisis empresarial, con independencia de su sometimiento o no a un plan específico de reconversión. Será por ello necesario que la empresa, a efectos de la concesión de las ayudas descritas, acredite la existencia de causas económicas y/o tecnológicas que justifiquen la "salida voluntaria" de algunos trabajadores, cuestión ésta que corresponderá apreciar a la autoridad laboral competente.

En 1994 mediante la OM de 5 de diciembre de 1994 se modificó la denominación de estas ayudas al hablarse de "ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas", adaptándolas al contenido de las mismas a las reformas operadas en el LET/1980 por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, estableciéndose de forma clara cuál es el objetivo de las mismas: "facilitar una cobertura económica a los trabajadores afectados por procesos de extinción de relaciones de trabajo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", ayuda consistente en la concesión a los trabajadores mayores de 60 años de una cuantía equivalente al 75% del promedio de las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedad profesional de los 6 meses anteriores a la fecha de efectividad de la ayuda⁷⁸³.

⁷⁸² B.O.E. de 23 de abril.

⁷⁸³ Esta prevista la cofinanciación de estas ayudas y el mantenimiento de la cotización durante la percepción de la misma, asumiendo en ambos casos las empresas un 60% de la misma y la Dirección General de Trabajo o las CCAA, en el caso de que se hubiese transferido la competencia, el restante

Sea o no en el marco de un plan de reconversión industrial no cabe duda alguna que como consecuencia de los procesos de crisis empresarial, se ha utilizado la jubilación y más en concreto la prejubilación, es decir la retirada prematura de los trabajadores de edad avanzada, para facilitar reajustes y rejuvenecimientos de las plantillas, desplazando hacia la Seguridad Social una parte importante de los costes empresariales que éstas tendrían que soportar en periodos de crisis, provocando no sólo desajustes en el equilibrio financiero del sistema, sino que además ha comportado un importante cambio en el fundamento de la protección de la jubilación al abandonarse en parte la concepción clásica de la protección de la jubilación ligada a la cobertura de una situación de necesidad fundada en el derecho al descanso del individuo y la voluntad o deseo de cesar en la actividad profesional como consecuencia del cumplimiento de una edad determinada, para pasar a utilizar el retiro del trabajador como un mecanismo de saneamiento empresarial, como una medida de reajuste de plantillas, tal y como más adelante tendremos ocasión de apreciar.

Debe, como es obvio, proceder a modificarse por vía normativa la práctica cada vez más común de usar las prejubilaciones o jubilaciones anticipadas a edades muy tempranas, los 52 años, no sólo por parte de empresas que inmersas en un proceso temporal de crisis económica se ven compelidos al uso de medidas de este tipo para superar dicha situación, sino que incluso es una práctica que con cierta intensidad y permisibilidad se ha extendido también a empresas con beneficios, en algunos casos hasta multimillonarios que con el exclusivo propósito de aumentar su competitividad se desprenden de las personas de mayor edad, provocando, tal y como antes he apuntado, un traslado hacia la Seguridad Social de una parte del coste de prejubilación. Cuestión ésta que debe ser afrontada con decisión ya que es probable que, a corto o

40%. Durante 1998 las ayudas concedidas alcanzaron un importe superior a los 43.000 millones de pts, en concreto, 43.371.413 (miles de pts), beneficiando a 4.481 trabajadores, de las cuales, 23.000 millones, 23.617.464 (miles de pts) fueron financiados por las empresas, y 19.000 millones, 19.753.950 por parte de la Administración. Comparando estas cifras con las de 1995, 1996 y 1997, no son muy diferentes, tan sólo se advierte una cierta e importante reducción en el número de beneficiarios en los años 1996, 1997 y 1998 respecto a 1995 al alcanzarse los 7.271 en ese año y reducirse a 5.299, 4.117 y 4.481 en los años posteriores. Vid, al respecto CES *"Informe sobre..." Op cit.*, especialmente Cuadro 3.2 Ayudas a trabajadores afectados por procesos de reestructuración o planes de reconversión, beneficiarios e importe de las ayudas concedidas, por tipo de ayuda y fuente de financiación. Fuente: MtyAS, Anuario de Estadísticas Laborales, 1998.

medio plazo, pueda representar un coste excesivo para el propio Sistema de Seguridad Social, y si a ello sumamos el coste psicológico que para muchos de estos trabajadores representa el verse y sentirse expulsados prematuramente del mundo laboral activo⁷⁸⁴, indudablemente debe ponerse freno al uso abusivo e injustificado de la jubilación anticipada a edades tan tempranas máxime cuando ésta en modo alguno va acompañada de una sustitución de un trabajador por otro.

Debería, en mi opinión procederse, en este sentido, a establecer una prohibición del uso de la jubilación anticipada en el caso de empresas que tengan o hayan tenido beneficios en los últimos ejercicios económicos para limitarlo verdaderamente a las empresas o sectores en crisis y además sería necesario establecer mecanismos de reversibilidad de la decisión adoptada, de tal manera que superada la crisis que justifica la adopción de medidas de este tipo, la empresa se viera compelida al reingreso del trabajador afectado si este lo desea o cuando menos a la contratación de nuevos trabajadores para reajustar el volumen de la plantilla.

1.1.3.5 La jubilación anticipada en el ámbito de la negociación colectiva

El tratamiento que se ha hecho y se está haciendo de la jubilación anticipada en el ámbito de la negociación colectiva es ciertamente desconcertante por cuanto que ajenos a las tendencias actuales y a las directrices comunitarias así como al contenido de las normas de la OIT que aconsejan retrasar progresivamente la edad de jubilación

⁷⁸⁴ Vid al respecto, entre otros, el artículo publicado en El País el día 28 de noviembre de 1999, por Enrique Jurado que bajo el título de *"El síndrome de la prejubilación"*, como resultado de una entrevista mantenida con Pilar Gómez-Acebo socia de Placement Center España, se pone especial atención a las consecuencias que comporta que las empresas de forma muy extendida dilapiden su capital humano más experimentado para aumentar su competitividad, llegándose, entre otras, a la conclusión de que la realización de cursos o programas de preparación para la jubilación sea la solución al problema. Especial mención debe hacerse a la reflexión cierta de que las consecuencias que se derivan del uso cada vez más extendido de estas prácticas se proyectan no sólo sobre el trabajador afectado y su familia o entorno, sino que afecta también al rendimiento de los que se quedan en la empresa, ya que ésta en buena medida depende de cómo se trata a quienes salen de la empresa y a la propuesta de que estas personas puedan convertirse en miembros de un comité externo de sabios cuya finalidad sería la de sugerir ideas para implantar en la empresa, tal y como actúan los denominados círculos de calidad, donde los empleados sugieren proyectos o iniciativas, al margen de su responsabilidad laboral.

para facilitar el tránsito hacia la inactividad y prolongar la vida en activo de los trabajadores de edad avanzada, en la gran mayoría de Convenios en los que se aborda el desarrollo de cláusulas en materia de jubilación anticipada, se opta por incentivar mediante la concesión de premios el acceso a la jubilación a una edad más temprana de la prevista para acceder con carácter ordinario a la condición de pensionista.

Las cláusulas convencionales que afectan a la prestación de jubilación son ciertamente de naturaleza muy diversa, en general subsumibles dentro de la categoría genérica de mejoras voluntarias, si bien, dentro de éstas, son escasas las que en sentido estricto mejoran, complementan la acción protectora del sistema público de Seguridad Social, así, tal y como señala Berta Valdés de la Vega, en su reciente estudio al respecto presentado bajo el título de "Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva"⁷⁸⁵, tres son las vías tradicionalmente previstas para llevar a cabo las mejoras voluntarias; el aumento de la base de cotización; el establecimiento de tipos adicionales de cotización y la mejora directa de las prestaciones⁷⁸⁶.

El uso de los dos primeros mecanismos ha sido ciertamente insignificante, de hecho con la entrada en vigor del primer TRLGSS/1974, deja de tener vigencia la autorización para establecer mejoras mediante el aumento de las bases de cotización dado el cambio de sistema de cotización fijado en el nuevo texto de la Seguridad Social⁷⁸⁷, tal y como se pone de manifiesto de forma expresa aunque tardíamente en la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 26 de diciembre de 1984 donde se declara que "no procederá la aprobación u homologación de nuevas mejoras de la base de cotización, ni el incremento de las ya existentes"; mientras que en el caso del establecimiento de tipos adicionales aún cuando tiene cobertura normativa vigente, art. 194 TRLGSS/1994, la realidad es que su uso ha sido prácticamente nulo.

⁷⁸⁵ Cfr. Ed. Tirant lo Blanch. Colección laboral núm. 78, Valencia, 1999.

⁷⁸⁶ El vigente art. 191 del TRLGSS/1994, sólo reconoce que las mejoras voluntarias podrán efectuarse a través de: a) mejora directa de las prestaciones; b) el establecimiento de tipos de cotización adicionales.

⁷⁸⁷ Tal y como sostiene ALONSO OLEA, M y TORTURTO PLAZA, J.L.; la mejora operaba con el aumento de las bases de cotización, hipótesis hasta el TRLGSS/1974 posible al cotizarse sobre bases tarifadas que podían ser inferiores a los salarios reales e imposible cuando el TRLGSS/1974 entra en vigor puesto que los salarios reales serían las bases de cotización. Cfr "Instituciones de ...". Op. cit., pág. 532.

No ocurre lo mismo con la tercera de las vías o mecanismos apuntados, el establecimiento de mejoras directas de las prestaciones cuyo uso y extensión ha sido importante, aunque inicialmente estuvieran sometidos a límites, vid al respecto art. 11 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966⁷⁸⁸, por la que se regulan las mejoras voluntarias, precisamente este mecanismo de mejora es quizás el que más se escapa del concepto de mejoras voluntarias de la acción protectora a que alude tanto la Orden de 1966 como el TRLGSS, aunque son subsumibles dentro de la mención que en el art. 1.1 de la citada Orden Ministerial se hace a la posibilidad de “mejorar libremente” las prestaciones de la Seguridad Social.

El problema fundamental de las mejoras voluntarias recogidas en Convenio colectivo gira en torno a tres cuestiones fundamentales, a saber; la naturaleza de estas cláusulas, por cuanto que queda claro que las mejoras voluntarias se trata de un mecanismo de protección complementaria, en virtud del cual el empresario asume una protección adicional a la que el sistema de Seguridad Social ofrece, instrumentalizándose como una obligación empresarial fijada en el marco del Convenio colectivo^{789 790}; las consecuencias que se derivan del incumplimiento de estas cláusulas y en última instancia, como afecta la sucesión de Convenios a las mejoras ya reconocidas⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ B.O.E. de 30 de diciembre.

⁷⁸⁹ Aunque el TRLGSS/1994 expresamente establece que la Seguridad Social no pueda ser objeto de contratación colectiva, tal y como estaba previsto en textos anteriores, excluye de este supuesto las mejoras voluntarias; art. 39.2 del TRLGSS/1994.

⁷⁹⁰ ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., consideran que es necesario, en este sentido, distinguir entre las mejoras voluntarias de prestaciones a cargo de la empresa, pero gestionadas en conexión con las gestoras de la Seguridad Social, no planteándose en este caso dificultades conceptuales para su encuadramiento dentro del Sistema de Seguridad Social, y las mejoras dispensadas directamente por el empresario, o a través del establecimiento de Regímenes de Previsión Voluntaria o de Fundaciones Laborales, o mediante aportaciones a Fondos de pensiones, etc., en este caso éstas constituyen obligaciones del empresario dimanantes del contrato de trabajo o del Convenio colectivo que, en puridad, nada tienen que ver con la Seguridad Social, cuya acción protectora juega como un simple marco de referencia para el establecimiento de la mejora en cuestión”. Cfr “Compendio de...” *Op cit.*, págs 134-135.

⁷⁹¹ Para un estudio más completo de las mejoras voluntarias, vid, entre otros, CASAS BAAMONDE, M.E., “Autonomía colectiva y Seguridad Social: un estudio sobre la contratación colectiva en materias de Seguridad Social y conexas”. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977; MARTÍN VALVERDE, A., “Las mejoras voluntarias de Seguridad Social”. Instituto García Oviado, Sevilla, 1970; ALONSO SAURA, J.L., “Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, si bien no queda claro con carácter general, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, cuál es la verdadera naturaleza de las cláusulas que incorporan mejoras voluntarias, a pesar de que el art. 1. 3 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, es claro a la hora de atribuir a las mejoras voluntarias los mismos caracteres previstos para las prestaciones de la Seguridad Social, e incluirlas en el ámbito de la acción protectora del mismo⁷⁹², algún autor⁷⁹³, partiendo de la idea de que no existe una respuesta uniforme al respecto, ha tratado de diferenciar según cuál sea el tipo de cláusula. Así, si se trata de una cláusula donde la empresa asume simplemente la obligación de instaurar en la empresa una mejora voluntaria sin especificación del contenido de la misma nos encontraríamos ante una cláusula obligacional, sin embargo si la cláusula detalla en su contenido en que consiste la mejora voluntaria, es decir entre otras cuestiones; cuál es la causa y cuáles son los destinatarios de la mejora, estaríamos ante una cláusula normativa.

Por lo que respecta al incumplimiento de las cláusulas relativas a mejoras voluntarias colectivas, a pesar de la denominación empleada por el legislador que utiliza el elemento de la voluntariedad, es obvio que una vez las mejoras están establecidas devienen obligatorias para el empresario convirtiéndose en un derecho para el trabajador, al formar parte del contenido normativo del Convenio colectivo y sólo en el caso de que haya optado la empresa por el aseguramiento, y sea la empresa aseguradora la incumplidora, deberá ésta asumir el cumplimiento efectivo de la mejora que está a su cargo.

Convenios Colectivos", DL, núm. 32, 1990, págs 77-105; SALVADOR, PÉREZ, F., "Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social" REDT, núm. 43, 1990, págs. 513-531.

⁷⁹² En este sentido es necesario tener en cuenta si nos encontramos ante una mejora voluntaria auténtica ya sea por aumento de la base o mediante el establecimiento de tipos adicionales, ya que en estos supuestos queda claro que no estamos ante dos prestaciones sino ante una sola, o bien ante un supuesto de mejora directa en cuyo caso es más difícil sostener cuando no insostenible que nos encontramos ante una sola prestación, ya que en estos supuestos la prestación pública tiene autonomía ante la existencia o no de un pacto de mejora, y a la inversa, la mejora directa no necesariamente debe asumir los requisitos de adquisición previstos para la prestación pública. VALDÉS DE LA VEGA, B.; "Mejoras voluntarias por edad..." *Op cit.*, pág. 46

⁷⁹³ Vid, en este sentido, DEL REY GUANTER, S; y GALA DURÁN, C., "Protección Social y Negociación colectiva" en AA.VV "Seguridad Social y Protección Social: Temas de actualidad". Coord. LÓPEZ LÓPEZ, J., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 282.

En relación con la última de las cuestiones planteadas, la relativa a cómo afecta la sucesión de Convenios a las mejoras voluntarias reconocidas en los Convenios colectivos, es necesario distinguir dos supuestos, ver si se trata de una mejora ya reconocida o por contra si estamos ante una mera expectativa. En el primer supuesto, parece claro que podría aplicarse la doctrina de los derechos adquiridos y en virtud de lo dispuesto en el art. 192, segundo párrafo, del TRLGSS/1994, “no obstante el carácter voluntario, para los empresarios, de la implantación de las mejoras, a que este artículo se refiere (mejoras directas de prestaciones), cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”, de lo que se difiere que habrá de estarse a las normas que rigen el reconocimiento del derecho a mejoras voluntarias para apreciar cuál o cuáles son los mecanismos de modificación de las mismas, el problema se traslada a la norma que regula dicho reconocimiento, el TRLGSS y la Orden de 28 de diciembre de 1966 que nada establecen al respecto⁷⁹⁴, mientras que en el segundo caso al tratarse de una mera expectativa sería aplicable la doctrina general de la sucesión de normas.

Los problemas que en estos caso puede comportar la sucesión de Convenios son sumamente importantes ya que en muchos casos afectan o pueden afectar, en el caso de mejoras voluntarias de la prestación de jubilación a derechos de personas que ya no forman en sentido estricto parte de la empresa, de ahí que sea sumamente importante poder determinar cuál es la disponibilidad, si es que existe, que un Convenio posterior tiene sobre uno anterior en materia de mejoras voluntarias.

Teniendo en cuenta lo dispuesto con carácter general en el art. 86. 4 de la LET/1994, que expresamente establece que el Convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad e este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan. En el caso de los trabajadores en activo, a salvo de la existencia de esta mención expresa, deberá entenderse que sólo podrán mantenerse los derechos reconocidos en un Convenio colectivo cuando las partes expresa o tácitamente así lo

⁷⁹⁴ Hay quien entiende que la referencia a las “normas que regulan su reconocimiento” debe ser entendida como referida a las “normas que regulan el propio acto constitutivo de las mejoras

hayan previsto, de tal manera que la pérdida de vigencia de un Convenio colectivo afectará a la validez de las cláusulas que incorporan las mejoras voluntarias. Así pues si el nuevo Convenio colectivo ignora la cláusula existente deberá entenderse que ésta ha quedado suprimida de ahí que sea fundamental distinguir si nos encontramos ante un derecho adquirido o ante una mera expectativa ya que en el primer caso podemos defender que el derecho se haya inserto en el marco de un supuesto de relación intemporal o sucesión de normas, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de expectativas, ya que en este caso tanto la norma, art. 82.4 y 86.4 de la LET/1994 y la jurisprudencia son claros al respecto, declarando que ni el Convenio colectivo anterior puede producir efectos más allá de la vigencia temporal al respecto ni el Convenio posterior debe necesariamente mantener como inmodificables los derechos pactados en el primero, cuando éstos no constituyen sino meras expectativas.

El problema se sitúa entonces sobre los “extrabajadores”, sobre aquellos que han abandonado ya la empresa ,al no existir al respecto un contrato que una en estos casos a la empresa con el extrabajador, es ciertamente difícil mantener los argumentos necesarios para defender la imposibilidad de modificar el contenido del Convenio colectivo en el que se reconocía y articulaba la mejora voluntaria, llegándose en este sentido a considerar que el Convenio colectivo puede actuar en cuanto norma incluso más allá del personal que tiene un contrato de trabajo en sentido estricto, tomando como base fundamental el hecho de que se trata en estos casos de trabajadores que con anterioridad han tenido un vínculo con la empresa, o bien en el hecho de considerar que el pago de la mejora voluntaria está sometido a una condición implícita de sometimiento a la normativa en cada momento dictada por el Convenio colectivo.

Parece lógico que si los trabajadores en activo, renuncian en aras a la viabilidad de la empresa a las mejoras voluntarias, tal y como sucede en el caso planteado en la STSJ del País Vasco de 6 de abril de 1995 (Ar. 1405), éstas también afecten a los que estando en situación de pensionistas gozan de las mismas, aunque como es obvio teniendo en cuenta los efectos que ello comporta, especialmente para los no activos que están gozando de un derecho ya reconocido, debe de tratarse de una medida

voluntarias”, es decir el Convenio colectivo, o en su caso, el contrato de trabajo. *Ibidem*, pág. 290.

objetiva, razonable y proporcional y los pensionistas afectados en tanto que legítimos interesados, debe tener derecho y posibilidades de contestar la regulación convencional, a través, en su caso, de la impugnación del Convenio colectivo, según lo previsto en los arts 161 y ss. del TRLPL/1995⁷⁹⁵.

En esta sentencia el TSJ del País Vasco sostiene que si bien no es admisible defender la tesis de los derechos adquiridos, en su opinión no cabe duda alguna sobre su subsistencia con el carácter de obligación de dar a cargo de la empresa, el problema se sitúan entonces sobre el examen de la decisión adoptada y en concreto sobre si estamos o no ante una modificación justificada. Así en primer lugar sobre la legitimidad e idoneidad del mecanismo utilizado, llega a la conclusión de que aunque el origen de este cambio ha sido un preacuerdo-marco y no constituye un Convenio colectivo estatutario, es manifestación de la negociación colectiva cuyo resultado vincula a trabajadores activos y jubilados, mientras que por lo que respecta al contenido del acuerdo, al tratarse en el mismo de resolver un estado de cosas como es la situación económica y laboral de la empresa radicalmente distinta a la existente en el momento de pactarse las mejoras voluntarias, tratando de dar viabilidad a la empresa y permitir el mantenimiento de los puestos de trabajo, el Tribunal ad hoc, considera que todo esto "impide exigir a la empresa su compromiso originario bajo unas condiciones iguales o similares a las que desde el punto de vista económico y laboral imperaban al tiempo de asumir aquella obligación, cuyo grado de onerosidad en el momento presente representa un evidente desequilibrio en el mutuo intercambio de prestaciones".

Pudiendo estar de acuerdo, en parte, con el contenido del acuerdo por cuanto que éste se inserta en el marco de una propuesta más general de contribuir a la viabilidad de la empresa, no cabe sostener lo mismo respecto al mecanismo empleado ya que, aún no existiendo vínculo con la empresa, más que el derivado del complemento discutido al tratarse de trabajadores ya jubilados, la no utilización de los mecanismos ordinarios de negociación a través de la elección de representantes ad hoc hubiera tenido que tomar en cuenta los efectos del acuerdo adoptado,

⁷⁹⁵ Sobre estas últimas cuestiones vid, *Ibidem*, pág. 296

especialmente sobre aquellos que ya no están en activo y permitir su participación en el proceso de negociación.

Aún cuando parece que puede sostenerse que el Convenio posterior puede disponer sobre el alcance de derechos reconocidos en Convenios anteriores, "esta opción plantea muchas dudas, pues penetra en el terreno de los derechos individuales, <<autonomizados de la norma convencional que los generó en su momento>>", así tal y como señala Valdés de la Vega, B., esta cuestión puede solventarse por la vía del art. 192, segundo párrafo del TRLGSS/1994, "según la cual se establece un régimen específico para los derechos ya causados a una mejora" y será de aplicación cuando la mejora consistiera en una prestación periódica, prolongándose sus efectos bajo el imperio o vigencia de una norma convencional diferente, posterior a la cual les da vida. En estos supuestos el derecho causado, tal y como señala el art. 192 citado no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento⁷⁹⁶.

Centrándonos así pues en el ámbito de las mejoras directas, y sobre la premisa de que son de muy diversa naturaleza las cláusulas convencionales al respecto, se puede advertir, en términos generales, tres grandes tipos de cláusulas; aquellas que en primer lugar tienen por objeto incentivar la jubilación anticipada; en segundo lugar las que prevén el ofrecimiento de una asignación económica al cumplimiento de la edad de jubilación y una tercera categoría o grupo que estaría formado por aquellas otras cláusulas que disponen el ofrecimiento de cantidades periódicas tomando como punto de referencia la pensión de jubilación reconocida y obviamente estrechamente vinculadas con éstas.

En el marco del primer grupo de cláusulas que prevén el establecimiento de estímulos para el acceso a la jubilación anticipada la variedad de las mismas es una característica de éstas por cuanto que si bien todas se construyen sobre la base de ofrecer una cantidad económica para el trabajador/a que accede a la jubilación a una edad inferior a la ordinaria, los premios o indemnizaciones que se conceden son muy

⁷⁹⁶ Cfr. "Mejoras voluntarias por edad..." *Op cit.*, pág. 96-97.

diversos y la forma de concesión depende de cada empresa o sector productivo, variando su cuantía tal y como veremos en función de los años de anticipo, así hay Convenios que no conceden si más el incentivo sino que exigen una determinada antigüedad mínima para poder acceder a ellos que varía siendo en unos casos de 20 años⁷⁹⁷, en otros de 15 años⁷⁹⁸, de 10 años⁷⁹⁹, e incluso otra cantidad⁸⁰⁰, mientras que en otros casos se concede sin la necesidad de cumplir requisito alguno de antigüedad⁸⁰¹, e incluso en algún caso se limita la concesión de estos premios a los

⁷⁹⁷ Como en el caso del Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco donde los premios de jubilación (art. 29) sólo se conceden a los trabajadores con una antigüedad de 20 años en la empresa, Resolución de 8 de febrero de 1998 (B.O.E. de 25 de febrero). En el caso del Convenio colectivo nacional del ciclo de Comercio de Papel y Artes Gráficas además de los premios en caso de jubilación anticipada que oscilan entre 1.500.00 ptas a los 60 años y las 330.000 a los 64, independientes de la antigüedad de los trabajadores se concede una ayuda por jubilación a todos los trabajadores con independencia de la edad de acceso a la jubilación equivalente al importe de una mensualidad cuando se acrediten más de 20 años de servicio. Resolución de 29 de julio de 1997 (B.O.E. de 18 de agosto).

⁷⁹⁸ Como sucede, entre otros, en el Convenio colectivo nacional del sector de harinas panificadas y sémolas, Resolución de 4 de septiembre de 1998 (B.O.E. de 29 de septiembre) o en el Convenio colectivo de autoescuelas, Resolución de 24 de enero de 2000 (B.O.E. de 11 de febrero); así como en el Convenio colectivo para la Industria del frío industrial, Resolución de 16 de julio de 1996 (B.O.E. de 22 de agosto) vigente inicialmente hasta el 31 de diciembre de 1997, prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1998 por Resolución de 3 de julio de 1998 (B.O.E. de 23 de julio) y más tarde hasta finales de diciembre del año 2000, Resolución de 1 de junio de 1999 (B.O.E. de 22 de junio) que para tener derecho a los premios previstos se exige un mínimo de 15 años de antigüedad.; y también, entre otros Convenio colectivo para el sector de Desinfección, Desinsectación y Desratización, Resolución de 26 de febrero de 1998 (B.O.E. de 18 de marzo).

⁷⁹⁹Vid, al respecto, entre otros, Convenio colectivo de ámbito estatal para el sector de la fabricación del Calzado artesano manual y Ortopedia y a Medida y Talleres de Reparación y Conservación de Calzado Usado y Duplicado de Llaves, Resolución de 26 de mayo de 1999 (B.O.E. de 16 de junio); Convenio colectivo Estatal de Estaciones de servicio, Resolución de 11 de junio de 1997 (B.O.E. de 3 de julio de 1997), aunque en este caso se limita la concesión de los premios en los centros que ocupen a menos de 13 trabajadores ya que éstos salvo pacto en contrario sólo concederán un premio por año; Convenio colectivo de empresas de entrega domiciliaria, Resolución de 20 de octubre de 1998 (B.O.E. de 10 de diciembre); Convenio colectivo de Transportes por carretera. Empresas de entrega domiciliaria, Resolución de 20 de octubre de 1998 (B.O.E., de 10 de diciembre); Convenio colectivo de transporte de enfermos y accidentados en ambulancias, Resolución de 17 de diciembre de 1999 (B.O.E., de 12 de enero de 2000); y Convenio colectivo para Sociedades Cooperativas de Crédito, Resolución de 14 de febrero de 2000 (B.O.E., de 29 de febrero).

⁸⁰⁰ En el Convenio colectivo interprovincial de la Industria Metalgráfica y de la Fábrica de Envases Metálicos el premio de jubilación entre los 60 y 65 años se conceden con una antigüedad mínima de 3 años, Resolución de 10 de septiembre de 1998 (B.O.E., de 29 de septiembre).

⁸⁰¹ Entre otros, Convenio colectivo nacional del ciclo de Comercio de Papel y Artes Gráficas. Resolución de 29 de julio de 1997 (B.O.E. de 18 de agosto); Convenio colectivo estatal para las Industrias de Hormas, Tacones, Cuñas, Pisos y Cambrillones de Madera y de Corcho. Resolución de 12 de julio de 1999 (B.O.E. de 29 de julio); Convenio colectivo nacional para el Comercio de Distribuidores de Especialidades y Productos farmacéuticos, aunque se aplica sólo a los trabajadores que se jubilen a una edad comprendida entre los 60 y 63 años, las indemnizaciones para primar la jubilación anticipada se conceden siempre que se produzca tal evento. Resolución de 3 de julio de 1998 (B.O.E. de 22 de julio); I Convenio colectivo de ámbito nacional para el sector de las Empresas Concesionarias y Privadas de

trabajadores que en el momento de acceder a la jubilación tengan la condición de trabajadores fijos en la empresa⁸⁰².

En algunos Convenios colectivos se utiliza la antigüedad en la empresa no como requisito para tener derecho a los premios de jubilación previstos sino que se opta por vincular la cantidad que se concede con la antigüedad del trabajador en la empresa, de tal manera que, como es obvio, a mayor antigüedad mayor es el importe de la indemnización que se ha de recibir^{803 804}.

Aparcamientos de Vehículos. Resolución de 23 de febrero de 1998 (*B.O.E.*, de 11 de marzo); Convenio colectivo estatal de Jardinería. Resolución de 6 de agosto de 1998 (*B.O.E.*, de 27 de agosto).

⁸⁰² Como sucede en el Convenio colectivo nacional para las Industrias de elaboración de arroz, Resolución de 23 de junio de 1997 (*B.O.E.*, de 9 de julio), en cuyo art. 37 se dispone que la empresa abonará una determinada cantidad que oscila entre las 416.800 ptas a los 60 años y las 250.088 ptas a los 64 años por jubilación voluntaria de un trabajador fijo. Así como en el caso del Convenio colectivo de Enseñanza y Formación no reglada, Resolución de 11 de diciembre de 1998 (*B.O.E.*, de 12 de enero de 1999) que prevé un premio de jubilación equivalente al importe de 3 mensualidades para los trabajadores que acrediten una antigüedad de 15 años, siempre que mantengan su condición de fijos al producirse la jubilación.

⁸⁰³ En el caso del Convenio colectivo interprovincial de Empresas para el comercio de flores y plantas, Resolución de 11 de marzo de 1998 (*B.O.E.*, de 2 de abril), se combinan ambas cuestiones edad y antigüedad del trabajador, así con una edad de 63 años y una antigüedad de entre 15 y 30 años se tiene derecho al importe de 4 mensualidades, mientras que con una antigüedad superior a 30 años y la misma edad de jubilación, el importe de la indemnización asciende a 5 mensualidades, lo mismo sucede a los 64 años de edad y a los 65 años, donde respectivamente se fija una indemnización de 3 o 4 mensualidades o de 1 o 2 mensualidades según si el jubilado acredita una antigüedad de entre 15 y 30 años o superior a esta última. En este mismo sentido en el Convenio colectivo de Agencias de viajes de todo el territorio del Estado Español, Resolución de 28 de septiembre de 1999 (*B.O.E.*, de 19 de octubre), se establecen hasta 5 categorías de trabajadores según la antigüedad por cada edad: la primera para quienes cuenten con más de 30 años de antigüedad en la empresa, la segunda para aquellos que tienen entre 25 y 30 años de antigüedad, la tercera formada por quienes tienen entre 20 y 25 años de antigüedad, la cuarta con una antigüedad de entre 15 y 20 años, y finalmente una quinta categoría compuesta por aquellos que tienen una antigüedad en la empresa de entre 10 y 15 años. Así pues, el importe que ofrece la empresa es diferentes en función de esta antigüedad (como vemos dividida por tramos) y la edad de jubilación anticipada.

⁸⁰⁴ Así, por ejemplo, en el Convenio colectivo nacional para las industrias de Pastas alimenticias, Resolución de 30 de octubre de 1998 (*B.O.E.*, de 16 de diciembre), las ayudas por jubilación previstas a partir de los 60 años se conceden dependiendo de los años de servicio; así por 10 años de servicio se tiene derecho a 1 mensualidad de salario, por 20 años de servicio, dos mensualidades; y con 30 años de servicio, tres mensualidades; y en el Convenio colectivo para la Industria fotográfica, resolución de 27 de enero de 1997 (*B.O.E.*, de 14 de febrero), la gratificación establecida a partir de los 60 años de edad se gradúa en función de los años de servicio; con 5 años, 15 días de salario según Convenio; entre 5 y 10 años, 1 mes; entre 10 y 15 años, 1 mes y medio; entre 15 y 20 años, 2 meses y con más de 30 años de servicio 3 meses que podrán en este caso hacerse efectivo en 2 pagas mensuales o con un carácter más general en el Convenio colectivo Estatal de Helados, Resolución de 2 de marzo de 2000 (*B.O.E.*, de 22 de marzo), se concede una mensualidad de retribución fija por cada diez años o fracción de año de antigüedad en la Empresa referida a la fecha de la jubilación. Por su parte en el Convenio colectivo de Centros de Asistencia y atención a Deficientes y Centros de Asistencia, Atención, Diagnóstico, Rehabilitación y promoción de Minusválidos. (vigor 1998-2001), Resolución de 23 de julio de 1999

Normalmente estos premios o indemnizaciones incorporados en los Convenios colectivos dependen, tal y como antes ya he apuntado, de la edad en que se accede a esta jubilación anticipada voluntaria e incentivada siendo una cantidad descendente según nos aproximemos a la edad ordinaria de jubilación, los 65 años, estableciéndose en muchos casos en el momento de fijar el importe del mismo un vínculo con con una parte del salario que se percibe⁸⁰⁵, con los salarios de cotización⁸⁰⁶, e incluso, en algún caso, con el último salario⁸⁰⁷, si bien, en ocasiones, se opta por el establecimiento de una indemnización a tanto alzado que se fija con total independencia de los ingresos

(*B.O.E.*, de 11 de agosto) se establece en su art. 65, un premio de jubilación de 3 mensualidades por los 15 primeros años de antigüedad y un mes más por cada quinquenio o fracción.

⁸⁰⁵ Vid, al respecto, Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco, Resolución de 8 de febrero de 1998 (*B.O.E.*, de 25 de febrero). en cuyo art. 29 se fijan unos premios por jubilación anticipada que oscilan entre las 9 mensualidades del salario real a los 60 años y 1 mensualidad y media a los 64 años, para los trabajadores que acrediten una antigüedad superior a los 20 años. Se establece en este Convenio incluso un premio para los trabajadores que se jubilen a los 65 o más años de edad, si bien en este caso se amplía la antigüedad exigida, así se tiene derecho a 1 mensualidad a los 65 años si la antigüedad se sitúa entre 29 y 25 años, a 2 mensualidades cuando la antigüedad es superior a los 25 años y para los mayores de 65 años se tiene derecho a un premio de 1 mensualidad y media si se acredita una antigüedad superior a los 20 años. En este mismo sentido vid, Convenio colectivo nacional del sector de harinas panificables y sémolas, Resolución de 4 de septiembre de 1998 (*B.O.E.*, de 29 de septiembre), donde se fijan unos premios de jubilación que oscilan entre los 5 meses de salario cuando ésta se produce con una antelación de 5 años, y los 3 si se produce con 1 año de antelación. En el caso del Convenio colectivo de Grandes Almacenes, Resolución de 23 de octubre de 1997 (*B.O.E.*, de 11 de noviembre) la cantidad que conforma el premio están integradas por el salario base más los complementos personales quedando por tanto excluidos otros complementos, las cantidades oscilan entre las 16 pagas si la jubilación se produce a los 60 años, y las 4 cuando la jubilación anticipada tiene lugar a los 64 años. En otros casos se toma como punto de referencia sólo el salario base como sucede en el Convenio colectivo del grupo de Marroquinería, cueros, repujados y similares de Madrid y zona centro, Resolución de 19 de octubre de 1998 (*B.O.E.*, de 22 de diciembre) y también en el Convenio colectivo para el sector de Desinfección, Desinsectación y Desratización, Resolución de 26 de febrero de 1998 (*B.O.E.*, de 18 de marzo), aunque en este segundo caso limitado a la jubilación anticipada que se produzca a una edad comprendida entre los 60 y 63 años de edad.

⁸⁰⁶ Como es el caso, entre otros, del Convenio colectivo de ámbito estatal para el sector de fabricación de calzado Artesano Manual y Ortopedia y a Medida y Talleres de Reparaciones y Conservación de Calzado Usado y Duplicado de Llaves, Resolución de 26 de mayo de 1999 (*B.O.E.*, de 16 de junio) donde se vinculan los premios de jubilación con el salario de cotización, estableciéndose que si la jubilación se produce a los 60 años se tiene derecho a un premio de jubilación equivalente al importe de 4 salarios y medio de cotización, 4 en el caso de que se produzca a los 61 años; hasta 1 salario y medio de cotización cuando se accede a la jubilación en el momento de cumplir la edad reglamentaria, los 65 años. En términos muy similares el Convenio colectivo de la Industria del Calzado, Resolución de 22 de julio de 1997 (*B.O.E.*, de 13 de agosto) fija el premio de jubilación tomando como punto de referencia el salario de cotización del trabajador, si bien en este caso se concede el importe de 5 mensualidades del salario de cotización a los 60 años y 1 mensualidad a los 65 años.

⁸⁰⁷ Tal y como sucede, por ejemplo, en el Convenio colectivo de las Delegaciones Territoriales del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, Resolución de 5 de abril de 1999 (*B.O.E.*, de 20 de abril), donde expresamente se establece en su art. 24 que el importe del incentivo de la jubilación

que percibe el trabajador en el momento de producirse la extinción de la relación laboral con motivo de su jubilación⁸⁰⁸.

Las cantidades que en general se conceden como estímulos a la jubilación anticipada que, por norma general, son cantidades que se conceden en un solo acto, en concreto, en el momento de cesar en la empresa, sea cual sea la forma de determinación, no son excesivamente importantes^{809 810} de ahí que pueda deducirse que su finalidad no es otra que la de gratificar al trabajador que se jubila por sus servicios prestados y también compensar, aunque sea mínimamente, su decisión de adelantar la edad de jubilación.

anticipada se corresponde con un número de mensualidades (dependiendo de la edad) de su último salario.

⁸⁰⁸ Las cantidades que se conceden son muy variadas y oscilan como máximo entre los 2.000.000 ptas (Convenio colectivo nacional para el Comercio de Distribuidores de Especialidades y Productos farmacéuticos); 1.500.000 ptas (Convenio colectivo Nacional del ciclo de Comercio de Papel y Artes Gráficas); 1.400.000 ptas (Convenio colectivo para la Industria del frío Industrial) y las 925.000 ptas (Convenio colectivo Estatal de Pastas, Papel y Cartón); y las 416.800 ptas (Convenio colectivo nacional para las industrias de elaboración del arroz); las 350.000 ptas (Convenio colectivo de ámbito estatal para las Industrias Extractivas, Industrias del Vidrio, Industrias Cerámicas y para las del Comercio exclusivista de los mismos materiales y I Convenio colectivo de ámbito nacional para el sector de las Empresas concesionarias y privadas de Aparcamientos de vehículos); las 310.000 ptas (Convenio colectivo estatal para las Industrias de Hormas, Tacones, Cuñas, Pisos y Cambrillones de Madera y Corcho); y las 225.000 ptas (Convenio colectivo General de Trabajo de la Industria Textil y de la Confección) a los 60 años de edad y las 600.000 ptas (Convenio colectivo interprovincial de la Industria Metalgráfica y de Fabricación de Envases Metálicos); las 330.000 (Convenio colectivo nacional del ciclo de Comercio de Papel y Artes Gráficas;); 250.088 ptas (Convenio colectivo nacional para las industrias de elaboración del arroz); las 155.000 ptas (Convenio colectivo Estatal para las Industrias de Hormas, Tacones, Cuñas, Pisos y Cambrillones de Madera y Corcho);y las 91.000 ptas (Convenio colectivo General de Trabajo de la Industria Textil y de Confección) a los 64 años de edad.

⁸⁰⁹ Entre los Convenios colectivos que conceden cantidades elevadas cabe destacar el IV Convenio Colectivo de la empresa "Central Hispano de Bolsa, Sociedad de Valores y Bolsa, S.A.", Resolución de 21 de febrero de 1997 (B.O.E. de 17 de marzo), donde las compensaciones oscilan entre los 8.000.000 de ptas a los 60 años y los 2.600.000 ptas si la jubilación se produce a los 65 años de edad; y el Convenio Colectivo de la empresa "Agencia Efe, S.A." , Resolución de 29 de enero de 1997 (B.O.E. de 25 de febrero) donde si bien se combina edad y antigüedad, puede alcanzarse la cifra de los 12.216.000 ptas como tope si el trabajador se jubila a los 60 años de edad con 20 o más años de servicio, en cuyo caso tendrá derecho a recibir el importe de 2,2 anualidades brutas hasta el límite antes apuntado.

⁸¹⁰ En el caso del Convenio colectivo de Empresas de seguridad de todo el territorio nacional, Resolución de 22 de mayo de 1998 (B.O.E., de 11 de junio), aunque se establecen unas cantidades fijas de 831.116 pts ó 848.569 pts según si la jubilación se produce en 1997 o 1998 y cuando la edad del trabajador sea de 60 años. Cantidades que descienden a 767.781 pts en 1997 y 783.904 pts a los 61 años y a 703.802 pts en 1997 y 718.582 pts en 1998 a los 62 años, teniendo en cuenta que la vigencia prevista de este Convenio se extiende hasta el año 2001, de conformidad con lo previsto en el mismo, estas cantidades se incrementarán en los años sucesivos de vigencia del Convenio, 1999, 2000 y 2001 de conformidad con el Índice de Precios al Consumo previsto en los Presupuestos Generales del Estado.

Hay algún Convenio, como sucede en el caso del Convenio colectivo de Pastas, Papel y Cartón de todo el territorio del Estado Español cuya vigencia originaria se extiende hasta el año 2000⁸¹¹, en el que se fijan unos límites a la jubilación anticipada incentivada, estableciéndose en su art. 19.2 que las empresas se obligan a cumplir esta jubilación anticipada incentivada hasta un máximo de trabajadores-año de 8% de su plantilla. Limitándolo a un trabajador al año cuando se trate de empresas de menos de 13 trabajadores.

En modo alguno puede considerarse que se trata de complementos a la pensión de jubilación, dada la escasa entidad de los mismos, aunque la extensión con que se utiliza esta técnica, no en vano, prácticamente 2/3 partes de los Convenios colectivos que abordan de una manera u otra la jubilación, incorporan dentro de su contenido estos premios, tratando con ello de hacer más viable y efectivo, en muchos casos, el adelanto de la edad de jubilación, ya que el trabajador que accede a ella recibe una compensación (aunque sea ésta en ocasiones mínima) por acceder a la jubilación a una edad más temprana de la prevista legalmente⁸¹².

⁸¹¹ Resolución de 10 de agosto (B.O.E., de 29 de agosto).

⁸¹² Es interesantísimo, en este sentido, el estudio efectuado por VALDÉS DE LA VEGA, B.; que figura como anexo a su libro "Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva", donde se ha calculado, sobre la base de la pensión media mensual percibida en 1996, consistente en 89.207 ptas, cuál sería la pérdida acumulada hasta los 65 años por la aplicación de los coeficientes reductores, 99.913 ptas si la jubilación se produce a los 64 años; 399.652 ptas si se produce a los 63; 899.217 ptas si está se produce a los 62 años; 1.598.607 ptas a los 61 años y 2.497.824 ptas de pérdidas acumuladas si la jubilación se produce a los 60 años de edad, 5 años antes de la edad fijada con carácter general. Si se toma tal y como se hace en este estudio una proyección más allá de estos 5 años de anticipo, se puede apreciar como las pérdidas acumuladas son considerablemente mayores y oscilan entre el 1.598.607 ptas y 2.098.172 ptas de pérdida acumulada a los 80/85 años respectivamente en el supuesto en el que la edad jubilación anticipada haya sido los 64 años, hasta 9.991.296 ptas y 12.489.120 ptas de pérdidas acumuladas también a los 80/85 años respectivamente cuando la edad de jubilación haya sido los 60 años de edad; 3.397.041 ptas y 4.396.170 ptas respectivamente si la jubilación se ha producido a los 63 años; 5.395.300 ptas y 6.893.994 en el supuesto de jubilación a los 62 años y finalmente 7.593.385 ptas y 9.591.644 ptas de pérdidas acumuladas cuando la edad de jubilación anticipada ha sido los 63 años de edad.

Aún tratándose de cifras aproximadas por cuanto que no se tienen en cuenta las oportunas revalorizaciones están calculadas sobre la base de la pensión media mensual cuanto mayor sea ésta mayores serán las pérdidas, son suficientemente significativas para constatar la escasa entidad de las ayudas, premios, estímulos o incentivos concedidos para compensar el adelanto de la edad de jubilación dadas las importantes consecuencias que éste comporta no en vano se extiende más allá de los términos estrictos de período de anticipación 60-65 años.

Si a las pérdidas en términos de pensión por aplicación de los coeficientes se unen las relativas al salario dejado de percibir en relación con el importe de la pensión, efectuados éstos cálculos sobre la base de un salario de 150.000 ptas y 200.000 ptas se puede constatar que las pérdidas son mucho mayores

Tal y como algún autor ha señalado, la negociación colectiva, en general ha contemplado la jubilación del trabajador desde la perspectiva de la pérdida de ingresos que esta comporta, no en vano el abandono de la vida laboral activa da lugar a una disminución de ingresos cuya evolución no depende ya del Convenio colectivo, sino que queda en manos del Gobierno a través del mecanismo de las revalorizaciones⁸¹³.

Hay pero Convenios colectivos en los que si está previsto la concesión de una mejora o complemento de la pensión de jubilación en el marco de lo dispuesto en los arts. 39 y 191 a 194 del TRLGSS/1994, donde se regulan las mejoras voluntarias como sucede en el caso del XVIII Convenio colectivo de Banca Privada⁸¹⁴ en cuyo cap. VI dedicado a las prestaciones complementarias incorpora en su art. 36 dedicado a la jubilación el ofrecimiento de una prestación a cargo de la Empresa para quienes: a) hayan ingresado en la Empresa antes del 8 de marzo de 1980 y se encuentren en activo en el momento de entrada en vigor del Convenio colectivo y al cumplir los 65 años de edad sean jubilado a petición propia o por decisión de la empresa; b) para el personal que se encuentre en las mismas circunstancias vistas anteriormente que sea jubilado a petición propia desde el momento en que cumpla 60 años de edad y cuente con 40 o más años de servicio efectivo en la profesión; c) y para el personal que se encuentre en

alcanzando la cifra de 951.000 ptas o 1.651.001 ptas si la edad de jubilación se anticipa un año con la aplicación de coeficientes reductores con un salario mensual de 150.000 ptas y 200.000 ptas respectivamente; cuyo importe correspondería a 99.913 ptas en concepto de pérdida de pensión por aplicación del coeficiente reductor y 851.088 ptas en concepto de pérdida de salario (150.000 ptas (salario mensual que se percibía) – 82.071 (pensión media mensual) x 14); y 99.913 ptas + 1.551.088 ptas respectivamente con un salario mensual de 200.000 ptas; alcanzando la cifra de 6.753.364 ptas y 10.253.264 ptas respectivamente si el anticipo es de 5 años.

Hechos estos mismos cálculos (pérdida de pensión y salario) sobre una proyección en la edad hasta los 80/85 años de edad, las pérdidas ascienden hasta los 2.449.695 ptas y los 2.949.260 ptas con un salario medio de 150.000 ptas y con una edad de jubilación anticipada de 64 años; y 3.149.695 ptas y 3.649.260 ptas en el mismo supuesto con un salario medio mensual de 200.000 ptas, pudiendo alcanzar dichas pérdidas la cifra de 14.246.736 ptas y 16.744.560 ptas a los 80 y 85 años respectivamente cuando con un salario medio de 150.000 ptas si la jubilación se produce a los 60 años; y 17.746.736 ptas y 20.244.560 ptas cuando en esta misma circunstancias el salario medio es de 200.000 ptas. Para una mayor información al respecto vid, Cuadros Anexos correspondientes al análisis sobre la incentivación de la jubilación anticipada prevista en los Convenios colectivos. *Cfr. Op cit.* págs.137-139.

⁸¹³ "Desde esta óptica los Convenios colectivos han tratado de compensar esta pérdida de ingresos, o al menos, de suavizar económicamente el paso al retiro estableciendo premios a la jubilación consistentes en el abono de ciertas cantidades económicas al producirse el cese en el trabajo". MARTÍN PUEBLA, E., " *La jubilación anticipada como instrumento...*" *Op cit.*, pág. 48.

⁸¹⁴ Resolución de 5 de noviembre de 1999 (B.O.E. de 26 de noviembre).

las mismas circunstancias vistas inicialmente (ingresado antes del 8 de marzo de 1980 y en activo en el momento de entrada en vigor del Convenio) que de mutuo acuerdo decida jubilarse a la edad de 60 años, aunque no cuente con 40 años de servicio efectivo. Añadiéndose pero que también tendrán derecho a esta prestación complementaria, aunque con carácter excepcional, el personal ingresado en la Empresa antes del 8 de marzo de 1980 que se encuentre en activo en la fecha de entrada en vigor del Convenio colectivo y tenga cumplidos 54 o más años de edad el 19 de mayo de 1988, en cuyo caso le será de aplicación el régimen de prestaciones complementarias de jubilación establecido en el Convenio colectivo suscrito el 26 de marzo de 1984, en lugar de lo expuesto en el apartado 4º del art. 36.

Los trabajadores que se encuentren en alguna de las circunstancias antes descritas tendrán derecho a la prestación económica prevista en el propio Convenio colectivo a cargo de la empresa que se satisfará por dozavas partes abonables por mensualidades vencidas y se determinará de conformidad con lo previsto en el apartado 4º del art. 36, aplicando un porcentaje en la fórmula que se inserta en el propio artículo⁸¹⁵, sobre las percepciones previstas en el Convenio colectivo, calculadas en cómputo anual en la fecha en que se produzca la jubilación de cada empleado.

En el caso del Convenio colectivo de la Industria azucarera 1994-1998⁸¹⁶, se ofrece la posibilidad de recibir o bien un complemento económico mensual para los trabajadores fijos que cumplan o hayan cumplido la edad de 65 años y durante la vigencia del Convenio soliciten su jubilación en el plazo de 6 meses contados a partir

⁸¹⁵ La fórmula realmente compleja que se utiliza para calcular la prestación complementaria es la siguiente: $A(SNA-SS)-(B BC/84 12)/SNA 100 = PE$. Para la que A es igual a 65 años 100%; 60 a 64 años con 40 de servicio 95%; y 60 a 64 años sin 40 de servicio 90%, B es igual a 65 años 100%, 64 años 92%; 63 años 84%, 63 años 84%; 62 años 76%; 61 años 68%; y 60 años el 60%. SNA es igual al Salario Nominal del Convenio al 31 de diciembre de 1987; SS es igual a las cuotas a la Seguridad Social a cargo del empleado al 31 de diciembre de 1987; SBC es igual a la Suma de Bases de Cotización del empleado del período comprendido entre el 1 de enero de 1981 al 31 de diciembre de 1987); PE el porcentaje de Prestación Económica a cargo de la Empresa; y teniendo en cuenta que el valor máximo aplicable a la expresión (B BC/84 12) es igual a 2.631.300 (187.950 x 14).

⁸¹⁶ Resolución de 7 de abril de 1997 (B.O.E, de 24 de abril).

del día en que se alcance la citada edad⁸¹⁷, o bien percibir de una sola vez, una cantidad en sustitución de este complemento por jubilación, cantidad que es diferente según el nivel salarial al que se pertenece: 280.000 ptas de los niveles 4 al 11; 350.00 ptas para el nivel 12; 420.000 ptas para los niveles 13 y 14; 560.000 ptas en el caso del nivel 15; 840.000 ptas para el nivel 16; y finalmente 1.120.000 ptas si se trata del nivel 17 y último.

Hay por su parte, Convenios como sucede en el Convenio de Empresas de Mediación en seguros privados de todo el territorio del Estado Español⁸¹⁸, en los que la compensación se establece con un carácter vitalicio, aunque en este caso, la concesión de esta compensación económica vitalicia a cargo de la empresa está condicionada al hecho de que la pensión o pensiones que el sujeto perciba del sistema de Seguridad Social u otros regímenes de previsión social obligatorios no alcance la denominada <<remuneración anual mínima>>.

Entendiéndose por tal la equivalente a un importe determinado en función del grupo al que se pertenece en el momento de la jubilación. Así por ejemplo, para el grupo I, esta <<remuneración anual mínima>> será igual al 75% del salario base del nivel asignado en el momento de la jubilación por 14 pagas, en el grupo II, el 90%, mientras que en los restantes grupos el 100% del salario base. La compensación económica que la empresa ofrece está vinculada a esta <<remuneración>>, no sólo porque actúa como límite para su concesión, sino porque además, el importe de ésta es equivalente a la diferencia entre las pensiones y dicha <<remuneración>>. Quedan excluidos los jubilados cuya pensión sea la máxima vigente.

En el caso de este último Convenio hay que tener en cuenta dos cuestiones, la primera que el complemento que se concede por parte de la Empresa no pretende, incentivar la jubilación anticipada por cuanto que se concede a aquellos trabajadores

⁸¹⁷ En el Convenio colectivo de las empresas de Fabricación de Helados de todo el territorio del Estado Español, vigor 1999-2001, Resolución de 2 de marzo de 2000 (B.O.E., de 22 de marzo), la concesión de la gratificación (consistente en una mensualidad de retribución fija por cada diez años o fracción de antigüedad en la empresa) se abona a los trabajadores que se jubilen entre los 60 y los tres meses naturales posteriores a la fecha en que se cumplan los 65 años de edad.

que cumplida la edad reglamentaria de jubilación, los 65 años deciden acceder a la jubilación; y la segunda que se limita la concesión de dichos complementos sólo a los trabajadores que tengan la condición de fijos en el momento de cumplir la edad de 65 años.

Es en general en el marco de los Convenios de empresa donde con mayor extensión, aunque ciertamente limitada, se aprecia la existencia de cláusulas convencionales que incorporan complementos periódicos a la prestación de jubilación reconocida legalmente, asumiendo la finalidad de aumentar el importe de esta prestación, normalmente tomando como elemento de referencia precisamente la prestación concedida por el sistema público de Seguridad Social. Así, en ocasiones, se trata de complementos sobre la base reguladora como es el caso del XIII Convenio colectivo de la empresa "Transformaciones Agrarias, S.A (TRAGSA)⁸¹⁹, en cuyo artículo 53 se establecen diversos porcentajes en forma de garantía según la edad de jubilación, de tal manera que la empresa asegura que a través del complemento se tendrá derecho al 91% de la base reguladora si la jubilación se produce a los 63 años de edad, mientras que el porcentaje ascendiente al 94% de la base reguladora si la jubilación tiene lugar a los 62 años de edad⁸²⁰, estableciéndose la posibilidad de que por mutuo acuerdo entre la empresa y el trabajador afectado de que estas cantidades adicionales sean sustituidas por otras a tanto alzado en la cuantía que ambas partes acuerden, con un mínimo de cálculo de 7 años.

En otras ocasiones este complemento se calcula en atención al salario que el trabajador percibía en activo como sucede en el caso del Convenio colectivo de la Empresa "Electra de Viesgos, S.A."⁸²¹, vigente durante los años 1996-1998

⁸¹⁸ Resolución de 26 de febrero de 1999 (B.O.E., de 16 de marzo).

⁸¹⁹ Resolución de 3 de marzo de 1998 (B.O.E, de 23 de marzo).

⁸²⁰ Ya con anterioridad el XII Convenio colectivo de esta empresa, Resolución de 26 de septiembre de 1994 (B.O.E, de 14 de octubre de 1994), ya incorporaba una cláusula en idénticos términos.

⁸²¹ Resolución de 27 de enero de 1997(B.O.E, de 18 de febrero).

comprometiéndose la empresa a abonar la diferencia entre el 100% del salario y la pensión reconocida por la Seguridad Social⁸²².

Hay incluso supuestos en los que se combina la concesión de un complemento con el adelanto de la edad de jubilación, de tal manera que la concesión del mismo es temporal, hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, los 65 años, no teniendo carácter vitalicio. Así a título de ejemplo, vid, el XVII Convenio colectivo de la empresa "Agfa-Gavaert, S.A", para los años 1995-1996⁸²³, donde se concedía un premio a la jubilación anticipada compatible con una prestación complementaria cuya duración se extiende hasta los 65 años, edad de jubilación forzosa⁸²⁴.

En general pero una gran parte de Convenios Colectivos lo que prevén es la concesión de lo que en términos generales podríamos calificar de ayuda o auxilio a la jubilación consistente en una cantidad a tanto alzado que el trabajador percibe al acceder a la jubilación, generalmente los 65 años, sin que generalmente dicha cantidad se module en función de la edad, sino que alcanzada la misma y una vez producido el cese el trabajador tiene derecho a recibir esa cantidad, no ligándola tal y como antes veíamos a la jubilación anticipada aunque como es obvio mantiene muchas similitudes, no en vano no son pocos los Convenios Colectivos que extienden las compensaciones por jubilación anticipada hasta la edad de jubilación ordinaria o forzosa.

En muchos casos la concesión de estas ayudas a la jubilación que en general son escasas están sometidas a determinadas condiciones como la antigüedad, siendo en la

⁸²² En términos similares vid, entre otros, Convenio Colectivo de la empresa Nacional Eléctrica de Córdoba, S. A., Resolución de 23 de enero de 19996, (B.O.E, de 1 de marzo).

⁸²³ B.O.E, de 9 de septiembre de 1996.

⁸²⁴ En este mismo sentido vid, Convenio Colectivo de la empresa "Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, S.A (COLEBEGA)", Resolución de 13 de noviembre de 1998 (B.O.E, de 2 de diciembre) que en el capítulo de beneficios sociales y en relación con la jubilación anticipada opta por conceder aunque de forma limitada, a un máximo del 5% del personal de plantilla y sólo para aquellos trabajadores que acrediten una antigüedad mínima de 15 años, una serie de indemnizaciones o compensaciones anuales desde la edad de jubilación anticipada y la edad de 65 años; así si la jubilación anticipada se produce a los 60 años el trabajador tendrá derecho a 5 anualidades de 1.158.750 ptas brutas la primera y las cuatro restantes actualizadas de conformidad con la evolución que experimente del IPC; si la jubilación se produce a los 61 años de edad, se tendrá derecho al importe citado y a 3 anualidades adicionales. El abono de estas anualidades se efectúa la primera el día de la jubilación y las restantes, los meses de enero de los años sucesivos.

gran mayoría de casos 15 los años exigidos, coincidiendo con los mínimos exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación, así pues cualquier trabajador que acredite que ha cumplido en la empresa en cuestión el mínimo de años exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación recibirá además una cantidad complementaria por parte de la empresa cuando cumplida la edad de jubilación cese en el trabajo y pase a la situación de jubilado.

En la gran mayoría de los casos, la concesión de la ayuda recogida en sede convencional está vinculada al hecho mismo de la jubilación o al acto de jubilarse, estando sujeta, por tanto, al mutuo acuerdo de las partes (tal y como en este sentido lo exige la norma) o a la voluntariedad del trabajador, exigiéndose, en algunos casos, el cumplimiento de un preaviso⁸²⁵.

Comentario a parte merece el Convenio colectivo de Comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos de todo el territorio español⁸²⁶, donde se establece a los efectos de la jubilación parcial, una especie de jubilación forzosa a los 64 años, al disponerse que la voluntariedad como elemento determinante sólo está referida a los trabajadores con 62 y 63 años de edad cumplidos, siendo obligatoria esta jubilación (en referencia a la jubilación parcial) para aquellos trabajadores con 64 años de edad.

Aunque será ésta una cuestión (la relativa a la jubilación forzosa) que abordaré en el próximo apartado de este trabajo, en relación con la jubilación parcial y el

⁸²⁵ Vid, en este sentido, entre otros, Convenio colectivo de Distribución cinematográfica de todo el Estado Español, vigencia 1999-2000, Resolución de 10 de noviembre de 1999 (B.O.E., de 2 de diciembre) para poder acceder a la jubilación anticipada se exige que el trabajador que se jubila, voluntaria y anticipadamente, notifique tal decisión con un preaviso de, al menos, tres meses anterior a la fecha en que cumpla la edad que va a causar el hecho de la jubilación anticipada. En este mismo sentido, en el Convenio Marco de Relaciones Laborales de puertos del Estado y Autoridades Portuarias de A Coruña, Algeciras, Alicante, Almería-Motril, Avilés, Barcelona, Bahía de Cádiz, Baleares, Cartagena, Castellón, Ceuta, Ferrol, Gijón, Huelva, Málaga, Marín-Ponteve, Resolución de 22 de diciembre de 1999 (B.O.E., de 18 de enero de 2000), vigencia 1999-2003, para acceder a la jubilación especial a los 64 años se exige solicitarlo con un antelación mínima de 3 meses a la fecha de cumplimiento de la edad de 64 años.

⁸²⁶ Resolución de 3 de julio de 1998 (B.O.E., de 22 de julio).

contrato de relevo cabe la posibilidad de formularnos el siguiente interrogante: ¿puede imponerse la jubilación parcial con carácter obligatorio?

Tomando como punto de referencia el contenido del art. 12.6 de TRLET/1995, la respuesta debe ser necesariamente negativa, ya que al abordar este tema, el legislador alude de forma expresa a la idea de concierto en el sentido de acuerdo entre trabajador y empresa al establecerse que: "se entenderá como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa". La dudas pueden surgir, en relación con la utilización del Convenio colectivo como instrumento de fijación de esta jubilación obligatoria con carácter parcial, en tanto que acuerdo entre representantes de los trabajadores y de la empresa, así como sobre la posibilidad de insertar esta medida en el marco de la política de empleo real que permita la sustitución de unos trabajadores por otros⁸²⁷.

En mi opinión, en el contexto de una edad de jubilación flexible extendida más allá de los 65 años actuales, y garantizada de forma efectiva la sustitución indefinida de unos trabajadores por otros, cabría la posibilidad de entender que ésta es o puede ser válida, sin embargo en un situación como la presente, no parece que tenga cabida la imposición de esta jubilación forzosa-parcial a los 64 años, máxime cuando en el caso que estamos examinando no se establece garantía alguna de sustitución real más que la remisión a la norma que la regula y este límite impuesto contradice la propia configuración de esta modalidad de jubilación considerada como un derecho del trabajador, al establecerse que será obligatorio que, previamente a la iniciación por parte del trabajador de cualquier trámite para la jubilación parcial, la empresa suscriba

⁸²⁷ En este sentido se manifiesta ALFONSO MELLADO, C.L., para quien la necesidad de concertar la jubilación parcial excluye expresamente la posibilidad de que ésta pueda imponerse. Cfr. *"La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: aspectos laborales"*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág(s). 45-46. Sin embargo ORTÍZ LALLANA, M.C.; sostiene que dada la posibilidad existente de imponer mediante la negociación colectiva la jubilación forzosa <<total>>, pudiera resultar acertado (e incluso más acorde con los mandatos del TC, dada su vinculación con un contrato de relevo), admitir la posibilidad de su imposición mediante Convenio colectivo: "Si se ha admitido la constitucionalidad de la jubilación total prevista por la autonomía colectiva como medida de política y reparto de empleo, ningún inconveniente habría en admitir la parcial que responde a idéntica finalidad". Cfr. *"Algunos problemas del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial"*. RL 1998-II, pág(s). 249. Vid, asimismo, entre otros, BAYLOS GRAU, A., *"Derecho del trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en Convenio colectivo"*. Relaciones Laborales (RL). 1985 (II) pág(s). 470-479.

el acuerdo y contrato de sustitución para que el trabajador pueda acogerse al derecho a la jubilación.

Retomando el tema de los incentivos para la jubilación anticipada, podemos llegar a considerar que se trata de una gratificación, un “extra” por los servicios prestados en la empresa de ahí que se exija un mínimo de años de antigüedad.

De esta consideración de la ayuda como si de una gratificación extraordinaria se deriva, entre otras cuestiones, el hecho de que si bien en términos generales la cuantía es fija, en algunas ocasiones, se modula el importe de la misma tomando como única referencia la antigüedad en la empresa, lo que nos conduce a considerar que nos encontramos ante un premio por los servicios prestados⁸²⁸, y no ante una compensación por la jubilación, por el pase de trabajador a pensionista, tal y como sucede en los casos de anticipación de la edad de jubilación. En este sentido hay Convenios colectivos que permiten la acumulación de ambas cantidades: la compensación por el anticipo de la jubilación y la gratificación que se percibe al cumplir la edad de jubilación ordinaria o forzosa, no siendo por su parte pocos los que teniendo en cuenta que nos encontramos ante realidades distintas incorporan ambas cláusulas.

⁸²⁸ Hay numerosos Convenios que al abordar este tema hacen mención expresa a esta idea de que nos encontramos ante “premios de jubilación”. Vid, entre otros: Convenio colectivo para Sociedades Cooperativas de Crédito, Resolución de 14 de febrero de 2000 (*B.O.E.*, de 29 de febrero); Convenio colectivo de Centros de Enseñanza Privada de Régimen General o Enseñanza Reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, vigor 1998-2000, Resolución de 9 de agosto de 1999 (*B.O.E.*, de 25 de agosto); Convenio colectivo de Harinas Planificables y Sémolas de todo el territorio del Estado Español, Resolución de 4 de septiembre de 1998 (*B.O.E.*, de 29 de septiembre); Convenio colectivo de Agencias de viajes de todo el territorio del Estado Español, Resolución de 28 de septiembre de 1999 (*B.O.E.*, de 19 de octubre); Convenio colectivo de Centros de Asistencia y atención a Deficientes y Centros de Asistencia, Atención, Diagnóstico, Rehabilitación y promoción de Minusválidos. (vigor 1998-2001), Resolución de 23 de julio de 1999 (*B.O.E.*, de 11 de agosto); y Convenio colectivo nacional para el Comercio de Distribuidores de Especialidades y Productos farmacéuticos, Resolución de 3 de julio de 1998 (*B.O.E.*, de 22 de julio). También hay, sin embargo Convenios colectivos que presentan estas ayudas bajo la rúbrica de indemnizaciones por edad, tal y como sucede, entre otros, en el Convenio de Comercio de Flores y plantas, Resolución de 11 de marzo de 1998 (*B.O.E.*, de 2 de abril de 1998); Convenio colectivo de Autoescuelas de todo el territorio del Estado Español, Resolución de 24 de enero de 2000 (*B.O.E.*, de 11 de febrero); y art. 49 del Convenio colectivo de Centros de Educación Universitaria e Investigación en todo el territorio del Estado Español, Resolución de 31 de enero de 2000 (*B.O.E.*, de 22 de febrero).

Dejando de lado las mejoras voluntarias a la hora de efectuar un examen de los mecanismos de articulación de la jubilación anticipada en el ámbito de la negociación colectiva es necesario iniciar dicho examen señalando, por lo que respecta al contrato de relevo, que a pesar de que en los criterios y propuestas unitarias para la negociación colectiva tanto para 1999 como para el año 2000 se hace una especial mención en la regulación del contrato a tiempo parcial a la necesidad de potenciar el uso de la modalidad contractual del contrato de relevo tal y como se establece en los criterios y propuestas unitarias (CCOO-UGT) para la negociación colectiva del año 2000 adoptado el 10 de diciembre de 1999⁸²⁹ teniendo en cuenta que el objetivo es "hacer de este contrato un instrumento válido para contribuir al fomento del empleo, para renovar y recualificar a las plantillas", permitiendo que las empresas puedan responder mejor a las exigencias de formación y adaptabilidad de los trabajadores a los puestos de trabajo a través de una transmisión progresiva de experiencias y conocimientos entre diferentes generaciones.

Abogándose por fomentar su utilización ya que, tal y como se expone en el propio documento donde se fijan los criterios para la negociación colectiva del año 2000, puede ser una fórmula a utilizar no sólo para la renovación de las plantillas, sino como alternativa a las prejubilaciones y es por ello que, entre otras cuestiones, se recomienda que en el ámbito de los Convenios colectivos se establezcan los procedimientos y requisitos para regular: los compromisos de conversión en indefinido el contrato de relevo, una adecuada flexibilización de la distribución de la jornada entre trabajadores relevados y relevistas, la posibilidad de coincidencia horaria entre relevado y relevista, y la posibilidad de que el relevista desempeñe un puesto de trabajo similar al del relevado⁸³⁰.

⁸²⁹ Vid, al respecto <http://www.ccoo.es>.

⁸³⁰ Lo tres últimos criterios estaban ya introducidos en los criterios y orientaciones para la negociación colectiva de 1999, vid al respecto Criterios para la negociación colectiva de 1999. Secretaría Confederal de Acción Sindical de CC.OO, aprobado por el Consejo Confederal 14 de diciembre de 1998, <http://www.ccoo.es>; y Criterios y Orientaciones para la negociación colectiva de 1999. II Comité Confederal Ordinario, Madrid, 17 de noviembre de 1998, <http://www.ugt.es>.

Teniendo en cuenta que las modificaciones operadas en esta materia por el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, ya permiten que se cumplan tres de los objetivos previstos en los criterios sindicales para la negociación colectiva, al permitir que la reducción de la jornada y salario se sitúe entre un mínimo del 30% y un máximo del 77%, que es posible que coincida la jornada del trabajo de ambos trabajadores en la medida que se incluye la posibilidad de que el horario de trabajo del relevista complete el del trabajador relevado o bien se simultanee con aquel y que expresamente se dispone la posibilidad de que el trabajador relevista pase a ocupar un puesto de trabajo similar al del trabajador sustituido, parece obvio que la idea fundamental a desarrollar es la referida a la fijación de compromisos sobre la conversión del contrato de relevo en un contrato indefinido, lo que permitiría que más allá del estricto tiempo de sustitución, cinco años como máximo, la jubilación parcial de un trabajador no de lugar a la amortización de su puesto de trabajo cuando éste alcance la edad de 65 años y deba ponerse fin al contrato de relevo.

La realidad práctica se aleja de los propósitos manifestados en los criterios y/o orientaciones expuestos en los documentos sindicales citados y del apartado d) del art. 12.6 de la LET/1994 que hace una mención expresa de la negociación colectiva como medio idóneo para el establecimiento de medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo, ya que no sólo son mínimos los Convenios colectivos que incorporan cláusulas relativas a la jubilación parcial y al contrato de relevo, sino que además los escasos Convenios que se ocupan de esta materia, en general, se limitan o bien a citar o reproducir el contenido del art. 12.5 de la LET/94, en la versión anterior a la modificación establecida en este artículo por el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre⁸³¹ y que en la actualidad se corresponde con el art. 12. 6 del TRLET/1995⁸³²,

⁸³¹ Vid, al respecto, entre otros, art. 16 del I Convenio colectivo de Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados y Centros Formativos de Postgraduados, Resolución de 13 de diciembre de 1996 (*B.O.E.* de 16 de enero de 1997); en el caso del Convenio colectivo para oficinas de Farmacia, Resolución de 20 de octubre de 1998 (*B.O.E.* de 2 de diciembre), este se limita a reproducir el concepto de este contrato dentro del capítulo dedicado a las modalidades contractuales; en un sentido parecido vid, art. 8 del Convenio Colectivo nacional para el Comercio de distribuidores de Especialidades y Productos Farmacéuticos incorporando en el art. 21 dedicado a la jubilación una referencia al hecho de que las partes acuerda aceptar de forma expresa la jubilación parcial de los trabajadores, Resolución de 3 de julio de 1997 (*B.O.E.*, de 22 de julio); Vid, así mismo Convenio colectivo del Sector de Comercio al por mayor e Importación de Productos Químicos Industriales y de Droguería, Perfumería y anexos, Resolución de 1 de junio de 1999 (*B.O.E.* de 22 de junio); XII Convenio

o bien a efectuar una remisión con carácter general a la regulación de esta materia disponiendo que se podrán celebrar contratos de este tipo con el objeto de fomentar el empleo⁸³³.

Hay incluso algún Convenio, tal y como sucede con el Convenio colectivo de agencias e viaje, en el que se aborda el tema de la jubilación parcial ni sin tan siquiera hacer mención alguna al contrato de relevo, limitándose a precisar cuáles son las condiciones para poder optar a esta modalidad de jubilación anticipada.

El balance que por todo ello puede hacerse de la negociación colectiva al respecto es ciertamente insatisfactorio por cuanto que ajena a la realidad presente y a los criterios expuestos por los sindicatos, la verdad es que los Convenios colectivos en general ignoran la existencia de esta modalidad de contrato, las posibilidades que introduce especialmente en lo que atañe a la posibilidad de potenciar una jubilación progresiva permitiendo el relevo intergeneracional, así como el hecho de que la coordinación entre relevado y relevista puede facilitar la adaptación del nuevo trabajador a su puesto de trabajo contribuyendo con ello a que el uso que se ha hecho de este contrato haya sido realmente escaso.

colectivo General de la Industria Química, Resolución de 24 de mayo de 1999 (*B.O.E.* de 11 de junio); Convenio colectivo Estatal de Perfumerías y afines, Resolución de 4 de mayo de 1998 (*B.O.E.* de 26 de mayo); art.17 del XI Convenio colectivo nacional de Empresas Consultoras de Planificación y Organización de Empresas y Contable, Resolución de 9 de octubre de 1998 (*B.O.E.* de 31 de diciembre); y también art. 80 del Convenio colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, Resolución de 22 de mayo de 1998 (*B.O.E.* de 11 de junio).

⁸³² Algunos Convenios más recientes como es el caso del Convenio de Autoescuelas de todo el territorio del Estado español, Resolución de 24 de enero de 2000 (*B.O.E.*, de 11 de febrero) así como también en el caso de los Centros de Educación Universitaria e Investigación de todo el territorio del Estado español, Resolución de 31 de enero de 2000 (*B.O.E.*, de 22 de febrero) recogen ya las modificaciones legislativas en relación con el trabajo a tiempo parcial introducidas por el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, aunque se limitan a recoger el contenido del este art. 12. 6 del TRET/1995.

⁸³³ Vid, a título de ejemplo, Convenio colectivo de Grandes Almacenes, Resolución de 23 de octubre de 1997 (*B.O.E.* de 11 de noviembre). El art. 11 de este Convenio efectúa una remisión al art. 12 de la LET/1994 añadiendo que: las empresas deberán facilitar la jubilación parcial y la suscripción del contrato de relevo y que para facilitar y agilizar este tipo de contrataciones el trabajador contratado podrá pertenecer a un grupo profesional distinto del jubilado parcialmente; art. 30 (último párrafo) del Convenio colectivo Laboral de ámbito Estatal para el Sector de Agencias de Viaje, Resolución de 28 de septiembre de 1999 (*B.O.E.* de 19 de octubre) donde sin citarlo expresamente se reproduce parte del contenido del art. 12.5 de la LET/1994.

Por su parte en relación a la modalidad de jubilación anticipada a los 64 años de edad, en general la gran mayoría de Convenios colectivos que incorporan cláusulas relativas a la jubilación de los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación se limitan en materia de fomento de empleo a dar cobertura al supuesto de jubilación especial a los 64 años, ya que de conformidad con lo dispuesto en su norma habilitante, el RD 1194/1985, de 17 de julio, la edad de 65 años establecida en el TRLGSS/1994 como edad de acceso a la pensión de jubilación puede ser rebajada a los 64 años sin la imposición de penalización alguna, por Convenio colectivo o pacto entre la empresa y los trabajadores, pasando a regular los Convenios colectivos que recogen esta posibilidad, la sustitución del trabajador que accede a la situación de jubilación especial a los 64 años, no en vano éste debe ser sustituido por un trabajador desempleado, que puede ser contratado mediante cualquiera de las modalidades de contratación vigentes⁸³⁴.

Los Convenios colectivos se mueven, en este sentido, en dos grandes líneas; de un lado, prever y regular simplemente la sustitución de un trabajador por otro por el tiempo que resta hasta alcanzar la edad de jubilación, es decir, con carácter general, un año⁸³⁵, de conformidad con lo dispuesto en el RD 1194/1985, de 17 de julio efectuando en muchos casos una simple remisión al contenido de este Real Decreto⁸³⁶,

⁸³⁴ En algún caso se exige la necesidad de existencia de acuerdo entre las partes que habrá de formalizarse por escrito, tal y como sucede, por ejemplo, en el Convenio colectivo de Fabricación de Calzado artesano manual y ortopedia y a medida y Talleres de reparación del calzado usado, Resolución de 26 de mayo de 1999 (B.O.E., de 16 de junio), donde expresamente se establece que: "Este acuerdo, de existir y nacer por tanto la obligación de sustitución, habrá de realizarse por escrito".

⁸³⁵ En este sentido, entre otros, vid, Anexo 10º del Convenio Colectivo del sector de Industrias Cárnicas, que bajo la rúbrica de "Fomento de empleo", expresamente establece que en el caso de jubilación a los 64 años, la empresa se compromete "sólo a la contratación de un desempleado por el tiempo que restase al sustituido hasta alcanzar los 65 años". En este mismo sentido vid, Convenio Colectivo de las industrias Extractivas del Vidrio, Industrias Cerámicas y para el Comercio exclusivista de los mismos materiales, Resolución de 12 de julio de 1999 (B.O.E, de 31 de julio), donde se añade que esta obligación de sustitución con alcance limitado, el tiempo que resta para cumplir los 65 años, no se extiende a aquellos trabajadores que ocupen puestos de trabajo considerados claves o de difícil sustitución. Y a tal efecto, para evitar que se haya de adoptar esta exclusión, se recomienda que los trabajadores que puedan verse afectada por la misma a tenor de puesto que ocupan pongan en conocimiento de la empresa, con el mayor plazo de antelación posible, su intención de prejubilarse, para de esta manera contribuir a facilitar su sustitución.

⁸³⁶ No son pocos los Convenios colectivos que se limitan a efectuar una remisión a los previsto en este RD como sucede, entre otros, en el Convenio colectivo Estatal de Industrias Lácteas y sus Derivados, Resolución de 10 de diciembre de 1996 (B.O.E, de 27 de diciembre de 1996); Convenio colectivo laboral de Residencias Privadas de la Tercera edad, Resolución de 9 de julio de 1997 (B.O.E, de

o bien estableciendo que el trabajador contratado en sustitución de quien accede a esta jubilación especial a los 64 años sin coeficientes reductores será contratado con un contrato de la misma naturaleza que la del trabajador sustituido⁸³⁷, de lo que se difiere que si el contrato de éste último trabajador es un contrato de naturaleza indefinida, la empresa se compromete a contratarlo con este carácter indefinido⁸³⁸.

30 de julio de 1997); Convenio colectivo General del sector de la Construcción, Resolución de 30 de abril de 1998 (B.O.E. de 4 de junio de 1998); III Convenio colectivo de la Enseñanza y Formación no reglada, Resolución de 11 de diciembre de 1998 (B.O.E. de 12 de enero de 1999); Convenio colectivo Estatal de la Madera, Resolución de 22 de abril de 1996 (B.O.E. de 20 de mayo); Convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Trabajo y Asistencia Social, Instituto Nacional de Empleo y FOGASA, Resolución de 26 de noviembre de 1997 (B.O.E. de 4 de diciembre de 1997); Convenio colectivo del sector de Comercio al por mayor e Importadores de Productos Químicos Industriales y de Droguería, Perfumería y anexos, Resolución de 1 de junio de 1999 (B.O.E. de 22 de junio).

⁸³⁷ Vid, en este sentido, y a título de ejemplo, art. 36 del Convenio colectivo de las Industrias de Granjas agrícolas y otros animales, Resolución de 15 de julio de 1997 (B.O.E. de 30 de julio), donde se hace una distinción en el caso de jubilación especial a los 64 años entre trabajadores pertenecientes a los grupos de subalternos, obreros, de oficinas varios y transporte y reparto de un lado y técnicos, administrativos y comerciales de otro. En el segundo caso se exige que los trabajadores soliciten la jubilación anticipada a la edad de 64 años una vez cumplida la edad y la empresa lo aceptará o no en el plazo de 15 días, mientras que en el primer caso, se deja en manos de los propios trabajadores la opción por esta jubilación anticipada obligándose la empresa a sustituirlos por otro trabajador titulares del derecho a la prestación de desempleo o joven demandante de un 1er empleo mediante un contrato de la misma naturaleza. En ambos casos la empresa se reserva el derecho a determinar que el nuevo trabajador contratado preste servicios en un centro de trabajo distinto de aquél donde el jubilado prestaba sus servicios. En idénticos términos vid, art. 44 del Convenio colectivo Estatal de las industrias de Mataderos de Aves y Conejos, Resolución de 26 de noviembre de 1996 (B.O.E. de 16 de enero de 1997) y Anexo IV (Jubilación) del Convenio Colectivo básico de ámbito estatal para la fabricación de Conservas vegetales, Resolución de 12 de noviembre de 1997 (B.O.E. de 26 de noviembre), donde se exige pero que exista un solicitud previa y respuesta para todos los trabajadores formulada en un plazo máximo de 30 días.; alude, entre otros, a la suscripción de un contrato de idéntica naturaleza, el Convenio colectivo Nacional del ciclo de Comercio del Papel y Artes Gráficas, Resolución de 29 de julio de 1997 (B.O.E. de 18 de agosto); Convenio colectivo de ámbito estatal para el sector de la fabricación de calzado Artesano y Manual y Ortopedia y a Medida y Talleres de Reparación y Conservación de Calzado Usado y Duplicado de Llaves, Resolución de 26 de mayo de 1999 (B.O.E. de 16 de junio); Convenio colectivo del grupo de Marroquinería, cueros, repujados y similares de Madrid y zona Centro, Resolución de 29 de octubre de 1998 (B.O.E. de 22 de diciembre); I Convenio colectivo General de ámbito nacional para el sector de las Empresas Concesionarias y Privadas de Aparcamientos de vehículos, Resolución de 23 de febrero de 1998 (B.O.E. de 11 de marzo).

⁸³⁸ Aunque se haya establecido de forma tenue es importante destacar, el alcance, entre otros, del Convenio de prensa no diaria del territorio del Estado español, Resolución de 30 de marzo de 1998 (B.O.E., de 22 de abril), y del Convenio de las empresas de publicidad de ámbito estatal, Resolución de 26 de octubre de 1998 (B.O.E., de 2 de diciembre), ya que en ambos casos y en idénticos términos se establece que a efectos de la jubilación a los 64 años, la duración del contrato del trabajador que acceda al puesto dejado vacante tendrá, en todo caso, una duración superior a 1 año y tendiendo al máximo legal previsto (debe entenderse indefinido).

Hay sin embargo Convenios colectivos que optan por fijar una duración mínima y máxima del contrato de sustitución⁸³⁹, o por excluir de esta sustitución determinados puestos de trabajo, exceptuando, de esta manera la obligación general de proceder a sustituir al trabajador que accede a la jubilación especial por otro deja de aplicarse en determinados casos, tal y como se establece, en este sentido, en el Convenio colectivo de ámbito Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil⁸⁴⁰, en cuyo caso se establece que sólo se procederá a la sustitución del trabajador que se jubila a los 64 años, "si el puesto de trabajo ocupado por el trabajador que se jubila no está catalogado por la empresa a extinguir o amortizar"⁸⁴¹.

El Convenio Marco de Relaciones Laborales de puertos del Estado y Autoridades Portuarias de A Coruña, Algeciras, Alicante, Almería-Motril, Avilés, Barcelona, Bahía de Cádiz, Baleares, Cartagena, Castellón, Ceuta, Ferrol, Gijón, Huelva, Málaga, Marín-Ponteve cuya aplicación se extiende desde el 1 de enero de 1999 al 31 de diciembre de 2003, va si cabe, más allá de la estricta limitación del efecto sustitución a un año, en clara contradicción, en mi opinión, con el sentido y alcance de esta modalidad de jubilación anticipada, ya que aunque se alude en su exposición a razones de política de empleo para justificar la imposición de la jubilación obligatoria y con carácter general a los 64 años, en su art. 15 establece que presentada la solicitud de jubilación anticipada a los 64 años, los Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias están obligadas a la contratación de un nuevo trabajador simultáneamente al cese del trabajador que opta por la jubilación, añadiéndose que esta contratación se efectuará preferentemente en el nivel 1 y con una duración de un año improrrogable.

⁸³⁹ Como sucede en el caso del Convenio colectivo Estatal para las Industrias de Hormas, Tacones, Cuñas, Pisos y Cambrillones de Madera y Corcho, Resolución de 12 de julio de 1999 (B.O.E, de 29 de julio), donde se establece que la sustitución tendrá una duración mínima de 1 año y máxima de 2 y además se añade que de existir trabajadores fijos discontinuos con derechos preferentes se mantendrá la preferencia a los efectos sustitutorios.

⁸⁴⁰ Resolución de 28 de diciembre de 1999 (B.O.E, de 25 de enero de 2000). En este mismo sentido, vid, V Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada de régimen general on enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, Resolución de 30 de enero de 1997 (B.O.E, de 28 de febrero de 1997).

⁸⁴¹ En términos parecidos, el art 61 del Convenio estatal de las Industrias extractivas, Industrias del Vidrio, Industrias Cerámicas y Comercios Exclusivistas de los mismos, Resolución de 12 de julio de

Carece de total justificación el establecimiento de este límite en relación con el trabajador que accede a la empresa en sustitución del trabajador jubilado, exhibiéndose, en este sentido, una voluntad manifiesta de optar por esta jubilación como mecanismo de amortización de puestos de trabajo. Ciertamente tienen un difícil encaje dentro del ordenamiento jurídico todas estas cláusulas que acabamos de ver, en las que se incorporan límites a los efectos sustitutos, ya que si bien en sede de negociación colectiva las partes pueden acordar la aplicación limitada del supuesto de jubilación especial que desarrolla el RD 1194/1985, de 17 de julio, no parece que sea éste el sentido de la remisión que al respecto se efectúa a la negociación colectiva por cuanto que esta persigue la incorporación en pleno del contenido del citado Real Decreto que como he apuntado en numerosas ocasiones se trata de una medida de política de empleo, de reparto del empleo.

Por su parte cabría, cuanto menos, calificar de curioso, novedoso e innovador, el contenido del Convenio colectivo de Artes Gráficas⁸⁴², Manipulados de Papel y Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares, donde si bien se recoge la posibilidad de acceder a la jubilación especial a los 64 años de conformidad con lo previsto en el RD 1194/1985, de 17 de julio, a imagen y semejanza de las denominadas cláusulas de descuelgue salarial, se prevé que aquellas empresas a las que la sustitución por jubilación anticipada ocasionara perjuicio en su funcionamiento, deberán presentar solicitud de desvinculación de dicha jubilación ante la Comisión Mixta de Interpretación del Convenio, la cual resolverá sobre la cuestión planteada. Si la Comisión Mixta no resolviese nada en el plazo de 2 meses, se deberá entender que no es procedente la desvinculación solicitada.

1.1.4 La jubilación forzosa por edad: origen y desarrollo de esta modalidad.

1999 (B.O.E., de 31 de julio), excluye de la posibilidad de acceder a la jubilación especial a los 64 años a aquellos trabajadores que ocupen puestos de trabajo considerados clave o de difícil sustitución.

La quiebra del modelo de jubilación tal y como aparece configurado en los textos originarios de la Seguridad Social y muy especialmente en la Orden ministerial de 1 de julio de 1953⁸⁴³, donde expresamente se dispone que la jubilación del trabajador es un derecho de éste que puede ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos necesarios para acceder a esta situación⁸⁴⁴, estableciéndose como muy bien puede apreciarse una estrecha vinculación entre dos elementos esenciales de la misma: el cumplimiento de la *edad pensionable* y el cese voluntario de la actividad profesional, se produce tal y como ya he apuntado, al conectar de forma muy marcada en la década de los años 80 la jubilación y las políticas de empleo.

El legislador fuertemente condicionado por la crisis de finales de los años 70, dio luz verde a la posibilidad de utilizar la edad de jubilación o de retiro de la vida laboral activa como una medida de política de empleo, así al tratar de "regular" la salida anticipada del mercado de trabajo de las personas de edad avanzada empezaron a proliferar, tal y como acabamos de ver, los supuestos de jubilación anticipada optándose en la gran mayoría de los supuestos no tanto por la sustitución de trabajadores mayores próximos a la *edad pensionable* por trabajadores más jóvenes sino más bien por utilizar la jubilación como un mecanismo de salida anticipada del mercado del trabajo para permitir el saneamiento económico de las empresas o la mejora de su competitividad, provocando efectos no deseados como el de trasladar a

⁸⁴² Resolución de 3 de enero de 2000 (B.O.E. de 19 de enero).

⁸⁴³ B.O., de 7 de julio.

⁸⁴⁴ Frente a la sorpresa que puede causar que sea una O.M la que establezca el carácter voluntario de la jubilación, RIVERO LAMAS, J.; señala que: "la Orden de 1 de julio de 1953 no es sino una manifestación del intervencionismo del Estado, a través de la Administración laboral, en el establecimiento de un régimen de condiciones mínimas de trabajo en las relaciones privadas de trabajo dependiente, dictada al amparo, por consiguiente, del régimen de transferencia de competencias en el Departamento Ministerial de Trabajo, y dentro de éste en la Dirección General de Ordenación del Trabajo, régimen que introdujo la Ley de reglamentaciones de 16 de octubre de 1942. Se trata en definitiva, de una norma dictada por la Administración a consecuencia del proceso de <<deslegalización>> para el establecimiento de condiciones mínimas de trabajo en las correspondientes reglamentaciones de trabajo". Cfr. "La jubilación". *Op cit.*, pág. 809.

la Seguridad Social una parte del coste derivado de la reducción de plantillas para poder hacer frente a través de esta medida a la crisis económica⁸⁴⁵.

La aprobación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores⁸⁴⁶, es una muestra más de esta transformación de la jubilación, que abandona su configuración inicial como un derecho del trabajador para convertirse en un mecanismo para combatir las altas tasas de desempleo, al establecerse, de un lado, que la jubilación es una causa de extinción de la relación laboral y, de otro, al fijarse una edad máxima para trabajar⁸⁴⁷, pudiendo llegar a considerarse, en relación con esta

⁸⁴⁵ TAGLIAVÍA LÓPEZ, D.E., distingue, a estos efectos, entre el plano estrictamente individual de la jubilación, aquél que permite configurarla como un derecho del individuo y el sentido colectivo de la misma, ya que es cuando aparece esta vertiente colectiva cuando el derecho a la jubilación debe someterse, más bien limitarse, por la realidad social y económica del país, pasando entonces a ser considerada como un importante elemento de política de empleo, como un medio o instrumento de redistribución y reparto de empleo con el que hacer frente a las altas tasas de desempleo y al incremento cada vez mayor de número de parados. Cfr. *"La inconstitucionalidad de la jubilación forzosa, I. (Comentario jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981)"*. REDT, núm. 8, págs. 513-514.

⁸⁴⁶ B.O.E. de 14 de marzo.

⁸⁴⁷ Con anterioridad incluso a la STC 22/81, de 2 de julio de 1981, el TCT ya se había pronunciado sobre la incidencia de los cambios introducidos por la LET/80. Así por ejemplo en la STCT de 19 de junio de 1981 (Ar. 4202), al valorar el art. 3º del Convenio colectivo de la empresa <<Carbónicas Españolas, S.A.>>, que literalmente disponía que: "los trabajadores se comprometen a solicitar voluntariamente la jubilación una vez cumplidos los 65 años" valora que, desde el punto de vista gramatical, los términos utilizados en este artículo en especial la referencia al verbo <<comprometer>> pueden interpretarse en el sentido de que imponen a los trabajadores la obligatoriedad de la jubilación cumplido el requisito de la edad, y reconocer que ha sido esta la voluntad de la empresa, defiende la validez de estas cláusulas al considerar que la negociación colectiva es una de las formas de establecimiento de un límite de edad para ser sujeto del contrato de trabajo, haciendo una valoración de cuál ha sido el cambio introducido en este sentido a partir de la promulgación de la LET/80, muy especialmente en relación con la posibilidad de pactar individual o colectivamente edades de jubilación forzosa; "(...) aunque en nuestro derecho y hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores por Ley 8/80, de 10 de marzo, las limitaciones por razón de edad a la capacidad para otorgar contratos de trabajo, se refirieron siempre a los menores de edad, mas nunca a los trabajadores de edad avanzada, pudiendo afirmarse que nunca había existido una incapacidad jurídica para el trabajo basada en esa última razón, principio capital recogido en la Orden ministerial de 1 de julio de 1953 en cuyo artículo 1º se consagró que: <<la jubilación por edad, es siempre un derecho del trabajador, quien podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que los regulan>> por lo cual no podían extinguirse contra su voluntad, más que en el caso de ineptitud, conforme al ap. d) del art. 77 de la L.C.T., según expresamente se decía en el art. 2 de la propia Orden ministerial; sin embargo cuando la jubilación forzosa por edad venía establecida en virtud de pacto individual o colectivo, como quiera que en ambos casos se cuenta con la voluntad del jubilado, la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente por su admisión al igual que acontece después de la entrada en vigor del referido Estatuto". Vid, en este mismo sentido, entre otras, SSTCT de 3 y 24 de febrero de 1981 (Ar. 676 y 1278); así como de 19 de junio de 1981 (Ar. 4206), todas ellas anteriores a la STC 22/81, y donde llega a afirmarse, especialmente en la sentencia de 24 de febrero, que: "a partir de la vigencia del art. 49.6 del ET, la jubilación ha pasado de ser solamente un derecho del trabajador y una situación protegida por la Seguridad Social, a constituir también una causa legal de extinción del contrato que, atendida la alegada

segunda cuestión, que: "el establecimiento de una edad de jubilación forzosa u obligatoria para el trabajador es quizás el exponente más significativo de la intervención de los poderes públicos en el mercado de trabajo tendente a la consecución de un objetivo de política de empleo actuando sobre el perfil jurídico de la vida activa del trabajador"⁸⁴⁸.

En relación con esta última cuestión, la Disposición adicional 5ª de la LET/80, que en la actualidad corresponde a la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores vigente, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo⁸⁴⁹, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante TRLET/95, si bien a efectos de capacidad para trabajar, así como de extinción de los contratos establecía que existirá un límite máximo de edad determinado por el Gobierno en función de las posibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, fijó el límite máximo de edad para trabajar en los 69 años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación.

Esta Disposición adicional 5ª, conectada con la incorporación de la jubilación del trabajador dentro de las causas de extinción del contrato de trabajo, art. 49.6 LET/80, en la actualidad, art. 49. 1 f) del TRLET/95, supone la introducción por primera vez en un texto normativo de una referencia expresa relativa a la consideración claramente confusa de la jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo, puesto que el orden de los factores existente entre la jubilación y la extinción del contrato de trabajo es inverso al que parece desprenderse de esta incorporación de la jubilación del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo, ya que si bien es cierto que la jubilación trae como causa la extinción del contrato de trabajo, la jubilación propiamente dicha se produce previa existencia de la extinción del contrato,

disposición adicional 5ª de la Ley de 10 de marzo de 1980, está regulada en contemplación de intereses sociales, y cuyo hecho fundamental no es ya la decisión personal del trabajador, sino el cumplimiento de la edad fijada por cualquiera de los sistemas legalmente previstos, a saber, el tope máximo de 69 años, el que señale el Gobierno, habida cuenta de la situación de disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo o bien libremente en los Convenios colectivos, con una sola condición individual general consistente en la persistencia del contrato si fuese necesaria para completar los períodos de carencia".

⁸⁴⁸ MARTÍN PUEBLA, E.; y SASTRE IBARRECHE, R.; *"Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador"*. Ed. Técnicos. Colección jurisprudencia práctica núm. 21, Madrid, 1991, pág. 12

que habilita al trabajador para instar la solicitud de la correspondiente prestación de la Seguridad Social.

La introducción de esta novedad normativa que constituye, tal y como señala Aparicio Tovar, J.: "una verdad de perogrullo mal expresada"⁸⁵⁰, porque tal y como he señalado anteriormente, el orden en que se produce una circunstancia y la otra es el inverso al que se desprende del texto normativo, poniendo de manifiesto la voluntad de quebrar la configuración tradicional de la jubilación como derecho al descanso, al considerar que fijado un límite máximo de edad para trabajar, la edad y por consiguiente la jubilación, puede considerarse como causa extintiva *ope legis*, de la relación laboral, con independencia de la voluntad de las partes.

Centrándonos inicialmente en la jubilación forzosa, o el establecimiento de un límite máximo de edad para trabajar, es posible destacar que la utilización de esta figura como instrumento de la política de empleo "simboliza el punto de encuentro entre la concepción tradicional de la jubilación y la moderna concepción en la que adquiere una dimensión colectiva como instrumento de intervención de los poderes públicos y de los agentes sociales en el mercado de trabajo"⁸⁵¹, no en vano el establecimiento de un límite de edad a partir del cual el trabajador se ve compelido a abandonar su actividad profesional es totalmente opuesto a la consideración de la jubilación o del retiro como un derecho del trabajador que éste puede ejercitar en cualquier momento.

La utilización de esta modalidad de jubilación, que rompe los esquemas de la concepción histórica de la jubilación y que se ha ido convirtiendo en una de las que mayor relieve ha tenido en los últimos años, debe ser objeto de un análisis crítico, no sólo por las dudas de constitucionalidad que ha planteado y plantea, sino también porque su mantenimiento y desarrollo es claramente contrario a las tendencias actualmente vigentes de flexibilizar la edad de jubilación, y fomentar la permanencia en

⁸⁴⁹ B.O.E, de 28 de marzo.

⁸⁵⁰ Vid al respecto, *Cfr.* "Sobre la jubilación forzosa impuesta por ley" en AA.VV "La reforma de las pensiones de 1997" coord. AGNÈS PARDELL VEÀ, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999, pág. 76.

activo más allá del límite de edad fijado como requisito para la concesión de la pensión de jubilación.

El establecimiento de un cese o retiro obligatorio, o lo que es lo mismo, el señalamiento de un límite máximo de edad para trabajar, tiene su origen en el régimen de los funcionarios públicos ya que es en el ámbito del régimen jubilatorio de este colectivo donde aparece recogida esta posibilidad⁸⁵². En este sentido, en el Estatuto de Clases Pasivas, RD-Ley de 22 de octubre de 1926⁸⁵³ ⁸⁵⁴ en su art. 49 establecía que la jubilación de los empleados civiles sólo podía acordarse: por edad, por imposibilidad permanente para el desempeño de las funciones propias del cargo y por haber prestado al Estado cuarenta años de servicios efectivos y abonables día por día. En el primer supuesto, jubilación por causa de edad, se añadía que ésta podía ser concedida a instancia del interesado o bien decretarse forzosamente con arreglo a las Leyes y disposiciones que rigieran en las diversas carreras, Cuerpos u organismos del Estado, haciéndose una mención expresa a los Cuerpos de Seguridad y Vigilancia para quienes, en virtud de lo dispuesto en la Base 8ª de la Ley de funcionarios civiles de 22 de julio de 1918, aplicable a los funcionarios técnicos del Cuerpo de Vigilancia, estaba prevista la jubilación forzosa a los 67 años de edad, pudiendo los interesados solicitarla sin alegar causa a los 65 años y también cuando llevasen 40 años de servicio o antes si justificaban imposibilidad física.

Teniendo en cuenta el carácter ciertamente complejo del sistema o régimen jubilatorio de los funcionarios públicos, a pesar de los importantes avances que en este sentido se han producido a partir de mediados de los años 60⁸⁵⁵, las previsiones contenidas en el mismo que atañen a la jubilación obligatoria son un claro reflejo de

⁸⁵¹ SALVADOR PÉREZ, F.; *"La jubilación laboral:..."* *Op cit*, pág. 630.

⁸⁵² "La existencia de la jubilación forzosa es una característica tradicional de la condición de funcionario público que los diferencia claramente de los trabajadores por cuenta ajena

⁸⁵³ *Gaceta*, de 28 de octubre.

⁸⁵⁴ *Diccionario de la Administración Española*. Apéndice 1926, págs. 779-794.

⁸⁵⁵ Entre otros, aluden de forma expresa a esta complejidad, MONTORO PUERTO, M.; *"Jubilación..."*. *Op cit*, pág. 788 quien señala que es una característica del sistema vigente. En este mismo sentido se manifiesta CARRASCO BELINCHON, J., *"El sistema de clases pasivas y de Seguridad Social de los funcionarios públicos estatales. Su revisión"*. RAP, sept-diciembre 1962, pág. 455.

esta dificultad marcada, sobre todo, por la carencia de un sistema unitario aplicable a todos los empleados públicos. Así, en relación con los funcionarios de la Administración Civil del Estado, con carácter previo a la aprobación de la Ley de Bases de 1963 y la LGSS de 1966, el art. 39.1 de la Ley articulada de los Funcionarios Civiles del Estado, D 315/1964, de 7 de febrero⁸⁵⁶ ⁸⁵⁷, así como el art. 26 1 a) del Texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos, aprobado por el Decreto 1120/1966, de 21 de abril⁸⁵⁸ se disponía que: "la jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario 70 años de edad si pertenece al cuerpo técnico de la Administración civil o al Administrativo, a los 65 años si pertenece al cuerpo Auxiliar o al subalterno, o a la edad reglamentaria en cada uno de los cuerpos especiales..."; y más recientemente el art. 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función pública⁸⁵⁹, en su redacción dada por el art. 107 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del Orden Social⁸⁶⁰, establece que la jubilación forzosa de los funcionarios públicos se declarará de oficio al cumplir los sesenta y cinco años de edad, aunque tal declaración no se producirá hasta el momento en que los funcionarios cesen en la situación de servicio activo, en aquellos supuestos en que voluntariamente prolonguen su permanencia en la misma hasta, como máximo, los setenta años de edad, quedando en manos de las Administraciones Públicas dictar las normas de procedimiento necesarias para el ejercicio de este derecho, del que sólo quedan exceptuados los funcionarios de aquellos cuerpos y escalas que tengan normas específicas de jubilación⁸⁶¹.

⁸⁵⁶ *Boletín-Gaceta de Madrid*, de 15 de febrero.

⁸⁵⁷ El apartado 1º del art. 39 citado fue derogado expresamente por la Ley 30/84 de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función pública.

⁸⁵⁸ *B.O.E.*, de 6 de mayo.

⁸⁵⁹ *B.O.E.*, de 3 de agosto.

⁸⁶⁰ *B.O.E.*, de 31 de diciembre.

⁸⁶¹ Vid al respecto, la Disposición adicional 15ª apartado 5º de la Ley 30/1984 en la redacción dada por la Ley 27/1994 de 29 de septiembre (*B.O.E.*, de 30 de septiembre), por la que se procede a modificar la edad de jubilación de los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios, estableciéndose la jubilación forzosa de este colectivo al cumplimiento de la edad de 70 años, o voluntariamente, a la finalización del curso académico en el que hubieran cumplido los 70 años de edad. Fijada, así pues, la jubilación forzosa a los 70 años de edad, ello no es obstáculo para que quien lo desee opte por la jubilación a los 65 años de edad, siempre que lo hubiera solicitado en tiempo y forma, y en cualquier caso en este último supuesto la fecha de jubilación se pospondrá al momento de finalización del curso académico correspondiente. Como se puede apreciar si bien en el supuesto de la jubilación forzosa a los 70 años de edad la posibilidad de posponer el retiro a la finalización del curso académico

En el caso de los funcionarios de la Administración Local, la regulación de la jubilación forzosa se produce con posterioridad, así, el art. 38 del Texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, Decreto 3046/1977, de 6 de octubre⁸⁶², como el art. 45 de Estatutos de la MUNPAL, Orden Ministerial de 9 de diciembre de 1975⁸⁶³ por la que se aprueban los nuevos Estatutos de la MUNPAL, creados por Orden de 12 de agosto de 1960⁸⁶⁴, en la que se contenía ya en su art. 37 la jubilación por edad forzosa y/o voluntaria, se establece que la jubilación de los funcionarios tendrá lugar: "a) forzosamente por cumplimiento de la edad... "; en concreto los 70 años, salvo que se trate de auxiliares de la Administración General o subgrupos de la Administración especial para los que, debidamente aprobada, se exija una determinada aptitud física, en cuyo caso la jubilación forzosa por edad tendrá lugar a los 65 años.

De entrada conviene señalar que carece de justificación alguna el establecimiento de diferentes edades de jubilación dependiendo del cuerpo al que pertenece el funcionario de que se trate, es, sin duda alguna, una medida claramente arbitraria, ya que si a las dificultades propias existentes a la hora de determinar el inicio del deterioro físico de los individuos con ocasión de la edad, unimos la necesidad de diferenciar según el cuerpo al que se pertenece y la actividad que en él se desarrolla, no cabe duda alguna que se trata de un límite carente de fundamento y, por ende, totalmente arbitrario que plantea serias dudas de constitucionalidad por violación del principio de igualdad, aunque el límite no sea del todo absoluto, por cuanto que quiebra la declaración de obligatoriedad en el cese cuando sea necesario continuar trabajando para completar el derecho a la jubilación o con ocasión de disposiciones

corresponde al propio interesado, en los supuestos en los que la jubilación se produce una vez cumplidos los 65 años de edad, se fija de forma obligatoria como fecha de la misma la coincidente con la de la finalización del curso académico correspondiente.

⁸⁶² B.O.E, de 26 de noviembre.

⁸⁶³ B.O.E, de 16 de diciembre.

⁸⁶⁴ B.O.E, de 23 de diciembre.

transitorias, excepciones éstas que refuerzan aún más el carácter injustificado de la fijación de límites de edad diferenciados⁸⁶⁵.

La fijación de la jubilación forzosa en el régimen funcionarial, a diferencia del régimen común que se inserta en el marco de la política de empleo-reparto del trabajo, se vincula, en gran medida, con la idea de ineptitud, de invalidez, aún hoy presente; "la razón pudiera encontrarse en que al no existir en principio una protección social de la vejez, el funcionarios debía continuar su prestación laboral para garantizarse la subsistencia, por tanto no existía una causa de extinción fundada en el hecho natural del envejecimiento del individuo"⁸⁶⁶, obviamente esta vinculación entre jubilación e invalidez ha ido diluyéndose, imponiendo el legislador la idea de fijar un límite de edad para garantizar el correcto funcionamiento del servicio público.

Con anterioridad a la aprobación de la LET/80, y partiendo del origen ya apuntado, la jubilación forzosa tuvo un carácter marcadamente limitado, basado siempre en la idea de que la edad avanzada es una causa de invalidez presunta y así, sólo en el ámbito de algunas Reglamentaciones de Trabajo, Ordenanzas laborales y Convenios colectivos, se habían incorporado cláusulas o disposiciones en este sentido, planteando dudas en la doctrina sobre la validez y legitimidad de las mismas al considerar que establecían una limitación al derecho al trabajo en razón de la edad de dudosa constitucionalidad.

En general, eran dos las dudas o problemas que planteaba el establecimiento de un cese o retiro obligatorio, de una parte la aceptabilidad o no de esta modalidad, y, por otra, la determinación de cuál era o debía ser el cauce idóneo para su establecimiento y desarrollo.

Es evidente que la aparición de esta modalidad de jubilación, basada en el cese o retiro obligatorio del trabajador al cumplir una edad determinada, es contraria al

⁸⁶⁵ En sentido contrario se manifiesta CARRASCO BELINCHON, J., quien llega a sostener la necesidad de proceder a modificar las edades de jubilación o retiro en atención a las exigencias de la actividad que se realice. *Cfr. "El sistema de clases pasivas..." Op cit*, pág. 451-452.

⁸⁶⁶ ESTEVE SEGARRA, A.; *"La jubilación forzosa"*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág(s). 47-48.

carácter voluntario de la jubilación, expresado de forma muy taxativa en la Orden de 1 de julio de 1953, anteriormente citada, que no sólo declara que la jubilación es un derecho del trabajador, sino que proclama en su art. 3º que quedan modificadas las normas contenidas en las Reglamentaciones Laborales que se opongan a lo dispuesto en la Orden⁸⁶⁷.

A pesar de esta última consideración, Ordenes Ministeriales posteriores, como la de 18 de enero de 1955⁸⁶⁸, que declaró de forma expresa no aplicable la Orden de 1 de julio de 1953 al personal sujeto a determinadas Reglamentos Nacionales de Trabajo, en concreto: la Reglamentación de Trabajo de la RENFE; Reglamentación de Trabajo en la Explotación de Ferrocarriles por el Estado; Reglamentación de Trabajos en la Compañía Internacional de Coches Camas y de los Grandes Expresos Europeos; y Reglamentación Nacional de Trabajo en el Banco de España; mantuvieron vigentes las disposiciones sobre jubilación, especialmente, en lo que hace referencia a la fijación de edades forzosas de jubilación.

⁸⁶⁷ En síntesis, tal y como establece RIVERO LAMAS, J., son 7 los aspectos esenciales que pueden desprenderse del contenido de esta OM, así, de forma resumida puede señalarse que: en primer lugar, apunta que la disposición mencionada se refiere exclusivamente a la jubilación por edad, quedando al margen, por consiguiente, otras clases de jubilación obligatoria, las denominadas jubilación por invalidez y jubilación por enfermedad; en segundo lugar que aunque la redacción no es suficientemente clara, la expresión "jubilación por edad" se refiere a la extinción de la relación de trabajo por haber alcanzado el trabajador la edad en la que puede jubilarse y tan sólo de una forma refleja a la apertura de la situación de jubilado para entrar al disfrute de las pensiones; en tercer lugar, que la jubilación por edad, es por regla general, un derecho potestativo del trabajador, es un poder unilateral de extinguir la relación de trabajo, debiendo el empresario "sufrir" las consecuencias del ejercicio discrecional de este derecho; en cuarto lugar, señala que la expresión utilizada en la OM., que hace referencia a que el derecho podrá ejercitarse cuando se reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan, tiene el carácter de un reenvío de carácter simple, más en concreto de un reenvío formal o no receptivo (frente a los supuestos de reenvío doble), ya que la norma sobre titularidad de la extinción por jubilación se remite en bloque a las normas que integran el ordenamiento de la Seguridad Social, pero sin hacer suyas estas otras normas; en quinto lugar, destaca que la alusión que en la OM se hace también al hecho de que este derecho es compatible con las facultades que a las empresas confiere el apartado d) del art. 77 de la Ley de contrato de trabajo, no aporta nada novedoso; en sexto lugar, cabe señalar que esta OM tuvo en su momento un efecto general derogatorio y sustitutivo sobre las regulaciones de diferente contenido en oposición a la misma, por cuanto que expresamente se establecía este carácter derogatorio absoluto, de manera que los preceptos de las reglamentaciones que establecían la jubilación por edad como derecho del empleador quedaron convertidas al día siguiente de la publicación de la OM en letra muerta; y en séptimo y último lugar, que se le atribuye a este derecho incluso un carácter retroactivo, que le viene atribuido como una consecuencia del principio de norma más favorable y también por crear un régimen uniforme y de carácter "mínimo" para la regulación del cese en la empresa por jubilación. Para una mayor comprensión y desarrollo de los mismos, Vid: *Cfr. "La jubilación" Op cit.*, págs 808-810.

En un sentido muy parecido la OM de 15 de marzo⁸⁶⁹ en relación con la empresa <<Tabacalera, S.A.>> restablece la plena y total vigencia del art. 51 de la Reglamentación Nacional aplicable a esta empresa, donde se establecía que: “la jubilación se entenderá con carácter forzoso al cumplir los setenta años de edad para el personal del grupo primero, segundo y tercero; y a los sesenta y siete años de edad para el resto de los grupos salvo para las mecanógrafas que se jubilarán a los sesenta y cinco años, y el personal del grupo cuarto, que pasará a la situación de jubilado al cumplir los sesenta y siete años de edad”.

Por su parte la OM de 30 de abril de 1955⁸⁷⁰, restableció la plena y total vigencia del art. 123 de la Reglamentación Nacional de Trabajo de la compañía Telefónica Nacional de España, en el que se disponía que se entenderá la jubilación con carácter forzoso cuando los empleados masculinos cumplan sesenta años de edad y los femeninos sesenta y cinco; y la OM de 24 de enero de 1956, restableció la vigencia del art. 49 de la Reglamentación Nacional de Trabajo en la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S.A, que fijaba la edad de jubilación forzosa a los 70 años de edad.

Todas estas OO.MM, aunque con carácter excepcional, mantienen vigentes las disposiciones contenidas en las Reglamentaciones Laborales citadas, que, de una forma u otra, regulan la jubilación forzosa en clara contradicción con el contenido del art. 3º de la Orden de 1 de julio de 1953⁸⁷¹ donde, tal y como hemos visto, de forma expresa

⁸⁶⁸ B.O.E, de 25 de enero.

⁸⁶⁹ B.O.E, de 26 de marzo.

⁸⁷⁰ B.O.E, de 16 de mayo.

⁸⁷¹ RIVERO LAMAS, J.; clasifica estas OM que establecen una excepción a la norma general, en dos grupos, el primero integrado por aquellas disposiciones, como la OM de 18 de enero de 1955 que fijan la excepción por vía interpretativa y complementaria, y el segundo formado por aquellas otras disposiciones en las que las excepciones se utilizan como técnica derogatoria en sentido propio de la disciplina general de la extinción por jubilación. En este segundo grupo es posible, en opinión, de este autor identificar hasta dos subgrupos, el de las OM que disponen que la disciplina derogada vuelve a cobrar vigencia, es decir se revivifica una norma ya muerta mediante el mandato imperativo contenido en la norma que introduce la excepción, como es el caso de la OM de 30 de abril de 1955, y otro en el que se establece una regulación nueva distinta y contraria a la que se contiene en la norma general sobre jubilación, tal y como se establece en la OM de 31 de mayo de 1965, referida a la reglamentación de trabajo de las empresas de seguros. *Ibidem*, pág. 810-811.

se configura la jubilación como un derecho del trabajador y se alude a su carácter voluntario.

Entendido el cese obligatorio como límite al derecho al trabajo, un cierto sector doctrinal dudó de la validez de estas cláusulas al considerar que no había justificación alguna para la fijación de una limitación al derecho al trabajo reconocido en las leyes Fundamentales vigentes entonces, basada en la edad del individuo como elemento determinante⁸⁷².

Por su parte, los que defendían la validez de las mismas entendían que no existía tal limitación al considerar que esta jubilación forzosa tenía un marcado carácter restringido, por cuanto que sólo afectaba a la relación laboral vigente pudiendo los trabajadores sometidos a jubilación forzosa suscribir un nuevo contrato con algún empresario diferente⁸⁷³. Entre los defensores de la validez y legalidad de estas cláusulas hay quien llegó a considerar que tal limitación no se daba, sino que bien podía recurrirse al art. 76. 1 y 2 de la Ley de Contratos de Trabajo, Decreto de 26 de enero de 1944⁸⁷⁴, para defender que se trataba de contratos de trabajo sometidos a un término máximo de duración y por consiguiente eran válidos⁸⁷⁵; e incluso hubo quien manifestó que en la jubilación obligatoria no falta una declaración de voluntad e, incluso, que debe atribuirse a esta declaración de voluntad de forma directa e inmediata la eficacia extintiva⁸⁷⁶.

⁸⁷² Vid, al respecto, DE LA VILLA GIL, L.E.; y MONTALVO CORREA, J.; "La jubilación forzosa en los Convenios colectivos". RGLJ, nº 2, 1967, pág. 389; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; "La extinción de la relación laboral por edad del trabajador". RPS, nº 97, pág. 59.

⁸⁷³ BAYÓN CHACÓN, G; y PÉREZ BOTIJA, E.; "Manual de Derecho del Trabajo". Madrid, 1977-78, pág. 410; BORRAJO DACRUZ, E.; "Estudios jurídicos de..." Op cit, pág. 169.

⁸⁷⁴ B.O.E, de 24 de febrero.

⁸⁷⁵ Entre otros, SUÁREZ GONZÁLEZ, F.; "La estabilidad en el empleo". RPS, nº 70, 1966, pág. 246; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.; "Configuración de la jubilación...". Op cit, pág. 34.

⁸⁷⁶ RIVERO LAMAS, J., "Jubilación...". Op cit, pág. 821, quien además señala que: "el carácter forzoso no puede interpretarse como imposición, por las reglamentaciones de trabajo, de una obligación al empresario de proceder a la jubilación, tan pronto cumpla el trabajador una determinada edad. La norma en estos casos no impone la jubilación, sino que faculta al empresario para poderla llevar a cabo; es decir, le devuelve un poder de desistimiento sustraído por las normas de tutela de estabilidad en el empleo".

Aunque las empresas exceptuadas de la Orden de 1 de julio de 1953 eran empresas públicas o concesionarias públicas, "empresas en las cuales el interés privado resulta en parte diluido por su afectación al interés público, y concretamente por participar, de alguna manera, del carácter de servicio público y, por añadidura, buscarse una aproximación al régimen estatutario administrativo"⁸⁷⁷, dada la total contravención de lo dispuesto en la misma, los Tribunales no dudaron en declarar la ilegalidad de la jubilación forzosa.

El TS llegó a considerar, en este sentido, aunque fuera de forma excepcional, tal y como hace en su sentencia de 4 de enero de 1965 (Ar. 1177), que el hecho de que se prevea en el art.19 del Convenio colectivo de Banca Privada la posibilidad de que el trabajador pueda ser jubilado por decisión de la empresa, a partir del momento que éste cumpla la edad de 65 años, no se opone ni establece condición inferior a la prevista en el art. 39 de la Reglamentación Nacional en Banca privada, según la cual la jubilación se otorgará de acuerdo con las normas establecidas en los Estatutos de Montepío Laboral de estos trabajadores, "ya que el art. 19 del Convenio Colectivo aclara que el adelanto en la edad de jubilación se hace <<dadas las considerables mejoras económicas contenidas en este Convenio>> e incluso añade que se efectuará con una compensación económica a cargo de la Empresa, consistente en la diferencia entre la pensión que perciba de la Mutualidad y el 90 por 100 de la retribución anual que disfrute en el momento de la jubilación", parece que en este supuesto el TS entiende que, en la medida que se garantiza, de conformidad con las disposiciones contenidas en el propio Convenio colectivo, una compensación al trabajador que de forma obligatoria pasa a la situación de jubilación por orden expresa de la empresa, el sacrificio que ha de hacer el trabajador está justificado, sin que en modo alguno se haya tenido en cuenta el carácter voluntario de la jubilación, configurada como un derecho,

⁸⁷⁷ *Ibidem*, pág. 821.; quien alude en este sentido a las empresas mencionadas en la OM de 18 de enero de 1955, señalando que: "para otros supuestos, sin embargo, la generalidad con que se opera la jubilación al cumplimiento de una determinada edad es posible fundamentarlo, en el caso en que se insista en situar algún grado de obligatoriedad para la empresa de proceder a la extinción jubilatoria, en el principio de igualdad de trato, o lo que resulta una explicación más plausible y realista, en las normas estatutarias de la propia empresa que traerían su fuerza obligatoria del Reglamento de régimen interior, en el cual se habría actuado esta disciplina uniforme como una posibilidad, entre otras, tras el reconocimiento genérico contenido en la Reglamentación de trabajo que atribuye a la empresa la posibilidad de jubilar a partir de una determinada edad, pero sin concretar que dicha edad deba ser precisamente el límite de la prestación de servicios de todos los trabajadores ancianos".

el TS se limita a examinar si el artículo del Convenio colectivo es contrario a lo dispuesto en los Estatutos del Montepío Laboral de estos trabajadores.

En sentido contrario a lo establecido en esta sentencia, el TS declaró claramente contrarias a la Orden de 1 de julio de 1953 las cláusulas de los Convenios Colectivos en las que se establecía la jubilación forzosa de los trabajadores al cumplimiento de una determinada edad, como es el caso de la STS de 30 de junio de 1988 (Ar. 3636), en la que se llegó incluso a sostener por parte de la empresa que el trabajador al que se aplicó la jubilación forzosa quedaba al margen del ámbito subjetivo de la Orden antes citada, al considerar que por su actividad o por sus condiciones quedaba al margen de la protección tuitiva que la Orden representaba. El TS consideró que "si bien el Derecho Social tuvo un origen limitado los avances en esta materia han sido rápidos y profundos, hasta el extremo de considerar que no queda actividad alguna que per se puede hallarse excluida de sus normas, sino que todas ellas pueden ser objeto de un contrato de trabajo (...) sin que por muy elevada que sea la categoría profesional de quien lo pacte o muy cuantiosos sus haberes, sea obstáculo para que así se le califique, con la consecuencia de que todo aquel que estuviera vinculado con un patrono por un contrato de dicha naturaleza esté amparado por el Derecho Social"

Frente a la pretendida aplicabilidad de la Orden de 1 de julio de 1953, que dispone de forma imperativa que es el trabajador quien podrá ejercer el derecho a la jubilación, se argumenta que esta disposición queda superada por el contenido del Convenio vigente que faculta a las Instituciones de ahorro para jubilar a sus empleados que alcancen la edad de 65 años, siempre que aseguren a éstos la percepción de la diferencia hasta el 90% de sus ingresos reglamentarios, y que haciendo un análisis de la totalidad de las cláusulas es indudable que se introdujeron ostensible beneficios, máxime cuando se trata de un Convenio que fue acatado y aceptado de forma expresa por el sujeto afectado, sin que en su momento ni él ni nadie lo impugnara.

El TS rechaza todos estos argumentos al disponer que, tal y como ha quedado ya establecido en otras sentencias, como en la STS de 18 de junio de 1965 (Ar. 3313), "las disposiciones reglamentarias generales de ordenación del trabajo no pueden

quedar sin efecto por lo que se acuerde en un Convenio Colectivo, que, en definitiva, tiene el valor de una estipulación acordada en pacto normativo, confirmada por la Autoridad gubernativa que no han de contrariar en ningún caso en perjuicio del trabajador, los preceptos y normas legales que reglamentan y regulan con carácter general las condiciones de trabajo y los inalienables derechos de los trabajadores", como es el caso de la Orden de 1 de julio de 1953, de tal manera que al entender que a los Convenios Colectivos se les ha vedado la posibilidad de menoscabar o mermar un derecho particular que a los trabajadores se les hubiera reconocido con anterioridad, así como también disminuir globalmente las condiciones de trabajo que éstos disfrutaban, sin que para ello sea necesario un examen del Convenio en su conjunto, sino que se precisa hacer un control de cláusula por cláusula. En definitiva, el TS declara que al no encontrarse entre las actividades citadas en la Orden de 18 de enero de 1955, la cláusula del Convenio Colectivo examinada implica una renuncia a un beneficio, renuncia prohibida debiendo ser por ello considerada como nula, sin que tampoco sea argumento suficiente el señalar que tal impugnación no se hizo en su momento oportuno, ya que el recurso al uso de la vía jurisdiccional para conocer los asuntos que se derivan de la aplicación de un Convenio se concede incluso a aquellos que no hubiesen impugnado esta norma en el momento de su aprobación.

Finalmente, se argumenta que debe tenerse en cuenta que el jubilado forzosamente obtuvo beneficios de su pase a la jubilación, para el TS este aspecto es irrelevante ya que cualquiera que fuere el importe de la pensión reconocida, el acuerdo de jubilación se habría adoptado contra la voluntad del sujeto en cuestión, y habida cuenta de que el pase de un trabajador a situación pasiva es un derecho que a él mismo se le reconoce, no hay posibilidad de que se le imponga, sin que con ello pueda considerarse que se infringe la doctrina contenida en la sentencia de 4 de enero de 1965 (Ar. 1177), antes citada, ya que en ésta no se abordó el problema ahora debatido.

En posteriores pronunciamientos del TS, como es el caso, entre otros, de la sentencia de 22 de septiembre de 1966 (Ar. 3870), acogiéndose a la doctrina expuesta en la sentencia comentada se declara la inaplicabilidad de la cláusula de un Convenio colectivo donde se prevea el carácter forzoso de la jubilación, defendiendo en este

supuesto el carácter generalmente potestativo para el productor de la jubilación por edad, que la mencionada disposición (Orden de 1 de julio de 1953) esclarece y configura en el sentido de concebirlo no como facultad patronal forzosamente imponible al trabajador, sino como derecho de este último, utilizable o no a su arbitrio⁸⁷⁸.

Esta compleja polémica sobre el carácter voluntario y /o forzoso de la jubilación no reapareció hasta la aprobación de la LET/80, que en virtud de lo dispuesto en su Disposición adicional 5ª, reincorporó el tema de la jubilación forzosa y su relación con el derecho al trabajo, y la voluntariedad como elemento determinante de la misma, ampliando considerablemente su ámbito subjetivo de aplicación, hasta entonces limitado, no sin polémica, a las relaciones en las que estuviera prevista la misma⁸⁷⁹.

1.1.4.1 La incidencia de la Disposición adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores de 1980 en el ámbito de la protección de la vejez (Análisis y comentario de la STC 22/81, de 2 de julio).

La incorporación en la LET/80 de esta Dispos. adic. 5ª, en los términos que ya hemos visto anteriormente, dio lugar a que fuera replanteado el tema de la jubilación forzosa y su utilización en el marco de las políticas de empleo⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ Vid, en este mismo sentido, entre otras, SSTS de 7 de marzo, de 23 de octubre, y de 22 de diciembre de 1967 (Ar. 1108, 3680, 4348); y de 15 de febrero de 1969 (Ar. 615).

⁸⁷⁹ Vid al respecto la sentencia del TS de 7 de octubre de 1980 (Ar. 3969), en la que el TS retomó el análisis de la Orden de 1 de julio de 1953 y su incidencia sobre la jubilación, teniendo en cuenta los muy recientes cambios introducidos por la LET/80, llegando a la consideración de que si las partes legítimamente representadas suscribieron un Convenio en el que introdujeron la jubilación forzosa, "es claro que decidieron sobre materia que con anterioridad había estado sustraída a la potestad contractual en razón de haber sido considerada indisponible e incompensable, pero que ha dejado de ser derecho necesario y por tanto sometida a decisiones concretas de la negociación colectiva, como se desprende del contenido conjunto del art. 3. 5 y párrafo 2º de la Disposición adicional 5ª del Estatuto".

⁸⁸⁰ BAYLOS GRAU, A., considera, que el cambio operado en materia de jubilación es anterior a la STC 21/1981: "con anterioridad a la sentencia del TC de 2 de julio de 1981, ya se había hecho notar el cambio nuclear que, en el tema de la jubilación había producido la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores. De un lado, por la relevancia constitucional del tema del empleo, en el que late un interés social y público que puede hallarse en oposición a un estricto derecho individual del trabajador; de otro

Contra esta Disp. Adic. fue interpuesta una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Magistratura de Trabajo núm. 9 de Madrid, al considerar que existían serias dudas en torno a la constitucionalidad de esta Disposición en relación con los arts 14 (principio de igualdad), 35 (derecho al trabajo) y 53 (relativo a las garantías de las libertades y derechos fundamentales) de la Carta magna⁸⁸¹.

La cuestión de constitucionalidad fue promovida en el marco de un proceso de despido al considerar que en modo alguno está mermada la capacidad de la parte actora como consecuencia de la edad, y que el hecho de establecer de forma forzosa la necesidad de cesar en la actividad profesional en el momento de cumplimiento de los 69 años, supone limitar el derecho al trabajo de aquellos que desean permanecer en activo, vulnerándose con ello el principio de igualdad al negarse el derecho al trabajo a aquellos ciudadanos que superen los 69 años de edad, estableciéndose una discriminación basada en la edad del sujeto carente de justificación.

y por lo mismo, de ser la jubilación un <<exclusivo derecho del trabajador>>, o <<materia sustraída a la potestad contractual en razón a haber sido considerada indisponible e incompensable>>, ha dejado de ser derecho necesario y por lo tanto se halla sometida <<a decisiones concretas de contratación colectiva>>; más aún, la regulación convenida del derecho del trabajo por las <<nuevas estructuras sindicales y empresariales>> se desprende directamente de la Constitución". Cfr. *"Derecho del trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en Convenio"*. RL 1985-II, págs. 471-472. Así, por ejemplo en la sentencia del TCT de 24 de febrero de 1981 (Ar. 1278) se sostuvo que se había producido una transformación del concepto tradicional de jubilación hasta entonces vigente con la incorporación de la jubilación del trabajador como causa de extinción de la relación laboral; "(...) a partir de la vigencia del artículo 49.6 del reiterado Estatuto de los Trabajadores, la jubilación ha pasado de ser solamente un derecho del trabajador y una situación protegida por la Seguridad Social, a constituir también una causa legal de extinción del contrato, que, atendida la alegada disposición adicional 5ª de la Ley de 10 de marzo de 1980, está regulada en contemplación de intereses sociales, y cuyo hecho fundamental no es ya la decisión personal del trabajador, sino el cumplimiento de la edad fijada por cualquiera de los sistemas legalmente previstos, a saber, el tope máximo de 69 años, el que señale el Gobierno, habida cuenta de la situación de disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, o bien libremente en los Convenios colectivos, con una sola condición individual general, consistente en la persistencia del contrato si fuese necesaria <<para completarse los períodos de carencia>>". En este mismo sentido vid, SSTCT de 7 de octubre de 1980 (Ar. 3969); y de 3 de febrero de 1981 (Ar. 676).

⁸⁸¹ El juicio de inconstitucionalidad de esta disposición adicional 5ª puede muy bien no limitarse al contenido básico de la misma, sino que también puede extenderse a las autorizaciones en ella contenidas: "La disposición adicional presenta indicios de inconstitucionalidad en una doble vertiente: en primer lugar, y desde un punto de vista jurídico-material, la fijación de una edad de jubilación forzosa puede afectar aun derecho fundamental, el derecho al trabajo, que la Constitución reconoce en el art. 35 a todos los españoles. (...) y desde un punto de vista jurídico-formal, la d.a. 5ª al establecer que <<la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno>>, contiene una autorización al Ejecutivo que puede ser constitucional, a la luz de la reserva de Ley establecida en el art. 53.1 de la Constitución". SÁEZ LARA, C., *"La jubilación*

Entre los argumentos esgrimidos para defender que no existe tal discriminación se recurre, entre otras cuestiones, a la libertad que tiene el legislador para fijar límites mínimos y máximos en relación con la capacidad de los trabajadores. Se establece, en este sentido, un cierto paralelismo entre este supuesto y otros límites fijados por el legislador al señalarse que de la misma manera que se hace en el caso de la jornada y en los períodos de descanso entre jornadas de trabajo y las vacaciones anuales, siempre utilizando como móvil la necesidad de velar por la salud e integridad física de los ciudadanos y promover el progreso social, recogida en el art. 40 de la CE, y la existencia de límites a la capacidad de trabajar en otras partes del ordenamiento como sucede en el caso de los funcionarios públicos, donde tal y como veíamos está prevista la jubilación forzosa a los 70 años, el legislador es, en cierta medida, libre para fijar una edad máxima para trabajar, destacando, en este sentido tal y como hace el Ministerio Fiscal, que "la edad al ser causa de limitación de capacidades y aptitudes, no es en sí misma motivo de discriminación", para ello el propio Ministerio Fiscal ha llegado a afirmar que ha habido un cambio en la concepción de la jubilación que ha pasado de ser un derecho del trabajador a una obligación para éste, no existiendo por ello inconstitucionalidad alguna porque las Cortes impongan esa obligación ya existente en el régimen de los funcionarios como es la jubilación forzosa por edad, teniendo en cuenta que ésta es en sí misma una causa de limitación de la capacidad e idoneidad del individuo.

Se recurre de nuevo, tal y como se puede apreciar, a la consideración de la vejez, y más en concreto de la edad, como un elemento determinante de la invalidez o incapacidad del individuo, llegando en este sentido a señalar el TC, en su fundamento jurídico 5º, que si bien, en algunas actividades, la exigencia de ciertas condiciones físicas o intelectuales pueden verse mermadas con el transcurso del tiempo, siendo en estos casos presumible de forma razonable que esa disminución se manifiesta de forma considerable a una determinada edad, que justificaría la posibilidad de extinguir por ello la relación laboral, añade además que: "dadas las distintas aptitudes requeridas en las diversas actividades laborales, lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con

forzosa: las previsiones del Estatuto de los Trabajadores y la Jurisprudencia Constitucional y Ordinaria". REDT,

carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores cualquiera que sea el sector económico en que se hallen integrados y el tipo de actividad que dentro de él desarrollen”, entendiéndose, así pues, que la incapacidad para trabajar basada en una presunción *iuris et iure* carece de base constitucional, ya que, tal y como señala el propio TC, ésta afecta a la raíz misma del derecho del trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial.

Por su parte el Abogado del Estado, circunscribiéndose a lo que cree que es el contenido del auto de la Magistratura de Trabajo que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, la compatibilidad del contenido de la disposición adicional 5ª de la LET/80 con los arts. 14 y 35 de la CE, centra su escrito de alegaciones en el análisis de tres cuestiones esenciales: a saber, la interpretación de esta disposición, el sentido y alcance del principio de igualdad (art. 14 CE), y el contenido y posibles limitaciones del derecho al trabajo⁸⁸².

En relación con la primera cuestión, se analiza cuáles son las posturas defendidas por la doctrina sistematizándolas en dos, una calificada de “débil” y otra de “fuerte”. En virtud de la primera de las interpretaciones apuntadas, el párrafo 1º de la citada disposición, en concreto aquel que alude de forma expresa a la capacidad para trabajar y la extinción del contrato, fijando como edad máxima los 69 años, ha de entenderse en relación con el 2º, que expresamente establece que en el ámbito de la negociación colectiva podrá libremente pactarse edades de jubilación, de tal manera que es por una interpretación conjunta de los mismos nos conduce a considerar que son válidos los Convenios colectivos que establezcan la jubilación forzosa a esa edad o la que el Gobierno fije en un futuro, o incluso a otra menor que convengan las partes.

Esta interpretación conjunta de los párrafos que conforman la disposición adicional 5ª parte de un error esencial como es el de considerar al Convenio colectivo como la norma principal en el marco de las fuentes que rigen el ordenamiento jurídico-

1986, núm. 25, págs. 120-121.

⁸⁸² En relación con estas dos últimas cuestiones, el alcance y significado del derecho al trabajo y del principio de igualdad, vid, a modo de síntesis: TAGLIAVÍA LÓPEZ, D.E., *“La inconstitucionalidad de la*

laboral, atribuyéndole un papel de segundo orden a la potestad normativa y situando en un primer plano a la norma convencional al considerar como fuente primaria.

Sin embargo, la interpretación considerada como “fuerte” sostiene que esta Disposición adicional habilita al gobierno para fijar una edad máxima de admisión al trabajo cuyo límite son los 69 años, que a su vez actúa como límite máximo de permanencia en activo si no existe otra edad máxima fijada por parte del Gobierno.

En cuanto al sentido y alcance del principio de igualdad (art. 14 CE), aplicado al derecho al trabajo (art. 35 CE) se deriva, tal y como ya en otro momento de este trabajo he apuntado⁸⁸³, un juicio de razonabilidad de los tratamientos diferenciados, lo que supone juzgar como razonablemente justificada cualquier diferenciación de trato, cuando exista una causa o motivo suficiente que lo justifique. Así el Abogado del Estado entiende que en este caso concreto se cumple este requisito, por cuanto que en el propio texto de la disposición adicional 5ª se hace referencia al mercado de trabajo y a las posibilidades de la Seguridad Social como condicionantes del cese forzoso, en particular como elementos a tener en cuenta por el Gobierno a la hora de fijar un límite máximo de edad.

En opinión del Abogado del Estado no son éstas las únicas circunstancias que permiten salvar el juicio de razonabilidad, ya que a las cuestiones antes señaladas cabría añadir que el art. 48 de la CE impone a los poderes públicos promover las condiciones para facilitar la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural, lo que en su opinión implica la creación de oportunidades de trabajo; “en definitiva, la principal justificación de la disposición controvertida vendría a estar en el valor de la solidaridad, en el criterio de igualdad sustancial y participación real (art. 9.2 de la CE) y en una concepción humana de las relaciones de trabajo (arts. 35.1, 40, etc., de la misma)”, lo que permite llegar a la conclusión que la fijación de una edad avanzada como límite de admisión y permanencia en el trabajo aparece como una discriminación justificada en datos objetivos.

jubilación forzosa, II. (Comentario jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981)”. REDT, núm. 9, págs. 677-683.

Asimismo llega a la conclusión de que entendiendo que la parte del derecho al trabajo que se limita es aquella que hace referencia al derecho a la estabilidad en el puesto de trabajo, poniendo en relación el aspecto individual de este derecho con su aspecto colectivo, se justifica el establecimiento de una edad máxima para trabajar; “el derecho individual al trabajo de una categoría de trabajadores puede verse limitado si con ello se consiguen unos resultados socialmente más estimables en la <<perspectiva colectiva>> del derecho al trabajo”.

El TC, por su parte se centra en el examen de si la disposición objeto de análisis incorpora una discriminación y si ésta vulnera el principio de igualdad. Una vez examinada ésta, deberá determinarse si existe una causa justificada y razonable que sirva de fundamento a la limitación contenida en la Disposición adicional 5ª, ya que de ser así, si se pudiera probar que existe un razón que justifica el establecimiento de este límite sin duda alguna habría que emitir un juicio favorable a la constitucionalidad de esta disposición.

Son tres, en opinión del TC las líneas argumentales o causas alegadas para justificar la limitación de edad: en primera instancia, la presunción de ineptitud, en segundo lugar, la política de protección a la tercera edad; y por último, la situación de mercado. Estos tres son para el TC los argumentos expuestos para considerar que existen razones que justifican la fijación de una edad máxima para trabajar, estimando, en definitiva, que existe una razón o razones de fondo que justifican la limitación del derecho al trabajo contenida en esta Disp. Adic.

El TC se decanta por descartar las dos primeras líneas apuntadas, la primera al considerar, tal y como hemos visto anteriormente que la incapacidad general para trabajar basada en una presunción de ineptitud afecta a la esencia misma del derecho al trabajo, cuál es la libertad de trabajar anulando su contenido esencial. Igualmente se rechaza la segunda de las causas alegadas señalando que: “esta argumentación desconoce que la política de protección a la tercera edad, tal y como se plantea

⁸⁸³ Vid, al respecto apartado 2.3, Parte II de este mismo trabajo.

actualmente por lo que se refiere a la edad de acceso a la jubilación, obedece a criterios opuestos a los que sirven de fundamento a la jubilación forzosa (...). La más reciente política de protección a la tercera edad propugna, pues, la voluntariedad y progresividad de la jubilación, rasgos contrarios a los de la jubilación forzosa, caracterizada por su obligatoriedad y su radicalidad o falta de progresividad"⁸⁸⁴.

El TC, después de rechazar las dos primeras líneas argumentales expuestas por insuficientes tal y como y acabamos de ver, se centra en la tercera que relaciona la limitación de edad con el mercado de trabajo y parece que esta es la única que es merecedora de consideración por parte de este Tribunal a efectos de determinar la validez constitucional de la disposición cuestionada.

En concreto, el TC trata de determinar si la limitación que conlleva esta disposición adicional es legítima, es decir resulta justificada en relación con el mercado de trabajo, lo que permitiría considerar que no es discriminatoria y que se trata de una limitación justificada de forma objetiva y razonable.

Se parte en el fundamento jurídico 8º de la STC 22/81, de 2 de julio, de la consideración que el derecho del trabajo no se agota en la libertad de trabajar ya que este derecho también comprende el derecho a un puesto de trabajo, que como tal presenta un doble aspecto: uno individual, concretado en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo de tal manera que nadie puede ser despedido sin justa causa; y otro colectivo, que implica además un mandato a los poderes públicos para que éstos lleven a cabo una política de pleno

⁸⁸⁴ Vid, en este sentido las medidas recientes contenidas en la Ley 24/1997, de 16 de julio que abogan por promocionar la permanencia en activo más allá de los límites de edad para tener acceso a la pensión de jubilación y las diferentes Recomendaciones de la OIT y de la UE que defienden la necesidad de introducir medidas flexibilizadoras de la edad de jubilación, como es el caso, entre otros, y a título de ejemplo de la Recomendación núm. 162 de la OIT sobre trabajadores de edad, de 1980, donde se defiende que en aquellos casos que sea posible se adopten medidas encaminadas a lograr que el paso del trabajador a la situación de retiro se efectúe voluntariamente y a establecer un sistema que permita una transición progresiva entre la vida profesional y un régimen de actividad libre. Vid al respecto, apartado 1.3.1. Parte II de este mismo trabajo.

empleo⁸⁸⁵, ya que no en vano parece claro que dada la escasez de puestos de trabajo existente, el ejercicio del derecho al trabajo para unos lleva implícito la negación de ese mismo derecho para otros.

La política de empleo basada en la jubilación forzosa es, así pues, una política de reparto o redistribución de trabajo que lleva implícita una limitación del derecho al trabajo de unos para garantizar el derecho al trabajo de otros suponiendo una restricción de un derecho individual reconocido constitucionalmente en el art. 35, se trata, en definitiva, de una limitación justificada, así pues como conclusión puede llegar a considerarse que; “la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo”.

⁸⁸⁵ Frente aquellas interpretaciones del art. 35 de la CE que se han basado en la idea de identificar el contenido de este derecho con una <<libertad de trabajo>>, y que el ordenamiento da un mandato al Estado para que este trate de hacer todo lo posible para garantizar un puesto de trabajo, el TC se ha decantado por aquellas otras interpretaciones de este derecho que defienden que cuando se habla del derecho al trabajo se hace referencia al derecho que tienen los trabajadores a un puesto de trabajo y, en definitiva, a una estabilidad en el empleo; “el TC es claro y rotundo en su afirmación al señalar que el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, sino que supone también el derecho a un puesto de trabajo. Se advierte, por tanto, como en la STC se acoge esa proclamación amplia de este derecho en tanto que un derecho subjetivo a lograr y obtener un adecuado puesto de trabajo, rechazando aquella otra que le atribuye el carácter de mera orientación al legislador y a los poderes públicos en general para que lo asuman como criterio más bien ético-político en el desarrollo de su concreta actividad. Junto a ello, el TC distingue también ese doble aspecto del derecho al trabajo, esto es, una vertiente individual: consecuencia de un puesto de trabajo con su adecuada estabilidad, y una vertiente colectiva: el mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo a fin de que todos puedan trabajar y el ejercicio del derecho por parte de la población no impida o niegue éste a otra parte de la misma”. GARCÍA BLASCO, J., *“En torno a la problemática jurídica de la Disposición Adicional 5ª de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y la incidencia de la doctrina del Tribunal Constitucional: la sentencia de 2 de julio de 1981”*. en AAVV. *“El Derecho al Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80. III Coloquio sobre Relaciones Laborales, Jaca, 23-25 sept. 1982”*. Coord. RIVERO LAMAS, J., Facultad de Zaragoza. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1983, págs. 97-98, especialmente pág. 101. En sentido parecido se manifiesta, entre otros, CEBRIAN BADIA, F.J., quien considera que la clave de la sentencia hay que situarla en la distinción que en la misma se hace del contenido del derecho al trabajo; “la sentencia distingue la libertad de trabajo del derecho a un puesto de trabajo. Este puede ser afectado por una política de empleo efectuada por el Gobierno que no suponga amortización (sino reparto) de puestos de trabajo y siempre que se compense el derecho individual del sacrificado. El instrumento de ese reparto puede ser –según señala el Alto Tribunal- la jubilación forzosa. Entendemos también que de tal sentencia resulta que el contenido esencial y nuclear (inconmovible) es la libertad de trabajo”. Cfr. *“La jubilación forzosa del trabajador y su derecho al trabajo”*. AL, 1991-I, pág.180.

Parece, así pues, que sólo vinculando la jubilación forzosa con la política de empleo queda justificado el establecimiento de una edad máxima para trabajar, descartada así pues la opción del pleno empleo y vigente una importante crisis económica parece oportuno la utilización de la edad para trabajar buscando un mejor y mayor reparto o redistribución del empleo⁸⁸⁶; "como no cabe el pleno empleo, es necesario que el derecho al trabajo de una parte de los ciudadanos (de los trabajadores) sea limitado a fin de que otro grupo de ellos pueda ejercitarlo. La medida específica de fijar una edad límite para trabajar contiene esta doble finalidad [en alusión a la utilización de la jubilación forzosa como medida de reparto y redistribución del empleo existente] ya que se establece para unos un período máximo en que el referido derecho puede ejercitarse con el fin de hacerlo igualmente posible para otros. Indiscutiblemente, esto sucede así a falta de la existencia de un pleno empleo garantizador del efectivo ejercicio del derecho al trabajo de todos los ciudadanos, de lo contrario, no sería necesaria tal medida"⁸⁸⁷.

Teniendo en cuenta que esta limitación supone un claro sacrificio personal y económico debe ser objeto de compensación; "pues para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito: es preciso además que con ello, no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado"⁸⁸⁸; por todo ello el TC llega a considerar en el fundamento jurídico noveno in fine que la tercera línea argumental planteada es suficiente para justificar la

⁸⁸⁶ Hay autores, como es el caso de TORTUERO PLAZA, J.L., que considera que es peligroso utilizar este argumento para justificar la validez de una limitación de un derecho fundamental como sucede en este caso, donde la crisis económica que se padece justifica el uso de la jubilación forzosa para proporcionar una oportunidad de trabajo a la población en paro estableciéndose, eso sí, una compensación a su favor: "Hay que decir que la línea de razonamiento utilizada por el Tribunal es sencilla a la vez que peligrosa dado que, por la vía de la compensación, todo trato desigual sería justificable, y esto nos podría llevar lejos. Decir que es un fin lícito, en situaciones de crisis, dar posibilidades para acceder al trabajo a los desocupados limitando el derecho de otros, parece lógico siempre que la línea del sacrificio de unos a favor de otros, sea utilizada como último resorte o dentro de un conjunto de medidas de amplio nivel, y no de forma aislada". Cfr. "La jubilación forzosa del trabajador" en AA.VV. "Jurisprudencia constitucional y Relaciones Laborales". Madrid, 1983, pág. 388.

⁸⁸⁷ GARCÍA BLASCO, J., "En torno a la problemática jurídica...". *Op cit.*, pág. 101-102.

⁸⁸⁸ La única manera de garantizar que no se lesiona de forma desproporcionada el derecho al trabajo de quienes se ven obligados a acceder a la jubilación forzosa es garantizando que éstos puedan pasar a la situación de pensionistas, siendo este el motivo por el que se exige que los trabajadores jubilados forzosamente hayan completado los períodos de carencia.

constitucionalidad de la Disposición adicional 5ª de la LET/80, si bien advierte que no puede hacerse una interpretación aislada del segundo inciso del primer párrafo prescindiendo de la naturaleza de la norma en que aparece y del sentido y finalidad del párrafo en que se integra, ya que: “sólo una interpretación aislada del inciso puede llevar a considerar que dicha disposición, a pesar de su carácter adicional, viene a afectar de manera esencial a la capacidad para trabajar y a las causas de extinción de las relaciones laborales –materias expresamente reguladas en el texto articulado del Estatuto- y sólo así puede atribuirse a la disposición adicional quinta un alcance que desborda el contexto de situación en que tiene su origen”.

La legitimidad constitucional de la Disposición adicional 5ª queda así pues, sujeta al servicio de un fin como es la promoción de una política de empleo tendente a la creación de puestos de trabajo a favor de los trabajadores en paro, pero no sólo eso para salvar el juicio de constitucionalidad de esta disposición es necesario hacer una interpretación conjunta y global de la Disposición adicional 5ª, así, el TC aboga de esta manera por una interpretación sistemática y teleológica de esta disposición de acuerdo con la cual su contenido se concreta en los siguientes términos: “- El reconocimiento implícito por parte del legislador de la posibilidad de realizar una política de empleo utilizando la jubilación forzosa; - La habilitación al Gobierno para que realice esa política de empleo dentro de los límites y condiciones fijados; - La posibilidad de que, dentro de ese marco, puedan pactarse libremente edades de jubilación en la negociación colectiva”⁸⁸⁹.

Todo lo expuesto por parte del TC lleva a considerar tal y como establece el propio Tribunal en el fallo de la sentencia que: “es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores interpretada como norma que

⁸⁸⁹ Si bien de forma generalizada la doctrina se ha manifestado en sentido favorable al pronunciamiento del TC, ni mucho menos ha existido unanimidad, así, se muestra especialmente crítico, entre otros, TAGLIAVÍA LÓPEZ, D.E., quien de forma expresa manifiesta: “El juicio que nos merece la articulación de la sentencia y el fallo pronunciado no puede ser positivo. La sentencia nos parece confusa en su redacción, no comprendemos su articulación jurídica en alguno de sus apartados, no estamos de acuerdo con el fallo pronunciado, pareciéndonos éste cuando menos discutible, y, además –lo más importante-, nos parece que el Tribunal Constitucional no analiza en profundidad y no tiene en cuenta, por lo menos en su justo valor, a la hora de emitir su fallo varios elementos”.; aunque en un momento posterior llega a considerar que “se debe criticar más la sentencia por lo que no dice que por lo que dice”. Cfr. “La inconstitucionalidad ... II”. *Op. cit.*, págs. 685-686.

establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral”.

Se considera, así pues, que no supera el juicio de constitucionalidad, la interpretación de esta disposición que desarrolla la jubilación forzosa si llega a entenderse que esta es una norma que fija un límite de edad para trabajar y en consecuencia se debe proceder a poner punto final a la relación laboral cuando el trabajador cumple esa edad que supone la determinación de un límite de capacidad para el trabajo, llegándose a admitir pero, la interpretación de la misma que encuadra jubilación forzosa en el marco de la política de empleo. Así, de esta manera sólo se justifica la jubilación forzosa que implica una clara limitación del derecho al trabajo de las personas de edad avanzada cuando ésta se inserta en el marco de las políticas de empleo, en concreto de reparto del trabajo; “en conclusión se afirma la adecuación constitucional de una política de empleo que utilice como instrumento la jubilación obligatoria de los trabajadores al alcanzar una determinada edad siempre que se garantice el objetivo de asegurar nuevas oportunidades de empleo a la población en paro, por lo que la jubilación no puede suponer en ningún caso amortización de puestos de trabajo, y que no se lesione más allá de lo estrictamente necesario la posición jurídica del trabajador afectado, razón por la cual se debe garantizar al trabajador el reconocimiento de la condición de jubilado, concepto que incluye la percepción de la correspondiente pensión, permitiéndole, en caso necesario, continuar prestando servicios hasta que pueda causar derecho a la misma”⁸⁹⁰.

Nos encontramos ante una sentencia claramente de carácter interpretativo que permite en cierta manera mantener al TC una posición ecléctica por cuanto que si bien acepta el juicio de inconstitucionalidad planteado contra la Disposición adicional 5ª hace depender esta declaración de inconstitucionalidad de la interpretación que se haga de la misma; “el Tribunal le está diciendo al legislador que ha redactado equivocadamente la disposición adicional 5ª, pues, al pretender liberar puestos de

⁸⁹⁰ MARTÍN PUEBLA, E., y SASTRE IBARRECHE, R.; *“Política de empleo y ...” Op cit.*, págs 15-16.

trabajo ocupados por trabajadores de edad, debía haber alegado razones de política de empleo, pero no la falta de capacidad por razón de la edad”⁸⁹¹.

Fue planteado un voto particular a esta sentencia del TC formulado por el Magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra, quien partiendo de una interpretación diferente de la sostenida por el resto de la Sala consideró que el sentido de la disposición adicional 5ª es el de introducir como causa extintiva de la relación laboral la figura de la jubilación forzosa, coexistiendo, así pues, dos tipos de jubilación, la jubilación voluntaria que es aquella como derecho del trabajador y la jubilación forzosa que supone la extinción de la relación laboral a una edad determinada cuyo límite máximo lo fija el legislador en 69 años. Así, tal y como señala este Magistrado, “a la jubilación voluntaria, vinculante para el empresario y potestativa para el trabajador, se añade ahora la jubilación forzosa, de modo que el cumplimiento de la edad de sesenta y cinco años, reuniendo los requisitos de cotización, que condicionan el derecho a la pensión, faculta al trabajador para provocar la extinción de la relación de trabajo, y si no se acogiera a esta jubilación voluntaria, cuando llegue a la edad de sesenta y nueve años, o con este límite máximo, la que fije la negociación colectiva, se opera la jubilación forzosa”.

Teniendo en cuenta que la voluntad de la disposición adicional 5ª “fue el innovar nuestro sistema laboral, introduciendo una edad máxima para el trabajo asalariado fijada en la propia disposición, y abriendo una vía para que el Gobierno pudiera rebajar la edad, y dejando al ámbito de la negociación colectiva el establecimiento de edades de jubilación”, el juicio de constitucionalidad de esta disposición adicional lo sitúa en la necesidad de diferenciar entre el derecho al trabajo de aquellos que se encuentran en edad activa, del derecho al trabajo de la tercera edad, al señalar que: “para éstos, el derecho al trabajo desde su perspectiva de derecho genérico a insertarse en la vida laboral y obtener un puesto de trabajo, se configura como un objetivo a cuya consecución deben esforzarse los Poderes Públicos. La tercera edad comporta otro conjunto de exigencias, de las que tienen la consideración de derecho subjetivo estricto el de obtener una pensión como

⁸⁹¹ LÓPEZ GANDÍA, J.; “Jubilación y ...” *Op cit*, pág. 373.

consecuencia inherente al tiempo de trabajo asalariado y una política atenta a los principios sociales y económicos, que con intencionalidad programática proclaman los arts. 41 y 50 de la Constitución”.

Para este Magistrado, “el límite al trabajo asalariado en el caso de la tercera edad comporta unos componentes que generan elementos diferenciadores, con relevancia jurídica, respecto de aquellos que se encuentran en edad activa”; sin que tan siquiera sirva la invocación genérica del derecho al trabajo para considerar inconstitucional la limitación establecida, al entender que: “el derecho al trabajo, en su aspecto de derecho genérico a incorporarse a la vida laboral, y obtener un puesto de trabajo, configurado en la Constitución más como un objetivo al que se debe la acción de los Poderes Públicos que como un derecho subjetivo frente al Estado, podrá invocarse por aquellos que se encuentran en un período activo de la vida”, insistiendo en la idea ya antes expuesta de que a la tercera edad se le aplican otros principios derivados del contenido de los arts 41 y 50 de la CE, llegando, en este sentido, a considerar que: “el que se establezca una jubilación forzosa –ahora a la edad de sesenta y nueve años- no puede, pues, calificarse de discriminatoria respecto a los trabajadores en edad activa. Tampoco puede servir para acusar de que tal modo extintivo de la relación laboral atenta al derecho al trabajo, desde su dimensión de derecho a ocupar un puesto con el que atender a las necesidades personales y familiares. Las necesidades del pensionista –y no sólo en los aspectos económicos- pertenecen a otra área de principios (art. 50 de la CE)”.

Retomando el debate centrado en el eje vejez, invalidez presunta y retiro le permite considerar que: “una jubilación obligatoria dependiente del simple cumplimiento de una edad que no fuera indicativa del paso desde situaciones funcionales de actividad a las de retiro, carecería de una justificación sólida, si tuviera que acudir a presunciones de incapacidad en el trabajo, entendida como pérdida de la aptitud para el trabajo en intensidad suficiente para romper con el carácter indefinido de las relaciones laborales en la que opera la jubilación”.

Entiende, así pues, este Magistrado que el derecho al trabajo de la población en edad activa y el derecho al trabajo de la tercera edad se basan y desarrollan en principios diferentes; en el primer caso, se alude al derecho a incorporarse a la vida laboral, y a obtener un puesto de trabajo mientras que en el segundo se hace referencia al derecho a una adecuada cobertura por parte del sistema de la Seguridad Social que necesariamente debe traducirse en el derecho a una pensión suficiente, periódicamente actualizada y una asistencia social dirigida al bienestar. Cuestiones éstas que de hecho sirven para justificar el establecimiento de un límite de edad para trabajar tal y como hace la disposición adicional 5ª, y así existiendo entre ambos derechos elementos diferenciadores con relevancia jurídica, la diferenciación de trato entre unos y otros no carece de justificación que permita considerarlo como discriminatorio.

El problema de la interpretación de la disposición adicional 5ª, dada por el Magistrado que formula el voto particular, en los términos que acabamos de ver, se plantea en el argumento tomado como punto de partida, la existencia de principios diferentes en atención al segmento de población al que se refiere el derecho al trabajo, ya que parece poco justificada la existencia de unos principios diferenciados según si el derecho al trabajo se aplica a trabajadores en edad activa o a trabajadores de la tercera, edad, distinción sobre la que podría plantearse muchas dudas en torno a su vigencia ya que no sólo esta diferenciación entre trabajadores en edad activa y tercera edad es cuanto menos difusa sino que en el momento actual la consideración de la idea de tercera edad se retrotrae a un momento de la vida laboral alejado de la *edad pensionable*, donde si bien mentalmente se piensa en la obtención de una pensión en los términos establecidos en los arts. 41 y 50 de la CE, está más presente la necesidad de luchar por el mantenimiento del puesto de trabajo que le permita alcanzar la edad de jubilación con garantías para poder tener derecho a una pensión sustitutiva del salario.

Este magistrado superpone a la hora de enjuiciar la validez o no del límite de edad establecido en la disposición adicional 5ª, el alcance y significado del derecho al trabajo y el alcance y significado del derecho a la Seguridad Social, y si bien entre ambos derechos existen conexiones muy evidentes en el marco de la relación laboral, son los dos aplicables por igual a la totalidad de los trabajadores aunque en función del

momento en el que nos situemos la intensidad en la que se manifiesten es o puede ser diferente, sin que en principio quepa defender la inaplicación de uno u otro por razón de la edad sin más tal y como parece hacer, en este sentido, el Magistrado divergente.

A diferencia de lo que sucede en la sentencia del TC, en el voto particular si que se aborda aunque mínimamente, cuál es el papel que al respecto juega o puede jugar la negociación colectiva. Así, partiendo del reconocimiento que la CE hace de la autonomía colectiva y consecuentemente de la negociación colectiva, en opinión del Magistrado que formula el voto particular, “no es válido interpretar la disposición adicional quinta como norma delegante o como autorización para que dentro de un límite máximo de edad pueda negociarse edades de jubilación forzosa. Por el contrario, la edad máxima de sesenta y nueve años actúa como límite en una esfera, dentro de la cual la autonomía colectiva puede establecer edades de jubilación, a salvo, claro, es del derecho a la cobertura de la Seguridad Social”.

El TC, parece dejar para otro momento el examen de esta cuestión ya que en la sentencia 22/1981, de 2 de julio se limita a exponer la necesidad de efectuar, tal y como hemos visto una interpretación conjunta de ambos párrafos de la disposición adicional 5ª, defendiendo que tienen un carácter claramente interdependiente, así a modo de síntesis final de esta sentencia podemos señalar que el TC manifiesta que esta disposición debe ser entendida en el sentido de autorizar “bien al Gobierno (párrafo primero) para establecer un límite de edad cuyas consecuencias son análogas a las de la jubilación forzosa aplicada a todo tipo de relación laboral sujeta al Estatuto de los Trabajadores, bien a las partes que intervienen en la negociación colectiva (párrafo segundo) par establecer edades de jubilación en sectores productivos concretos”.

1.1.4.2 La consideración del Convenio Colectivo como el medio instrumento idóneo para el establecimiento de la jubilación forzosa por edad: límites y garantías (Análisis y comentarios de las SSTC 58/1985, de 30 de abril; y 95/1985, de 29 de julio).

El TC, tal y como acabamos de apreciar, no aborda en la sentencia 22/81, de 2 de julio, el tema de la idoneidad o no del medio utilizado para el establecimiento de la jubilación forzosa, tan sólo se limita a poner de manifiesto que en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo de la Disposición adicional 5a en el marco de la negociación colectiva pueden pactarse libremente edades de jubilación.

Esta cuestión fue abordada por la jurisprudencia en sentencias posteriores del TCT y muy especialmente del TS que optaron por considerar que si bien el párrafo 2º de la Disposición adicional 5ª del LET/80, no estaba afectada por la declaración de inconstitucionalidad establecida en la sentencia 22/81, de 2 de julio, La posibilidad de fijar edades de jubilación forzosa en el marco de la negociación colectiva estaba sometida al contenido de dicha sentencia, fundamentalmente en lo relativo a la necesidad de vincular ésta con la política de empleo⁸⁹², hasta que EN1985 el TC procedió a efectuar un primer análisis de la negociación colectiva como medio a través del cual se puede fijar edades de jubilación forzosa en la STC 58/1985, de 30 de abril,

⁸⁹² Vid, entre otras y a título de ejemplo, las numerosas referencias hechas al III Convenio colectivo de Renfe, en concreto a su cláusula 14 que rebajaba la edad de jubilación forzosa de los 65 a los 64 años, puesta en relación con la cláusula 1 del mismo Convenio colectivo¹ donde se disponía que durante 1982 al objeto de mantener el empleo, ingresaran en la Red, un número de agentes equivalentes al de bajas que se produzcan por jubilación forzosa, fallecimiento y otras causas, existiendo así pues esta vinculación jubilación forzosa y contratación de nuevos trabajadores el TS y el TCT se mostraron favorables a su aceptación, como es el caso de la SSTS de 28 de marzo; de 11, 20 y 26 de abril; de 5, 11, 12, 21, 26, 28 y 30 de mayo; de 3, 8, 11, 26 y 29 de junio; de 2, 5, 11, 12 y 14 de julio; de 14, 20, 27, y 29 de septiembre; y 27 de octubre de 1983 (Ar. 1209, 1825, 1852, 1877, 2341, 2367, 2373, 2398, 2420, 2427, 2437, 2963, 2977, 2993, 3023, 3063, 3703, 3715, 3760, 3775, 3786, 4245, 4258, 4289, 4302, y 5157). En este mismo sentido vid, entre otras, SSTCT, de 26 de octubre y 26 de noviembre de 1983 (Ar. 8852, 8868 y 10150). Efectuándose una defensa del Convenio colectivo, al disponerse que al tratarse de un sector o Convenio concreto, "el legislador resuelve su preferente reconocimiento a favor de la autonomía colectiva de las partes para regular dicha materia, permitiendo que en la negociación colectiva puedan pactarse libremente edades de jubilación que obligan a las partes -empresarios y trabajadores- por la propia fuerza vinculante del Convenio". Igualmente sirven de ejemplo las referencias efectuadas al art. 42 del Convenio Colectivo vigente de la empresa Hulleras del Norte, S.A (HUNOSA) que "obliga a la empresa, con la finalidad de mitigar el paro y fomentar el empleo juvenil, a incorporar nuevos trabajadores cuantos sean los afectados por la jubilación, con lo cual se enmarca en el contexto de una política de empleo que es la razón de ser de la disp. adicional 5ª según dice la STC de 2 de julio". Vid, al respecto, entre otras, SSTS de 10 y 22 de febrero; de 1, 3, 9, 10 y 30 de marzo; y de 16 de julio de 1983 (Ar. 578, 796, 845, 1092, 1102, 1127, 1139, 1218, y 3800) y SSTCT, de 29 de abril y 23 de mayo de 1983 (Ar. 3679 y 4600).

Sólo ha excluido tanto el TS como el TCT la aplicabilidad de la cláusula de jubilación forzosa cuando se trata de un trabajador excluido del ámbito de aplicación del Convenio colectivo, como en el caso de la SSTS de 5 y 11 de noviembre de 1983 (Ar. 5572 y 5598) y de 5 de diciembre de 1983 (Ar.

que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistratura de Trabajo núm. 11 de Madrid al entender ésta que el párrafo 2º, al permitir a la negociación colectiva la fijación de una edad de jubilación forzosa, es contrario a la Constitución ya que afecta a un derecho personalísimo como es el de permanecer en un puesto de trabajo.

Esta sentencia aborda, así pues, el análisis de si en el ámbito de la negociación colectiva y como máxima expresión de ésta, el Convenio colectivo es el medio o instrumento idóneo para el establecimiento de la jubilación forzosa. El TC partiendo de los argumentos expuestos en la sentencia 22/81, de 2 de julio, que los reafirma, se centra, entre otras cuestiones, en concreto, en dilucidar si las partes negociadoras de un Convenio colectivo están o no facultadas para fijar límites a la edad para trabajar, ya que el planteamiento de la inconstitucionalidad de esta norma se basa en opinión del Magistrado que interpone la cuestión de inconstitucionalidad, en el hecho de considerar que las facultades representativas de la Comisión negociadora de un Convenio Colectivo no alcanza a cubrir la limitación de derechos fundamentales individuales.

El Magistrado de trabajo fundamenta la cuestión señalando, tal y como se establece en los antecedentes de la misma: "que el problema que se plantea es si una Comisión negociadora de un Convenio puede imponer en contra de la voluntad de los representados una jubilación forzosa o una separación de la Empresa afectando al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio"; llegándose por ello a la conclusión de que: "no puede sostenerse la validez de un Convenio Colectivo que establezca la jubilación forzosa, pues, si la fuerza vinculante del Convenio deriva de la Ley y ésta no puede limitar el ejercicio del derecho al trabajo, sostener otra cosa llevaría al absurdo de que lo que no puede hacerse por el delegante -Poder legislativo- podría hacerse por el delegado -negociación colectiva-. Esto no supone negar la fuerza vinculante del Convenio, sino establecer límites en función de la peculiaridad de la representación, de forma que lo que se discute es si la representación configurada en los arts. 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores es suficiente para pactar una

6172), o bien no ha cubierto el período de carencia como en la SSTS de 4 de julio de 1983 (Ar. 3702),

jubilación o, si se quiere, si el contenido de la facultad representativa puede comprender el derecho personalísimo a permanecer en un puesto de trabajo".

El Magistrado que interpone la cuestión de inconstitucionalidad, basa la misma en una equivocada apreciación del alcance y contenido de las facultades de representación de la comisión negociadora⁸⁹³, al entender que no se comprende en el contenido de éstas el derecho que se considera personalísimo de permanecer en un puesto de trabajo, al considerar que la representación de quienes negocian "no abarca el cese en el ejercicio del derecho subjetivo constitucional al trabajo sin merma de su contenido".

En opinión del TC, esta visión privatista de las facultades representativas de las partes negociadoras y, más en general, de la negociación colectiva que subyace y esta presente en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no se adecua a la función y alcance que la propia negociación colectiva tiene, ya que debe considerarse que el poder que la CE reconoce a los representantes de los trabajadores y de los empresarios "es un poder de regulación afectado a un concreto fin, cual es la ordenación de las relaciones laborales en su conjunto, que actúa, en un sistema de negociación colectiva como el instituido por el Estatuto de los Trabajadores, a través de la representación institucional que ostentan los Sindicatos y los Comités de Empresa, de un lado, y las asociaciones empresariales, de otro".

Teniendo en cuenta, así pues, que la representación de estos sujetos es una representación de intereses no de voluntades, el juicio de constitucionalidad de los pactos sobre jubilación forzosa es una cuestión que debe examinarse no desde el examen de los límites y contenido de la representación sino desde el punto de vista de

así como las SSTCT de 4 y 10 de octubre de 1984 (Ar. 7411, 7412 y 7539).

⁸⁹³ Tal y como en este sentido señala SÁEZ LARA, C., "El Magistrado construye su línea argumental a partir de una transposición de los esquemas que rigen la representación en el Derecho privado al ámbito de la negociación colectiva. Si la representación que ejerce la Comisión negociadora de un Convenio Colectivo, está configurada como un <<mandato general>> (debe leerse como un <<poder general>>), a la luz del artículo 1713 del Código Civil, no podría dicha Comisión disponer válidamente de derechos constitucionales individuales, cuyo ejercicio requiere mandato especial expreso o ratificación del titular, o si se quiere, no podría nunca pactar la jubilación de alguien que no hubiera prestado su consentimiento para ello". Cfr. " *La jubilación forzosa: previsiones del ...*". *Op cit.*, pág. 134.

los límites y contenidos de la negociación colectiva; "el juicio sobre las presuntas inconstitucionalidades de cláusulas pactadas por quienes, sin extravasar el ámbito subjetivo de su representación, tienen legitimación para negociar con arreglo a las reglas de derecho necesario que rigen esta materia ha de deducirse, en su caso, de la extralimitación por las partes negociadoras del ejercicio del poder de autorregulación en que el derecho a la negociación colectiva laboral consiste"⁸⁹⁴.

Que el derecho al trabajo sea un derecho constitucional, no condiciona la solución que deba adoptarse, al no existir en el texto constitucional ni se derive de él de forma expresa o implícita ningún principio que con el carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, y aún cuando este tema, la regulación por la negociación colectiva de los derechos individuales, reconoce el TC, constituye una cuestión muy compleja y delicada en el Derecho del Trabajo y que no puede en absoluto ser resuelta alegando la imposibilidad de la disposición de derechos personalísimos por sujetos ajenos a su titular.

El TC consciente de ello, consciente de la dificultad existente para solucionar los problemas derivados de las relaciones entre autonomía colectiva y autonomía individual, plantea la necesidad de solucionar dichos problemas a través de la aplicación de dos principios básicos: "primero, que la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual, pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la Empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes; y segundo, que no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del Convenio en el terreno de los derechos o intereses

⁸⁹⁴ En este mismo sentido, entre otras, en la STS de 26 de febrero 1990 (Ar. 1233) se establece que: "el juicio de conformidad o disconformidad con la Constitución de los pactos colectivos sobre la jubilación forzosa debe ser estudiado en cada caso desde la perspectiva de los límites y contenido de la negociación colectiva y no desde la representación que ostentan las partes intervinientes; sin que de la Constitución derive ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que al ser posible la jubilación forzosa dentro de determinadas condiciones, según ya había precisado la sentencia 22/1981, se ha de deducir que no vulnera precepto constitucional alguno, incluidos los definidores de derechos fundamentales, la que se estableciera por Convenio Colectivo, cuando por éste fueran respetadas tales condiciones".

individuales, pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva, en contra de la precisión constitucional que la configura como un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo, y contradiría el propio significado del Convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, siendo en ocasiones preciso la limitación de algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos".

La constitucionalidad de estas cláusulas convencionales, en modo alguno, puede verse afectada, tal y como señala el propio TS, al analizar o examinar el juego de ambas sentencias, como sucede, entre otras, en la STS de 26 de febrero de 1990 (Ar. 1233), "por consideraciones relativas a problemas derivados del binomio autonomía colectiva, esfera individual, aduciendo imposibilidad de disponer de derechos personalísimos por sujetos ajenos a su titular; y ello, porque, aun siendo cierto que la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual -la libertad personal ha de contar con un margen de actuación incluso en ámbitos como el de la empresa en el que determinadas exigencias reclaman una configuración colectiva de condiciones uniformes-, no lo es menos que no cabe negar la incidencia del Convenio Colectivo en la esfera de los derechos individuales, pues, de otro modo, se privaría de toda virtualidad a la negociación colectiva, desfigurando su carácter esencial de instrumento ordenador de las condiciones de trabajo, contradiciendo el propio significado del fruto de dicha negociación en el que predominan los intereses de la colectividad sobre los contratos de quienes la componen".

Fijados tal y como han quedado estos principios básicos que deben regir la relación entre la autonomía colectiva y la autonomía individual, parece que debe ser en el marco de cada cláusula colectiva donde debe analizarse el juego de ambas autonomías con la finalidad de ver si la autonomía colectiva se extralimita o no de las facultades que el sistema constitucional de relaciones laborales establece, cuestión pero que no es abordada en la STC 58/85, de 30 de abril, ya que en la misma no se debe dilucidar la validez o no de una concreta cláusula de un Convenio colectivo, sino si es o debe considerarse legítima la autorización a la negociación colectiva a regular

una materia que con anterioridad se había considerado excluida de la misma, llegando a considerar que ha sido el propio legislador quien ha realizado el ajuste entre los principios antes mencionados ponderando las circunstancias concurrentes en un momento determinado de evolución de la negociación colectiva y de equilibrio de los intereses afectados por la permanencia en los puestos de trabajo o la jubilación forzosa. Así, "siendo la Ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante Convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación para el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación".

Las posturas doctrinales en torno a la idoneidad del Convenio colectivo como medio o instrumento para la fijación de edades de jubilación forzosa, oscilaban desde la más estricta aceptación, la aceptación con matices o la negación de dicho carácter de instrumento adecuado⁸⁹⁵, parece que necesariamente encuentran respuesta en los razonamientos expuestos por el TC, ya que si bien éste consciente de los problemas que pueden derivarse de la especificación de unos criterios generales opta por marcar una reglas de juego sobre la base de considerar que si es posible que entre el contenido de un Convenio colectivo se inserten cláusulas de jubilación forzosa y que sea caso por caso donde se valore si la cláusula es o no constitucional

Si ponemos en relación el contenido de ambas sentencias (STC 22/81, de 2 de julio y la STC 58/85, de 30 de abril), podemos llegar a la conclusión de que se admite

⁸⁹⁵ A modo de síntesis de las mismas vid, entre otros, GARCÍA FERNÁNDEZ, M., "*Configuración de la jubilación ...*" *Op cit*, págs 37-38. Los planteamientos contrarios a la consideración del Convenio colectivo como instrumento válido, en general, se sitúan sobre la idea de considerar que la jubilación en tanto que límite del derecho al trabajo no puede realizarse por negociación colectiva al exigirse en el art. 53. 1 CE que las condiciones de ejercicio de este derecho sean reguladas por Ley. Las interpretaciones efectuadas en este sentido olvidan que el derecho al trabajo tal y como ha señalado el TC, en la sentencia 22/81, no se agota en la libertad de trabajar, sino que incluye también el derecho a un puesto de trabajo que muestra un doble aspecto individual y colectivo y que es posible en definitiva imponer limitaciones a este aspecto del derecho al trabajo, aunque siempre condicionada a que no se lesione de forma desproporcionada el derecho al trabajo del trabajador afectado y se compense el sacrificio de quien se ve afectado por una medida de este tipo. Tampoco puede alegarse, que se trata de una jubilación impuesta la fijada en Convenio colectivo; "ni unos ni otros representados pueden alegar que no convinieron cuando, a través de representantes en la negociación, contrajeron voluntariamente una obligación válida, la separación del servicio, que es así voluntaria aceptación, como consecuencia de

que la jubilación forzosa pueda ser objeto de la negociación colectiva si bien al ser ésta una cuestión que limita un derecho fundamental como es el derecho a un puesto de trabajo, debe estar dotada de una serie de garantías que actúan como límites.

En este sentido, la STC 58/85, de 30 de abril, supone una convalidación de las líneas maestras de la doctrina ya apuntada por parte de los Tribunales ordinarios, en concreto el extinguido TCT y el TS⁸⁹⁶, al considerar a la negociación colectiva como vehículo de una política de empleo, ya que si bien es el Estado, los Poderes Públicos quienes a través de su acción determinan una política general de empleo según las circunstancias en cada momento concurrentes, especialmente de índole económico, los interlocutores sociales pueden modalizar por medio del Convenio Colectivo esa política general de empleo de la que la jubilación forzosa constituye una de sus medidas⁸⁹⁷.

La política general de empleo articulada por los poderes públicos actúa, como principal marco o límite jurídico por donde desenvolverse la negociación colectiva, así, "llegada la hora de pactar edades de jubilación a través del Convenio colectivo, ello debe hacerse -al igual que el Gobierno cuando fije un límite de edad- dentro de un marco de política de empleo, esto es, por medio de la reducción de las edades de jubilación se debe atender a la consecución de un mayor empleo, al favorecimiento de puestos de trabajo para que trabajadores en condiciones de acceder al trabajo puedan ejercer este derecho"⁸⁹⁸.

un pacto que se cumple al concurrir las circunstancias previstas para que se lleve a cabo". BAYLOS GRAU, A.; *"Derecho al trabajo y política de empleo..."*. Op cit., pág. 471.

⁸⁹⁶ BAYLOS, GRAU, A., *"Derecho al trabajo, política de empleo..."*. Op. cit., pág. 476;

⁸⁹⁷ Tal y como ha señalado en numerosas ocasiones el TS y el TCT, el Convenio Colectivo constituye "el cauce preferente de la política de empleo en sectores productivos concretos", permite: "la especificación en un determinado sector productivo de la planificación general de los poderes públicos en materia de empleo". Vid, entre otras, SSTs de, 1 y 28 de marzo, y 20 de abril; 12 de mayo; 8 y 20 de junio de 1983 (Ar. 1209, 1852, 2373, 2977, y 3023); 11 de abril y 11 de mayo de 1985 (Ar. 1825 y 2367); 11 y 12 de julio de 1985 (Ar. 3741 y 3758); 2 de junio y 9 de diciembre de 1986 (Ar. 3431 y 7298); 26 de febrero y 9 de marzo de 1990 (Ar. 1233 y 1990); y también SSTCT de 30 de diciembre de 1982 (Ar. 7907); 19 de enero y 1 de marzo de 1983 (Ar. 477 y 1691).

⁸⁹⁸ GARCÍA BLASCO, J.; *"En torno a la problemática jurídica..."* Op cit., pág.124.

Parece así pues, que la utilización de la negociación colectiva como medio o instrumento con el que modular la jubilación de los trabajadores, resta sometida en primer término a la necesaria vinculación de ésta con la política general de empleo, pareciendo por ello del todo descartable que se proceda a la amortización de puestos de trabajo mediante el establecimiento en el marco de los Convenios colectivos de edades de jubilación diferentes de la fijada con carácter general y cláusulas de jubilación forzosa, a pesar de que existan pronunciamientos en este sentido, como es el caso de la STS de 27 de octubre de 1987 (Ar. 7210 y 7211), donde expresamente se establece que: "no resulta obligado que el Convenio colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados".

En este mismo sentido entre otras, en la STS de 27 de diciembre de 1993 (Ar. 10011) dictada al resolver también un recurso de casación para la unificación de doctrina declara que es posible la jubilación a los 65 años regulada en Convenio colectivo aunque no se prevenga expresamente que la vacante del jubilado haya de ser cubierta por personal de nuevo ingreso, al considerar, citando como sentencias de referencia precisamente las de esta misma Sala, antes citadas, de 27 de octubre de 1987 (Ar. 7210 y 7211), donde se establece que: "el mantenimiento a ultranza de un determinado número de puestos de trabajo, en términos absolutos no es configurador del orden público laboral como lo acredita el art. 51 del Estatuto, por lo que no resulta obligado que el Convenio colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados"; considerando que la STC 58/1985, de 30 de abril que parte de la 2/1981, de 2 de julio, al referirse a los límites de la negociación colectiva, de forma muy significativa no hace referencia alguna a la posible amortización de puestos de trabajo y por ello llega a la conclusión de que "es constitucional pactar una edad de jubilación forzosa en el seno de la negociación colectiva siempre que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación del Sistema de la Seguridad Social".

Si bien del contenido de estas sentencias del TC y de la interpretación que de las mismas se ha hecho, se desprende esta necesidad de fijar límites al uso que en sede

de negociación colectiva pueda hacerse de la jubilación, y muy especialmente de la jubilación forzosa, vinculándola necesariamente con la política de empleo, parece que se ha ido abriendo una interpretación peligrosamente flexible de este condicionante llegando a señalarse en este sentido que: "el favorecimiento de una política de empleo no se limita a la contratación de nuevos trabajadores para ocupar la plaza dejada vacante por el jubilado, sino que, en indudable analogía con la causa de despido objetivo tipificada en el art. 52, c) ET, parece que puede extenderse a otros objetivos, cuales son las medidas de mejora de las condiciones laborales o estabilidad de empleo para los restantes trabajadores afectados por el Convenio (la) viabilidad o mantenimiento de empresas en dificultades o cualesquiera otras análogas"⁸⁹⁹.

El propio TS en estos pronunciamientos donde se manifiesta claramente contrario al sometimiento de la jubilación forzosa fijada en el ámbito de la negociación colectiva al límite de la política de empleo, hace alusión, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar en los fragmentos transcritos, a la conexión existente entre ambas sentencias del TC, no en vano la segunda parte del contenido de la primera y precisamente derivada de esta conexión es posible defender que la utilización del Convenio colectivo como instrumento o medio para el establecimiento de la jubilación forzosa se halla sometido a los mismos límites que ha fijado el TC al examinar la constitucionalidad de esta figura en relación con el derecho a un puesto de trabajo, sin que el hecho de que la STC 58/1985, de 30 de abril haya omitido esta referencia sea argumento suficiente para desvirtuar la aplicabilidad del límite por cuanto que en esta última sentencia el TC se limita a enjuiciar, tal y como estamos viendo, si es o no válido el Convenio colectivo como mecanismo a través del cual proceder a fijar edades de jubilación, siendo en cualquier caso trasladables todas y cada una de las reflexiones efectuadas en torno a la figura de la jubilación forzosa y muy especialmente aquellas que hacen referencia a su validez y sus límites en la discusión sobre si en el marco de la autonomía colectiva y del juego de ésta con la autonomía individual puede fijarse una edad de jubilación forzosa.

⁸⁹⁹Vid, al respecto, entre otras, SSTSJ Navarra de 27 de julio de 1992 (Ar. 3823); Cataluña de 20 de diciembre de 1993 (Ar. 5313); Cantabria de 6 de mayo de 1994 (Ar. 1912) ; Andalucía/Málaga de

El TC no en vano ha sido claro a la hora de declarar que la disposición adicional 5ª supone el reconocimiento implícito por parte del legislador de la posibilidad de realizar una política de empleo utilizando como instrumento la jubilación forzosa, con total independencia de cuál sea o haya sido el medio utilizado para fijarla, y consecuentemente declaró inconstitucional esta disposición interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a una edad determinada, los 69 años, y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad, por más que se garantice al trabajador el derecho a la prestación de jubilación, siendo discutible que pueda considerarse como compensación a esta medida, la jubilación forzosa, el pasar a percibir la pensión de jubilación que tal y como aparece configurada en el derecho de la Seguridad Social es un derecho del trabajador.

Pero no es éste el único límite al que deben someterse los Convenios colectivos a la hora de incluir dentro de su contenido cláusulas de jubilación forzosa, por cuanto que debe, así mismo, garantizarse efectivamente la prestación económica, de tal manera que sólo podrá procederse a la rescisión del contrato de trabajo por medio de la jubilación en el marco de un Convenio colectivo cuando el interesado tenga cubiertos los períodos de carencia para tener derecho a la prestación de jubilación. Con ello se trata de asegurar que no se va a privar de asistencia a un trabajador por el hecho de haber fijado en sede de negociación colectiva una edad de jubilación forzosa aunque este prevista la sustitución de este trabajador por otro⁹⁰⁰.

A partir de los razonamientos expuestos en relación con el contenido del párrafo 2º de la Disposición adicional 5ª de la LET/80, cabe la posibilidad de plantearse algún que otro interrogante, así en primer lugar, podemos cuestionarnos si además de los límites que acabamos de ver existen otros, o cómo opera la edad de 69 años fijada

24 de junio de 1994 (Ar. 2349); y Galicia de 29 de octubre de 1996 (Ar. 2992).

⁹⁰⁰ Es necesario, en este sentido, tal y como señala, entre otros SALVADOR PÉREZ; F.: "cubrir dos requisitos para la validez constitucional de las cláusulas: en primer lugar, que el trabajador debe haber completado los períodos de carencia para lucrar la pensión de jubilación, y en segundo lugar, que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo, sólo es admisible cuando forma parte de la política de empleo de manera que, en ningún caso, puede dar lugar a una amortización de puestos de trabajo. Por lo tanto los presupuestos que esta medida requiere son la cláusula de salvaguarda de plantilla y la compensación adecuada, que se identifica con el reconocimiento de la pensión y, de alguna manera también, con la obtención de mejoras voluntarias de su cuantía a cargo de la empresa". *Cfr. "La jubilación laboral..." Op cit.,* pág. 657.

en el párrafo 1º de dicha disposición adicional, también, si son válidas las cláusulas de Convenios colectivos que fijen la edad de jubilación por encima de los 69 años; y en definitiva, si es posible fijar en el marco de un Convenio colectivo una edad de jubilación inferior a la edad reglamentaria, los 65 años

El TC no entra en ninguna de sus sentencias ni tan siquiera en las posteriores a la STC 58/85, de 30 de abril, a valorar si las edades antes señaladas actúan como límite a la negociación colectiva y si bien algún autor como es el caso de Tortuero Plaza, J.L., sostiene que la edad de 69 años es un límite, actúa como techo para la negociación colectiva y los pactos individuales, en un sentido parecido al expuesto en el Voto particular formulado por el Magistrado Jerónimo Arozamena en la STC 22/81, de 2 de julio, es posible llegar a considerar que declarado como inconstitucional dicho límite de edad máxima para trabajar de forma directa e incondicionada, no puede ser considerado como límite para las partes⁹⁰¹.

Por su parte el establecimiento de edades de jubilación forzosa por debajo de la edad reglamentaria, estaría condicionada a uno de los límites apuntados por el TC, garantizar la efectividad de la prestación, que incluiría no sólo lo referido a los períodos de carencia sino que también que el adelanto en este sentido no mermara de ninguna de las maneras el derecho que le hubiese correspondido en el caso de que hubiese accedido a la edad ordinaria de jubilación, los 65 años.

En cualquier caso, a tenor del vigente contenido de la Disposición adicional 26ª de la LET/94, ¿qué sentido tiene hoy en día el mantenimiento de cláusulas de jubilación forzosa en el ámbito de la negociación colectiva?

La respuesta debe ser que prácticamente ninguno, no sólo porque, la fijación de una edad forzosa de jubilación es contraria a los principios de voluntariedad y

⁹⁰¹ A esta misma conclusión llega GARCÍA BLASCO, J.; quien considera que dicho tope no puede jugar como determinante de la voluntad de las partes imponiendo la obligación de no rebasarlo, si bien considera que debería llegarse a una conclusión distinta si el Gobierno hiciese uso de la autorización prevista en la propia Disposición adicional 5ª de la LET/80, ya que en este supuesto si se respetase el contenido de dicha disposición y la interpretación que del mismo ha efectuado el TC, la

flexibilidad en la edad de retiro, por cuanto que supone la imposición de un cese obligatorio con total independencia de las circunstancias individuales que en cada caso concurren, sino que además se ha mantenido cada vez una mayor desvinculación de la política de empleo de la empresa o sector al que se aplica ya que lo que se busca no sólo es rejuvenecer las plantillas sino que también se pretende descargar a las empresas de ciertos costes que se derivan del mantenimiento de personas de edad avanzada. Sólo parece que tendría sentido la fijación de cláusulas convencionales en las que se estableciera edades de abandono de la vida laboral activa a instancias del trabajador previa compensación y vinculando esta solicitud a la contratación de un nuevo trabajador.

La aprobación del III Convenio Colectivo de RENFE para el año 1982⁹⁰², que en su cláusula 14 rebajó la edad de jubilación vigente de los 65 a los 64 años, de mutuo acuerdo entre la representación del personal y la empresa, según lo establecido en el A.N.E, dio lugar a que los trabajadores afectados por esta medida interpusieran recurso de amparo ante el TC por vulneración de los arts 14 y 35 de la CE, así como la doctrina del propio TC establecida en la STC 22/1981, al haber sido declaradas la extinciones como consecuencia de la jubilación forzosa ajustadas a derecho tanto en Magistratura como por parte del TCT y la Sala sexta del TS. En general dos son los argumentos esgrimidos por parte de estos Tribunales para rechazar la declaración de la extinción de los contratos de trabajo por jubilación como despidos nulos o improcedentes, de una parte el reconocimiento de la eficacia vinculante del Convenio Colectivo, según lo dispuesto en el art. 82 del Estatuto de los Trabajadores y el art. 37.1 de la CE, y de otra la declaración de validez de la cláusula de jubilación forzosa el insertarse como medida de política de empleo, ya que estaba prevista la contratación de nuevos trabajadores en sustitución de los jubilados.

Teniendo en cuenta el TC que se establece una conexión entre un derecho constitucional susceptible de amparo el art. 14 de la CE, derecho a la igualdad y otro

fijación de un tope actuaría como límite para la negociación colectiva. Cfr. *"En torno a la problemática jurídica de la ..."* Op cit, págs. 126-127.

⁹⁰² B.O.E, de 4 de febrero.

que no está dotado de esta protección como es el derecho al trabajo, art. 35 de la CE, a efectos de habilitar el uso de la vía de amparo ante el TC.

El TC considera y así lo manifiesta en su STC 95/1985, de 29 de julio⁹⁰³, que el juicio de constitucionalidad debe limitarse al carácter justificado o no de la diferencia de trato establecida entre los que han alcanzado y los que no una determinada edad, sin que pueda plantearse el análisis y examen del concepto o contenido del derecho al trabajo y las posibles limitaciones a este derecho tal y como querían las partes demandantes. Así, como problema de igualdad el pronunciamiento del TC debe recaer exclusivamente sobre el carácter justificado o no de la desigualdad que se considera discriminatoria.

Partiendo el TC del contenido de la STC 58/1985, de 30 de abril que en síntesis tal y como acabamos de ver estimó que no puede considerarse que constitucionalmente resulte prohibida la negociación colectiva de un derecho individual que es el que resulta afectado por la jubilación, de ahí que el TC acogiendo a esta doctrina considere del todo injustificado que vuelva a cuestionarse la idoneidad de la negociación colectiva como instrumento para fijar edades de jubilación.

Frente al argumento también expuesto por las partes de que la cláusula del Convenio colectivo cuestionada incumple el contenido de la STS 22/1981, de 2 de julio, especialmente en relación con la necesidad de que el Convenio Colectivo garantice la percepción de la correspondiente pensión de jubilación a los trabajadores cesados y que se prevea el ingreso de un número de trabajadores equivalente a los que cesan, el TC se centra en el primero de ellos y así considera, en relación con la necesidad de garantizar la pensión al trabajador afectado por la jubilación, que esta es una cuestión que debe resolverse en relación con cada trabajador afectado y no en función de una consideración abstracta de la norma y así reconociendo que "la

⁹⁰³ Con posterioridad a esta sentencia y en relación con el III Convenio Colectivo de Renfe se plantearon diversas demandas de amparo, resueltas por el TC en sus SSTC 111 a 136/1985, de 11 de octubre, al no haberse acumulado los recursos declarando en todas ellas que desestima los recursos planteados al considerar que no es constitucionalmente discriminatoria el establecimiento de una edad para la permanencia en el trabajo (jubilación forzosa) siempre que se justifique precisamente por una medida constitucional tal y como ya había declarado el propio TC en la STC 95/1985, de 29 de julio.

jubilación forzosa exige la pensión ya que la Ley que sirve de fundamento para su establecimiento no alude a la extinción por edad sino a la jubilación, incluyendo obviamente e en el concepto la percepción de pensión para el trabajador", defiende que en este caso concreto ningún demandante ha invocado que la jubilación se ha producido sin pensión.

En relación con el otro elemento, la exigencia de que se prevea la sustitución de unos trabajadores por otros, el TC se limita incomprensiblemente a señalar que existen pronunciamientos de Tribunales Laborales que consideran que se trata de una medida de solidaridad que cubre el necesario engarce de la jubilación con la política de empleo, sin entrar a valorar la exigibilidad de tal medida máxime cuando el Convenio de RENFE cuestionado disponía de una cláusula, la 11 donde expresamente se disponía que la empresa al objeto de mantener el empleo se comprometía a contratar un número de agentes equivalente al de las bajas que se produjeran por, entre otras cuestiones jubilaciones forzosas.

En opinión del TC, si bien "es cierto que el establecimiento de un límite de edad para la permanencia en el trabajo origina una desigualdad con respecto a aquellos trabajadores que aún no la han alcanzado, la consecuencia no es inconstitucionalmente discriminatoria pues aparece precisamente justificada por una medida constitucional", sin que pueda como es obvio plantearse la comparación entre trabajadores de RENFE afectados por la norma convencional y trabajadores de otros sectores o empresas, ya que las diferencias de condiciones de trabajo y empleo son connaturales a la negociación colectiva que se adopte en cada caso en atención a las condiciones e intereses de los diversos colectivos sobre los que actúa.

Si bien es cierto que el TC, como hemos visto, ha manifestado de forma expresa que el Convenio colectivo es el instrumento idóneo para el establecimiento de la jubilación forzosa, ha determinado, a su vez, cuáles son los límites para considerar que el Convenio colectivo no vulnera, entre otros, el derecho al trabajo, es necesario destacar que en la práctica, los límites fijados de forma genérica por parte del TC han ido desconfigurándose en la interpretación que de ellos han hecho los Tribunales, que

lejos de defenderlos con firmeza han ido flexibilizándolos. Siendo necesario, asimismo indicar que por su parte los Convenios colectivos que han aprobado cláusulas en este sentido, no han respetado los límites fijados por parte del TC, especialmente el que hace referencia a la necesidad de adecuar la jubilación forzosa a la política de empleo, siendo utilizada más como una medida de amortización de puestos de trabajo que no como una medida de reparto de empleo.

1.1.4.3 La jubilación forzosa de los estibadores portuarios y de los trabajadores centros militares.

Si bien tal y como acabamos de ver el cauce ordinario para la fijación de la jubilación con carácter forzoso es y ha sido, no sin la existencia de algunos e importantes límites y condicionantes, el Convenio Colectivo, existen supuestos en los que el establecimiento de un cese o retiro obligatorio deriva no de una norma convencional sino de una norma estatal que declara de forma expresa la jubilación obligatoria de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, como en el caso de los estibadores portuarios y en el de los trabajadores civiles en centros militares.

Por lo que respecta a los primeros, los estibadores portuarios, es necesario señalar que la relación laboral de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de sujetos que desempeñan las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las CCAA, fue considerada relación laboral especial en virtud de lo dispuesto en la Disp. Adic. Primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto.

El año 1986, mediante la aprobación del RD-Ley 2/1986, de 23 de mayo⁹⁰⁴, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques se dio luz verde a la nueva regulación de este colectivo, superando a la normativa precedente que tanto por su dispersión y distinto origen temporal, como por su falta de adecuación en

⁹⁰⁴ B.O.E, de 27 de mayo.

determinados aspectos al marco jurídico constitucional requería de una revisión a fondo permitiéndose además, a través de esta norma, adaptar el marco normativo de esta relación laboral especial al entorno institucional sobre todo si se tiene en cuenta la fecha de aprobación, estrechamente vinculada con la incorporación de España a la CEE, Hoy UE.

La normativa reguladora de esta relación laboral incorporó en su Disp. Transitoria Tercera, en el mismo sentido que la Disp. Trans. cuarta del RD 371/1987, de 13 de marzo⁹⁰⁵, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución del RD-Ley 2/86, una referencia a la jubilación forzosa al disponer que: "de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores la fecha límite de la capacidad para trabajar de quienes se encuentran inscritos en los censos gestionados por la Organización de Trabajos portuarios en la fecha de entrada en vigor de este RD-Ley será aquella en que estos trabajadores cumplan la edad de jubilación que le corresponda de acuerdo con el régimen de Seguridad Social aplicable. Esta jubilación forzosa sólo podrá tener lugar si el trabajador hubiese completado los períodos de carencia necesarios para percibir la correspondiente pensión de jubilación".

En el marco del nuevo régimen laboral establecido en el ámbito portuario por estas normas de 1986 que tratan de adecuar las peculiaridades del trabajo portuario a las reglas generales del derecho laboral, se incorpora el mecanismo de jubilación forzosa cumpliendo los requisitos exigidos por el TC en sus sentencias 22/81 y 58/85, como una medida positiva de política de empleo tratando de sustituir empleo precario por empleo estable, aunque se introducen dos salvedades importantes a tener en cuenta; en primer lugar, que la Autoridad Laboral puede acordar la suspensión de la aplicación de la jubilación forzosa cuando a la vista de los informes pertinentes emitidos a instancia de la Organización de Trabajadores Portuarios se ponga de manifiesto que como consecuencia de la aplicación de una medida como esta pudiera derivarse la inexistencia de trabajadores portuarios con la calificación adecuada para el mantenimiento de la regular actividad en un puerto. Esto pero no será obstáculo para que los trabajadores afectados puedan solicitar su jubilación con carácter voluntario y

⁹⁰⁵ B.O.E. de 16 de marzo.

en segundo lugar, que de conformidad con lo dispuesto en uno de los incisos finales de la Dispos. Trans. Tercera antes citada, lo previsto en la misma sólo será de aplicación por un período máximo de 5 años contados a partir de la entrada en vigor del RD-Ley 2/1986, de 23 de mayo⁹⁰⁶.

El Reglamento de desarrollo de este RD-Ley 2/1986, de 23 de mayo introdujo una tercera cuestión a tener en cuenta al condicionar la aplicación de la jubilación forzosa a que la vacante que ésta genera sea cubierta por otro trabajador. Obviamente esta referencia se inserta en el marco de las reflexiones y comentarios contenidos en la jurisprudencia del TC ya comentados que para salvar las más que probable inconstitucionalidad de esta norma relaciona la adopción de una medida como ésta, la jubilación forzosa, a la política de empleo y se exige por ello que la vacante producida sea cubierta por un nuevo contrato tratando de evitar que se utilice para amortizar puestos de trabajo.

Teniendo en cuenta la fecha de aprobación de estas normas como es obvio se adecuan al contenido de los pronunciamientos del TC que con anterioridad ya se habían manifestado sobre la validez de estas cláusulas, a pesar de esto siguen existiendo serias dudas sobre la legitimidad de las mismas, dudas que, en general, giran en torno a la vinculación de la jubilación forzosa con la política de empleo y que los Tribunales que han entrado a valorarla (no se ha planteado ante el TC), la han rechazado, pero que se extienden incluso sobre la validez de la norma utilizada.

Así por ejemplo se ha llegado a cuestionar incluso la validez de la norma empleada (RD-Ley) para regular esta cuestión frente a la reserva de Ley para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales a que aluden los

⁹⁰⁶ De conformidad con lo dispuesto en la Disp. Transit. 8ª de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, Presupuestos Generales para 1992 << el plazo para la aplicación de estas medidas previstas en la Disp. Transit. 3ª del RD-Ley 2/1986, de 23 de mayo, tendentes al ajuste de las plantillas operativas en cada Sociedad estatal de Estiba y Desestiba, se extenderá a un período de diez años, computándose para cada una de ellas a partir del momento de su constitución>>"; cuestión ésta que fue reiterada en el apartado Tercero de la Disp. Transit. Tercera de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre. (BOE., de 25 de noviembre).

arts. 53. 1, 81.1, y 86.1 de la CE⁹⁰⁷, llegando el TS a desestimar el recurso de casación por infracción de ley planteado, en su sentencia de 21 de diciembre de 1989 (Ar. 9065), al considerar que, citando como punto de referencia la STC 3/1988, de 21 de enero⁹⁰⁸, “no cabe una interpretación de esta restricción que suponga el vaciamiento de la figura del Decreto-Ley y su inutilidad absoluta”, concluyendo al respecto que: “la prohibición de dicho precepto ha de entenderse como impeditiva, no de cualquier incidencia en los derechos recogidos en el Título I (de la CE), sino de una regulación por Decreto Ley del régimen general de los derechos, deberes y libertades contenidos en ese título, así como de que por Decreto-Ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos”, por ello finaliza señalando que teniendo en cuenta esta doctrina y aplicándola al caso que se enjuicia “no puede entenderse que en la normativa de la Dispos. Transit. Tercera del RD-Ley 2/1986 se contenga una afectación constitucionalmente prohibida del derecho al trabajo, en cuanto contiene solamente un límite coyuntural (con un período máximo de cinco años), finalista (en cuanto inserto en el marco de la política de empleo) y en todo caso garante de las situaciones individualmente afectadas (pues se exige que se completen los períodos de carencia)”⁹⁰⁹.

El TS en relación no tanto con la validez del mecanismo empleado, tal y como acabamos de ver, un RD-Ley, para dar luz verde y contenido a esta medida, sino con el vínculo que debe existir entre la jubilación forzosa, en este caso de los estibadores portuarios y la política de empleo parece optar en algún caso por la interpretación flexible de este requisito, interpretación anteriormente comentada al hacer un análisis del Convenio colectivo como mecanismo idóneo para la fijación de la jubilación forzosa y de los límites que del mismo se derivaban, de las que son un claro exponente las ya citadas sentencias del TS de 27 de octubre de 1987 (Ar. 7210 y 7211), donde se establece que: “el mantenimiento a ultranza de un determinado número de puestos de trabajo, en términos absolutos, no es principio configurador del orden público laboral: el propio Estatuto de los Trabajadores prevé y regula, con alcance colectivo, la

⁹⁰⁷ Vid, entre otros, ESTEVE SEGARRA, A., “La jubilación...” Op cit., pág(s). 114-120.

⁹⁰⁸ B.O.E, de 5 de febrero.

⁹⁰⁹ Vid, en este mismo sentido, entre otras STS de 21 de diciembre de 1989 (Ar. 9065).

extinción de los contratos de trabajos por causas tecnológicas y económicas y por fuerza mayor (artículo 51) con determinadas compensaciones, que en la negociación colectiva también puede otorgarse. Por razones del entorno económico y social y por concretas exigencias de la política de empleo ha debido acudir, en no pocas ocasiones que por ser patentes resulta ocioso pormenorizar, a medidas estatales de reducción de plantillas. De ahí que no resulte aceptable la conclusión de que el Convenio Colectivo necesariamente haya de incluir cláusula alguna explícita que obligue a cubrir los puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados, porque tal sea <<el fin constitucionalmente válido para que la fijación de una medida de jubilación forzosa no sea... discriminatoria>>. Si la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores y el bienestar social colectivo afectado reclaman el sacrificio de determinados derechos individuales, la jubilación forzosa puede ser resultante de la negociación colectiva, sin más condicionamiento que garantizar el percibo de la pensión pertinente”⁹¹⁰.

Tal y como, en este sentido se establece en la STS de 28 de febrero de 1990 (Ar. 1250), “la legitimidad de la jubilación forzosa, (referida también al caso de los estibadores portuarios), no exige, inexorablemente, la previsión literal de la contratación de otros trabajadores en sustitución de los jubilados, sino que aquella medida guarde una relación directa o inmediata con la creación de puestos de trabajo, por lo que cabe incluir, en su concepto legitimador, aquella política que directa e inmediatamente a través de la transformación de relaciones jurídicas inestables y discontinuas en contratos de trabajo estables e indefinidos, cree puestos de trabajo en sentido pleno”.

⁹¹⁰ En este mismo sentido, SSTs de 28 de febrero; 27 de marzo; 10 y 24 de abril de 1990 (Ar. 1250; 2353; 3452; y 3492). STSJ Canaria/Santa Cruz de Tenerife de 24 de marzo de 1993 (Ar. 1186), donde expresamente se reconoce esta recepción flexible del requisito comentado: “la exigencia, de enmarcar dicha medida de jubilación forzosa e el seno de la política de empleo, aparece en la doctrina del TS muy difuminada al tener éste una concepción muy amplia de lo que dicha política supone, considerando suficiente sólo la de garantizar las correspondientes prestaciones previstas por la Seguridad Social, y por ello a pesar de la desviación que se observa en relación con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional al diseñar el marco de encaje constitucional de la jubilación forzosa por edad”.

Aunque parece que la utilización de estos criterios flexibles del uso que debe hacerse de la jubilación forzosa y su vinculación con la política de empleo, ha ido cediendo terreno a favor de aquellos otros que más acorde con la interpretación dada por el TC abogan por la necesidad de que la jubilación forzosa vaya unida a la contratación de un nuevo trabajador en sustitución del que accede a la situación de pensionista, como se establece en la STS de 29 de octubre de 1990 (Ar.7937), la inclusión de esta medida en el caso de los estibadores portuarios no ha estado exenta de ciertas críticas, en general, centradas en el hecho de considerar que en modo alguno puede entenderse que tal y como la jubilación forzosa ha sido recogida en la Disp Transit. Tercera del RD-Ley 2/1986, de 23 de mayo, persiga un fin estrechamente vinculado a la política de empleo ni tan siquiera en su sentido más flexible ya que lo que en verdad se persigue es disminuir, reducir sin más los puestos de trabajo existentes⁹¹¹.

⁹¹¹ CEBRIAN BADÍA, F.J., señala que: "La medida no esta encaminada al <<reparto>> de trabajo, ni el cese va acompañado de compensación indemnizatoria (el derecho a la pensión preexistía al cese y aunque éste es condición de la pensión, el cese voluntario también cubriría el requisito para el lucro de aquélla). La medida (según confiesa el texto) está encaminada a disminuir el número de puestos de trabajo en vista de la necesidad de <<racionalización de la estructura y volumen actuales de la plantilla... como consecuencia de las aplicación de nuevas tecnologías>>. La exposición de motivos explica que con el nuevo régimen (sobre trabajadores portuarios) se pasa del empleo precario (aludiendo al antiguo sistema de Organización de Trabajadores Portuarios) al empleo estable y que con ello constituye (dice) una <<medida positiva de política de empleo>>, deduce que resulta ilícito el mecanismo de jubilación forzosa de referencia". Cfr., *"La jubilación forzosa del..." Op cit*, pág. 182. En este mismo sentido SALVADOR PÉREZ, F., señala que son varias las razones para considerar criticable este establecimiento de la jubilación forzosa; así en síntesis señala que en primer lugar porque utiliza la estabilidad en el empleo como una especie de coartada para introducir una medida que afecta directamente a la libertad de trabajo; en segundo lugar porque no se trata propiamente de una medida positiva de política de empleo rectamente entendida, estos es, dirigida a la creación de puestos de trabajo o, cuando menos, al mantenimiento de los existentes, al contrario se trata tal y como este autor señala de una medida pura y llanamente de flexibilización empresarial, destinada a la reducción de las plantillas. Si a ello unimos que resulta también criticable para este autor, la toma de razón que las disposiciones del servicio de estiba hacen de la Disp. Adic. 5ª del ET/1980 y de las SSTC, en el primero de los casos porque reproducir parcialmente los términos literales de la mencionada disposición supone acudir al mismo pronunciamiento que ha sido invalidado por el Tribunal Constitucional; y en relación con la segunda de las remisiones, debido a que se desconocen las condiciones que han fijado la doctrina constitucional para el legítimo establecimiento de estas medidas. Llegando por todo ello a calificar el procedimiento del RD-Ley 2/1986 "como una especie de simulación en la utilización de la jubilación forzosa, toda vez que, bajo la apariencia de constituir una medida de política de empleo, en realidad se utiliza para reducir las plantillas de personal"; existiendo motivos que ponen de manifiesto el carácter inapropiado de la medida, "sobre todo, porque si de reducir el número de trabajadores portuarios se trata, el ordenamiento contempla un procedimiento más adecuado para la regulación de empleo, previsto en el artículo 51 del ET y pasando los trabajadores afectados a una situación de prejubilación protegida a través de <<ayudas equivalentes>> a la pensión de Seguridad Social>>". Cfr. *"La jubilación laboral..." Op cit*, págs 669-670.

A pesar de que la jurisprudencia del TS ha ido creando un cuerpo doctrinal en defensa de la legalidad de esta medida, la verdad es que en muchas ocasiones la endeblez de dicha doctrina, no es óbice para que pueda considerarse que el cauce utilizado para la fijación de la jubilación forzosa se aparta de la doctrina emanada del TC que en síntesis han defendido que es, tal y como hemos visto, el ámbito del Convenio colectivo en el que mejor se adecua la fijación de un límite a la capacidad para trabajar con motivo de la edad y que la validez de una medida como ésta se asienta en el hecho de vincular la jubilación forzosa con la política de empleo.

El TS ha venido a reconocer esta situación en numerosas ocasiones y ha tratado de salvar esta posible tacha de inidoneidad del medio utilizado, a través de la aplicación extensiva de ciertos acuerdos tripartitos que ha venido a convalidar el contenido de las normas citadas. Así el propio TS ha declarado que: “sirven de apoyo a su validez y eficacia la suscripción conjunta en noviembre de 1986, por la Administración, los Sindicatos y las Asociaciones Empresariales más representativas, del Acuerdo Tripartito para el desarrollo del meritado Real Decreto Ley 2/1986, así como el denominado Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario suscrito el 5 de febrero de 1988⁹¹² cuya Disposición Transitoria Primera atiende al cumplimiento del precitado Real Decreto-Ley; lo que implica la asunción por las propias partes implicadas, a través de un Convenio Colectivo, de las medidas acordadas por el legislador con la eficacia que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 30 de abril de 1985, ha conferido, al declarar expresamente no anticonstitucional el párrafo segundo de la Disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores”⁹¹³.

La garantía del percibo de una pensión de jubilación como consecuencia de la aplicación de la jubilación forzosa mediante la exigencia de que la aplicación de esta medida sólo podrá tener lugar si el trabajador hubiese cumplido los períodos de carencia necesarios para recibir la correspondiente pensión de jubilación si bien es una

⁹¹² B.O.E, de 4 de marzo.

medida de derecho necesario en modo alguno puede considerarse como suficiente para legitimar la adopción de la jubilación forzosa en sentido general, por cuanto que es un requisito condicionante que afecta a la validez de la medida no a su legalidad.

Por su parte, en el caso de los trabajadores civiles no funcionarios en centros militares, en desarrollo de lo previsto en la Dipos. Adic. 7ª de la LET/1980, fue aprobado el RD 2205/1980, de 13 de junio⁹¹⁴ que regula precisamente las relaciones de trabajo del personal civil no funcionario en Fábricas y Establecimientos militares, en cuyo art. 51 preveía la extinción de la relación por jubilación a los 69 años de edad.

El origen de esta disposición lo encontramos en la Reglamentación de Trabajo del personal civil de las Fábricas Militares (aire y tierra) y de la Armada, aprobada por Decreto de 20 de febrero de 1958⁹¹⁵ donde ya se establecía en su art. 82 bajo la rúbrica de jubilación que: “el personal civil no funcionario de los Establecimientos Militares de los tres ejércitos podrá jubilarse voluntariamente siempre que haya alcanzado la edad, servicios y demás condiciones que se fijen en sus respectivos Estatutos de Montepíos o Mutualidades Laborales; pero será forzosa la jubilación al cumplir los setenta años”.

La aprobación el año 1967 de una nueva Reglamentación de trabajo del personal civil no funcionario de los Establecimientos Militares de los tres ejércitos, por el Decreto 2525/1967, de 20 de octubre de 1967⁹¹⁶, mantuvo el carácter forzoso de la jubilación al establecerse en el art. 62 de la misma que: “el personal causará baja forzosa, pasando a la situación legal de vejez al cumplir los setenta años, si no lo hubiera sido con anterioridad voluntaria y por falta de aptitud”.

⁹¹³ Vid, al respecto: SSTS de 18 y 21 de diciembre de 1989 (Ar. 9041 y 9045); de 28 de febrero; 9 y 27 de marzo; y 10 de abril de 1990 (Ar. 1250, 3085, 2353, y 3452 respectivamente); STSJ de Andalucía/Málaga de 24 de junio de 1994 (Ar. 2349).

⁹¹⁴ B.O.E. de 18 de octubre.

⁹¹⁵ B.O.E. de 1 de marzo.

⁹¹⁶ B.O.E. de 25 de octubre.

El art. 51 del RD 2205/1980, de 13 de junio, que mantiene en idénticos términos que los establecidos en la Disp. Adic. 7ª, la edad de jubilación forzosa a los 69 años, adolece de un defecto de alcance ciertamente importante por cuanto que carece de las limitaciones y reservas que a tenor de la doctrina constitucional han ido estableciéndose con el objeto de justificar la fijación de edades de jubilación forzosa.

Así, tal y como ha señalado el TS en su sentencia de 15 de febrero de 1983 (Ar. 656), debe extenderse a las relaciones especiales, en este caso referida a la del representante de comercio, la doctrina establecida por el TC entre otras en su STC 22/1981, de 2 de julio, tal y como posteriormente hace el propio TCT en sus SSTCT den 12 de septiembre de 1983 (Ar. 7673) y de 1 de octubre de 1986 (Ar. 8755), en este caso ya referido a los trabajadores en centros militares, considerando que: "la extinción obligatoria del contrato prevista en el art. 51 del RD 2205/1980, no constituye una especialidad que pueda justificarse en la salvaguarda de los intereses de la Defensa nacional, sino en una mera reproducción de lo establecido, con carácter general, en la Disposición Adicional 5ª del ET, y en el que tampoco concurren ninguna de las circunstancias que podrían legitimar el señalamiento de un tope de edad para la jubilación".

Entendiendo, así pues, que el contenido del RD en cuestión no es más que una mera transposición del contenido de la ya tantas veces citada Disp. Adic. 7ª de la LET/1980, y que no existe causa alguna que justifique el establecimiento particularizado de una edad de jubilación para este colectivo, la fijación de este tope de edad, debe ser sometido al conjunto de límites y cautelas previstos por el TC a la hora de interpretar la dispos. adic. 7ª de la LET/1980, pudiendo llegar a entenderse que, en cierta medida, siendo una mera transposición, que carece de fundamento específico, es innecesaria máxime cuando la norma de la que se nutre prevé el establecimiento del límite comentado con un alcance general dejando en manos de la norma colectiva su concreción específica. Sólo si nos atenemos al origen prestatutario de la norma comentada, y a la naturaleza de Reglamentación de Trabajo de misma⁹¹⁷, puede

⁹¹⁷ Sobre las relaciones existentes entre ambas disposiciones, la Reglamentación de Trabajo o de la interpretación del TC en la S 22/1981, si bien parece que el TS y el TCT han mantenido

entenderse que el RD 2205/1980, haya mantenido ese límite tradicional sin más sin haber tenido en cuenta ni tan siquiera la interpretación que con posterioridad ha ido realizando el TC a medida que ha ido resolviendo los diferentes recursos de inconstitucionalidad planteados al respecto.

1.1.4.4 La jubilación forzosa en el ámbito de la negociación colectiva.

La incorporación de la Disposición adicional 5ª de la LET/1980, que de conformidad con la interpretación establecida por el TC, en las sentencias ya comentadas, permite la fijación de un límite de edad para trabajar siempre y cuando se garanticen unos determinados requisitos y se inserte en el marco de la política de empleo facilitando que mediante la salida de un trabajador del mercado de trabajo se produzca un aumento automático y directo de las disponibilidades del mercado y por ende las posibilidades de incorporación de un trabajador en situación de desempleo o de un joven demandante de empleo, y muy especialmente el párrafo 2º de dicha disposición que efectúa una remisión a la negociación colectiva para que sea en el marco de ésta donde se establezcan libremente edades de jubilación, daba luz verde para que en el ámbito de la negociación colectiva se procediera a regular la edad de jubilación dotándola de una cierta entidad y con un alcance y significado que permitiese aplicar la doctrina emanada del TC en torno a la problemática derivada del establecimiento de una edad de jubilación forzosa y el derecho o la libertad para trabajar más allá de los límites de edad fijados.

Lejos de los designios o propósitos del TC, de un examen general del contenido de las disposiciones que incorporan los Convenios colectivos en materia de

pronunciamientos diferenciados, vid al respecto, entre otras, SSTCT de 22 de septiembre de 1983 (Ar. 7673) y de 1 de octubre de 1986 (Ar. 8755): el primero reconociendo la prevalencia de la Reglamentación sobre la doctrina del TC y el TCT a la inversa declarando el predominio de la doctrina del TC sobre la norma reglamentaria laboral, tal y como señala SALVADOR PÉREZ, F.; "esta contradicción es aparente, debido a que en el primer caso se coteja la disposición reglamentaria con el precepto del ET, mientras que en el segundo se confronta la norma de trabajo a la interpretación constitucional de aquella disposición. Donde puede producirse la contradicción es que, en ambos casos,

jubilación, se puede concluir que los interlocutores sociales, han pasado a regular la jubilación en el ámbito de la negociación colectiva desde perspectivas distintas a la de fijar libremente edades de jubilación a que aludía la Disp. adic. 5ª de la LET/1980 y alude la vigente Disp. adic. 10ª de la LET/1994, y que en parte debería concretarse en el establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa u obligatoria.

No puede negarse el importante papel que ha desempeñado, desempeña y debe desempeñar la negociación colectiva en esta materia fruto de la remisión que las citadas disposiciones adicionales efectúan y han efectuado al Convenio colectivo convirtiéndolo en el medio idóneo a partir del cual disponer una edad de jubilación obligatoria.

Al analizar precisamente este carácter que la LET/1980 atribuye al Convenio colectivo como de instrumento más adecuado para el establecimiento de edades de jubilación ya hemos tenido ocasión de valorar cuál ha sido el análisis que se ha hecho de la remisión que la LET realiza en este sentido y cuáles han sido los problemas derivados de la inclusión en algunos Convenios colectivos de cláusulas de jubilación forzosa⁹¹⁸ sobre todo con carácter previo a la promulgación de la STC 58/1985 de 30 de abril que delimita los parámetros por los que discurren y deben discurrir estas cláusulas convencionales.

Tal y como hemos tenido ocasión de apreciar en otro momento de este trabajo⁹¹⁹ la gran mayoría de los Convenios colectivos que incorporan cláusulas de jubilación se centran en el desarrollo de la jubilación anticipada, en concreto en el

el dato decisivo en el que se basa el fallo, es la edad y no en el cauce a través del cual se establece el cese obligatorio". Cfr. "La jubilación..." *Op cit.*, pág. 664.

⁹¹⁸ En opinión de GARCÍA MURCIA, J., y que puede servir de síntesis al examen ya efectuado al respecto con anterioridad, vid, al respecto apartado 1.1.3.5, Parte III de este mismo trabajo que la fórmula utilizada en numerosos Convenios colectivos, por la cual se obliga al trabajador a cesar en su trabajo por el mero cumplimiento de la edad estipulada haya provocado muchos litigios deriva no sólo de la reacción obvia del trabajador que ha de jubilarse, sino que existen dos fundamentos jurídicos de peso; "En primer lugar, no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que permita explícitamente al Convenio incluir edades de jubilación forzosa (...) Y en segundo lugar, la extinción del contrato de trabajo por el mero hecho de cumplir una edad determinada puede representar la lesión de otros derechos del trabajo reconocidos con un alto rango en nuestro sistema jurídico (como derecho al trabajo), o puede afectar al principio de igualdad".

⁹¹⁹ Vid, al respecto apartado 1.1.3. 5. Parte III.

establecimiento de premios o gratificaciones para aquellos trabajadores que optan por adelantar su paso a la situación de jubilado. Son escasos los Convenios colectivos que han optado por fijar edades de jubilación forzosa de conformidad con la posibilidad prevista en la vigente Disposición adicional 10ª de la LET/1994, de tal manera que en aquellos casos en que si se establece una edad de jubilación forzosa la fórmula utilizada es diversa, en ocasiones se habla específicamente de que "la jubilación será obligatoria"⁹²⁰ o "forzosa"⁹²¹, o que los trabajadores "deberán jubilarse obligatoriamente"⁹²² o forzosamente"⁹²³ e incluso de que "se establece la jubilación forzosa"⁹²⁴, mientras que en otras se opta por hacer referencia a cuáles son los efectos que se derivaran de la jubilación, así se establece por ejemplo que al cumplimiento de una determinada edad los trabajadores "causarán baja en la empresa"⁹²⁵, evitando de esta manera el uso de los términos obligatorio o forzoso o que "el cese obligatorio por jubilación se producirá al cumplir el trabajador la edad establecida"⁹²⁶, e incluso en

⁹²⁰ Vid, entre otros, del Convenio colectivo de Estaciones de Servicios, Resolución de 11 de junio de 1997 (B.O.E. de 6 de julio); Convenio Colectivo profesional entre el ente público de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el Colectivo de Controladores de la Circulación Aérea, Resolución de 4 de marzo de 1999 (B.O.E. de 18 de marzo); Convenio colectivo estatal de agencias de viaje, Resolución de 28 de septiembre de 1999 (B.O.E., de 19 de octubre); y Convenio colectivo de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, Resolución de 10 de mayo de 1999 (B.O.E., 14 de mayo).

⁹²¹ Vid, entre otros, Convenio colectivo estatal de Metalgráfica y Envases metálicos, Resolución de 10 de septiembre de 1998 (B.O.E., de 29 de septiembre).

⁹²² Vid, entre otros, Convenio colectivo básico de ámbito estatal para la fabricación de conservas vegetales, Resolución de 12 de noviembre de 1997 (B.O.E. de 26 de noviembre); Convenio colectivo de las empresas de exhibición cinematográfica, Resolución de 4 de enero de 1999 (B.O.E., de 26 de enero); y Convenio colectivo de distribución cinematográfica, Resolución de 10 de noviembre de 1999 (B.O.E., de 2 de diciembre).

⁹²³ Convenio colectivo Nacional de Residencias Privadas de la Tercera Edad, Resolución de 9 de julio de 1997 (B.O.E. de 30 de julio).

⁹²⁴ A título de ejemplo: III Convenio colectivo de empresas de Enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos Públicos, Resolución de 24 de septiembre de 1997 (B.O.E. de 8 de octubre); y III Convenio colectivo estatal de Colegios Mayores Universitarios Privados, Resolución de 18 de agosto de 1999 (B.O.E. de 6 de septiembre).

⁹²⁵ Como en el caso del Convenio colectivo laboral para la Fabricación de alimentos compuestos para animales, Resolución de 12 de noviembre de 1998 (B.O.E. de 4 de diciembre) en cuyo art. 45 expresamente se establece que la jubilación será obligatoria a los 65 años, al establecerse que cuando los trabajadores tengan cubiertas las condiciones que exige la normativa de la Seguridad Social, equivalente al 100%, deberán causar baja en la empresa.

⁹²⁶ Vid, en este sentido, III Convenio colectivo Estatal de Enseñanza y Formación no reglada, Resolución de 11 de diciembre de 1998 (B.O.E. de 12 de enero de 1999); VI Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada del régimen general o enseñanza sin ningún nivel concertado o subvencionado, Resolución de 4 de agosto de 1999 (B.O.E. de 25 de agosto de 1999); y Convenio

ocasiones se opta por fijar, a imagen y semejanza de lo dispuesto en la LET, una "edad máxima para trabajar"⁹²⁷.

Por norma general, se opta por la incorporación de alguna cláusula en la que se establece el carácter forzoso u obligatorio de la jubilación al cumplimiento de una determinada edad, mayoritariamente los 65 años, aunque hay Convenios colectivos que fijan la edad de jubilación a los 64 años⁹²⁸ e incluso en algún caso, aunque excepcional, a una edad inferior⁹²⁹ o superior⁹³⁰.

Se prevé mayoritariamente en aquellos casos en los que el trabajador afectado cumple los requisitos necesarios para poder acceder a la pensión de jubilación, ajustándose de esta manera a las manifestaciones efectuadas al respecto por el TC al

colectivo de ámbito estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil, Resolución de 28 de diciembre de 1999 (B.O.E, de 25 de enero).

⁹²⁷ En los supuestos en los que se recurre a esta fórmula de fijar una edad máxima para trabajar normalmente se alude a la existencia de un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa, así se establece que: "los representantes de los trabajadores y la Empresa pactan en el presente Convenio que, de cualquier modo la edad máxima para trabajar será de 65 años", como en el caso del Convenio Colectivo para la Industria de Extractivas de Vidrio, cerámica y para las del Comercio Exclusivista de los mismos materiales, Resolución de 12 de julio de 1999 (B.O.E, de 31 de julio); así como en el 1er Convenio colectivo general para el Sector del Corcho, Resolución de 18 de abril de 1996 (B.O.E, de 27 de mayo). En el primer caso el límite de edad para trabajar establecido a los 65 años sólo es aplicable para determinados niveles salariales o de clasificación profesional, en concreto, del 1 al 7 y de los niveles II al XII, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia par la jubilación, mientras que en el caso del Convenio colectivo del sector del Corcho se aplica con carácter general a la totalidad de los trabajadores afectados por el Convenio.

⁹²⁸ Entre otros, vid, Convenio colectivo de ASERSA (B.O.E, de 11 de mayo de 1999); Contratas ferroviarias (B.O.E, de 21 de julio de 1999); y MAYASA (B.O.E, de 18 de agosto de 1999).

⁹²⁹ Como sucede en el caso del Convenio colectivo de CLH (B.O.E, de 29 de diciembre de 1999), así como en el Convenio colectivo de empresas de seguridad de todo el territorio nacional, Resolución de 22 de mayo de 1998 (B.O.E., de 11 de junio), al establcerse que: "ambas partes pactan de mutuo acuerdo como cuasa de extinción del contrato, cuando el trabajador cumpla los 63 años de edad siempre y cuando pueda tener acceso a la prestación de jubilación, aunque quede afectado por el coeficiente reductor legalmente establecido por las normas de Seguridad Social".

⁹³⁰ Este es el caso del Convenio colectivo estatal de los Centros de Educación Universitaria e Investigación, Resolución de 31 de enero de 2000 (B.O.E., de 22 de febrero), en cuyo art. 32.3 establece que el personal docente se jubilará obligatoriamente a los 70 años, pudiendo prorrogarse de mutuo acuerdo, la actividad, bien por razones objetivas (trabajos de difícil sustitución, por ejemplo) o por razones subjetivas (no alcanzar el número mínimo de años de cotización a efectos de la pensión de jubilación, etc.) y en todo caso a los 73 años. Los profesores de reconocido prestigio en el campo de la docencia y la investigación que se jubilen después de cumplir los 65 años, podrán continuar colaborando en las tareas académicas que de mutuo acuerdo se establezcan, a semejanza de lo establecido en las Universidades estatales para los profesores eméritos, conservando el tratamiento y honores que le correspondían hasta su jubilación. Aunque el personal no docente tiene fijada una edad de jubilación

declarar que, en cualquier caso, el establecimiento de una edad máxima para trabajar queda condicionado, entre otras cuestiones, a que la persona afectada pueda acceder a la pensión de jubilación⁹³¹.

Son muy variadas las diferentes vinculaciones que al respecto se establecen en el ámbito de la negociación colectiva, ya que en ocasiones se conecta el cumplimiento de la edad de jubilación y el consiguiente cese en el trabajo con el cumplimiento del período de carencia general de 15 años⁹³²; en otras, sin embargo, con que se garantice que en el momento de pase obligatorio a la situación de pensionista se tenga derecho a un determinado porcentaje de la base reguladora⁹³³; e incluso existen algunos supuestos en los que nada se dice el respecto debiendo entenderse que en estos casos la jubilación forzosa resta condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos en cada momento por la norma para tener derecho a la pensión de jubilación.

En la gran mayoría de supuestos se vincula el pase a la condición de jubilado con carácter forzoso con la necesidad de garantizar el derecho a la pensión de jubilación, tal y como acabamos de ver, de tal manera que, con independencia de la inclusión de una cláusula en la que se disponga una edad de jubilación obligatoria el

obligatoria inferior (65 años), también está prevista la posibilidad de ampliar la edad, por razones objetivas o subjetivas, hasta los 70 años.

⁹³¹ A título de ejemplo vid, STSJ de Galicia de 23 de enero de 1998 (Ar. 9) donde se declara como despido la jubilación forzosa de un trabajador que alcanza la edad de 65 años al no tener carencia suficiente para causar derecho a la pensión de jubilación.

⁹³² Vid, al respecto Convenio colectivo de ámbito estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil. Resolución de 28 de diciembre de 1999 (B.O.E. de 25 de enero), donde el cese obligatorio a los 65 años (art. 39) sólo podía tener lugar siempre que el trabajador tuviera cubierto el plazo mínimo de cotización. En este mismo sentido art. 30 del Acuerdo Marco Estatal que regula las actividades industriales y comerciales tanto al mayor como al detall de Pastelería, Confitería, Bollería, Repostería y Platos combinados. Resolución de 13 de febrero de 1996 (B.O.E. de 11 de marzo), donde si bien se establece como obligatoria la jubilación a los 65 años de edad ésta sólo se producirá siempre y cuando se acredite la carencia mínima o se tenga cubierto el plazo mínimo de cotización.

⁹³³ Así, por ejemplo en el 1er Acuerdo Marco Laboral para la Regulación de las Condiciones de Trabajo en las empresas exhibidoras cinematográficas. Resolución de 4 de enero de 1999 (B.O.E. de 26 de enero), se establece en el art. 29 del mismo que la jubilación será obligatoria siempre y cuando se tenga derecho al 100% de sus respectivas bases reguladora; En este mismo sentido vid, art. 48 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, Resolución de 23 de octubre de 1997 (B.O.E. de 11 de noviembre); y Convenio colectivo de industrias de alimentos compuestos para animales, Resolución de 12 de noviembre de 1998 (B.O.E., de 4 de diciembre). Por su parte el Acuerdo General para las empresas de transportes de mercancías por carretera. Resolución de 13 de enero de 1998 (B.O.E. de 29 de enero), acuerdo vigente hasta el 31 de diciembre del año 2000, se exige en su art. 25, tener una carencia suficiente para tener derecho a una pensión no inferior al 75% de la base reguladora.

trabajador tiene derecho a permanecer en activo más allá de los límites inicialmente previstos para poder cumplir con los requisitos que dan derecho a la pensión de jubilación y es una vez cumplidos éstos cuando de forma automática pasa a la situación de jubilación. En este sentido parecen muy acertadas todas aquellas cláusulas en las que si bien se establece la jubilación con carácter obligatorio o forzoso a una determinada edad, ésta se prevé "sin perjuicio de que dicho trabajador pueda completar los períodos de carencia en la cotización a la Seguridad Social, en cuyo caso la jubilación será obligatoria al completar éstos"⁹³⁴.

De los numerosos Convenio colectivos analizados la gran mayoría aún vigentes a finales del año 2.000, en relación con la materia objeto de examen; el establecimiento de edades de jubilación forzosa parece necesario destacar por su especial singularidad, entre otros, el Convenio colectivo nacional de Artes Gráficas, manipulados de papel y cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares⁹³⁵, que sometía la cláusula de jubilación obligatoria a los 65 años, al cumplimiento de dos requisitos, a saber, que el trabajador haya completado los períodos de carencia necesarios para percibir la correspondiente pensión de jubilación y que la Empresa dirija al trabajador afectado un escrito en el que conste el cumplimiento de esta obligación y el compromiso de asegurar una oportunidad de empleo para un trabajador desempleado utilizando cualquier modalidad de contrato, excepto el contrato a tiempo parcial por una duración mínima de 1 año.

Como puede apreciarse este Convenio colectivo se ajusta claramente al contenido de la doctrina emanada del TC al respecto, al garantizarse que el trabajador

⁹³⁴ Vid, entre otros, Art. 38 del Convenio colectivo del Personal laboral de la secretaría de Estado de la Comunicación. Resolución de 16 de octubre de 1996 (*B.O.E*, de 21 de noviembre).; art. 136 del Convenio Colectivo del ente público de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, Resolución de 10 de mayo de 1999 (*B.O.E*, de 14 de mayo); y art. 175 del Convenio colectivo profesional entre el ente público de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el Colectivo de Controladores de la Circulación Aérea, Resolución de 4 de marzo de 1999 (*B.O.E*, de 18 de marzo) cuya vigencia se extiende hasta finales del año 2004.

⁹³⁵ Resolución de 5 de enero de 2000 (*B.O.E*, de 19 de enero). Con anterioridad a esta resolución el Convenio colectivo Nacional de Artes Gráficas, Manipulado de Papeles y Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares, vigente de enero de 1994 a 31 de diciembre de 1995 y de 1 de enero a 31 de diciembre de 1996, Resolución de 11 de enero de 1995 (*B.O.E*, de 25 de enero) y Resolución de 10 de septiembre de 1996 (*B.O.E*, de 25 de septiembre), respectivamente ya incorporaban cláusulas en este sentido.

afectado tiene derecho a la jubilación y al vincular esta medida con la política de empleo, por cuanto que se prevé la sustitución del trabajador jubilado forzosamente por otro desempleado. Se incorpora incluso una garantía o requisito formal como es la necesidad de comunicarlo por escrito. La objeción más grande que cabe formular a esta cláusula es la escasa eficacia dada al efecto sustitución, ya que la empresa asume la obligación de contratar un nuevo trabajador durante un año.

En el caso del Convenio Estatal de agencias de viajes, vigente durante el año 1995⁹³⁶, el art. 30 del mismo disponía bajo la rúbrica de jubilación forzosa que el cumplimiento de la edad operará automáticamente y por sí misma la extinción del contrato y la jubilación del trabajador. Ello, no obstante y al mero efecto de notificación el empresario comunicará por escrito al trabajador la extinción del contrato dos meses antes. En el Convenio colectivo de agencias de viaje actualmente vigente⁹³⁷, aunque se mantiene la mención expresa contenida en el mismo art. 30, referida al carácter automático de la jubilación forzosa a los 65 años y su consecuencia más directa, la extinción del contrato de trabajo se ha suprimido la referencia que se hacía a la necesidad de cumplir un requisito formal como es la comunicación con dos meses de antelación a los solos efectos de poner en conocimiento del trabajador afectado que cumplida la edad establecida cesará en el trabajo.

En el tratamiento de la edad de jubilación destacan por su especial significación algunos Convenios del sector de la enseñanza, así por ejemplo en el Convenio colectivo de ámbito estatal para los centros de Educación universitaria e Investigación⁹³⁸ se establece la jubilación forzosa a los 70 años para el personal docente pudiendo prorrogarse la edad de mutuo acuerdo por razones objetivas por ejemplo en el caso de trabajos de difícil sustitución así como por razones subjetivas como en el caso de que no se alcance un número mínimo de años de cotización a efectos de la pensión de jubilación, período de carencia, etc., en cualquier caso la jubilación se producirá a los 73 años. Para el personal no docente la jubilación se produce con

⁹³⁶ Resolución de 13 de febrero de 1996 (B.O.E. de 1 de marzo).

⁹³⁷ Resolución de 28 de septiembre de 1999 (B.O.E., de 19 de octubre).

⁹³⁸ Resolución de 2 de marzo de 2000 (B.O.E. de 22 de marzo).

carácter obligatorio a los 65 años pudiendo ser también prorrogada de mutuo acuerdo hasta los 70 años como máximo.

En el caso del primer Convenio colectivo de Universidades Privadas y Centros Formativos de Postgraduados⁹³⁹, aunque se establece en el art. 36 del mismo la jubilación obligatoria del personal docente a los 65 años siempre que cumplan los requisitos para tener derecho a la percepción de la pensión de jubilación, esta es prorrogable por acuerdo entre las partes estableciéndose en cualquier caso que los profesores de reconocidos prestigio en el campo de la docencia e investigación que se jubilen después de los 73 años podrán continuar colaborando en las tareas académicas que de mutuo acuerdo se establezcan a semejanza de lo establecido en las Universidades Públicas para los profesores eméritos⁹⁴⁰.

Teniendo en cuenta los interlocutores sociales los efectos negativos que se deriva de la jubilación forzosa, especialmente el cese en la actividad laboral y la consiguiente extinción de la relación laboral y pérdida de salario que comporta, hay Convenios que incorporan a modo de compensación económica el derecho a una determinada cantidad a tanto alzado⁹⁴¹; en algún caso se establece como compensación

⁹³⁹ Resolución de 13 de diciembre de 1996 (*B.O.E.*, de 16 de enero de 1997).

⁹⁴⁰El Convenio colectivo vigente de Universidades Privadas y Centros Formativos de Postgraduados, Resolución de 8 de octubre de 1999 (*B.O.E.*, de 28 de octubre) no incluye el contenido de este artículo 38, y en el actual art. 34 del mismo dedicado a la jubilación expresamente se establece que: "el personal docente al igual que el resto de los trabajadores afectados por este Convenio se jubilarán obligatoriamente al finalizar el curso en el que cumplan los 65 años siempre que reúnan los requisitos legales para tener derecho a la percepción de su pensión contributiva. No obstante la empresa podrá proponer a los profesores de reconocido prestigio su continuidad, caso de ser aceptada la propuesta por el profesor su continuidad se prorrogará, previo acuerdo expreso, año por año.

⁹⁴¹ En el caso del Acuerdo Marco Estatal de Pastelería, Confitería, Bollería, Repostería y Platos Combinados. Resolución de 13 de febrero de 1996 (*B.O.E.*, de 11 de marzo), el derecho a una mensualidad se concede sólo a los que accedan a la jubilación a los 65 años de edad con una antigüedad superior a 15 años. Al igual que sucede en el caso del II Convenio colectivo Nacional de Colegios Mayores, Resolución de 10 de agosto de 1997 (*B.O.E.*, de 12 de septiembre) donde se prevé (art. 24) un premio de jubilación con al menos 15 años de antigüedad en la empresa equivalente al importe de tres mensualidades extraordinarias y una más por cada 5 años que excedan de 15. En el caso del Convenio colectivo de ámbito nacional de Distribuidores Cinematográficos, Resolución de 11 de agosto de 1997 (*B.O.E.*, de 27 de agosto), la jubilación a los 65 años da derecho a recibir una indemnización por un importe equivalente al de 6 mensualidades. En el Convenio colectivo para Oficinas de Farmacia Resolución de 20 de octubre de 1998 (*B.O.E.*, de 2 de diciembre) se concede un premio de 100.000 ptas con una antigüedad mínima de 15 años. El mismo premio de 100.000 ptas se concede en el I Convenio colectivo de ámbito nacional para el sector de las Empresas Concesionarias y privadas de Aparcamientos de vehículos, Resolución de 23 de febrero de 1998 (*B.O.E.*, de 11 de marzo) sin que en

el derecho a acceder a un plan de pensiones⁹⁴² e incluso en ocasiones las empresas prevén el ofrecimiento de complementos económicos a la pensiones públicas⁹⁴³.

En este sentido es especialmente interesante el Convenio colectivo de ámbito estatal para las Empresas de Mediación en Seguros Privados⁹⁴⁴ en cuyo art. 70 que no se aplica al personal de nuevo ingreso contratado a partir del 22 de mayo de 1987 (apartado 3º del art. 70), se vincula la compensación económica de carácter vitalicio a que tienen derecho los trabajadores jubilados a la fijación de una <<remuneración anual mínima>>. La compensación consistirá en la diferencia existente entre la pensión de jubilación y dicha remuneración anual mínima que es diferente según el grupo profesional a que se pertenece, así para el grupo I será equivalente al 75% del salario

este caso se exija el cumplimiento de requisito alguno. En el Convenio colectivo del sector de galletas de Barcelona y su provincia para 1998 Resolución de 23 de noviembre de 1998 (DOG, de 9 de diciembre) dictada la jubilación con carácter obligatorio el trabajador afectado recibirá el importe de 2 mensualidades del salario de Convenio.

⁹⁴² Vid, en este sentido, Convenio colectivo Bilbao Cia de Seguro y Reaseguros (B.O.E, de 11 de mayo y 31 de marzo de 1999); y de AXA (B.O.E, de 13 de febrero de 1999).

⁹⁴³ Vid, al respecto, a modo de ejemplo, el art. 37 del Convenio colectivo de la Industria Azucarera, Resolución de 7 de abril de 1997 (B.O.E, de 24 de abril), donde si bien no prevé el carácter forzoso u obligatorio de la jubilación, se establece que las empresas concederán un complemento económico a los trabajadores fijos que cumplan o hayan cumplido la edad de sesenta y cinco años y durante la vigencia del Convenio soliciten su jubilación a la Seguridad Social en el plazo de seis meses contados a partir del día en que se alcance la citada edad. Entendiendo que quien no la solicite dentro de los seis meses posteriormente al cumplimiento de los 65 años renuncia al complemento previsto en el Convenio aunque se incluye la posibilidad de que a petición de la empresa el trabajador acepte continuar su relación laboral, sin perder el derecho a este complementos. El complemento depende del nivel salarial y oscila de las 900 ptas/mensuales o 12.600 anuales para el nivel 4 a las 8.000 ptas/mensuales o 112.000 ptas anuales. La concesión de este complemento puede ser sustituida por la concesión, a instancias del trabajador que dispone de un derecho de opción, por una indemnización a tanto alzado, que en este caso oscila de las 280.000 ptas para los niveles 4 al 11 y el 1.120.000 ptas para el nivel 17. Sin duda alguna, la crítica mayor que puede hacerse a este art. 37 se sitúan en el hecho de limitar la concesión de este complemento a los trabajadores fijos, a tenor del redactado del mismo, quedando excluidos los trabajadores vinculados a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio por medio de una relación de carácter temporal, habida cuenta de los numerosos contratos de carácter temporal que se realizan.

⁹⁴⁴ Resolución de 26 de febrero de 1999 (B.O.E, de 16 de marzo) Convenio en el que además se extiende la cobertura del seguro de vida a los empleados ya jubilados hasta los 70 años de edad siempre que exista beneficiario designado por el empleado, por un capital asegurado del 50% del que le correspondía en el momento de la jubilación. Para el personal jubilado antes de la entrada en vigor del Convenio, en la Disp. Trans. 3ª del mismo se establece que la cobertura del seguro de vida, por fallecimiento, se prolongará para estos jubilados hasta que cumplan setenta y siete años, en principio por un capital asegurado del 25% del correspondiente a su categoría en el momento de la jubilación, aunque puede mantenerse el mismo capital asegurado del momento de la jubilación si acredita el interesado ante la empresa que tiene a su exclusivo cargo alguno de los siguientes familiares: padres del empleado de su cónyuge siempre que convivan con él y carezcan de ingresos suficientes; hijos menores de edad, o mayores disminuidos; o bien nietos que convivan con él y que sean huérfanos de padre y madre, o sólo de padre cuando la madre esté incapacitada para trabajar.

base del nivel retributivo asignado por 14 pagas, el 90% en el caso del grupo II y el 100% en los demás grupos. Añadiéndose además que en el supuesto de que por falta de los años de cotización necesarios, la pensión de la Seguridad Social no alcanzara el 100% de la base reguladora, se aplicará, a la remuneración anual citada, para determinar si existe o no compensación económica a cargo de la empresa el mismo porcentaje tenido en cuenta para la fijación de la pensión de la Seguridad Social.

Por último me parece oportuno hacer una breve mención de los Convenios colectivos en los que se establece alguna vinculación de la jubilación forzosa con las medidas de política de empleo, ciertamente son muy escasas las referencias en este sentido y en general no dejan de ser más que meras declaraciones de intenciones sin que realmente incorporen medidas efectivas de fomento del empleo⁹⁴⁵ mediante la sustitución de trabajadores jubilados por otros desempleados⁹⁴⁶. Podemos, en este sentido, encontrar Convenios en los que haciendo referencia a la dispo. adic. 10ª de la LET/1994, se vincula la jubilación forzosa u obligatoria con la política de empleo, como en el caso del Convenio Colectivo para Oficinas de Farmacia⁹⁴⁷ en cuyo art. 26 se establece que con amparo en esta disposición adicional (aunque se cite al disposición adicional 5ª de la LET/1980, derogada) como medida de reparto o distribución del trabajo y con la aspiración de que pueda ser una concreción a través de la negociación colectiva del art. 40.1 de la CE en el que se hace referencia al desarrollo de una política de pleno empleo, las partes acuerdan declarar la jubilación obligatoria a los 65 años de edad, sin que se incluya referencia alguna a la necesidad de sustituir al trabajador jubilado por otro con el objetivo de mantener el volumen de la plantilla, sólo apoyándose en el contenido de las SSTC 22/81, de 2 de julio y 58/85, de 30 de abril así como la del TS de 27 de octubre de 1997, tal y como hemos visto en la gran

⁹⁴⁵ Tal y como sucedía en el caso, por ejemplo del Convenio colectivo nacional de Artes Gráficas, manipulados de papel y cartón, Editoriales e Industrias auxiliares.

⁹⁴⁶ Como Convenio en el que si se prevé la sustitución de un trabajador por otro, puede citarse, entre otros, el Convenio colectivo de Contratas Ferroviarias, Resolución de 2 de julio de 1999 (B.O.E. de 21 de julio), donde establecida la jubilación forzosa a los 64 años de edad a partir del 1 de enero del año 2001, salvo para aquellos que no tengan cubierto el período mínimo de carencia para obtener la pensión de jubilación, comprometiéndose la empresa (art. 42) a dar ocupación a otro trabajador por el tiempo mínimo de 1 año.

⁹⁴⁷ Resolución de 20 de octubre de 1998 (B.O.E. de 2 de diciembre).

mayoría de Convenios se garantiza la posibilidad de mantenerse en activo hasta reunir las condiciones legales necesarias para poder acceder a una pensión de jubilación⁹⁴⁸.

Son pero más frecuentes las cláusulas en las que se utiliza la idea del fomento de empleo como causa para justificar el establecimiento de una edad de jubilación forzosa, coexistente en muchos casos con la vigencia e incluso promoción de la jubilación anticipada, así se dispone que "con la finalidad de promover una adecuada política de empleo a fin de mitigar en lo posible la situación de desempleo existente a nivel general, se acuerda la jubilación obligatoria⁹⁴⁹ o también en un sentido parecido se establece que: "como política de fomento del empleo y por necesidad del mercado de trabajo, en el sector, y con independencia de los supuestos de jubilación voluntaria anticipada, se establece la jubilación forzosa^{950 951}, llegándose incluso a señalar en algún caso como sucede en el Convenio colectivo interprovincial de la Industria Metalgráfica y de Fabricación de Envases Metálicos⁹⁵² que el establecimiento de la jubilación forzosa

⁹⁴⁸ En un sentido parecido el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes. Resolución de 23 de octubre de 1997 (*B.O.E.*, de 11 de noviembre) dispone en su art. 48 que "con amparo en lo dispuesto en la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, las partes firmantes del presente Convenio conscientes de que es necesario acometer una política de empleo encaminada al reparto o distribución del trabajo, limitándolo a un grupo de trabajo que ya han tenido una larga vida activa a favor de otro grupo que no ha disfrutado de tal situación, establecen a los 65 años la edad máxima para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo".

⁹⁴⁹ II Convenio Colectivo nacional para las Industrias de Pastas Alimenticias. Resolución de 30 de octubre de 1998 (*B.O.E.*, de 16 de diciembre).

⁹⁵⁰ Vid, al respecto, entre otros, Convenio colectivo general del Sector de Derivados del Cemento, Resolución de 2 de julio de 1996 (*B.O.E.*, de 27 de agosto); así como Convenio Colectivo de Contratas Ferroviarias, Resolución de 2 de julio de 1999 (*B.O.E.*, de 21 de julio); Pacto extraestatutario para las empresas de todo el territorio nacional del sector de la Construcción, denominado Convenio General del Sector de la Construcción, Resolución de 21 de noviembre de 1997 (*B.O.E.*, de 5 de diciembre); Convenio colectivo del Sector de la Construcción, Resolución de 30 de abril de 1998 (*B.O.E.*, de 4 de junio) ambas normas en vigor hasta el 31 de diciembre del año 2001; y también Convenio colectivo General de Sector de la Construcción, Resolución de 30 de abril de 1998 (*B.O.E.*, de 4 de junio); y Convenio colectivo de empresas dedicadas a la elaboración, transformación, comercialización y colocación de acero corrugo y mallazos electrosoldados (ferralla), Resolución de 27 de septiembre de 1999 (*B.O.E.*, de 20 de octubre).

⁹⁵¹ Precisamente alegando ambas cuestiones: necesidades del mercado de trabajo en el sector y como política de empleo, en el Convenio colectivo Contratas (ferroviarias) de desinfección, desinsectación, desratización de limpieza de todo el territorio, Resolución de 2 de julio de 1999 (*B.O.E.*, de 21 de julio), se acuerda imponer la jubilación forzosa a los 64 años de edad a partir del 1 de enero de 2001, comprometiéndose el empresario sólo a dar ocupación efectiva por el tiempo mínimo de 1 año.

⁹⁵² Resolución de 10 de septiembre de 1998 (*B.O.E.*, de 29 de septiembre).

responde al objetivo de facilitar el necesario relevo generacional, sin que dicha disposición vaya acompañada de medidas que lo garanticen⁹⁵³.

Mención aparte merecen algunos Convenios colectivos del personal laboral perteneciente a alguna Administración Pública, donde sí esta prevista la sustitución de los trabajadores jubilados por nuevos trabajadores, como es obvio, mediante el compromiso de la Administración de proponer la inclusión de la vacante producida en las ofertas de empleo público que se aprueben con posterioridad⁹⁵⁴, o mediante la creación de bolsas de empleo que se incluirán en la mayor brevedad posible en las ofertas públicas de empleo⁹⁵⁵.

1.1.5 Los problemas del empleo de los trabajadores de edad avanzada: el principio de no discriminación por razón de la edad.

⁹⁵³ En un sentido parecido en el Acuerdo General para las empresas de transportes de mercancías por carretera, Resolución de 13 de enero de 1998 (*B.O.E.*, de 29 de enero) se alude en su art. 25 al objetivo de fomentar las posibilidades de colocación de jóvenes trabajadores para justificar la jubilación forzosa a los 65 años aunque limitado a aquellos supuestos en los que se dispone de una carencia suficiente para tener derecho a una pensión no inferior al 75% de la base reguladora tal y como ya hemos visto antes, pero nada se incluye en cuanto a la forma de articulación del fomento de la colocación de los trabajadores jóvenes. Por su parte, en el Convenio colectivo de las Empresas Concesionarias y Privadas de Aparcamientos de Vehículos del Estado español, Resolución de 23 de febrero de 1998 (*B.O.E.*, de 11 de marzo), se menciona a la necesidad de facilitar el acceso al trabajo de personal joven desempleado para establecer la jubilación obligatoria a los 65 años de edad.

⁹⁵⁴ Vid, entre otros, el Convenio colectivo para el personal laboral procedente del suprimido Ministerio de Comercio y Turismo, Resolución de 8 de junio de 1998 (*B.O.E.*, de 25 de junio), quien en su capítulo establecido bajo la rúbrica de fomento de empleo dispone en su art. 38. 1 que: "dentro de la política de promoción del empleo en el ámbito de la Administración la jubilación se llevará a cabo al cumplir los 65 años, comprometiéndose el Ministerio de Economía y Hacienda a proponer la inclusión en la oferta de empleo público de las vacantes que se produzcan por esta causa, siempre que no exista obstáculo legal alguno"; en este mismo sentido, entre otros, Convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Economía y Hacienda, Resolución de 18 de febrero de 1998 (*B.O.E.*, de 10 de marzo); y Convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Trabajo y Asistencia Social, Instituto Nacional de Empleo y FOGASA, Resolución de 26 de noviembre de 1997 (*B.O.E.*, de 4 de diciembre), donde la Administración se compromete, en este caso, a cubrir las vacantes por los procedimientos establecidos en el propio Convenios.

⁹⁵⁵ Convenio colectivo del personal laboral de la Secretaría de Estado de Comunicación, Resolución de 16 de octubre de 1996 (*B.O.E.*, de 21 de noviembre); y Convenio Colectivo del personal del Ministerio de Sanidad Y Consumo y del organismo autónomo Instituto Nacional de Consumo, Resolución de 30 de marzo de 1998 (*B.O.E.*, de 22 de abril) en cuyo caso la Administración asume el compromiso de constituir la bolsa de empleo incluyendo plazas de idéntica categoría profesional u otras de distinta que se hayan creado por transformación de las mencionadas vacantes.

Tal y como hemos tenido oportunidad de apreciar el fenómeno del envejecimiento demográfico está proyectándose de forma muy especial sobre la estructura por edades de la población, pudiéndose observar como está disminuyendo considerablemente el porcentaje de población de entre 0 y 29 años y simultáneamente aumentando, el resto de grupos de edades, aunque de forma significativa el de los mayores de 65 años de edad⁹⁵⁶.

Sin duda alguna, la manera más eficaz y a la vez productiva para contrarrestar los efectos que en este sentido está provocando el envejecimiento demográfico, consiste en estimular tanto el incremento del sector de población de entre 15 y 30 años, fundamentalmente, a través del aumento cuantitativo y cualitativo de las políticas de protección a la familia y del fomento de la natalidad, así como la ampliación de las tasas de actividad y de empleo de la población con 50 o más años de edad⁹⁵⁷, mediante,

⁹⁵⁶ Si se examina comparativamente cuáles son los cambios demográficos en Europa en los principales grupos de edad en los períodos 1975-1995 y 1995-2015, en este último caso a partir de los datos observados hasta 1995, puede apreciarse claramente la magnitud e importancia del fenómeno del envejecimiento demográfico sobre la estructura por edades de la población. Así por ejemplo en el tramo de edad de entre 0 y 14 años, si bien se aprecia ya un disminución del 7%, lo que equivale a 4,8 millones de personas, en el período comprendido entre 1975 y 1995, para el período de 20 años posterior (1995-2015), está previsto que este descenso se acentúe hasta alcanzar los 17,5 millones, lo que representará un 21%. Por su parte en el tramo de edad de entre 15 y 29 años se adivina un cambio de tendencia por cuanto que frente al incremento observado en este grupo de población durante el primer período de referencia de 3 millones, un 4%, las proyecciones anuncian un descenso de 13 millones, un 16% durante los años 1995-2000. En términos globales, se prevé así pues un descenso considerable de la población en estos tramos de edad (que para el comprendido entre los 20 y 29 años de edad se cifra en 11 millones, lo que representa una disminución de un 20%). En cambio si analizamos los comportamientos correspondientes a los restantes tramos de edad, especialmente al de 50 a 64 años de edad, así como al de más de 65 años, se puede apreciar como el incremento de población que se vislumbra es muy significativo, aunque no represente más que un incremento significativo de la tendencia ya apuntada en el período 1975-1995, ya que frente al incremento del 14%; 7,8 millones de personas en el tramo de entre 50 y 64 años de edad se prevé un incremento del 26%; 16,5 millones de persona durante el período comprendido entre el año 1995 y el año 2015, mientras que en relación a los mayores de 65 años, dicho incremento pasará al 30%; 17 millones en relación al existente en el período ya cumplido entre el año 1975 y el año 1995, en cuyo caso fue del 25%; 11,5 millones de personas. Fuente: EUROSTAT. Datos extraídos del Gráfico núm. 2. *Cambios demográficos en los principales grupos de edad, comparación entre 1975-1995 y 1995-2015*. Comunicación de la Comisión "Hacia una Europa de todas las edades". COM(1999)221 final, pág. 26.

⁹⁵⁷ En valores de la Europa de los 15, las cifras de empleo, en los grupos de edades de entre 55 y 64 años, es en términos generales, bajo del 49,3% en el tramo de edad de entre 55 y 59 años de edad (61,5% en el caso de los hombres, y 37,2% en el caso de las mujeres); 22,2% en el tramo de edad de entre 60 y 64 años de edad (30,7% en el caso de los hombres y 14,4% en el caso de las mujeres). Situándose en términos medios en el 36,3% en el tramo completo de 55 a 64 años de edad , aumentando al 47% para lo hombres y situándose en el 26,1% en el caso de las mujeres. En el caso de España las cifras son sensiblemente inferiores a la media Europea-15 al situarse en cuanto a cifras totales en el 42,9% entre 55 y 59 años de edad; 25,7% entre 60 y 64 años; y en definitiva en el 33,5% en el

en este caso, no sólo las restricciones que en materia de jubilación anticipada puedan acordarse, sino que también a través de la ruptura de las importantes barreras que en la actualidad existen en materia de empleo para este sector de la población.

Las presiones que este fenómeno está ejerciendo sobre el sistema de Seguridad Social, fundamentalmente de índole financiero, son considerables, no en vano como consecuencia de los cambios previstos en la estructura por edades de la población, las tasas de dependencia, aquella que marca la proporción de trabajadores en activo por cada pensionista, van a modificarse significativamente⁹⁵⁸.

Si al envejecimiento demográfico y sus repercusiones en la distribución por edades de la población unimos el hecho de que se está acortando progresivamente la vida laboral activa, tanto en lo que atañe a la edad de entrada, cada vez más tardía como consecuencia de la ampliación del período de escolarización obligatoria, como en relación con la salida, ya que está en términos globales se produce a una edad cada vez más prematura⁹⁵⁹, no cabe duda que el riesgo de tensiones en el sistema está latente, de ahí que deban acometerse reformas que permitan corregir estas situaciones.

tramo completo entre 55 y 64 años de edad. Observándose al respecto que si bien las cifras en el caso de los hombres son superiores a la media Europea, 64,9%; 38,3% y 50,6% respectivamente, frente a 61,5%; 30,7%; y 47% en EU-15. En el caso de las mujeres son muy inferiores, especialmente en el grupo de edad de entre 55 y 59 años de edad, que en el caso de España es del 22,3% frente al 37,2% en EU-15, no así en el grupo de edad de % entre 60 y 64 años de edad, cuyas cifras son prácticamente idénticas, el 14,5% en España, frente al 14,4% en EU-15. *Ibidem*, Cuadro 1. *Cifras de empleo para los grupos de edad 55-59 y 60-64 en 1997*. Fuente EUOSTAT.

⁹⁵⁸ A partir de los datos contenidos en el informe MTySS "La Seguridad Social en el umbral del Siglo XXI". Op. cit., la evolución de la tasa de dependencia dará lugar a que se pase del 6,84 en 1960 a la mitad, 3,08 en el año 2020. Por lo que respecta a la dependencia económica, definida por el cociente entre la población de 0 a 19 años más la población de 65 o más años de edad y la población de 20 a 64 años, esta relación será cada vez menor hasta el año 2005, pasándose del 0,70 en 1990 al 0,57 en el año 2005, año a partir del cual las proyecciones hasta el año 2020 apuntan a que se mantendrán constantes, como claro reflejo del efecto compensador que surtirá la existencia de menor oblación en el tramo de edad de 0 a 19 años sobre el incremento de la población de 65 y más años de edad. CES. "Informe sobre vida laboral y prejubilaciones". Sesión Ordinaria del Pleno de 21 de junio de 2000.

⁹⁵⁹ LÓPEZ CUMBRE, L.; atribuye este cambio a las dificultades del mercado y considera que ello ha comportado que se fija "una nueva frontera entre la actividad e inactividad en el mercado de trabajo", siendo importantes los efectos que de ello se derivan; "los efectos conjugados de una entrada en la vida activa cada vez más tardía y de una salida cada vez más precoz influyen considerablemente en la nueva configuración de la carrera profesional de los trabajadores y, en general, de la nueva configuración del mercado de trabajo" Cfr. "La prejubilación". Op cit., pág. 109-110. Vid, al respecto, entre otros, GARCÍA

En este orden de cosas es importante destacar la necesidad de afrontar con decisión la reducción general de los niveles de desempleo y el correspondiente aumento de las tasas de actividad de la población de entre 50 y 65 años de edad, ya que a corto y medio plazo permitirá aumentar los márgenes financieros del sistema de Seguridad Social.

Siempre se ha advertido que el aumento de la tasa de empleo de los trabajadores de edad avanzada, o mejor dicho, el descenso de ésta puede beneficiar a los jóvenes desempleados o en busca de su primer empleo, al quedar liberado un importante número de puestos de trabajo, pero la realidad demuestra que no existe esta correspondencia, la práctica ha sido precisamente la inversa, amortizar estos puestos de trabajo. El aumento de las tasas de empleo y actividad del sector de población con 55 o más años de edad lejos que limitar las perspectivas de empleo de los jóvenes puede servir para compensar los efectos derivados del descenso de población esperado, especialmente en este grupo de población, aunque para evitar las posibles tensiones que puedan surgir debería optarse por destinar a los trabajadores de edad a sectores productivos con falta de mano de obra o a nuevos empleos⁹⁶⁰.

Debe invertirse la tendencia cada vez más acentuada a la jubilación anticipada, fomentando precisamente la permanencia en activo de este sector de la población: "para elevar tanto el nivel de empleo de este grupo de edad como el del conjunto de la población es indispensable invertir la tendencia que favorece un acceso temprano a la jubilación y animar a los empresarios a mantener a los trabajadores de edad avanzada en sus puestos de trabajo y a incrementar la contratación de los mismos"⁹⁶¹.

DE BLAS, A.; *"Efectos de la reducción de la edad de jubilación y la prolongación de la escolarización"* en AA.VV. *"Reparto de trabajo y crisis social"*. Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1986, págs. 269-289.

⁹⁶⁰ La generación comprendida entre los 15 y 29 años disminuirá en 13 millones de personas de ahora al 2015, esto es, se reducirá en un 16%. Tal y como se establece en el Informe del CES sobre vida laboral y prejubilaciones, a partir de las proyecciones demográficas de Eurostat, un reciente estudio de la Comisión Europea, estima que el conjunto de la población activa de la UE acaba de entrar en una fase de práctica neutralidad demográfica, lo que significa que experimentará variaciones por el cambio de las tasas de actividad de la población existente, pero no por incrementos o descensos de población: la media de entradas por causas demográficas en la población activa oscilará entre el 0,25% y el -0,25% hasta el año 2010, en contraste con el +0,75% en los años 70 y 80. *Cfr. Op cit.*, págs. 5 y 17.

⁹⁶¹ Dictamen del Comité de las Regiones de 16 de septiembre de 1999 sobre "1999-Año Internacional de las personas de edad". CDR 442/98 fin.

La expulsión del mercado de trabajo a una edad anterior a la fijada con carácter ordinario está generando importantes desequilibrios sobre el sistema de Seguridad Social, al reducir significativamente las tasas de actividad y empleo de este grupo de edad, y al hacerse necesario el establecimiento de mecanismo de protección de estos trabajadores de edad avanzada que se ven abocados a la retirada prematura, en la gran mayoría de casos con carácter definitivo dadas las dificultades reales que existen para que éstos puedan encontrar un nuevo empleo⁹⁶².

Ello es debido, en gran parte, al hecho de que la edad de cesación de la actividad laboral se ha convertido en un instrumento de la política de empleo como consecuencia de las presiones ejercidas sobre el sistema por el incremento de los niveles de desempleo; siendo cada vez más numerosos los supuestos en los que la edad efectiva de cese en el trabajo no coincide necesariamente con la edad de acceso a la pensión de jubilación, convirtiéndose, de esta manera en un importante factor de regulación del mercado de trabajo⁹⁶³, dando lugar a la necesidad de arbitrar mecanismos de protección de estas situaciones de tránsito entre el fin de la vida laboral activa y el pase a la situación de jubilación, tales como el subsidio de prejubilación al que después me referiré.

Constata esta realidad: el uso que se ha hecho de la edad de finalización de la actividad laboral como un mecanismo de gestión de la mano de obra en la empresa, es posible observar como con el paso del tiempo una medida de carácter coyuntural como es esta expulsión o el abandono de la vida laboral activa a una edad prematura, en muchos casos para superar procesos de crisis empresarial se ha convertido a partir de la década de los años 90 en una medida de alcance estructural. Es cada vez mayor el

⁹⁶² En 1998, de un total de 1.889.500 parados registrados, un 24,9%, en concreto 470.700, tenían más de 40 años. De éstos prácticamente un 35% llevaban inscritos más de 24 meses, 30% con una edad de entre 40 a 44 años, 32,1% de 45 a 49 años, 37,1% de 50 a 54 años, 47,7% de 55 a 59 años, y 32,9% de 60 y más años. Fuente: MTAS, Anuario de Estadísticas Laborales y Asuntos Sociales.

⁹⁶³ Vid, en este sentido el informe "*L'avenir de nos retraites*", cuya dirección a correspondido a CHARPIN J.M.; y en el que han participado, ZAIDMAN, C.; AUBERT, A.M.; OLIER, L.; y PELÉ, L.P.; donde se aborda en su capítulo II precisamente esta cuestión, "*L'âge de cessation d'activité est devenu, dans un contexte de fort chômage, un instrument de la politique de l'emploi*". Se puede consultar este documento en: <http://www.ladocfrancaise.gou.fr>.

número de trabajadores que se ven obligando a abandonar, en contra de su voluntad, la vida laboral activa ante las dificultades enormes que existen para encontrar un nuevo empleo se ven compelidos a permanecer en un estado o situación puente/tránsito como es la prejubilación hasta su pase definitivo a la jubilación como tal con importantes consecuencias sobre su futura prestación.

No cabe duda alguna que es prioritario impulsar políticas dirigidas a corregir esta situación y muy especialmente tendentes a potenciar la contratación de personas de edad avanzada.

Tal y como se señala en el reciente *Informe sobre la vida laboral y prejubilaciones* elaborado por el CES: "al margen, pues, de las consecuencias que desde el punto de vista personal puede tener esta práctica –relegar a la inactividad a personas que se encuentran en plena madurez profesional y que tienen en perspectiva un importante número de años de vida- desde el punto de vista social, el fenómeno tiene una enorme trascendencia por dos razones: la pérdida del capital humano adquirido a lo largo de muchos años con una importante inversión de recursos públicos y privados para su formación y por otra parte el coste económico que esta práctica depara para el sistema de protección por desempleo, al que se añade el coste económico que para los trabajadores que ven mermadas sus rentas tanto por la pérdida prematura de salarios como por la cuantía de la pensión que finalmente generarán"⁹⁶⁴.

Siendo, tal y como es una cuestión de primer orden, la necesidad de equilibrar la estructura por edades de la población especialmente en relación con el colectivo de individuos que se sitúan en el franja de edad de entre 50 y 65 o más años de edad, en el informe antes citado del CES se apunta la necesidad de adoptar medidas que tengan como objetivo fundamental, entre otras cuestiones: 1) favorecer el mantenimiento del empleo, en especial de las personas de más edad, no en vano el empleo constituye el principal elemento que garantiza la sostenibilidad y viabilidad futura de nuestro sistema de Seguridad Social; 2) reintegrar a la vida laboral a quienes por distintas razones han debido abandonar su puesto de trabajo, evitando así la pérdida de experiencia y

⁹⁶⁴ Cfr. "Informe sobre vida...". *Op cit.* pág. 104.

recursos valiosos para la actividad productiva de las empresas; 3) facilitar la transición del trabajo a la jubilación de forma progresiva⁹⁶⁵.

Parece, así pues, que debería ser una cuestión prioritaria del Gobierno incentivar el empleo de los trabajadores de edad con problemas de integración o de permanencia en el mercado de trabajo.

Ya sea porque se piensa que los trabajadores de edad son más caros, o bien porque éstos son menos productivos, la verdad es que se está optando por utilizar la expulsión de estos trabajadores del mercado de trabajo como un mecanismo de ajuste de las plantillas, convirtiéndose la edad en una importante barrera para el empleo.

Precisamente el tema de las barreras de la edad en el empleo y, en particular, el problema de la discriminación de los trabajadores de edad avanzada, considerada por algunos como: "la última discriminación aún no reconocida"⁹⁶⁶, ha sido una de las cuestiones que recientemente más han preocupado a la UE⁹⁶⁷. En 1990 fue creado el Observatorio de las personas de edad avanzada⁹⁶⁸ y dos años después, 1993 fue declarado el Año europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre

⁹⁶⁵ *Ibidem*, pág 105 (Vid, en términos generales, Apartado de Conclusiones y propuestas, págs 95 a 109).

⁹⁶⁶ WALKER, A.; "Gestión de una mano de obra que envejece. Guía de la buena práctica". Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo. 1999. En este mismo sentido, <http://www.fr.eurofound.ie/themes/health/ageing.html>.

⁹⁶⁷ La FUNDACIÓN EUROPEA para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo presentó un informe en este sentido en 1998 con el título de "*La lucha contra las barreras de la edad en el empleo. Resumen de la Investigación*". donde se aboga por una estrategia integrada para abordar las cuestiones relativas a la edad. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo. 1998.

⁹⁶⁸ En este mismo año, fue adoptada la Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 1990, relativa a las acciones comunitarias a favor de las personas de edad avanzada, donde se establecía la necesidad de avanzar en la cooperación entre los diferentes Estados miembros en materia de comunicación e intercambio de información y se hacía un llamamiento para reflexionar en torno a las medidas que deben adoptarse en relación con el envejecimiento de la población. *DOCE* n° L 28 de 2 de febrero de 1991, pág. 29.

las generaciones⁹⁶⁹, año en el que fue elaborado el primer informe sobre la discriminación por razones de edad de los trabajadores mayores en la Comunidad⁹⁷⁰.

Dos años después, en concreto en 1995 se hizo en el ámbito de la UE la primera declaración política sobre la necesidad de adoptar medidas en este ámbito, aprobándose en junio de ese mismo año una Resolución sobre el empleo de los trabajadores de edad avanzada⁹⁷¹, en la que se consideraba que como consecuencia de la evolución demográfica empezaba a ser ya preocupante la situación de estos trabajadores en la mayoría de los países europeos, y que teniendo en cuenta que esta evolución tendría importantes consecuencias económicas y sociales respecto de los gastos dedicados a mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, de la financiación de las pensiones de jubilación y del equilibrio de la pirámide de edad en las empresas, se abogaba por que tanto los Gobiernos, como las empresas y los interlocutores sociales se anticipasen a esta evolución.

En esta resolución se establecían cuáles eran las líneas de actuación a seguir, en concreto, se defendía, entre otras cuestiones, la necesidad de, por un lado, fomentar una organización del trabajo que permita la adaptación al puesto de trabajo de los trabajadores de edad avanzada que valorice de la mejor manera posible su experiencia, la formación y la capacidad de empleo y, por otro, desarrollar la formación profesional continua, que, sin duda alguna, es el mejor medio de favorecer la adaptación de los trabajadores a la evolución de las tecnologías y de los métodos productivos con el objetivo de poder luchar contra la expulsión de estos trabajadores del mercado de trabajo⁹⁷².

⁹⁶⁹ Vid, al respecto, Declaración de principio del Consejo de la Unión Europea y de los Ministros de Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, con motivo de la clausura del año Europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre generaciones (1993). *DOCE*, nº C 343 de 21 de diciembre de 1993, págs. 1-3.

⁹⁷⁰ Informe elaborado por DRURY, E.; y cuyo título original fue *"Age Discrimination Against Older Workers in the European Community"*. Londres, Eurolink Age, 1993.

⁹⁷¹ *DOCE*, nº C 228 de 2 de septiembre de 1995, págs 1-3.

⁹⁷² Estas líneas de actuación coinciden con los principios fundamentales de esta Resolución: 1) la necesidad de realizar mayores esfuerzos para adaptar las condiciones de trabajo y de formación profesional de los trabajadores que se encuentran en la segunda parte de su vida profesional, teniendo en cuenta la competitividad de las empresas y 2) los trabajadores de edad avanzada debe poder contar con recursos suficientes y con medidas destinadas a prevenir su exclusión del mercado de trabajo.

Esta resolución proponía la adopción de medidas concretas que debían adoptar los gobiernos nacionales y los interlocutores sociales, o ambos, medidas que aunque no eran vinculantes, sí que se establecían con la finalidad de sensibilizar a los empleadores sobre las consecuencias de los despidos de trabajadores de edad avanzada; a fomentar la reintegración de los trabajadores de edad avanzada desempleados; y a eliminar las posibles barreras legislativas al empleo de los trabajadores de edad avanzada.

Sea como fuere, la verdad es que ha sido a partir de 1999, coincidiendo con la declaración hecha por las Naciones Unidas de 1999 como el Año Internacional de las Personas de Edad, cuando este tema ha adquirido una importancia mayor al introducirse dentro de las directrices para el empleo de 1999⁹⁷³, una nueva directriz, la número 4, donde expresamente se alude a la necesidad de “desarrollar, en el contexto de una política activa en lo que se refiere al envejecimiento, medidas tales como el mantenimiento de la capacidad de trabajo, el aprendizaje permanente y otras disposiciones laborales flexibles, para que los trabajadores de edad puedan también participar activamente en la vida laboral”⁹⁷⁴.

El nuevo Tratado de Amsterdam cuya entrada en vigor se produjo el 1 de mayo de 1999 ha incluido una nueva disposición, el art. 13, dentro del TCEE, que establece

⁹⁷³ Resolución del Consejo de 22 de febrero de 1999, *DOCE* nº C 069 de 12 de marzo de 1999, págs 2-8.

⁹⁷⁴ Por su parte en las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2000, se insiste en la necesidad de revisar y, en caso necesario, reestructurar los sistemas de prestaciones y su fiscalidad, con la finalidad de desarrollar (como cuestión importante) una política tendente a la prolongación de la vida activa que incluya medidas apropiadas tales como el mantenimiento de la capacidad de trabajo, el aprendizaje a lo largo de toda la vida y otras fórmulas de trabajo flexible, de forma que los trabajadores de edad también puedan participar, tal y como se apuntaba en las directrices para 1999, activamente en la vida profesional. Instándose a los interlocutores sociales para que, según sus respectivas atribuciones y ámbitos de actuación, celebren acuerdos para aumentar las posibilidades de formación, experiencia profesional, períodos de prácticas u otras medidas que faciliten la capacidad de inserción de los jóvenes y adultos desempleados y promuevan su incorporación en el mercado de trabajo, y que los Estados miembros en colaboración con los interlocutores sociales, se esfuercen por incrementar las posibilidades de aprendizaje a lo largo de la vida, en particular en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación, fijándose anualmente el número de personas que se beneficiarán de ello, facilitando, especialmente el acceso a los trabajadores de mayor edad. *DOCE* nº L 072 de 21 de marzo de 2000, págs. 15-20.

una cláusula general de lucha contra la discriminación⁹⁷⁵, incluida la discriminación por edad y en correspondencia con esta declaración el 3 de abril de 200, fue enviada, después de cumplirse los trámites oportunos⁹⁷⁶, por el Consejo una Propuesta de Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁹⁷⁷, fijándose como objetivo la lucha contra las discriminaciones, incluidas las producidas por edad, y disponiéndose en la propia Exposición de Motivos de la misma algunos ejemplos de prácticas discriminatorias como por ejemplo: “el establecimiento de edades máximas para la contratación de personal, la limitación de los derechos de formación en el ámbito de las nuevas tecnologías de los trabajadores de mayor edad, el derecho de promoción o los despidos de los trabajadores de mayor edad en el contexto de reestructuraciones”.

El objetivo de esta propuesta de Directiva es el de llevar a la práctica en los Estados miembros el principio de igualdad de trato de todas las personas por lo que respecta al acceso al empleo y la ocupación, incluida la promoción y formación profesional, las condiciones de trabajo y la pertenencia a determinadas organizaciones, con independencia de su origen racial o étnico, religioso o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Lo que se pretende, en definitiva, es luchar contra la discriminación en materia de empleo, que este basada ya sea directa o indirectamente en alguna de estas circunstancias descritas, entre las que se encuentra la edad.

Así, de conformidad con lo previsto en el art. 2 de esta propuesta de Directiva, se considerará que existe discriminación directa, en materia de edad, cuando, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser otra persona, y, por su parte, existirá discriminación indirecta cuando una disposición,

⁹⁷⁵ En concreto el art. 13 del TCE (antiguo art. 6 A) se establece: “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta con el Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

⁹⁷⁶ Vid, al respecto la propuesta de la Comisión COM (1999) 565, final, Bruselas, 25 de noviembre de 1999.

⁹⁷⁷ http://www.europe.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0565.html. Actos jurídicos preparatorios, Documento 599PC0565.

criterio o práctica aparentemente neutra afecte negativamente a una persona o grupo de personas a quienes sea aplicable, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para la consecución de ésta sean adecuados y necesarios.

No constituirán una discriminación directa por motivos de edad si están, así pues, justificadas objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y resultan adecuadas, las siguientes prácticas: a) la prohibición de acceso al empleo o la fijación de condiciones especiales de trabajo para garantizar la protección de los jóvenes y de los trabajadores de mayor edad; b) el establecimiento de una edad mínima como condición de elegibilidad para la concesión de prestaciones de jubilación o invalidez; c) el establecimiento, en virtud de las exigencias físicas o mentales del trabajo, de distintas edades para empleados o grupos o categorías de empleados a efectos del derecho a prestaciones de jubilación o invalidez; d) el establecimiento de una edad máxima para la contratación de nuevos trabajadores que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación; e) la fijación de requisitos sobre la duración de la experiencia profesional, y f) la fijación de límites de edad que sean apropiados y necesarios para el logro de objetivos legítimos de la política de empleo.

La importancia de esta propuesta de Directiva reside en el hecho de ser un documento que en el ámbito de la UE marca como prioridad la lucha contra las discriminaciones en materia de empleo, incluidas las discriminaciones basada en la edad. Es obvio que las diferencias fundadas en este motivo podrían llegar a considerarse normalmente como discriminatorias, y es por ello que la UE opta por restringir la aplicación del principio de discriminación por razón de la edad, tal y como acabamos de ver, a circunstancias excepcionales, al fijarse una lista no exhaustiva de diferencias de trato que aunque están vinculadas a la edad no constituyen discriminación directa, tal y como se establece, en este sentido, en la justificación de la propuesta: "su propósito es que sólo se pueda alegar que una discriminación directa está justificada en una serie de circunstancias excepcionales relacionadas con la edad y, al mismo tiempo, garantizar que esta serie limitada de excepciones respeta los

principios de necesidad, proporcionalidad y legitimidad establecidos por el TJCE por lo que se refiere a la noción de discriminación indirecta”.

Se opta en la propuesta de Directiva por la inversión de la carga de la prueba para trasladar ésta a la parte demandada, de conformidad con los criterios ya impuestos en la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, y por parte del TJCE⁹⁷⁸, de tal manera que recaiga la prueba sobre el acusado una vez que el demandante haya acreditado la existencia de un trato menos favorable resultado de una discriminación manifiesta. Ello puede parecer que abre enormemente las posibilidades de defensa ante una práctica presuntamente discriminatoria basada en la edad, la verdad es que la UE parece restringir al máximo esta posibilidad, al ser muchas las prácticas que, a priori podrían ser discriminatorias, pero que no serán consideradas como tales, si se puede alegar razones que las justifiquen.

Parece, así pues, que si bien las posibilidades que esta propuesta de Directiva establece para superar las barreras de edad en el empleo son mínimas, no cabe duda que será un instrumento muy importante para poder combatir las prácticas en las que la edad es utilizada como causa de discriminación sin que existan razones para ello.

En todas estos documentos está latente la idea de que la participación en la vida laboral de las personas en edad activa y la productividad laboral deberán aumentar considerablemente para poder mantener el nivel de vida actual, no en vano, promover la empleabilidad de las personas de cualquier edad, y muy especialmente de las personas de edad avanzada, ha de contribuir a un cierto reequilibrio de la estructura por edades de la población activa y por ende a facilitar un mayor equilibrio presupuestario del sistema de Seguridad Social⁹⁷⁹.

⁹⁷⁸ En concreto, sentencia de 17 de octubre de 1989, asunto C-109/88 Danfos, Rec. 1989, pág 3199 (párrafo 16); sentencia de 27 de octubre de 1993, asunto C-127/1992, Enderby contra Franchay Health Authority, Rec. 1993, p. 5535 (fundamentos 13 y 14); y sentencia de 31 de mayo de 1995, asunto C-400/93, Royal Copenhagen, Rec. 1995, p. 1275 (párrafo 24).

⁹⁷⁹ Pueden verse algunos ejemplos de los programas emprendidos en diversas empresas, facilitando el tránsito de los trabajadores de edad hacia la jubilación y para no subestimar la importancia que tiene poder seguir contando con trabajadores de edad, en OIT. “El trabajo en el mundo 1994”.

La promoción de la empleabilidad de las personas de edad avanzada requiere tanto un cambio de mentalidad social sobre la virtud de los trabajadores mayores, como una inversión mayor en formación para que este sector de la población pueda adaptarse al desarrollo tecnológico, la internacionalización y globalización de la economía, etc, en definitiva, para poder invertir la tendencia actual de considerar a la edad como un obstáculo para el empleo.

Debe por ello combatirse las prácticas discriminatorias que en el ámbito de las empresa dificultan no sólo la contratación de personas mayores de 40 años, sino que también sus posibilidades de progreso y formación. Así, tal y como se establece precisamente en el documento de la UE titulado la "empleabilidad de los trabajadores mayores y su situación en el mercado de trabajo"⁹⁸⁰, las medidas legislativas orientadas a prevenir la discriminación basada en la edad pueden ser dobles. Pueden permitir proteger, de diversas maneras, a los trabajadores mayores prohibiendo el recurso a límites de edad discriminatorios, por ejemplo en el ámbito de la contratación, o un trato discriminatorio basado en la edad para disminuir los efectivos de la mano de obra. Además, se puede intentar impedir la salida anticipada de la vida laboral activa mejorando las condiciones de empleo de las personas mayores".

Esta es una cuestión que no sólo preocupa a la UE, son muchos los países, especialmente anglosajones, en los que desde hace años se está intentando luchar contra el obstáculo que supone la edad en el mercado de trabajo y, en particular, con las prácticas discriminatorias en este sentido⁹⁸¹.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos la legislación contra la discriminación en el empleo por edad se remonta a 1967 año en el que fue aprobada la conocida como ley ADEA (*Age Discriminatio in Employment Act*), que estableció la prohibición de

Cap. 2º Sociedades en pleno envejecimiento y trabajadores de edad: problemas y perspectivas. pág. 62-65.

⁹⁸⁰ Documento de referencia de la Presidencia en la reunión informal de los Ministros de Trabajo y de Asuntos Sociales, del 8 al 10 de julio en Oulu, Finlandia.

discriminación de los trabajadores que tuvieran al menos 40 años de edad, y que en 1978 prohibió la jubilación obligatoria antes de los 70 años de edad⁹⁸².

Por su parte en el Reino Unido se ha aprobado un Código de Prácticas fomentando la diversidad de edades en el Trabajo que aunque no es de obligado cumplimiento, establece una serie de normas para evitar la discriminación por razón de edad en el reclutamiento, selección, promoción y formación de los trabajadores, así como en materia de criterios a aplicar en casos de despido por causas objetivas y políticas de retiro por excedente de personal⁹⁸³.

Tal y como se establece en la introducción de este documento, el Código de Prácticas sobre la Diversidad de Edades en el Trabajo hace un llamamiento a todos los empresarios para que aborden la discriminación por edades, pone de manifiesto los cambios demográficos, indica ventajas para las organizaciones y llama la atención sobre lo injusto que resulta ofrecer a la gente un trato menos favorable por motivo de su edad.

El Gobierno inglés ha optado, en este sentido, por la concienciación social y por la sensibilización sobre esta materia instando la colaboración voluntaria de todas

⁹⁸¹ Vid, al respecto CES *"Informe sobre..." Op cit.*, págs 89-92. En el que se citan los ejemplos de países como el Reino Unido, Estados Unidos, Canadá y Francia.

⁹⁸² Vid, entre otros, KEATON, P.; y BETH, L.; *"Age Discrimination in Employment. Case Law and implications for employers"*. Labor Law Journal, septiembre 1989, vol. 40, núm. 9, págs. 575-581; MICHAEL, J.; *"The unconstitutionality of the ADEA"*. Tulsa Law Journal, verano 1982, págs 782-810; LYON, M.; *"Comments on the constitutional law of age discrimination"*. Chicago Kent Law Review. 1981, vol. 57, núm. 58; MCKENRY, C.; *"Enforcement of Age Discrimination in Employment Legislation"*. Hastings Law Journal, mayo 1981, vol. 32, núm. 5, págs. 1157-1193.

⁹⁸³ En concreto el Código trata las buenas prácticas en seis aspectos del ciclo laboral: contratación, selección, ascenso, formación, despido y jubilación. Así se aboga porque en materia de contratación ésta se haga basándose en los conocimientos técnicos y las capacidades necesarias para desempeñar el trabajo. Que los procesos de selección se lleven a cabo según méritos, centrándose en la información incluida en el formulario de solicitud acerca de los conocimientos técnicos y las capacidades y en los resultados de la entrevista. En materia de ascenso se defiende que éstos se produzcan en base a la capacidad de, o en el potencial demostrado para, la realización del trabajo. En el ámbito de la formación y desarrollo, se defiende la necesidad de animar a todos los empleados para que saquen partido de oportunidades de formación relevantes. En los despidos que las decisiones al respecto se fundamenten en criterios objetivos, relativos al trabajo, para garantizar la conservación de los conocimientos técnicos necesarios para ayudar a la empresa. Y por último respecto a la jubilación se defiende la necesidad de asegurarse de que los planes de jubilación se aplican con imparcialidad, tomando en consideración tanto las necesidades del individuo como las de la empresa.

las partes implicadas para combatir las prácticas discriminatorias, partiendo de la idea de que la diversidad de edad tiene que ver con contratar a la mejor persona para el empleo de que se trate, independientemente de su edad, y con asegurarse de que poseen los conocimientos técnicos o la experiencia vital necesarios para realizar el trabajo para el que ha sido contratada⁹⁸⁴.

En el caso de España la lucha contra las barreras de la edad y los problemas de contratación del colectivo de los trabajadores de edad avanzada, ha sido mínima, tan sólo en el marco de las normas de fomento del empleo de grupos con dificultades especiales en el mercado de trabajo, entre otros las mujeres, los jóvenes y los minusválidos, se han introducido medidas tendentes a favorecer la contratación del colectivo de trabajadores mayores de 45 años en situación de desempleo de larga duración (que lleven inscritos como desempleados al menos 1 año), mediante la concesión de bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes.

Muy poco se ha avanzado en España en relación con la no discriminación por razón de la edad, quizás porque en el contenido del art. 14 de la CE, punto de referencia fundamental en materia de discriminación, no se incluye ninguna mención expresa a la edad como causante de la discriminación debiéndose recurrir, en este sentido, a la expresión "o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" contenida en el propio art. 14 de la CE. Así, para la aplicación específica del principio de discriminación basada en la edad hemos de guiarnos por el art. 17 del TRLET/1994, donde se sanciona con la nulidad a los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad, cuya eficacia⁹⁸⁵, es obviamente menor que la que la CE atribuye a su art. 14.

⁹⁸⁴ La UE también ha optado por la actividad de concienciación social mediante la elaboración de un informe en el que se recaban ejemplos de buena práctica, para que las organizaciones que adoptan medidas de lucha contra la barrera de la edad y la gestión de una mano de obra que envejece, aunque son minoría, sirvan de ejemplo para que otras empresas asuman comportamientos en este mismo sentido. WALKER, A.; "Gestión de una mano..." Op cit.

⁹⁸⁵ El art. 96. 12 del propio TRLET/1994 considera como infracción muy grave, entre otras, "las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones desfavorables por razón de edad".

La introducción del nuevo art. 13 en el TCE, y, en general, el interés al respecto que se percibe en el ámbito de la UE, debería abrir nuevas vías en el ordenamiento jurídico español para que se persigan aquellas conductas empresariales en las que se aprecie una discriminación basada en la edad del sujeto, máxime cuando se asume la necesidad de, entre otras cuestiones, incrementar las tasa de empleo del colectivo de trabajadores y trabajadoras de entre 40 y 65 o más años de edad, para contrarrestar de esta manera los efectos derivados de la reducción en los grupos de edad de entre 15 y 29 años.

1.1.6 La prejubilación como situación de tránsito entre el cese anticipado y la jubilación.

La no coincidencia entre el fin de la actividad laboral y el inicio de la jubilación está dando lugar a que un número considerable de sujetos se vean abocados a sufrir un importante período de inactividad entre el último empleo y el momento inicial de cobro de la pensión de jubilación.

La búsqueda de soluciones a los problemas de estos individuos que se ven obligados a una retirada definitiva y prematura con anterioridad a la *edad pensionable* se ha convertido en una prioridad dentro de la Seguridad Social, dando lugar a lo que, en términos generales se denomina prejubilación, entendiéndose por tal, “la situación de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u

En este mismo sentido el art. 28.2 de la LISOS, en la nueva redacción dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, en materia de empleo considera igualmente como infracción muy grave: “establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo, por motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado”. Los dos preceptos citados pasan a ser los arts. 8.12 y 16.2, respectivamente, del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden

ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación⁹⁸⁶.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos como es el caso, entre otros, del francés donde se reconoce y regula con entidad propia a esta situación conocida como *préretiate*⁹⁸⁷, nuestro ordenamiento jurídico no reconoce de forma expresa esta situación, basándose en las prestaciones existentes, especialmente, el subsidio por desempleo, para dar cobertura a la misma.

Nos encontramos, así pues, ante situaciones en las que se produce un cese prematuro de la actividad laboral, un cese que acaece con anterioridad a la jubilación, incluso a la jubilación anticipada y que tienen un cierto carácter de definitivo, no tanto porque, en muchos casos los trabajadores implicados no quieran reincorporarse al mercado de trabajo, sino que, tal y como hemos visto con anterioridad, porque existen serias dificultades para que su reincorporación sea efectiva.

Aunque la cobertura de estas situaciones se produce de forma mayoritaria a través de la prestación por desempleo, en concreto, mediante el subsidio por desempleo, la verdad es que se trata de dos cuestiones distintas, diferenciadas una de otra, precisamente en el tratamiento dado al cese en cuestión, por cuanto que en el desempleo el cese es siempre transitorio, ya que se está a la expectativa de encontrar un nuevo empleo, mientras que la prejubilación parte de la expulsión definitiva, del abandono definitivo de la actividad profesional; "la diferencia sustantiva entre el prejubilado y el desempleado es su relación con el mercado de trabajo; aquél lo ha abandonado definitivamente, éste sólo de forma transitoria"⁹⁸⁸.

Dentro de los diversos supuestos de prejubilación, es necesario distinguir entre aquellos en los que la empresa participa activamente mediante la financiación de la

social, que entrará en vigor el 1 de enero de 2001 y que supondrá la derogación, entre otras, de la LISOS y de los arts. 93 a 97 de la LET.

⁹⁸⁶ LÓPEZ CUMBRE, L.; "La prejubilación". Op cit.,, pág. 86.

⁹⁸⁷ Vid, entre otros, KERSCHEN, N.; y REMINIAC, H.; "*Les systèmes de préretriage. Classification juridique et pratique*". Droit Social, núm. 2, 1981, págs. 175-201.

prestación de cada sujeto beneficiario, a través de la suscripción de un contrato o plan de prejubilación⁹⁸⁹, de aquellos otros en los que el trabajador separado de la actividad laboral carece de cobertura alguna por parte de la empresa⁹⁹⁰.

Obviamente los primeros, generalmente adoptados en el marco de un proceso de crisis o reestructuración empresarial, son más beneficiosos para el trabajador ya que no sólo le garantizan tener acceso a la prestación de prejubilación sino que además le permiten, en muchos casos, acceder a la jubilación en condiciones prácticamente similares a las que habría accedido de no haber cesado prematuramente, frente a los supuestos en los que no interviene la empresa en los que el trabajador afectado no pierde por ello el derecho a la protección pero si ve mermada considerablemente su cuantía y expectativas de jubilación, aunque ambos casos, suponen una importante carga para el sistema financiero de la Seguridad Social

La principal cobertura de esta situación se materializa, tal y como he indicado, mediante el subsidio por desempleo para mayores de 52 años⁹⁹¹, al que el propio TC en su sentencia 69/1992, de 11 de mayo, ha denominado como "subsidio de prejubilación".

Se trata de una figura híbrida de difícil encaje dentro del marco jurídico de la jubilación aunque sí es cierto que se exige para tener derecho a este subsidio que se acredite en el momento de la solicitud que se reúnen todos los requisitos, excepto la

⁹⁸⁸ LÓPEZ CUMBRE, L.; *"La prejubilación"*. *Op cit.*, pág. 123.

⁹⁸⁹ Vid, entre otros, MOLERO MANGLANO, C.; *"Régimen jurídico de los planes de prejubilación"*. AL 1994 (I), pág. 67 y ss.; DEVESA, M.M.; DEVESA, J.E.; y VIDAL, C.; *"Una introducción a los planes de prejubilación"*. Previsión y Seguro, núm. 48, 1995.

⁹⁹⁰ En este sentido LÓPEZ CUMBRE, L.; distingue entre prejubilaciones programadas y prejubilaciones no programadas. *Cfr. "La prejubilación"*. *Op. cit.*, págs 96-100.

⁹⁹¹ Inicialmente la Ley 31/1984, de 2 de agosto (B.O.E., de 4 de agosto) de protección por desempleo, por la que se modifica el Título II de la Ley 51/1980, de 8 de octubre (B.O.E., de 17 de octubre), básica de empleo fijaba la edad del subsidio en los 55 años, pero el RD-Ley 3/1989, de 31 de marzo (B.O.E., de 1 de abril), de Medidas Adicionales de Carácter Social, modificó, entre otras cuestiones, la edad fijándola en los 52 años actuales.

edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social^{992 993}.

Nos encontramos ante una prestación atípica por cuanto que si bien, en tanto que subsidio de desempleo es una prestación de naturaleza asistencial⁹⁹⁴, la vinculación que se establece entre este subsidio y la jubilación contributiva, en los términos que acabamos de ver, incide sobre la propia naturaleza del mismo al transferirle un cierto grado de contributividad, sin ocultar, pero, su verdadero carácter asistencial.

Tal y como, en este sentido, apunta el TS, en la sentencia de 13 de marzo de 1995 (Ar. 1765), “los aspectos contributivos que concurren en el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, dotándole de cierto carácter híbrido no excluyen que predomine en el mismo su condición asistencial (...) La condición asistencial impregna, el núcleo de tal subsidio, así como su naturaleza y finalidad, viniéndole dado, no porque se otorgue sin previa contribución al sistema, sino porque su reconocimiento se condiciona a la existencia del estado de necesidad que se produce por la carencia de rentas, se trata, consiguientemente, de <<rentas de subsistencia>>, y no de <<rentas de sustitución>>”.

Nos hallamos, en definitiva, ante un supuesto de subsidio de desempleo condicionado a la posibilidad de una jubilación futura: “desprendiéndose de su natural vocación protectora de una situación de paro, para servir de tránsito hacia la jubilación

⁹⁹² El art. 7.3 del RD 625/1985, de 2 de abril (*B.O.E.*, de 7 de mayo), por el que se aprueba el Reglamento de protección por desempleo, exigía que se acreditara el cumplimiento de los requisitos de jubilación en un Régimen que reconociera el derecho a la prestación o subsidio por desempleo, fue declarado inconstitucional, por discriminatorio por parte del TC en su sentencia 209/1987, de 22 de diciembre.

⁹⁹³ Surgieron numerosas dudas en torno a la jubilación que debe ser objeto de valoración, vid, al respecto GOÑI SEIN, J.M^a, el comentario que este autor hace al art. 215 del TRLGSS/1994 en AA.VV “Comentario a la Ley General de la Seguridad Social Tomo II Arts 128 a 234”. Editorial Comares, Granada 1999, págs 1824-1826, especialmente sobre si es o no la jubilación del sistema de la Seguridad Social española la única a la que se debe tenerse acceso, y en segundo lugar sobre si esta referencia es o no a una pensión contributiva.

⁹⁹⁴ Vid, entre otras, SSTS de 6 de noviembre de 1992 (Ar. 8788); de 6 de mayo de 1993 (Ar. 7298); de 22 y 23 de diciembre de 1994 (Ar/1995 511 y 512) de 31 de enero; 13; y 27 de marzo de 1995 (Ar. 678; 1765; y 2344 respectivamente).

del trabajador⁹⁹⁵. Precisamente ese deseo de vincular ambas prestaciones, provoca muchas distorsiones en el régimen jurídico del mismo, algunas de ellas, de difícil comprensión, como por ejemplo la necesidad de acreditar los requisitos propios de la jubilación, entre otros la carencia genérica y la carencia específica, cuando formalmente no se tiene derecho a la jubilación por incumplimiento del requisito principal de la *edad pensionable*, y se continúa cotizando por esta prestación durante el tiempo de percepción del subsidio, sin que dichas cotizaciones puedan servir para poder acreditar el derecho a la prestación por la cual se cotiza⁹⁹⁶, que es, tal y como hemos visto, condición necesaria para poder tener derecho al subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

En relación con esta última cuestión la Ley 50/1998, de 30 de diciembre⁹⁹⁷, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, introdujo una nueva Dispos. adic. 28ª del TRLGSS/1994, donde expresamente se establece que las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora (el INEM) por la contingencia de jubilación, conforme a lo previsto en el apartado 2º del art. 218 del TRLGSS/1994, tendrán efectos sólo para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable, no teniendo validez ni eficacia jurídica para acreditar los períodos de cotización exigidos en el art. 161. 1. b) del TRLGSS/1994, que, de conformidad con lo dispuesto, tal y como hemos visto, en el art. 215.1.3 ha debido quedar acreditados en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

Aunque esta nueva Disp. adic. 28ª del TRLGSS/1994 declara de forma taxativa la carencia de eficacia jurídica de estas cotizaciones a efectos del cumplimiento de la carencia exigida, no por ello deja de ser injustificada esta medida, que

⁹⁹⁵ LÓPEZ CUMBRE, L.; *“La prejubilación”*. *Op cit.*, pág. 323.

⁹⁹⁶ STSJ de Galicia de 13 de junio de 1995 (Ar. 2796) donde se establece que tratándose de una situación asimilada al alta la correspondiente al período de desempleo voluntario y subsidiado de conformidad con lo previsto en el art. 1. d) de la OM de 18 de enero de 1967, “la carencia específica legalmente exigida para causar derecho a la pensión de jubilación, habrá de computarse hacia atrás desde la solicitud de la primera medida asistencia por aquella contingencia”. En este mismo sentido vid, STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 1995 (Ar. 3192).

⁹⁹⁷ B.O.E., de 31 de diciembre.

incomprensiblemente resta validez a las cotizaciones efectuadas por el INEM en favor del beneficiario del subsidio.

Muchos de los problemas que al respecto pueden advertirse son consecuencia directa de la exigencia un tanto inexplicable de la necesidad de cumplir los requisitos propios de la jubilación en un momento como el de la solicitud del subsidio de desempleo, alejado del hecho causante de la jubilación, sin que sea suficiente justificación la voluntad de permitir un tránsito entre ambas situaciones, el desempleo y la jubilación,⁹⁹⁸ para que se produzcan estas interferencias entre ambas prestaciones.

Carece, así pues, de toda justificación la exigencia de estos requisitos, sin tenerse en cuenta que puede darse el caso de que aunque no se cumpla la carencia exigida en el momento de la solicitud si se cumpla con posterioridad si se computaran las cotizaciones que se deben abonar por parte de la Entidad Gestora durante el tiempo de percepción del subsidio, es decir hasta el cumplimiento de la edad de jubilación.

Sin embargo a efectos del cálculo de la pensión de jubilación, es importante destacar que éste se realiza en el momento de acceder a dicha prestación, por

⁹⁹⁸ Es necesario tener en cuenta, en este sentido, que el subsidio de prejubilación se extingue, de conformidad con lo previsto en el art. 216.3 del TRLGSS/1994, cuando el trabajador alcanza la edad que le permite acceder a la pensión contributiva de jubilación. La referencia contenida anteriormente en la Ley 31/1984 de 2 de agosto de protección por desempleo y su norma de desarrollo, RD 625/1985, de 2 de abril, que hacían referencia al acceso a cualquier tipo de jubilación como límite al subsidio, planteó numerosas dudas sobre si era posible entender comprendido o no el SOVI dentro de la misma. En sentido negativo vid, entre otras SSTCT de 2 de julio de 1981 (Ar. 4657); 18; 19 de noviembre; y de 7 de diciembre de 1985 (Ar. 6255; 6292; y 6802 respectivamente); 21 de marzo, 24 de abril, 23 de junio y 24 de septiembre de 1986 (Ar. 1900; 2751; 4813; y 8397); 15 de junio de 1987 (Ar 13122). En estas sentencias se considera que el SOVI en tanto que prestación asistencial de carácter residual según se establece, entre otras normas, en el núm. 2 de la Disp. Transit. segunda del TRLGSS/1974 "no es incluíble en <<cualquier tipo de jubilación>> a la que ha de tenerse acceso según el precitado núm. 2 del art. 13. En sentido afirmativo, vid, entre otras, SSTC 209/1987, de 22 de diciembre; 78/1990, de 26 de abril; y 69/1992, de 11 de mayo, donde se establece, por su parte, que: "si el art. 13.2 de la Ley 31/1984 no distingue entre regímenes a la hora de conceder el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, el reglamento que desarrolla esta ley, el RD 625/85 no puede establecer exclusiones o diferencias entre dichos regímenes, pues son situaciones no diferenciadas por la Ley. No puede exigir, concretamente como no obstante hace su art. 7. 3 que la jubilación haya de realizarse en un régimen de la Seguridad Social que tenga prevista la protección por desempleo, pues la Ley no establece esa diferenciación entre quienes se jubilan en un régimen u otro del sistema. Se trata de un requisito contrario a la Ley, por no estar previsto en la misma y contrario a la Constitución por establecer una diferenciación no querida

cumplimiento de la *edad pensionable*, incluyéndose dentro del cómputo de la misma las cotizaciones satisfechas durante la percepción del subsidio, y calculándose la base reguladora tomando en consideración las cotizaciones abonadas durante dicha situación, generalmente, salvo convenio especial suscrito por el propio interesado con la Seguridad Social, formadas exclusivamente por la base mínima.

Debería, así pues, optarse por eliminar la exigencia del cumplimiento de los requisitos exigidos para la jubilación, salvo la edad, en el momento de la solicitud del subsidio para mayores de 52 años, sin tener en cuenta las cotizaciones satisfechas con posterioridad y antes del cumplimiento del hecho causante de la jubilación, así como por retrotraer el cálculo de la pensión de jubilación futura en el momento de la solicitud del subsidio al ser éste el momento en el que debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos de la jubilación aunque se demore su abono al momento del cumplimiento de la *edad pensionable*⁹⁹⁹, ya que carece de justificación que aquellas cotizaciones no computadas a efectos del subsidio sirvan, en perjuicio del sujeto beneficiario, para calcular su pensión de jubilación.

Pero no sólo se exige para poder ser beneficiario de este subsidio tener cumplida la edad de 52 años y acreditar los requisitos necesario para tener derecho a cualquier tipo de prestación contributiva de jubilación en el sistema de Seguridad Social, es necesario además acreditar que se ha cotizado por desempleo durante al menos 6 años a lo largo de su vida laboral.

No cabe duda alguna que la exigencia de estos 6 años de cotización, supone introducir un elemento preeminentemente contributivo sobre una prestación

por el legislador". En este mismo sentido SSTCT de 20 de septiembre, 12 y 20 de diciembre de 1988 (Ar. 6006; 8471; y 8594).

⁹⁹⁹ En este mismo sentido se manifiesta LÓPEZ CUMBRE, L.; quien considera que si se retrotraen en el subsidio de prejubilación el cumplimiento de los requisitos de la jubilación al momento de la solicitud del subsidio, "nada debería impedir que el cálculo de la pensión de jubilación se hiciera también en ese instante, en el que, por lo demás, el beneficiario ya demuestra tener cubiertos los períodos de cotización exigidos. De ser así, el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación se efectuaría sobre la cuantía de las bases de cotización de los 15 años anteriores al momento en que se cursó la solicitud del subsidio de prejubilación. Con esta solución se encontraría, al menos, una justificación a la necesidad de tener acreditados los períodos de cotización específica y genérica cuando se solicita el subsidio". Cfr. "La prejubilación". *Op cit.*, págs 332-333.

asistencial que carece de justificación alguna y que rompe la dinámica del sistema de Seguridad Social y la distinción entre prestaciones contributivas y asistenciales, especialmente en relación con éstas últimas basadas en el estado de necesidad del sujeto beneficiario, no en su contribución previa, y donde no se establece vinculación alguna entre las cotizaciones abonadas y la cantidad percibida tal y como sucede en las prestaciones contributivas.

La necesidad de acreditar el cumplimiento de esta carencia previa que en muchos casos puede llegar a excluir, incomprensiblemente, la percepción del subsidio, supone introducir un gravamen irrazonable sobre el sujeto solicitante del subsidio, dificultando el acceso a la protección prevista.

No siendo suficiente para considerar como válido este requisito que la ley se limite a exigir el cumplimiento de los 6 años sin más, computándose tanto los períodos tomados en consideración para generar el derecho a la prestación o subsidio por desempleo como aquellos que no hayan sido utilizados para esta finalidad.

Surgieron, en este sentido, numerosas dudas sobre la validez o no de las cotizaciones efectuadas a otros países de la UE. Dudas, en gran parte, derivadas del hecho de no incluir en la declaración notificada del Reglamento nº 1408/1971¹⁰⁰⁰, el nivel asistencial de la protección por desempleo, y que el propio TS trató de solventar basándose para ello en el hecho de apreciar que este subsidio “rebasaba ampliamente los límites de una mera asistencia social”¹⁰⁰¹, considerando de esta manera que sí que había que dar validez al amparo del Reglamento citado a estas cotizaciones, estando incluida la protección en el apartado g) del art. 4.1 del mismo, sin que sea obstáculo para ello que la declaración antes citada no hubiese incluido el Título II de la Ley 31/1984, ya que “las declaraciones de los Estados miembros sobre las legislaciones y

¹⁰⁰⁰ DOCE C 107, de 22 de abril de 1987.

¹⁰⁰¹ SSTs de 8 de octubre y 18 de noviembre de 1991 (Ar. 7741 y 8247); 23 de junio de 1993 (Ar. 4779); 28 de febrero de 1994 (Ar. 1529). En sentido contrario, se ha declarado la ineficacia, el no cómputo de las cotizaciones satisfechas en el extranjero, entre otras, en: STSJ de Asturias de 15 de febrero de 1991 (Ar. 1231); STSJ de Castilla y León/Valladolid de 18 de febrero de 1991 (Ar. 1321); STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 1991 (Ar. 5074). En este último caso al no figurar en el Convenio Hispano-Suizo la contingencia prevista (el desempleo).

regímenes del artículo 4 (apartado primero y segundo) son enunciativas, sin tener carácter exhaustivo, de modo que la omisión de una norma interna no comporta su obligada exclusión del ámbito de vigencia de aquél”¹⁰⁰².

El TS en un primer momento se manifestó en sentido afirmativo, entendiendo que la exigencia del requisito de la jubilación expectante se cumplía cualquiera que fuera el sistema de jubilación de cualquier país europeo en el que se hubiesen efectuado las cotizaciones exigidas¹⁰⁰³, pero en sentencias posteriores, el propio TS, en concreto en la sentencia de 28 de febrero de 1994 (Ar. 1529), dictada en Sala General, modificó este criterio al considerar que la exigencia contenida en el art. 215. 1. 3 del TRLGSS/1994, se refería exclusivamente al cumplimiento de los requisitos exigidos por y en el sistema de la Seguridad Social española, entendiendo que no podían considerarse, en este sentido, infringidos los arts. 48 y 67 del Reglamento nº 1408/1971, sobre todo al tratarse de supuestos en los que no se acreditaba un mínimo de 1 año de cotización en España para tener derecho a la prestación de jubilación, de conformidad con lo previsto en el art. 48. 1 del Reglamento nº 1408/1971, que da potestad a la institución de un Estado miembro para no conceder una prestación en virtud de los períodos cumplidos con arreglo a la legislación que aplique y que deban tomarse en consideración en el momento del hecho causante cuando la duración del mismo sea inferior a 1 año¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² STS de 8 de octubre de 1991 (Ar. 7741). Vid, al respecto SJCE de 29 de noviembre de 1977 asunto 35/77 Elisabeth Beerens contre Rijksdienstvoor Arbeidsvoorziening. Rec. 1977, pág (s) 2249 y ss..

¹⁰⁰³ STS de 15 de octubre de 1993 (Ar. 7604).

¹⁰⁰⁴ Debe tenerse en cuenta, en este sentido, tal y como apunta ROJAS que aunque parezca una cuestión menor no lo es, el art. 48.1 del Reglamento nº 1408/1971, exige un año de cotización para la concesión de prestaciones, en concreto las de jubilación, invalidez y viudedad que son las que están reguladas en los capítulos 2 y 3 del Título III del Reglamento, “no para equiparar en España las cotizaciones cubiertas en otro país comunitario para adquirir en España el derecho a la prórroga del subsidio por desempleo de los mayores de 52 años al cumplir con esas cotizaciones comunitarias el requisito especial de la Ley española para acceder a la pensión contributiva de jubilación”. ROJAS, M.; “*Sentencia comunitaria Martínez Losada y otros, de 20 de febrero 1997, C-88/95, 102/95 y 103/95, sobre el subsidio por desempleo de los emigrantes retornados mayores de 52 años sin cotizaciones en España. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas vuelve a contestar sin aclarar, por falta de una clara exposición de la Ley española en la cuestión prejudicial*”. AS, 1998-V. *Op cit.*, págs 398 y 401.

Este último criterio ha sido modificado a partir de la STS de 17 de diciembre de 1997 (Ar. 9481)¹⁰⁰⁵, tomando en consideración la solución dada por el TJCE en la sentencia de 20 de febrero de 1997, asuntos acumulados C-88/95, C-102/95; y C-103/95, asuntos Martínez Losada, Fernández Balado y Paredes¹⁰⁰⁶, al considerar que el subsidio a favor de los desempleados mayores de 52 años constituye una prestación por desempleo y el art. 48 antes citado no es aplicable a este tipo de prestaciones, en cuanto que dicho precepto comunitario se refiere a períodos de seguro o de residencia no inferiores a 1 año en relación con la prestación de jubilación al estar enmarcado en el cap. 3 del Título III del Reglamento que contiene las normas aplicables a las pensiones de vejez y muerte.

El TJCE llega a la conclusión de que “la condición exigible o premisa determinante para el nacimiento del derecho al subsidio asistencial no es la preexistencia de un derecho futuro al cobro de una pensión de jubilación, sino que el interesado haya cotizado durante un período de 15 años a un régimen de pensión de jubilación en uno o varios estados miembros”. Así pues, no se requiere ningún período previo de cotización en la Seguridad Social española para poder acceder al subsidio, bastará cumplir con los requisitos del art. 215.1.3 del TRLGSS/1994, “y, en relación concreta con la exigencia de un derecho expectante de jubilación”, será suficiente que se cumpla con los requisitos exigidos para la jubilación en la Seguridad Social española, 15 años de cotización, cualquiera que sea el país en el que se efectuó la cotización y con independencia de que posteriormente e le reconozca o no esta jubilación.

Nos encontramos ante una prestación de carácter necesario si tenemos en cuenta la finalidad de la misma, como es la de facilitar el tránsito hacia la jubilación de aquellos que son expulsados del mercado a una edad próxima a la jubilación, pero cuya configuración presenta muchas irregularidades, en gran parte derivadas de esta

¹⁰⁰⁵ SSTs de 7 de mayo, 18 de junio, 21 de septiembre, 19 de octubre de 1998 (Ar. 4584; 5409; 7869; 8546); SSTs de 19 de noviembre y de 3 de diciembre de 1998 (Ar. 10007; 10194).

¹⁰⁰⁶ Vid, al respecto, además de ROJAS, M., “Sentencia comunitaria Martínez Losada...”. *Op cit.*, págs 389-428, entre otros, ROFES i PUJOL, M^a Isabel. “Comentario a la STJCE de 20 de febrero de 1997”. *Revista del Poder Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Tercera época, núm. 51, 3er trimestre de 1998, págs 649 a 677.*

pretendida naturaleza híbrida de esta prestación a caballo entre el subsidio de desempleo y la jubilación (anticipada).

Se trata, en mi opinión, de una prestación que está más próxima al desempleo que a la jubilación y así lo ha venido a certificar el TJCE al declarar, tal y como veíamos, de forma más o menos rotunda que nos encontramos antes una prestación por desempleo, aunque la voluntad de vincularla de forma expresa a la jubilación, como condición necesaria para su acceso, ha dado lugar a que se exija para poder devengar este subsidio de prejubilación cumplir no sólo los requisitos de las prestaciones de desempleo asistenciales, en tanto que subsidio del nivel asistencial (como son, art. 215.1.1 y art. 215.1.2 del TRLGSS/1994: acreditar la condición de parado; figurar como inscrito como demandante de empleo durante el plazo de un mes sin haber rechazado una oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesional; carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores al 75% del salario mínimo interprofesional, en adelante SMI; o hallarse en situación de desempleo y no tener derecho a la prestación contributiva), sino también se exige cumplir ciertos requisitos propios de esta prestación (como por ejemplo la edad, 52 años, y una carencia previa de 6 años) e incluso los requisitos de la jubilación en el momento de la solicitud del subsidio (la carencia genérica y específica).

Requisitos que se manifiestan como excesivos tanto en relación con el importe del subsidio, que en términos generales es equivalente al 75% del SMI vigente en cada momento, como en atención a la situación que se quiere proteger.

Quizás, por ello, lo más conveniente y acertado sería dar un tratamiento específico a esta prestación no vinculándola ni al desempleo ni a la jubilación que permitiera eso sí ofrecer un sustento a quienes de forma prematura son expulsados del mercado de trabajo durante el tiempo que media entre el último cese en la vida laboral activa y la jubilación propiamente dicha, ya que aunque la tendencia debe ser la de evitar estas situaciones, mediante el impulso de la superación de las barreras de la edad en el empleo, sobre todo teniendo en cuenta los importantes efectos que se

proyectan sobre la pensión de jubilación por el hecho de haber pasado un tiempo más o menos largo de inactividad en una edad próxima a la de la jubilación.

No carecería de justificación en estos supuestos, en especial para aquellos que acrediten un importante tiempo de cotización dado el esfuerzo realizado y las dificultades que en muchos casos hay para reincorporarse a la vida laboral activa, permitir el cálculo de la pensión en el momento del cese, tomando en consideración las cantidades y reglas vigentes en ese momento aunque su percepción se suspendiera hasta el cumplimiento de la edad de jubilación.

2. Elementos esenciales a partir de los cuales se construye la jubilación: el cese voluntario de la actividad laboral.

La jubilación de los trabajadores se ha construido tradicionalmente sobre la base de la implicación simultánea de dos elementos esenciales comentados ya en diversos momentos de este trabajo; el cumplimiento de la edad fijada para poder acceder a la pensión de jubilación, la *edad pensionable*, y el cese en la actividad profesional que implica el retiro voluntario¹⁰⁰⁷, muy especialmente tratados al valorar, cuan equívoco es el art. 160 del TRLGSS/1994, y artículos en este mismo sentido de textos que lo han precedido, así como art. 1.1 de la O. de 18 de enero de 1967¹⁰⁰⁸, cuando bajo la rúbrica de concepto de jubilación en su modalidad contributiva, se alude a la existencia de una relación de causalidad entre estos dos elementos; la edad

¹⁰⁰⁷ El cese profesional no se exige como tal hasta el régimen mutualista con anterioridad sólo se exigía indirectamente al estar prevista y reconocida la incompatibilidad de la pensión y la realización de algún trabajo por cuenta ajena tal y como se establece en el art. 9 a) de la Orden de 2 de febrero de 1940 (B.O.E. de 8 de febrero) que dicta normas para la aplicación de la Ley de 1 de septiembre de 1939, que establece un régimen de subsidio de vejez, en sustitución del régimen de retiro obrero). SALVADOR PÉREZ, F; considera que el retiro de la vida laboral activa es el último de los elementos configuradores que se incorporan en el ordenamiento español a la protección social de la edad avanzada y el que proporciona una significación propia a la jubilación, *Cfr. "Jubilación laboral..." Op cit.*, pág. 561.

¹⁰⁰⁸ B.O.E. de 26 de enero.

establecida para acceder a dicha prestación y el cese en el trabajo para hacer referencia a la prestación económica que el sistema prevé en caso de jubilación.

La relación que se da entre estos dos elementos es, en términos generales, una relación de simultaneidad que decae sólo, y con un alcance limitado, cuando se accede a la situación de jubilación desde una situación previa de no alta o alta asimilada, sólo en estos casos la relación que debe definirse de simultaneidad entre ambas circunstancias desaparece.

La contingencia protegida es la pérdida de ingresos que el abandono o cese voluntario de la actividad profesional comporta, y es por ello que la cobertura que el sistema de Seguridad Social prevé se manifiesta, a través de la concesión de un sustento económico, que presentado en forma de pensión, dado su carácter vitalicio, trata de sustituir las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia del ejercicio de la acción de jubilarse, es decir del cese en el trabajo, al cumplir una determinada edad. Lo que, en definitiva, pretende cubrirse es la carencia de ingresos que comporta la inactividad fruto del cese en la actividad profesional cuando ésta se produce de forma voluntaria y al cumplir el sujeto la edad mínima para tener derecho a la pensión de jubilación.

Por su parte el hecho causante, en términos generales se produce el día del cese en el trabajo, salvo en el supuesto que se acceda a la condición de pensionista desde una situación de no alta o alta asimilada, ya que en estos supuestos se entiende producido el hecho causante el día de la solicitud de la prestación, no el día en que se cesó en la actividad profesional, excepto en los supuestos de excedencia forzosa y en los supuestos de traslado fuera del territorio nacional, ya que en estos supuestos se entenderá que se produce el hecho causante, el día del cese en el cargo que dio origen a la asimilación, es decir a la excedencia forzosa y el día de el cese en el trabajo respectivamente de conformidad con lo establecido en el art.3 de la O. M. de 18 de enero de 1967.

Cese que además de presentarse con carácter voluntario, ha de ser total y simultáneo, no parcial y escalonado tal y como se establece, entre otras, en las SSTCT de 11 de febrero de 1982 (Ar 796); de 28 de mayo de 1983 (Ar. 4878); y 20 de mayo de 1987 (Ar. 10766); con la excepción ya comentada de la jubilación parcial, en la que se accede a la condición de pensionista, se ejercita la acción de jubilarse, sin que se produzca el cese total en la actividad profesional, por cuanto que, aunque limitado en el tiempo a un máximo de 5 años, se simultanea jubilación parcial y contrato a tiempo parcial.

El cumplimiento de la *edad pensionable* no pueden entenderse, en ningún caso, tal y como ya hemos visto, como causa de extinción de la relación laboral y es por ello que la introducción en el art. 49.6 de la LET/1980, de la jubilación como tal causa, combinada con el contenido de la Disp. adic. 5ª de esta misma norma que establece literalmente una edad máxima para trabajar, ha de ser interpretada en un sentido opuesto al que en principio podría desprenderse, ya que mediante la lectura conjunta de estos dos preceptos, podría llegar a entenderse que la voluntad del legislador ha sido la de configurar la jubilación como una causa automática de extinción de la relación laboral que operaría sin la necesidad de la previa existencia de una declaración de voluntad individual, del trabajador o conjunta, de trabajador y empresario, que manifiestan su deseo de poner fin al contrato de trabajo que les une al cumplir la edad fijada normativamente para poder retirarse y acceder a la condición de pensionista.

Esta consideración de la jubilación como una de las causas de extinción de la relación laboral quiebra en parte los esquemas mantenidos hasta la aprobación de la LET/1980, donde no se incorporaba mención alguna relativa a la misma; ni el Código de Trabajo de 1926, Aprobado por RD-Ley de 23 de agosto de 1926, ni posteriormente, el RD de 22 de julio de 1928, así como tampoco la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, o el art. 76.9 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de Trabajo de 26 de enero de 1944 (Decreto de 26 de enero de 1944, Boletín de 24 de febrero) al abordar el estudio de la extinción del contrato de trabajo cita a la jubilación entre sus causas.

A nivel doctrinal se optó, por considerar que la jubilación o más específicamente la acción de jubilar o jubilarse lejos de ser considerada como una causa o forma de extinción de la relación laboral había de ser presentada como “un conjunto de modos de proceder a la extinción del contrato de trabajo por razón de la edad del trabajador”, considerando por ello que carece de entidad suficiente como para constituir una causa más que deba incorporarse al listado de causas de extinción del contrato de trabajo, añadiéndose que: “no resulta exacto hablar de un modo único y uniforme de proceder a la extinción del contrato de trabajo por jubilación, sino de varios, que responden a la misma finalidad perseguida por la jubilación, aun cuando deba, ya inicialmente descartarse que el derecho a separarse de la vida laboral activa es un derecho del trabajador por regla general, cuyo discrecional ejercicio corresponde a él mismo”¹⁰⁰⁹.

Configurada la jubilación como una facultad, un derecho del trabajador, tal y como aparece definida ésta en la OM de 1 de julio de 1953, la nota del cese de la actividad laboral que debe manifestarse con carácter voluntario se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un elemento esencial sobre el que gravita la jubilación como tal.

Para que en sentido estricto podamos considerar que la jubilación o el retiro del trabajador, en cuanto situación protegida, despliega sus efectos sobre el sistema de Seguridad Social, o dicho de otra manera para que se produzca el reconocimiento legal del derecho a la pensión de jubilación se exige, ab initio, que concurran de forma simultánea los dos elementos que conforman la noción de jubilación; el cumplimiento de una determinada edad y el cese voluntario de la actividad laboral.

Es necesario, por ello distinguir, entre la jubilación propiamente dicha, en alusión al acto de jubilarse y la asunción de la condición de jubilado, es decir la situación en la que se encuentra el trabajador que una vez ha abandonado la vida laboral activa se le reconoce el derecho a una pensión de jubilación.

¹⁰⁰⁹ RIVERO LAMAS, J., “*Jubilación Laboral*”. *Op. cit.*, pág. 798-799.

Para el ejercicio de la primera, la jubilación o acto de jubilarse el ordenamiento de la Seguridad Social exige, que concurren las dos circunstancias ya comentadas, mientras que para lo segundo para que se reconozca el derecho a recibir la pensión se exigen además de que se produzca la jubilación entendida como cese voluntario al cumplimiento de una determinada edad, es decir, se ejercite el acto de jubilarse, es necesario que se cumplan otros requisitos adicionales como por ejemplo que se acredite un determinado período de carencia, requisito éste último que se convierte en un elemento de funcionamiento interno del sistema de prestaciones que el ordenamiento de la Seguridad Social ofrece a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación.

2.1 La voluntariedad como causa determinante del cese: un concepto en crisis.

Tal y como acabamos de apreciar el cese en el trabajo se ha conformado como un elemento determinante de la jubilación, de tal manera que obviamente no puede entenderse que ésta se produzca sin la concurrencia del mismo, ahora bien para que el cese como tal permita que ejercitada la acción de jubilarse se pueda, en principio, acceder a la condición de pensionista es necesario que nos encontremos ante un cese en el que se manifieste la nota de voluntariedad, no en vano se trata de un derecho del trabajador y éste ha de manifestar su deseo de ejercitarlo, a través de la declaración de voluntad, que dará lugar a su pase a la situación de retiro y la correspondiente extinción del contrato de trabajo a instancias del propio trabajador o del empresario, siendo ésta una de las diferencias más importantes que existen entre la jubilación y la invalidez; “la diferencia fundamental que media entre la vejez e invalidez con relación al contrato, es que la contingencia protegida como vejez no determina la extinción automática ya que requiere de una declaración de voluntad del trabajador o empleador dirigida a producir la extinción del vínculo existente; por el contrario, la invalidez que determina una incapacidad permanente y absoluta, opera de modo automático la

extinción, lo que releva a las partes de cualquier declaración complementaria en tal sentido”¹⁰¹⁰.

Con el transcurso de los años, y a pesar de las innumerables modificaciones que se han operado sobre el sistema de Seguridad Social, se ha mantenido como tal este elemento, sin que en modo alguno, pueda considerarse que se ha renunciado a él ni tan siquiera ha sido puesto en entre dicho.

La consideración de que nos encontramos ante un concepto en crisis ha sido puesta ya de manifiesto al abordar el examen del otro elemento esencial que configura la jubilación; la edad de jubilación y muy especialmente al examinar una de las modalidades de jubilación, la jubilación forzosa, no en vano, el carácter voluntario del cese en la actividad laboral que ha estado presente siempre en la configuración de la jubilación como un derecho del trabajador excluye la jubilación forzosa.

La introducción de una edad máxima para trabajar, la interpretación que el TC ha hecho de la misma vinculándola a la política de empleo, así como la introducción equívoca de la jubilación entre las causas de extinción del contrato de trabajo, ha mermado mucho, cuando no vaciado de contenido, el carácter voluntario del cese, por cuanto que en muchos casos el ejercicio de la acción de jubilarse, se aleja de la declaración de voluntad del trabajador que ejercita este derecho, y quedando en manos de la empresa o en manos de los interlocutores sociales la toma de esta decisión, al introducirse la jubilación en el marco de la política de empleo, muy especialmente a través de la negociación colectiva o de los expedientes de regulación de empleo.

La concesión de ayudas, premios, indemnizaciones para el acceso a la jubilación anticipada o al cumplimiento de la *edad pensionable*, si bien se configuran como incentivos para acceder a la jubilación, tratan en cierta medida y de forma indirecta de compensar, en muchos casos la “renuncia” al ejercicio de un derecho, como es el de la jubilación que comporta la fijación de la jubilación con carácter obligatorio o forzoso.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*, pág. 799.

Sin duda alguna entre las circunstancias que, en gran medida, han contribuido a que hoy podamos considerar que la voluntariedad como factor o elemento que conforma la noción de jubilación ha perdido el peso que ha tenido en diferentes momentos, es necesario destacar no sólo la vinculación de ésta con la política de empleo, que como hemos visto ha ido situando a la jubilación en estrecha conexión con el mercado de trabajo y alejándola de su función esencial como medida de protección social, sino también el uso inexacto que se ha hecho de la jubilación como institución al arbitrio de los cambios sociales, ideológicos, económicos, etc., que se han producido en estos último 50 años, que han dado lugar a que sea ésta una prestación en la que fácilmente puede apreciarse como han ido aflorando las tensiones que dichos cambios han producido sobre el sistema de Seguridad Social, y muy especialmente sobre el sistema de pensiones y sobre la jubilación como pilar esencial.

Las diferentes modificaciones legislativas operadas sobre el sistema de jubilación en el período que va desde 1966 a 1997, al albor de la "crisis permanente" del sistema de Seguridad Social han incidido de forma muy significativa sobre los elementos que conforman la noción de jubilación; tanto la edad como la voluntariedad, teniendo en cuenta que las medidas adoptadas sobre el primero de estos elementos se proyecta tal y como hemos visto sobre el otro hasta el punto de llegar incluso en algunos momentos a vaciarlos de contenido, permitiéndonos afirmar con total rotundidad que hoy, en modo alguno coinciden la edad de cese o finalización de la actividad profesional con la edad de jubilación¹⁰¹¹.

Llegados a este punto parece necesario dar una respuesta al siguiente interrogante: ¿cuáles son los principales motivos o causas de que cumplida la edad

¹⁰¹¹ Tal y como en este sentido señala LÓPEZ CUMBRE, L., esta no coincidencia de edad de cese y edad de jubilación, "ha provocado una alteración en los clásicos sistemas de Seguridad Social, apegados a la contemplación de la jubilación anticipada como única posibilidad de adaptar el régimen de la jubilación ordinaria a las necesidades de orden laboral o personal de los beneficiarios. Por regla general la jubilación anticipada ha tenido un ámbito de actuación muy limitado, operando únicamente en situaciones concretas de actividades o profesiones que requieren de una pensión de jubilación a una edad más temprana que la fijada con carácter general o a situaciones transitorias que pretenden adecuar antiguos sistemas de Seguridad Social a las nuevas líneas marcadas por la Seguridad Social moderna". *Cfr. "La prejubilación". Op cit., pág. 46.*

reglamentaria de acceso a la pensión de jubilación ordinaria o a las diversas modalidades de jubilación anticipada, los trabajadores se vean compelidos a abandonar su actividad profesional?

Obviamente son diversos los factores que contribuyen a este pase forzoso a la situación de retiro, de una parte, la práctica cada vez más extendida de utilizar las diversas modalidades de jubilación anticipada como mecanismo de expulsión forzada del mercado de trabajo, práctica desarrollada no sólo por empresas en crisis sino que también incluso por parte de empresas con beneficios, estas últimas bajo el amparo de la necesidad de mejorar su competitividad hacen un uso abusivo de las diversas posibilidades de anticipo de la edad de retiro de los trabajadores a su servicio, sin que ni tan siquiera los incentivos, premios, o compensaciones previstas justifiquen la adopción de medidas como éstas que en muchos casos generan una fuerte crisis sobre el trabajador afectado que a una edad aún realmente temprana (52-64 años) se ve obligado a abandonar su puesto de trabajo y pasar a la situación de prejubilado o de jubilación anticipada, pero también, ha contribuido a ello, tal y como tendremos ocasión más adelante de apreciar, el hecho de haber incluido la jubilación entre las causas de extinción del contrato de trabajo.

Debería ejercerse un mayor control por parte de los poderes públicos sobre el uso de esta práctica cada vez más extendida de abusar de la jubilación en tanto que mecanismo de expulsión del mercado de trabajo no sólo por los efectos que genera en el sistema y sobre el trabajador afectado, sino porque incluso desde el plano teórico provoca una pérdida importante de valor del elemento de la voluntariedad, ya que aún cuando en términos estrictos el ordenamiento jurídico le ampara para que salvo Convenio colectivo expreso que así lo disponga, pueda oponerse a la adopción de una medida como ésta, sitúa al trabajador afectado en una tesitura difícil de solventar por cuanto que conocedor de la voluntad de la empresa de proceder a su retiro ¿en qué condiciones continuará prestando sus servicios?

En muchos supuestos el cese voluntario en el trabajo se ha convertido en un cese pseudo forzoso cuando no forzoso u obligatorio del todo, sin que existan

garantías suficientes para que el trabajador libremente exprese su voluntad de proceder a la continuación de su actividad profesional o retirarse en los términos previstos en la Ley. Si a todo ello unimos el hecho de que prácticamente son inexistentes los incentivos para que el trabajador que cumplida la edad reglamentaria de acceso a la pensión de jubilación opte por permanecer en activo, no cabe duda que en cierta medida hablar hoy en día de la jubilación como derecho del trabajador aún cuando no es del todo una falacia, si que se trata de una idea en crisis, por cuanto que ésta se ha ido configurado más como un mecanismo de expulsión del mercado de trabajo de los trabajadores de edad avanzada, como un elemento de gestión de la mano de obra en la empresa que como un derecho del trabajador de decidir el momento de abandono de la vida laboral activa.

Puede muy bien traerse a colación, en este sentido, como ejemplo de esta desnaturalización del derecho a la jubilación, el hecho de que, en general, cuando se habla de la necesidad de incentivar la permanencia en activo de los trabajadores más allá de los 65 años se alude al hacer referencia a los incentivos que deben adoptarse a la posibilidad de eliminar las cotizaciones sociales de estos trabajadores, lo que denota, por un lado, que la jubilación es una cuestión sometida a criterio empresarial, de ahí que se trate de incentivar los aspectos empresariales mediante la eliminación o reducción de las cuotas, reconociendo que es la empresa en última instancia quien toma en la gran mayoría de casos la decisión de proceder expresamente o tácitamente a la jubilación de sus trabajadores, con el propósito de reducir una parte del coste de sus trabajadores y por otro, que continua sin abordarse el tema de los incentivos que deben preverse en favor de los trabajadores, ya que, en última instancia han de ser ellos quienes deben decidir si optan por retirarse o por permanecer en activo.

2.2 La extinción de la relación laboral por jubilación y la consideración de ésta como despido.

La incorporación de la jubilación entre las causas de extinción del contrato de trabajo, en el art. 49. 6 de la LET/1980, constituyó una novedad, por cuanto que ni la LCT/1944 ni anteriormente la LCT/1931, incluían dentro del catálogo de causas de extinción de la relación laboral (art. 76 LCT/1944 y art. 89 LCT/1931), a la jubilación de los trabajadores.

Aún cuando la jubilación como tal produce efectos sobre dos ámbitos distintos del ordenamiento jurídico, sobre el derecho del trabajo y sobre el derecho de la Seguridad Social, y que para proceder al reconocimiento de la pensión de jubilación se exige el cese efectivo en el trabajo que implica a la vez; la extinción de la relación de trabajo del beneficiario y la cesación efectiva de la realización del trabajo en las condiciones que determina la normativa reguladora tal y como señala García Fernández, M.; en modo alguno puede considerarse que el cumplimiento de la *edad pensionable* es una causa de extinción de la relación laboral; "la causa de la extinción de la relación no es así, estrictamente la jubilación del trabajador, exigiendo éste una declaración de voluntad del trabajador dirigida a la Entidad gestora, sino motivación o finalidad que se proyectan sobre el negocio extintivo mismo que puede obedecer a distintas causas"¹⁰¹².

En virtud de la inclusión de la jubilación entre las causas de extinción del contrato: ¿es posible que al cumplimiento de una determinada edad, la edad de acceso a la pensión de jubilación, se proceda a extinguir la relación laboral que vincula al trabajador que cumple dicha edad con la empresa? o dicho en otros términos: ¿puede llegar a considerarse la jubilación como causa autónoma de extinción de la relación laboral?

La respuesta es que no, entre otras cuestiones, porque tal y como en reiteradas ocasiones hemos señalado el cumplimiento de una determinada edad no es la causa de la extinción de la relación laboral, ya que se exige una manifestación voluntaria de cese o finalización de la actividad profesional.

¹⁰¹² Cfr. "Configuración de la jubilación...". *Op cit.*, pág. 69

Es necesario por ello distinguir entre la jubilación como acto y los efectos que se derivan de ella, en el primer caso, todo gravita legalmente, sobre la declaración de voluntad del trabajador que decide poner fin a su vínculo contractual al cumplir la edad fijada para tener derecho a la pensión de jubilación y optar por pasar a la condición de pensionista, mientras que es en relación con los efectos que se derivan del acto de jubilarse donde puede hablarse de extinción de la relación laboral, ya que uno de los efectos derivados del acto de jubilarse es el reconocimiento de la pensión de jubilación que exigen el cese en el trabajo e implica la extinción de la relación contractual.

No cabe, así pues, considerar que la jubilación es causa suficiente para que, a tenor de lo previsto en el art. 49.1 f) del TRLET/1995, el empresario proceda a declarar la extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador, ya que de no estar previsto legalmente o por Convenio colectivo que el cumplimiento de una determinada edad es causa de extinción del vínculo contractual, no puede operar esta extinción de forma automática o a instancias del empresario, tal y como sucede en el caso del empresario cuya jubilación si es causa directa de extinción del contrato.

Si cumplida la edad fijada legal o convencionalmente se procede a la extinción de la relación laboral hay que entender que ésta se produce por mutuo disenso, mientras que en los casos de jubilación anticipada, así como en los supuestos de jubilación por voluntad del trabajador nos encontraríamos ante una extinción de la relación que une al empresario con el trabajador por dimisión de éste último. Nos encontraríamos ante un supuesto de desistimiento *ad nutum*, ya que reconocido al trabajador un derecho, el derecho a cesar o finalizar la relación laboral por jubilación, y existiendo un vínculo de carácter indefinido con la empresa¹⁰¹³, el trabajador podrá

¹⁰¹³ Sobre las dudas que existen en torno a la posibilidad de desistir para jubilarse en un contrato concertado a tiempo determinado, *vid, Ibidem* págs 71-72; que sostiene que depende del tipo de contrato, así si bien no es posible el desistimiento en los contratos de obra o servicio, si lo es para este autor en los contratos temporales, en los que el plazo o término es una mera accidentalidad. En sentido favorable se manifiesta, entre otros, ALBIOL, I.; "Dimisión del trabajo" en Comentarios a la Leyes laborales, IX, vol. 1º. Madrid, 1983, pág. 174, que sostiene que "el ET admite la dimisión del trabajador como causa extintiva del contrato de trabajo, tanto de duración determinada como indefinida". Igualmente *vid*, FERNÁNDEZ LÓPEZ., M.F.; "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador" en AA.VV "La extinción del contrato de trabajo: el despido". Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, págs.108-111; quien apunta que "todo el problema descansa en un intento, quizás no del todo acertado (quizás ni siquiera consciente), de perpetuar principios reguladores de la relación

proceder a la extinción del contrato sin necesidad de alegar causa o motivo alguno (art. 49. 1 d) de TRLET/1995), tan sólo observando el requisito del preaviso.

En relación con esta última cuestión, el sometimiento de la voluntad extintiva al cumplimiento de un plazo de preaviso, establecido con el fin de permitir la existencia de un período de tiempo entre la declaración extintiva y la efectividad de la misma, que dificulte en cierta medida la ruptura violenta del vínculo contractual que une al trabajador y la empresa nada se establece al respecto en la normativa laboral, el propio art. 49.1 d) del TRLET/1995, que recoge la dimisión del trabajador remite en cuanto al preaviso al Convenio colectivo o la costumbre del lugar¹⁰¹⁴.

Se ha llegado a plantear por parte de la doctrina si en los supuestos de jubilación puede considerarse que no es necesario el cumplimiento del plazo de preaviso a que hace referencia el TRLET/1995, por cuanto que el empresario conecedor de la edad del trabajador puede esperar que éste al cumplimiento de la edad de jubilación decida romper el vínculo contractual sin que por ello podamos considerar que ha habido una ruptura brusca del mismo que es lo que justifica la exigencia del plazo de preaviso.

laboral que, si tuvieron sentido a fines del siglo XIX, hoy lo han perdido casi por completo, o han adquirido matices entonces desconocidos". En contra se manifiesta, entre otros, RIVERO LAMAS, J.; *"Jubilación Laboral" Op cit.*, pág. 802 ya que entiende que en el caso de las relaciones de duración determinada la jubilación no se constituye como derecho del trabajador, a diferencia de lo que sucede en el caso de las relaciones de duración indefinida; ya que en las primeras, "su mismo establecimiento implica el compromiso de cumplir hasta el final de la duración, sin que el hecho de alcanzar una determinada edad logre introducir un poder de desistimiento unilateral incompatible con la naturaleza misma de la relación"; y MONTOYA MELGAR, A.; *"Derecho del Trabajo"*. Ed Técno, Madrid, 1999, pág.456-457. Como síntesis de la doctrina al respecto vid; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.R; y FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *"La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo"* . La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, págs. 57-63.

¹⁰¹⁴ Al respecto, ALONSO OLEA, M.; y CASAS BAAMONDE, M.E.; apuntan que el plazo de preaviso será de 15 días, por aplicación de la regla prevista en el apartado 3º del art. 49. 3. 1 c) del TRLET/1995 para la denuncia de la prórroga del contrato temporal. Cfr. *"Derecho del Trabajo"*. Ed. Civitas, 16ª edición, Madrid, 1998, pág. 471. A esta misma conclusión llega el TS vid, entre otras, STS de 29 de junio de 1989 (Ar. 4856), citada por RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.R; y FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *"La voluntad del trabajador..."*. *Op Cit.*, pág. 87, para quienes: "el silencio de la ley, ha de interpretarse, pues, como una voluntad implícita de diferenciación, que deja un margen a la autonomía de la voluntad, pero también de valoración al juez a la vista del caso concreto y de acuerdo a las exigencias de la buena fe. No obstante, es razonable que sirva como criterio valorativo al respecto, en cuanto exigencia mínima, lo dispuesto en el párrafo final del art. 49.3.1.c) ET".

Aún cuando a efectos de la prestación de jubilación, desde el punto de vista de la Seguridad Social, es del todo irrelevante el cumplimiento o no de este requisito, y es por ello que la gran mayoría de Convenios colectivos no establecen nada al respecto, se limitan, en general, a declarar que cumplida la edad fijada legal o convencionalmente para la jubilación los trabajadores podrán jubilarse sin que se incluya la necesidad de observar un plazo de preaviso, por lo que cabe entender que la declaración de voluntad extintiva produce efectos tan pronto como esta se produzca a no ser que el Convenio de forma expresa prevea que debe someterse a un procedimiento especial. Hay sin embargo argumentos para defender que si que es necesario el cumplimiento del plazo de preaviso, por cuanto que no puede considerarse que el conocimiento de la edad de los trabajadores por parte de la empresa sea un motivo suficiente que permita a la empresa prever cuando el trabajador de forme individual ejercerá su derecho a la jubilación y eximir de esta manera al trabajador del cumplimiento del preaviso, ya que si bien sabe la empresa que ésta puede producirse no sabe a ciencia cierta cuando se producirá¹⁰¹⁵.

Cuestión distinta es la relativa a la forma de expresión de la voluntad extintiva, al respecto parece del todo lógico exigir la necesidad de que se proceda a notificar por escrito la voluntad del trabajador de cesar al cumplir la edad de jubilación, sin que sea suficiente esta notificación en los casos en los que expresamente deba observarse un plazo de preaviso, ya que el cumplimiento de la edad de jubilación tal y como he señalado anteriormente no es causa de jubilación debe existir una manifestación voluntaria por parte del trabajador tendente a la consecución del fin previsto su cese en el trabajo y su pase a la condición de jubilado, "de ahí el hecho de que la circunstancia de alcanzarse por el trabajador la edad de retiro no crea por sí ninguna presunción que justifique la no observancia del plazo de preaviso", ya que si bien el empresario conoce la edad del trabajador, y consecuentemente la fecha en la que éste puede pasar a la condición de pensionista, desconoce por completo el momento en el

¹⁰¹⁵ Tal y como en este sentido señala RIVERO LAMAS, J., "Si bien el empresario puede tener conocimiento de la fecha a partir de la cual el trabajador está en condiciones de pasar a la situación de pensionista, desconoce, en cambio, el momento en el que lo llevará a efecto, dado que la norma general es la de que corresponde al trabajador decidir cuando se retirará de la empresa. De aquí que el hecho de que la circunstancia de alcanzarse por el trabajador la edad de retiro no crea por sí ninguna presunción que justifique la no observancia del plazo de preaviso". *Ibidem.*, pág. 820

que el trabajador la hará efectiva ya que corresponde a éste decidir cuándo cumplida la *edad pensionable* quiere cesar en el trabajo.

Sobre la base del principio de voluntariedad en el cese como elemento determinante de la jubilación, parece necesario plantearse, tal y como se hace en la sentencia del TSJ de Cantabria de 10 de enero de 1997 (Ar. 34)¹⁰¹⁶; ¿Qué sucede en aquellos casos en los que el trabajador después de haber optado por el ejercicio del derecho a la jubilación decide revocar esta decisión primitiva?; ¿cuáles son los efectos que puede generar esta revocación por parte del trabajador de una decisión previamente adoptada a favor de la jubilación?

El Tribunal *ad hoc* entendió que no existiendo en este caso por aplicación del supuesto de jubilación anticipada a los 64 años como medida de fomento del empleo, un vínculo entre cese anticipado y obtención de la pensión, había que considerar que ejercido voluntariamente por el trabajador su derecho al cese en la actividad profesional se había producido una extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo de las partes a pesar de que éste no llegue a devengar el derecho a la pensión de jubilación, sin que pudiera derivarse del no reconocimiento del derecho a pensión la necesidad de que la empresa tenga la obligación de reincorporar al trabajador que ejerce voluntariamente su derecho a la jubilación.

El TSJ de Cantabria parece utilizar dos argumentos distintos a la hora de examinar los efectos que se derivan de la revocación por parte del trabajador de su decisión extintiva en casos como el que se examina en los que la revocación está basado en el hecho de no haber lucrado la pensión por incumplimiento de alguno de los requisitos legalmente exigidos, en este caso, que el trabajador que ha de sustituirlo tenga la condición de desempleado. De una parte la aplicación de la doctrina sobre la irrevocabilidad de la dimisión preavisada prevista, entre otras, en la STS de 25 de julio de 1990 (Ar. 6475), donde, entre otras cuestiones se establece que: “la retracción...es por sí sola ineficaz en orden a la reanudación del vínculo (contractual)” o que: “por ser

el preaviso una declaración de voluntad de carácter receptivo, tal voluntad ha de entenderse irrevocable, salvo que medie aceptación, por el empresario”, citando entre otras a la sentencia del TS de 15 de noviembre de 1989 (Ar. 8062); y 26 de febrero de 1990 (Ar. 1234)¹⁰¹⁷; y de otra el principio según el cuál el cobro de la pensión no es determinante de la existencia de la jubilación, situación ésta que puede llegar a producirse incluso en supuestos en los que como el presente se incumple algunos de sus requisitos, tal y como también sucede en el caso resuelto en la STS de 4 de mayo de 1984 (Ar. 2958) que, aunque referido a la jubilación del empresario, al declara que la Ley, en referencia a la LET, reconoce el derecho a la jubilación sin que imponga la obligación de esperarse para ejercitarlo a que se termine el expediente de jubilación a efectos del reconocimiento de la pensión¹⁰¹⁸, llegando a considerar que el cierre de la empresa con motivo de la jubilación del empresario no está supeditado a la exigencia del expediente que normalmente se requiere para el cierre de las empresas en otros supuestos y por otros causas.

Basándose igualmente en el hecho de que el desistimiento se constituye en un acto generador de derechos a terceros, los Tribunales llegan a considerar que cuando la conducta de quien lo lleva a cabo prueba una manifiesta, clara, expresa y terminante voluntad de extinguir la relación laboral, la retracción no puede redundar en perjuicio del tercero, sobre el que ha revertido la decisión de quien decide desistir¹⁰¹⁹, ya que la empresa una vez acordada la jubilación pasa a ser titular de un derecho a extinguir el contrato¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁶ Vid, el comentario de esta sentencia realizado en el capítulo de Presentaciones de Aranzadi Social, 1997 (I), núm. 3, bajo el título de *“La jubilación del trabajador como causa extintiva del contrato de trabajo. En particular, sobre la jubilación anticipada”*. Págs. 2507-2510.

¹⁰¹⁷ Vid, en este mismo, sentido, entre otras SSTCT de 26 de noviembre de 1983 (Ar. 10126); 31 de octubre de 1984 (Ar. 8224); 11 de septiembre de 1986 (Ar. 7607); 3 de marzo y 12 de mayo de 1987 (Ar. 4733 y 9801); así como del TS como en las SS de 6 de noviembre de 1985 (Ar. 5729); de 26 de abril de 1991 (Ar. 3390); de 30 de abril de 1993 (Ar. 2014); y más recientemente, STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 1999 (Ar. 1794); STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de abril de 1999 (Ar. 2400).

¹⁰¹⁸ En este mismo sentido, vid, entre otras, STSJ de Andalucía/Málaga de 10 de mayo de 1994 (Ar.2142).

¹⁰¹⁹ Vid, entre otras, STS de 27 de julio de 1983 (Ar. 3050); 2 de julio de 1985 (Ar. 3661); 7 de noviembre de 1989 (Ar. 8018).

¹⁰²⁰ STS de 30 de abril de 1993 (Ar. 2014).

A pesar de la utilización de argumentos como estos no parece que sea del todo acertado considerar que nos encontramos ante un supuesto de extinción del contrato por mutuo acuerdo ya que es evidente que los efectos de la decisión extintiva en el supuesto de jubilación están vinculados de forma muy directa con el devengo de la prestación, pudiendo considerar que el derecho a la jubilación sólo resulta efectivo desde el momento en el que se cumplen todos los requisitos previstos para tener derecho a la pensión de jubilación y por ello revocada la decisión extintiva por parte del titular del derecho a la jubilación, el trabajador, la empresa debería proceder a su reincorporación, máxime en un supuesto como el que sustancia en la sentencia en cuestión en el que la negativa al acceso a la pensión deriva de un incumplimiento empresarial.

Si bien no es aplicable en toda su amplitud la readmisión del trabajador en aquellos supuestos en los que producido el cese con posterioridad al mismo le es denegado al trabajador el derecho a la pensión, sobre todo en aquellos casos en los que la denegación de este derecho se fundamenta en el incumplimiento de los requisitos necesarios para tener derecho a la misma. En aquellos otros supuestos como el de autos en el que la denegación es como consecuencia de un incumplimiento empresarial debería operar la readmisión del trabajador sobre todo si tenemos en cuenta que la empresa no ha procedido a contratar un nuevo trabajador¹⁰²¹.

La solución adoptada en este caso por el TSJ de Cantabria es sin duda alguna de carácter circunstancial, de compromiso, al establecerse que al “existir irregularidad empresarial que fuese causa determinante de la privación del derecho del trabajo, éste puede exigir la correspondiente indemnización, más no una reincorporación no pactada ni prevista en la norma habilitante”.

Parece del todo descartable las otras dos opciones posibles relativas a la calificación de la decisión o voluntad extintiva del trabajador como son la de

¹⁰²¹ Este es precisamente el argumento utilizado por ESTEVE SEGARRA, A.; para negar la invalidez del cese de la relación laboral en supuestos en los que producido éste se le deniega al trabajador el derecho a la pensión de jubilación, entendiéndose que no puede imponerse al empresario la

considerar que nos encontramos ante un abandono sin causa ni preaviso; o ante un supuesto asimilable al despido indirecto o la resolución causal¹⁰²², ya que en relación con este último supuesto no sólo se exige a tenor de lo previsto en el art. 49.1 j) del TRLET/1995 que esta resolución de la relación laboral por parte del trabajador se base en un incumplimiento contractual del empresario cosa que en estos casos no sucede, sino que además se requiere que dicha extinción se produzca a través de la intervención judicial previa denuncia en la que se pedirá al Juez que proceda o bien a la resolución del contrato basándose para ello en el incumplimiento alegado o bien a la restauración de la situación jurídica producida pudiendo en este caso solicitar además una indemnización por los daños causados aplicando lo previsto con carácter general en el art. 1124 del Código Civil donde expresamente se establece que en los casos de resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento de una de las partes el perjudicado podrá escoger, entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños.

Tampoco parece acertado considerar que nos encontramos ante un abandono o dimisión tácita por parte del trabajador, figura ésta que si bien no aparece de forma expresa recogida en el listado de causas de extinción del contrato podría derivarse a sensu contrario de la causa establecida en el art. 49.1 d) TRLET/1995 ya que la cobertura legal vigente en la LET/1980, para reconocer esta causa recogida de forma expresa en el art. 81, párrafo final, de la LCT/1944 donde se establecía que: "si el trabajador incumpliere el contrato, abandonando el trabajo, el empresario tiene derecho a exigirle el resarcimiento de daños y perjuicios", como es la Disposición final 4ª de la propia LET/1980 fue derogada por el TRLET/1995, ya que debe defenderse la total licitud del acto de desestimiento del trabajador no en vano el trabajador es poseedor de un poder reconocido en la propia Ley de extinción de la relación laboral sin necesidad de alegar causa alguna, aunque en este supuesto existe la causa que justifica la extinción como es el ejercicio de un derecho, en concreto, el derecho a finalizar la relación laboral y pasar a la situación de jubilado.

readmisión, ya que éste puede haber procedido a contratar a un nuevo trabajador. Cfr. "La jubilación..." *Op cit.*, pág. 131.

Hay autores que consideran incluso que nos encontramos ante una causa autónoma¹⁰²³, excluyendo de esta manera su inclusión dentro de la categoría de la dimisión o cese voluntario, para ello se basan, entre otras cuestiones, en el hecho de considerar que la aparición de la jubilación del trabajador como una causa más de extinción de la relación laboral, como una causa específica dentro de la extinción por cese voluntario del trabajador.

El cumplimiento de la *edad pensionable* y el correspondiente cese en la actividad laboral basado en esta causa, la jubilación del trabajador, circunstancia que permite al trabajador optar entre la cesación o continuación en la prestación de servicios, podría incluso permitir aplicar la doctrina sobre la cesación de las obligaciones de hacer cuando la prestación resulta legal o físicamente imposible tal y como se establece en el art. 1184 del Código Civil, aunque tal y como algún autor señala, en el caso de la jubilación voluntaria, de la misma manera que en el caso de la jubilación del empresario, la imposibilidad de incumplimiento no es apreciable en estos supuestos por cuanto que “la extinción se produce más bien por una decisión de las personas afectadas, aunque de ella surja una situación incompatible con el trabajo”¹⁰²⁴, en sentido estricto no puede hablarse de imposibilidad legal para trabajar habría de hablarse de incompatibilidad legal para continuar trabajando cuando cumplidos los requisitos exigidos se opta por el pase a la situación de pensionista.

La jurisprudencia por su parte asimila la jubilación forzosa, en aquellos supuestos en los que no existe norma legal o convencional de cobertura con el despido, así por ejemplo en la STS de 24 de junio de 1946 (Ar.915), se establece que la jubilación del trabajador decretada por la empresa en cualquier momento, “en cuanto que separa (al trabajador afectado) del activo servicio, desliga de la obligación de prestarlo y convierte la relación, trabajo por sueldo o salario, en pensión sin actividad recíproca, quiebra la anterior correspondencia e instituye un nuevo estado, en que ya

¹⁰²² Vid, al respecto SALVADOR PÉREZ, F., “Jubilación laboral...” *Op cit.*, págs 574 y ss.

¹⁰²³ Como es el caso de ALBIOL MONTESINOS, I.; y SALA FRANCO, T.; “Extinción del contrato: causas objetivas” en CISS Laboral Tomo IV, 1996, pág. 8

¹⁰²⁴ Vid, entre otros, MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; y GARCÍA MURCIA, J.; “Derecho del Trabajo”. Ed Técnos, 6ª edición, Madrid, 1997, pág. 703.

no se participa productivamente, ni se cumple con los deberes que ello lleva, ni se percibe remuneración de actualidad; así se advierte llegada para ambas partes otra situación, en la cual sus respectivos derechos se limitan tanto como las añejas obligaciones, para regirse por normas, si en género laborable, en razón de su origen, específicamente distintas a las del propio contrato de trabajo”, de ahí que la jubilación en cuanto que supone el cese en el trabajo y separa de la actividad a que se sirve “tiene equiparable estima que el despido finiquitador del contrato de trabajo, pues sus efectos son bien similares y más que análogas las consecuencias productoras”¹⁰²⁵.

Teniendo en cuenta que existe una idéntica finalidad que motiva la acción de despido y la acción en caso de extinción de la relación laboral por jubilación forzosa debe ejercitarse la acción establecida para el despido.

El cauce procesal que se debe seguir es así pues el del despido, no en vano la acción de despido, entendida ésta en sentido amplio, se ejercita como respuesta ante cualquier rescisión de la relación laboral dispuesta unilateralmente por el empresario y aunque esta rescisión pueda estar sustentada en una causa legalmente admitida, como es la jubilación forzosa, ésta se configura como una causa de resolución de la relación laboral que lleva consigo la extinción de la obligación por parte del jubilado de prestar los trabajos o servicios objeto de contrato y por la del empresario, la de abonar el salario siendo este el principal motivo por el que cabe considerar esta extinción como un despido, ya que también en éste se producen análogos efectos en cuanto a la prestación de servicios por el trabajador despedido y del empresario a satisfacer la retribución convenida, precisamente esa identidad de finalidad motiva que la acción ejercitable sea la del despido¹⁰²⁶. Así, si el trabajador cree necesario proceder a su impugnación el ejercicio de la acción que a tal fin se ejercite debe regirse por las reglas

¹⁰²⁵ En este mismo sentido vid, entre otras, SSTS de 4 de enero de 1965 (Ar. 1177); de 10 y 15 de febrero; de 25 y 28 de marzo; de 11 y 30 de mayo de 1983 (Ar. 578, 656, 1191, 1209, 2367, 2367 y 2437 respectivamente); de 11 y 12 de julio de 1985 (Ar. 3741 y 3742); de 2 de junio y 9 de diciembre de 1986 (Ar. 3431 y 7298) de 27 de octubre de 1987 (Ar. 7210); de 26 de febrero y 29 de octubre de 1990 (Ar. 1912 y 7937); de 29 de diciembre de 1992 (Ar. 10378); de 27 de julio, 23 de octubre y 29 de noviembre de 1993 (Ar. 5999, 8060 y 9091).

¹⁰²⁶ STS de 18 de mayo de 1982 (Ar. 3181).

dispuestas para el despido, especialmente en lo que atañe al plazo de ejercicio de esta acción y su caducidad.

El problema se sitúa entonces en el hecho de determinar a partir de esta equiparación entre jubilación obligatoria sin cobertura legal y el despido; ¿a qué tipo de despido es asimilable la jubilación forzosa?

Si bien en general los diferentes órganos judiciales no han entrado a valorar cuál es la modalidad de despido que más se ajusta a la extinción del contrato de trabajo por jubilación, limitándose en la gran mayoría de supuestos a declarar que encontrándonos ante una extinción injustificada procede determinar la improcedencia del despido, como sucede, entre otras, en la sentencia del TSJ de Galicia de 23 de enero de 1998 (Ar. 9); así como en la STSJ de Cataluña de 10 de julio de 1998 (Ar. 3190), en esta última apreciando que no puede ser declarado nulo tal y como solicita el recurrente, sino improcedente “dado que el derecho al trabajo y el deber de trabajar no es un derecho fundamental de los recogidos en la Sección primera del Capítulo segundo de la Carta Magna, sino un derecho y un deber de los plasmados en la sección segunda de dicho capítulo”, existen pronunciamientos en los que expresamente se alude a la modalidad del despido disciplinario, tal y como sucede, entre otras, en la sentencia en la sentencia del TS de 27 de julio de 1993 (Ar. 5992) dictada en el ámbito de un recurso de casación para la unificación de doctrina.

El TS en esta sentencia manifiesta que la modalidad procesal por la que se ha de tramitar en estos casos el proceso de despido es la modalidad regulada en los arts 103 y ss de la LPL/1990, idénticos artículos del vigente texto de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por RD-Legislativo 2/1995, de 7 de abril, en adelante TRLPL/1995, ya que si bien es cierto que aparece bajo la rúbrica de <<despido disciplinario>> “esto no significa, de ningún modo, que dicha modalidad quede reservada única y exclusivamente para los despidos disciplinarios, puesto que, por el contrario, los trámites propios de la misma se han de aplicar a toda reclamación que un trabajador formule contra su cese en el trabajo o contra la extinción de su relación laboral ordenados por el empresario, cualesquiera que sean las causas que hayan generado o

producido ese cese o extinción, y aunque las mismas no tengan nada que ver con las que se recogen en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores (despido disciplinario) como de cualquier otra completamente distinta”¹⁰²⁷.

La introducción, en este sentido, del principio de no discriminación por edad avanzada, puede conducir a considerar que en un futuro no muy lejano pueda considerarse que estamos ante un despido por violación de un derecho fundamental cuyos efectos serían la readmisión automática.

Dejando de lado esta cuestión referida expresamente a los supuestos de extinción por cumplimiento de la edad de jubilación sin la existencia de norma de cobertura por la simple aplicación de lo previsto en el art. 49. 1 f) del vigente texto del ET, ¿qué sentido y alcance debe darse a la decisión del trabajador de cesar en su actividad laboral por cumplimiento de la edad de acceso a la pensión de jubilación?

Sin duda alguna un sentido claramente liberatorio por cuanto que el trabajador queda relegado de su obligación principal, como es la de trabajar, a cambio de una retribución, sin que su negativa a continuar en activo pueda ser subsumida en ninguna causa de desobediencia o abandono tal y como hemos visto.

Existe, pero un supuesto especial en el que el cese de la relación laboral previo al pase a la situación de jubilado no implica la ruptura definitiva del vínculo laboral. Aunque se trata de una situación que afecta a un colectivo específico, en concreto al personal de carrera de las fuerzas armadas, y cuyo régimen jurídico es enormemente complejo, sobre todo en lo que respecta a la naturaleza jurídica de esta situación, creo necesario hacer alguna que otra consideración. Me estoy refiriendo, como es obvio, a la denominada reserva activa, situación en la que se pueden encontrar los militares profesionales, tal y como se establece en el art. 138 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo¹⁰²⁸, por la que se aprueba el Régimen del personal de las Fuerzas Armadas, que

¹⁰²⁷ En este mismo sentido, vid, STS de 11 de mayo de 1990 (Ar. 4308).

¹⁰²⁸ B.O.E, de 19 de mayo.

incorpora, entre las diversas situaciones administrativas en las que pueden encontrarse los militares profesionales, junto a las des de servicio activo, servicios especiales, excedencia voluntaria, suspensión de empleo, y suspensión de funciones, la reserva.

La reserva activa fue creada normativamente el año 1981, en virtud de la Ley 20/81, de 6 de julio¹⁰²⁹. Ley que no sólo instauró esta situación sino que además determinó cuáles eran las edades de retiro para el personal profesional.

La reserva se conforma como aquel estado al que pasarán los militares profesionales en los términos fijados en la propia Ley y en la que deberán permanecer hasta que o bien pasen a la situación de retiro en sentido estricto o bien a la denominada segunda reserva.

Se encontrarán, por su parte, en situación de segunda reserva los Oficiales Generales al cumplir la edad de jubilación forzosa prevista para los Jefes y Oficiales, que es la correspondiente a la del Cuerpo General Técnico de la Administración Civil del Estado, y permanecerán en esta situación durante toda su vida, formando parte integrante del Ejército, siéndoles reconocido el fuero militar y los honores y prerrogativas que a su empleo corresponda en situación de actividad.

En el supuesto de segunda reserva, tal y como se puede apreciar el cese definitivo de la actividad laboral por el cumplimiento de la edad de jubilación o retiro forzoso, no supone la desvinculación del trabajador, en este caso el militar, de su empresa, el ejército, sino su pase a una situación extraordinaria, en la que sin prestación de servicio y a pesar de haber cumplido la edad de retiro forzoso se percibirán las retribuciones previstas para la situación de reserva.

Por su parte la situación de reserva activa tal y como fue recogida en su Ley de creación puede llegar a considerarse como una situación "puente" entre el abandono de la actividad profesional de índole militar en sentido estricto y el retiro como tal, si bien en cierta medida se trata de una situación en alguna medida asimilable aunque con

¹⁰²⁹ B.O.E, de 11 de julio.

numerosas cautelas y con efectos distintos a la situación de jubilación o retiro anticipado.

Al parecer son múltiples y variadas las razones que han dado origen a esta situación administrativa especial en el orden militar, en primer lugar el hecho de que la condición y el desarrollo de la profesión militar ha estado siempre muy vinculada con el estado físico de sus integrantes, y es por ello que el deterioro físico que el avance de la edad comporta se ha convertido en un serio obstáculo para el desempeño de una actividad de este tipo, quizás no tanto ahora en el que la mecanización y sofisticación del material armado ha sustituido la fuerza física por otros elementos a tomar en consideración a diferencia del pasado en el que la condición física del militar era su principal estandarte.

Se a ello unimos en segundo lugar que los destinos militares, especialmente de grado medio y alto son limitados y que el desarrollo profesional en el campo militar está construido sobre la base del ascenso profesional parece conveniente cuando no del todo necesario, liberar ciertos puestos de mando ocupados por veteranos para dar paso a militares más jóvenes que cumplan las condiciones requeridas para ocuparlos.

Por la aplicación de la primera de las razones expuestas, o por la segunda o quizás más acertadamente por la suma de las dos, la verdad es que en el ámbito profesional militar el abandono de su actividad se producía a edades tempranas y en condiciones de extrema pobreza por cuanto que los sustentos y/o compensaciones previstas eran prácticamente insignificantes, lo que condujo a la creación de esta situación híbrida entre la jubilación o el retiro anticipado y la jubilación forzosa a una edad prematura, en la que se produce un cese suspensivo de la actividad profesional, y el pase a la situación de reserva activa a la espera de su definitiva jubilación.

La vigente Ley 17/1999, de 18 de mayo ha optado por eliminar el calificativo de activa a la situación de reserva aunque continúa manteniéndola como tal a todos los efectos. Se pasa a esta situación de reserva con carácter general al cumplir los militares de carrera, los militares profesionales de tropa y marinería que mantienen una relación

de servicios de carácter permanente a cumplir la edad establecida en el art. 144. 1 de la Ley antes citada, edad que es ciertamente diferente en función de la categoría que se ocupa; 63 años en el caso de los Generales de Brigada; 61 años para los restantes empleos en el primer supuesto, mientras que en el segundo a los 58 años.

También se puede acceder a esta situación con independencia de la edad al cumplir un determinado tiempo de permanencia en determinados empleos, tal y como se establece en el apartado 2º del mismo art. 144; así, a título de ejemplo, se pasa a la situación de reserva, entre otros, en los siguientes casos; al cumplir 4 años de permanencia en el empleo de General de Brigada, 7 años entre los empleos de General de Brigada y General de División y 10 años entre estos últimos y el de Teniente General, o con carácter más general el día 15 del mes de julio del año en el que se cumplan 33 años desde la obtención de la condición de militar de carrera, no computándose a estos efectos el tiempo en el que se ha permanecido como alumno de centros militares de formación para acceder a una Escala de militares de carrera por promoción interna.

Igualmente podrán pasar a esta situación de reserva dentro de los cupos que periódicamente autorice el Ministerio de Defensa para los distintos empleos y Escalas, los militares de carrera y los militares profesionales de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter permanente, una vez cumplidos 20 años de tiempo de servicios desde la adquisición de la condición de militar de carrera o desde el acceso a la relación de servicios de carácter permanente, respectivamente.

El pase a esta situación especial se produce por resolución del Ministerio de Defensa, excepto en el caso de los Oficiales Generales que lo harán mediante RD, acordado en el Consejo de Ministros, eso sí, a propuesta del Ministro de Defensa, e implica que el interesado cesará automáticamente en el destino o cargo que ocupaba.

La finalidad de esta situación administrativa específica de las Fuerzas Armadas parece ser la de evitar el pase directo y automático a la situación de retiro de aquellos que, ocupando cargos de responsabilidad militar o después de haber permanecido

prestando servicios de forma continuada por cumplimiento de una edad determinada se ven abocados a esta situación, permitiendo de esta manera continuar en su condición de "activos" si bien a través del régimen especial de la reserva previo a la adquisición de la condición de retirado y lo disfrute de los derechos pasivos determinados en la Legislación de Clases Pasivas del Estado.

¿Cuáles son los efectos que esta situación de reserva o reserva activa generan, desde el punto de vista económico, y social?

En general escasos son los efectos que en estos ámbitos comporta el pase a la situación de reserva, por cuanto que si se ocupa un determinado destino se percibirán en su totalidad las percepciones inherentes al mismo, mientras que si se pasa a esta situación sin ocupar destino alguno, se percibirán en su totalidad las retribuciones básicas y las de carácter personal a las que se tenga en derecho en situación de actividad, excepto como es obvio de las que se deriven del destino o del lugar de residencia, y además se tendrá derecho a percibir un complemento denominado complemento de disponibilidad en la reserva activa de cuantía igual al 80% de las cuantías complementarias de carácter general que correspondan a los que ocupen destino, y se generará derecho a trienios, y cualquier otra retribución que corresponda en función del tiempo de permanencia en situación de actividad, siendo además computable el tiempo transcurrido en la situación de reserva a efectos de derechos pasivos.

Lo que se pretende con la concesión de estas percepciones, que en gran parte, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar, son equiparables a las percibidas durante la situación de activo, es que el militar en reserva no se vea abocado al retiro a una edad temprana sin sustento económico alguno y mientras está en esta situación y a la espera de su retiro definitivo mantenga una fuente de ingresos con los que poder hacer frente a las necesidades propias y de su unidad familiar, hasta que pase al retiro que es cuando iniciará el disfrute de los derechos pasivos determinados en la legislación de Clases Pasivas del Estado.

Cap. 3º La configuración de la jubilación a partir del primer TRLGSS: el contenido, cálculo y dinámica de la prestación.

1. Contenido de la prestación de jubilación: requisitos para el acceso a la condición de sujeto beneficiario.

Una vez expuestos a grandes rasgos cuáles son los elementos principales que conforman la prestación de jubilación, cómo están articulados; y cómo han ido evolucionando, especialmente como consecuencia de las reformas establecidas tanto por la LMU como por la LCRSS, voy a continuación a proceder a realizar un examen más o menos detallado de algunos elementos, requisitos y condiciones necesarias para el acceso a la prestación de jubilación.

Si bien, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar y he reiterado en numerosas ocasiones, la jubilación se configura a partir de la confluencia de dos elementos fundamentales como son: la edad y el cese voluntario, elementos que determinan cuál es el significado y sentido de esta prestación, el acceso a la pensión de jubilación en tanto que manifestación principal contenido de la misma queda, por su parte, condicionado al cumplimiento de otros requisitos adicionales, entre los que se destaca la cotización previa como una manifestación clara del carácter contributivo de esta prestación que se proyecta no sólo como requisito de acceso también a efectos del cálculo de la pensión que el sistema ofrece.

La exigencia de una cotización previa con sus diversas manifestaciones (carencia genérica; carencia específica) actúa como un requisito limitativo, como un límite al acceso a la condición de pensionista, de tal manera que su incumplimiento comporta la no consideración como sujeto beneficiario de dicha prestación, adquiriendo una importancia fundamental, en este sentido, las reglas especiales de cómputo de las

cotizaciones efectivas en los supuestos de contrato a tiempo parcial y durante la situación de percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

Por lo que respecta al cálculo de la prestación, este es sumamente rígido, no sólo en cuanto a su configuración al aplicarse la técnica comúnmente utilizada en el sistema de Seguridad Social de multiplicar la base reguladora por un porcentaje determinado, sino también, y muy especialmente, en relación con la determinación de ambos elementos.

Por último me parece oportuno hacer una breve mención de, entre los diversos aspectos de la dinámica de la prestación, especialmente a la articulación del régimen de incompatibilidades no sólo con el trabajo también con otras prestaciones y los problemas que esta plantea, sobre todo teniendo cuenta las implicaciones que este régimen ha de tener en el marco más general de reordenación de esta prestación y de ampliación voluntaria de la edad de jubilación.

1.1 La supresión del requisito de alta y afiliación. Alcance y significado de la misma.

Si bien, de conformidad con lo establecido en el art. 161. 1 del TRLGSS/1994¹⁰³⁰, y por la remisión que este hace al art. 124. 1 TRLGG/1994, se exige, para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva¹⁰³¹, estar

¹⁰³⁰ Vid, en este mismo sentido los artículos 28. 1 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se regula el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas (*B.O.E.* de 30 de diciembre) y art. 1.1 de la OM de 18 de enero de 1967, aún hoy vigentes.

¹⁰³¹ No se exige encontrarse en alta o en situación asimilada al alta en la modalidad contributiva de esta prestación ya que ésta, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar, vid al respecto apartado 4.2.2, Parte III, se construye también sobre la base de dos elementos, pero no idénticos a los de la modalidad contributiva: la edad de jubilación (65 años) y la carencia de rentas o ingresos suficientes.

afiliado y en alta¹⁰³² o en situación asimilada al alta¹⁰³³, la LMU admitió la posibilidad de acceder a la jubilación sin necesidad de cumplir los requisitos antes citados, tal y como hoy se recoge en el art. 161.4 del TRLGSS/1994, donde expresamente se dispone que: “no obstante lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 1 de este artículo, la pensión de jubilación podrá causarse, aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que reúnan los requisitos de edad y cotización contemplados en el citado apartado 1^o”¹⁰³⁴.

Como muy bien puede apreciarse del contenido de este apartado 4^o del art. 161 del TRLGSS/1994 se infiere claramente la posibilidad de acceder a la pensión de jubilación sin cumplir el requisito de alta o situación asimilada al alta en el momento del hecho causante, ahora bien la excepción que ello supone al requisito general queda condicionada al cumplimiento de dos requisitos esenciales; haber cumplido 65 años, y haber cotizado un período mínimo de 15 años, de los cuales, al menos 2 deberán estar

¹⁰³² Se considera cumplido el requisito de alta si se está en esta situación sea cual sea el régimen en el que el trabajador se encuentre, tal y como se establece en la STS de 21 de febrero de 1990 (Ar. 1075), incluso para poder optar por la jubilación anticipada tal y como se establece, entre otras, en la STSJ de Madrid de 16 de junio de 1998 (Ar. 2592); donde se declara que: “si bien es cierto que el actor se encontraba dado de alta en el RETA en el momento de la solicitud ello no implica que no pueda concederse la pensión de jubilación anticipada en el Régimen General al reunirse en éste todos los requisitos necesarios para causar derecho, debiendo entenderse el de alta en cualquier régimen”.

¹⁰³³ A efectos de la prestación de jubilación en su modalidad contributiva se consideraran situaciones de alta asimilada, de conformidad con lo previsto en los arts 28.2 del D 3158/1966, de 23 de diciembre y 1.2 de la OM de 18 de enero de 1967, las siguientes situaciones: a) la excedencia forzosa del trabajador por cuenta ajena motivada por su designación, nombramiento o elección para ocupar un cargo público o una función sindical de ámbito provincial o superior; b) el traslado del trabajador, por su empresa, a centros de trabajo radicados fuera del territorio nacional; c) el cese en la condición de trabajador por cuenta ajena con la suscripción del oportuno Convenio Especial; d) el desempleo involuntario total y subsidiado; e) el paro involuntario no subsidiado que subsista después de haberse agotado las prestaciones por desempleo.

Junto a estos supuestos expresamente recogidos en los preceptos antes citados, también podrán serlo de conformidad con lo dispuesto en el art. 125. 2 TRLGSS/1994 aquellos otros que el propio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales así los declare, entre los que se encuentran: a) auxilios económicos por asistencia social de carácter periódico; b) las ayudas previas a la jubilación para los procesos de Reconversión y Reindustrialización; c) la excedencia laboral para el cuidado de hijos; d) la huelga y cierre patronal cuando sean legales; e) los períodos de inactividad entre trabajos de temporada; f) las situaciones derivadas de la aplicación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre de Amnistía; y g) para los colectivos de artistas y profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan sus cotizaciones.

¹⁰³⁴ La posibilidad de acceder a la pensión sin cumplimiento del requisito de alta o en situación asimilada al alta también se introdujo por la LMU en el caso de incapacidad (invalidez) permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes (art. 138. 3 TRLGSS/1994).

comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores, sin cuyo cumplimiento no es posible el acceso a la jubilación¹⁰³⁵.

La finalidad de esta previsión no es otra que la de permitir que aquellos que hayan acreditado un mínimo de cotización (15 años), no se vean privados de su derecho a la pensión contributiva de jubilación por no estar de alta o en situación asimilada al alta en el momento de producirse el hecho causante.

La introducción de esta posibilidad de lucrar la pensión sin la exigencia del requisito del alta o de alta asimilada, aunque de forma limitada, por cuanto que queda restringida sólo a favor de aquellos que cumplen los dos requisitos adicionales, quiebra sin duda alguna, el modelo hasta entonces vigente ya que se posibilita acceder a la pensión de jubilación sin actividad previa, o mejor dicho sin cese voluntario previo, al no haber actividad previa.

La no exigencia del requisito de alta o situación de alta asimilada no sólo hace que sea más fácil acceder a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, sino que además supone un cambio en el modelo de jubilación configurado hasta entonces, al permitirse al acceso a la jubilación desde la situación de no activo rompiendo de esta manera con la jubilación entendida ésta ya sea como un derecho al descanso o como con una vía de cese porque hay que repartir trabajo.

Aunque se trata de una supresión relativa ya que resta condicionada al cumplimiento del requisito de edad y del período de carencia, su alcance es general, no en vano la Disposición adicional octava, apartado 1º. establece que será de aplicación a todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social.

Teniendo en cuenta, entre otras cuestiones, el alcance general de esta previsión, es necesario hacer mención expresa de una serie de cuestiones que afectan a estos supuestos. La primera referida al requisito del período de carencia, siendo necesario señalar al respecto, que en los supuestos de acceso a la jubilación desde una

¹⁰³⁵ Entre otras, STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 1991 (Ar. 5682).

situación de no alta no se aplican, a diferencia de lo previsto para las situaciones de alta o asimilada al alta, la adaptación progresiva de los períodos de cotización exigible, 15 años, a tenor de lo dispuesto en la Disp. Transitoria cuarta 3 del TRLGSS/1994¹⁰³⁶ que expresamente excluye esta posibilidad para quienes acceden a jubilación sin encontrarse en alta o situación asimilada al alta.

En segundo lugar es necesario destacar que a diferencia de lo que sucede en los supuestos de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez¹⁰³⁷, no se establece penalización alguna por acceder a la jubilación desde una situación de no alta, ni en relación con el período de carencia exigido ni por lo que respecta a la edad, ni tampoco a posteriori en la forma de cálculo de la pensión a que se tiene derecho.

En última instancia es oportuno remarcar que el acceso a la jubilación desde una situación de no alta sólo se prevé a partir de los 65 años de edad, no a una edad más temprana. No fue esta una cuestión pacífica por cuanto que desde la supresión del requisito del alta surgieron al respecto numerosas dudas en torno a la aplicabilidad o no de esta posibilidad de acceso sin alta o situación asimilada al alta en los supuestos de edades reducidas por aplicación de coeficientes reductores.

Así, si bien encontramos pronunciamientos en los que de forma más o menos categórica se manifiestan algunas opiniones contrarias a admitir esta posibilidad como es el caso, entre otros, de la STSJ de Castilla y León de 11 de enero de 1994 (Ar. 257) al entender que el art. 1.3 de la Ley 26/1985, de 31 de julio exige expresamente tener cumplida la edad de 65 años en los supuestos de acceso a la pensión de jubilación desde una situación de no alta "sin que para el devengo de la pensión en los supuestos de ausencia de alta o situación asimilada resulten de aplicación los coeficientes reductores previstos en la Disp. Transitoria segunda de la OM de 18 de enero de

¹⁰³⁶ Con anterioridad la Disp. Transitoria segunda. 3 de la LMU ya incluía esta previsión, de la que se derivaba la exigencia de los 15 años de cotización desde la entrada en vigor de la LMU.

¹⁰³⁷ Vid al respecto art. 138 TRLGSS/1994; art. 4.3 RD 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente, (B.O.E. de 5 de octubre).

1967 pues tales bonificaciones sólo resultan afectar al devengo de la pensión de jubilación en ella prevista, es decir, a la que se tiene derecho cuando en el solicitante concurren los requisitos de alta o situación asimilada exigidos en el art. 1.1", posición ésta avalada por el contenido de una Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 22 de enero de 1987 que se manifiesta en este mismo sentido.

Hay, sin embargo, otros pronunciamientos judiciales que se manifiestan en sentido positivo al admitir la posibilidad de aplicar estas bonificaciones que comportan una reducción de la edad de jubilación incluso en los supuestos en los que el trabajador no se encuentra de alta o en situación asimilada al alta como es el caso, entre otros de la STS de 8 de junio de 1992 (Ar. 4538) que si bien se refiere a un supuesto de un trabajador sometido al régimen minero, se prevé la posibilidad de aplicación de los coeficientes reductores a los efectos de rebajar la edad de 65 años y poder reconocer el derecho a la pensión de jubilación a pesar de no encontrarse en alta o en situación asimilada al alta y más recientemente, SSTSJ de Castilla y León de 7 de enero de 1997 (Ar. 283); y de Baleares de 24 de abril de 1998 (Ar. 1538).

Tal y como se establece en esta última sentencia lo que, en definitiva, se debate es si pueden beneficiarse de los coeficientes reductores de la edad de jubilación a los fines de completar la edad mínima que legalmente se requiere para acceder al disfrute de la pensión oportuna quienes, en el momento del hecho causante, no satisfacen la exigencia de hallarse de alta o en situación asimilada al alta. A pesar de ser ésta una cuestión dudosa y pueden existir argumentos a favor de una solución negativa, el TSJ de Baleares cree decisivo el hecho de que el TS haya expresamente declarado extensible a los inválidos las bonificaciones previstas en el régimen de la minería a los efectos de cubrir el requisito de edad indispensable para jubilarse, no habiendo razón para denegar la aplicación de estas bonificaciones para otros colectivos que tengan prevista la rebaja de edad como sucede con los pilotos aéreos.

Aunque existen estos pronunciamientos favorables, la verdad es que al respecto se debe abogar por hacer una interpretación literal de este precepto en cuestión,

entendiendo que el acceso a la jubilación desde una situación sin alta o alta asimilada, que restringido a aquellos que cumplen el requisito de la *edad pensionable*, no pudiendo ser objeto de rebaja dicha edad.

También pueden acceder a la pensión de jubilación sin necesidad de acreditar el requisito de alta o encontrarse en situación de alta asimilada determinados individuos que tienen la condición de pensionistas o subsidiados de prestaciones periódicas de la Seguridad Social que no se encuentren expresamente reconocidas como situación de alta asimilada, tal y como sucede en el caso de desempleo involuntario total y subsidiado y con los auxilios económicos por asistencia social de carácter periódico, e incluso con la prestación no económica por hijo a cargo prevista para los supuestos de excedencia laboral para el cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo.

Esta situación afecta, entre otros, a quienes reuniendo los requisitos de edad y carencia exigidos se encuentran en la ya extinta situación de invalidez provisional; invalidez permanente no definitiva prevista en el RETA (STSJ de Cataluña de 27 de abril de 1999 (Ar. 2011); así como respecto de aquellos que se encuentran en la situación descrita en los arts 131 bis. 2 y 3 del TRLGSS/1994, que hace referencia a los supuestos en los que agotada la situación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo previsto, permanecen en dicha situación durante un período de entre 3 y 30 meses a efectos de proceder al examen del estado del incapacitado con el objeto de proceder a su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda, e incluso en el caso de los beneficiarios de la pensión de vejez por aplicación del art. 135. 1 c) de la LGSS/1966 y art. 6.1 de la OM de 15 de abril de 1969 aún hoy vigentes con carácter transitorio.

Obviamente quienes permanecen en situación de baja por IT, maternidad o riesgo durante el embarazo, podrán acceder a la pensión de jubilación ya que se mantiene la situación de alta, no tienen la consideración de cese a efectos de causarla baja correspondiente al mantenerse la obligación de cotizar, tal y como se desprende del inciso final del art. 29. 3 del RD 84/1996, de 26 de enero¹⁰³⁸, por el que se aprueba

¹⁰³⁸ B.O.E, de 27 de febrero.

el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social.

Las dudas pueden surgir en aquellos supuestos en los que encontrándose en alguna de las situaciones antes descritas no subsiste la obligación de cotizar, fundamentalmente en los supuestos de pago directo de la prestación como manifestación de un supuesto de colaboración voluntaria. No parece pero que en estas circunstancias existan argumentos suficientes para excluir de la pensión de jubilación a quienes se encuentran en esta situación, ya que si bien desaparece la obligación de cotizar, subsiste la situación de alta¹⁰³⁹.

Hay, por su parte, supuestos en los que aún encontrándose el sujeto en cuestión, como beneficiario de una prestación del sistema de Seguridad Social no se ha considerado en situación de alta o alta asimilada a efectos de poder acceder a la pensión de jubilación como por ejemplo en el caso de que se haya procedido a un cobro indebido de prestaciones por desempleo o incluso que se haya procedido a anular el Convenio especial de la Seguridad Social, así tal y como se establece entre otras en la STJ de Cantabria de 29 de junio de 1999 (Ar. 1945), que el fraude urdido entre la empresa y el trabajador con el objeto de que el trabajador pudiera percibir las prestaciones por desempleo, “es evidente que tal trama fraudulenta afecta no sólo a la prestación por desempleo sino también a la jubilación” no siendo de aplicación la doctrina flexibilizadora del TS en orden a la constatación del requisito de alta o situación asimilada a la misma en los supuestos de paro involuntario con inscripción como demandante de empleo, mientras que en el segundo supuesto, tal y como señala el propio TSJ de Cantabria de 13 de julio de 1999 (Ar. 3384); “anulado el Convenio Especial en aplicación de las normas que lo regulan, en la fecha del hecho causante de la jubilación el actor no estaba en alta ni en situación asimilada al alta por lo que no cumplía los requisitos relacionados en el art. 161. 1 de la LGSS que expresamente se remite a la condición general exigida en el apartado 1º del art. 124 del mismo texto legal, ni tampoco reunía los requisitos a que se refiere el art. 161.4 de la LGSS”.

Obviamente todos estos supuestos a los que estoy haciendo referencia, al haberse relativizado considerablemente el requisito del alta o alta asimilada a partir de las reformas introducidas por la LMU, el acceso a la condición de pensionista opera de igual manera por aplicación de la previsión contenida en el apartado 4º del art. 161 del TRLGSS/1994, contraviniendo, en cierto sentido la concepción tradicional de la jubilación que configura ésta como la situación en la que se encuentra quien cesa en el trabajo a partir de una edad determinada, habiéndose hecho acreedor de un merecido descanso y teniendo derecho a la prestación de jubilación que en forma de pensión permite compensar la pérdida de rentas como consecuencia del retiro.

Sin duda alguna la admisión del acceso a la condición de pensionista desde la situación de no alta, quiebra el esquema expuesto anteriormente por cuanto que, aunque con un cierto alcance limitado, permite que se acceda a la pensión sin que en sentido estricto se haya producido un cese previo.

La introducción en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social del concepto de alta asimilada aplicable también a la jubilación trata justamente de salvar aquellas situaciones en las que produciéndose en sentido estricto un cese o circunstancia similar que comportaría la baja y por ende la exclusión de los beneficios del sistema de Seguridad Social, se permite la creación de esta ficción del alta asimilada a efectos del reconocimiento del derecho a las prestaciones.

A través de los supuestos de asimilación al alta cuya interpretación ha sido cada vez más flexible, se ha ido corrigiendo, sin duda alguna, de forma acertada aquellos desajustes que un sistema rígido en relación con los requisitos para acceder a la prestación prevista puede comportar o comporta, ello no es pero óbice para considerar que si bien los efectos que la supresión de este requisito tiene un alcance significativo permitiendo que se amplíe considerablemente el número de sujetos beneficiarios, parece injustificado, aunque su aparición no deja de ser una cierta

¹⁰³⁹ En sentido afirmativo se manifiesta, entre otros, BARRIOS BAUDOR, G.L.; y SEMPERE NAVARRO, A.V.; "La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social". Cuadernos de Aranzadi

compensación a los importantes cambios introducidos por la LMU, rompiendo la dinámica de esta contingencia, la jubilación, construida tradicionalmente sobre dos ejes o elementos esenciales como son la edad y el cese en la actividad profesional, mediante la extensión de los beneficios por ella concedida a favor de aquellos que no se encuentran ni en situación de alta o alta asimilada en el momento de acceso a la condición de pensionista.

Se desvirtúa, a través de introducción de esta supresión del requisito del alta, la correspondencia muy presente en materia de jubilación entre el cese en la actividad profesional y la jubilación o el retiro del trabajador cesado. El legislador consciente de los efectos que esta supresión genera sobre todo desde un punto de vista de la configuración de la jubilación como una situación estrechamente vinculada a la finalización de la actividad laboral, ha optado por mantener como requisito para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva (art. 161. 1 del TRLGSS/1994), el cumplimiento de las condiciones exigidas en el art. 124 del TRLGSS/1994, entre las que se encuentra, el alta o la situación de alta asimilada, y sólo a modo de excepción aunque no se configure realmente como tal, ha incorporado el apartado 4º del art. 161 donde de forma tenue se da entrada a esta posibilidad de acceder a la pensión de jubilación a pesar de no cumplir este requisito.

De cualquier manera es justo reconocer a los efectos de poder relativizar este impacto que la supresión del requisito de alta provoca, dos cuestiones: en primer lugar que, tal y como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, la posibilidad de acceder a la pensión de jubilación sin cumplir el requisito de alta o alta asimilada es limitada por cuanto que no se accede sin más, es necesario cumplir el requisito de edad y de cotización a que hace referencia el propio art. 161, muy especialmente la carencia específica que tras las reformas introducidas por la LCRSS, se concreta en la exigencia de haber cotizado al menos 2 años dentro de los 15 últimos (8 antes de la LCRSS), de tal manera que la baja habrá de haberse producido, como regla general, dentro de los últimos años antes de acceder a la pensión, entre la edad de los 52 y 65 años, siempre y cuando se haya cotizado un total de dos años dentro de este período de referencia.

Igualmente me parece justo reconocer que la supresión del requisito que estoy comentando se proyecta sobre la pensión de jubilación no sobre la jubilación en sentido estricto, por cuanto que es un requisito de acceso a la condición de beneficiario de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, pudiendo, en cierta manera, llegar a considerar que no ejerce, o no debe ejercer influencia alguna sobre la jubilación como contingencia, al considerar que sus efectos se circunscriben a la pensión de jubilación, aunque ello queda desvirtuado por el hecho de que aún siendo cierto que son dos cuestiones distintas la estrecha vinculación existente entre la jubilación como contingencia protegida, el hecho causante y la pensión de jubilación resulta muy difícil cuando no imposible poder separar claramente estos tres planos de una misma realidad al estar tan estrechamente conectados, cuestión ésta que hace francamente que sea muy difícil poder separar la jubilación en sentido estricto, el hecho causante, y la pensión en cuanto prestación ofrecida, muy especialmente los dos primeros que se asientan sobre una misma realidad; el cese en la actividad profesional y el cumplimiento de la *edad pensionable* que se desvirtúa al introducirse esta posibilidad de acceso a la pensión sin cumplir el requisito del alta o la situación de alta asimilada.

1. 2 La exigencia general de un período de cotización previo y los desequilibrios que esto provoca

Como manifestación del carácter contributivo de esta prestación para tener derecho a la misma se exige, tal y como he apuntado ya antes, cumplir un determinado período de carencia, en concreto: una carencia genérica de 15 años de cotización a lo largo de la vida laboral activa y una carencia específica que se concreta en la necesidad de que al menos 2 de estos 15 años estén incluidos dentro de los 15 últimos de

conformidad con el contenido del art. 161. 1 b) en la redacción establecida por la LCRSS¹⁰⁴⁰.

La reforma sobre esta materia efectuada por la LCRSS ha incidido únicamente sobre la carencia específica al haberse ampliado de 8 a 15 años el plazo de referencia para entender cumplida esta carencia de 2 años, con la finalidad de intentar evitar que largas carreras de seguro puedan no ser útiles a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación cuando no se han efectuado cotizaciones los últimos años antes de alcanzar la edad de jubilación.

Teniendo en cuenta que está prevista la posibilidad de acceder a la prestación de jubilación desde una situación de no alta parece innecesario e injustificado el mantenimiento del requisito de la carencia específica¹⁰⁴¹ ya que nada debería impedir que quien acredite un número de años de cotización igual o superior al mínimo de 15 pueda verse privado del derecho a una pensión de jubilación contributiva por el hecho de no haber cotizado los últimos años de su vida laboral.

Si bien el mantenimiento de este requisito no es un obstáculo insalvable para el acceso a la pensión de jubilación por cuanto que ha ido flexibilizándose a través de la asunción en la nueva redacción del art. 161. 1 b) del TRLGSS/1994 de la denominada "doctrina o teoría del paréntesis" y también aunque de forma limitada en el tiempo al haberse reconocido, no sin reservas, validez a las cotizaciones correspondientes a la

¹⁰⁴⁰ Se trata de dos criterios o requisitos acumulativos que es necesario cumplir para poder tener derecho a la pensión de jubilación, sin que respecto a la carencia específica, pueda en principio aplicarse un criterio flexible, sin más, así tal y como se establece, entre otras, en las SSTS de 20 de junio y 21 de noviembre de 1994 (Ar. 5458 y 9722), en relación con las cotizaciones efectuadas a los regímenes de Seguros Sociales Unificados y su validez a efectos de acreditación de la carencia exigida, el TS considera que: "son cosas distintas el reconocimiento de las cotizaciones efectuadas en los anteriores regímenes de Seguros Sociales Unificados, Desempleo y Mutualismo Laboral a los fines de poder lucrar prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social y la exigencia de un período de carencia específica, como proximidad e inmediatez al echo causante de la prestación. Esto último se revela como manifestación de la imprescindible pervivencia de la situación de aseguramiento público en período cercano a la contingencia que se trata de proteger y en justa correspondencia a la reciente contribución económica efectuada para ello", siendo computables dichas cotizaciones para la carencia genérica, pero no lo son para la carencia específica, no pudiendo ser este último requisito "soslayado por una <<atemporalidad>> que no puede predicarse para el marco normativo por el que ha de regirse la jubilación pretendida". En este mismo sentido vid STSJ de Aragón de 15 de abril de 1997 (Ar. 1990)

situación de desempleo subsidiado, carece de fundamento su mantenimiento sobre todo si tenemos en cuenta que cuando el propio sistema de determinación del importe de la pensión de jubilación que toma como punto de referencia fundamental las cotizaciones efectuadas durante los últimos 12, 13 ó 15 años de cotización, y penaliza, como es obvio, al no existir dichas cotizaciones, a quienes no han cotizado los años anteriores al cumplimiento de la edad de jubilación y su posterior pase a la jubilación o retiro.

En aras a la defensa de la equidad del sistema muy presente en las diferentes reformas del mismo y muy especialmente en la LCRSS debe tenerse en cuenta que, tal y como está configurado el requisito de la carencia o cotización previa, podría darse el caso, aunque se trate de un supuesto teórico, de que un determinado individuo se viera privado del derecho a la pensión contributiva de jubilación por no haber acreditado un mínimo de 2 años de cotización los últimos 15 años anteriores al retiro a pesar de haber estado cotizando mucho más tiempo del mínimo de 15 años exigido. A pesar de disponer de una larga carrera de cotización el incumplimiento de la carencia específica le privaría del derecho a la jubilación contributiva, mientras que en sentido opuesto un individuo que haya concentrado su carrera de cotización los últimos años de su vida laboral activa, aunque ésta sea mínima (15 años), tendrá derecho a la pensión contributiva.

La LMU reformó el entonces vigente art. 154 1 b) TRLGSS/1974, ampliando considerablemente el período de carencia tanto genérica que pasó de 10 a 15 años como específica aunque ésta segunda en menor medida por cuanto que se modificó dicho período de los 700 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho previstos a los 2 años en los 8 inmediatamente anteriores.

Para atenuar los efectos que un cambio como éste puede provocar dada la importancia y naturaleza del mismo, especialmente en relación con la carencia

¹⁰⁴¹ Vid, en este sentido, ALONSO OLEA, M; y TORTUERO PLAZA, J.L.; *"Instituciones..." Op cit.*, pág. ¿??

genérica, se introdujo un significativo período transitorio que permitió la aplicación paulatina del período de carencia¹⁰⁴², período que estuvo vigente hasta agosto del año 1995, pero cuyo alcance subjetivo fue limitado, no sólo porque tal y como se estableció en la Disp. Transit. 2ª de la LMU hoy recogido en la Disp Transit. 4ª del TRLGSS/1994, sólo era aplicable a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, y de los Regímenes Especiales de la Minería de Carbón; Ferroviarios; Agrario; y del Mar, sino porque además se exigía que el acceso a la pensión de jubilación derivara de una situación de alta o alta asimilada¹⁰⁴³.

En estos casos el período de carencia exigido era igual a la suma del período mínimo exigido antes de la LMU (10 años) más la mitad de tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigor de la LMU y la fecha del hecho causante de la jubilación (cese voluntario y edad).

En el caso de los Regímenes Especiales de Autónomos, Artistas, Representantes de Comercio, Empleados de Hogar, Toreros y Escritores de Libros, así como en el caso de los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Especiales Agrario y del Mar, el período mínimo exigido para quienes encontrándose de alta o en situación asimilada que en el momento de entrada en vigor de la LMU, tuvieran 60 o más años de edad era el resultado de sumar a los 10 años hasta entonces exigidos, la mitad de tiempo que en cada caso les faltaba para cumplir los 65 años de edad.

¹⁰⁴² Esta misma técnica de aplicación paulatina del período de carencia ya fue utilizada en la OM de 17 de enero de 1967 cuando se introdujo la carencia de 10 años, así en la Disp. Transit. 2ª apartado 4º se estableció que: "El período de 10 años de cotización exigido en el art. 150 de la Ley de Seguridad Social (LSS/1966) para causar derecho a la pensión de vejez se aplicará de modo paulatino para ello se partirá en 1 de enero de 1967 de los 5 años de cotización equivalentes a los 1800 días requeridos en el antiguo Seguro de Vejez e Invalidez, y se determinará el período aplicable en cada caso concreto añadiendo, a los indicados 5 años, la mitad de los días transcurridos entre el 1 de enero de 1967 y la fecha del hecho causante de la jubilación". Curiosamente la LCRSS sólo introdujo, mediante la incorporación de un apartado 4º a la Disp Transit 4ª del TRLGSS/1994, una especie de aplicación retardada del nuevo período de carencia específica cuya vigencia se limitó al año 1997, al establecerse que para ese año el período de referencia dentro del cual se debe acreditar 2 años de cotización específica pasaba de los 8 vigentes desde la LMU a los 10 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho, antes de que a partir del año 1998 se aplique de forma plena el art. 161. 1b) del TRLGSS/1994 cuyo marco de referencia son los 15 años.

1.2.1 Supuestos de contributividad general: cómputo y cálculo de la cotización efectuada.

Sin duda alguna la novedad más importante introducida en la LCRSS en relación con la exigencia de la acreditación de un período de carencia específica es la incorporación con rango legal de la doctrina del paréntesis, mantenida hasta entonces como criterio jurisprudencial y reconocida en diversas resoluciones de la propia Seguridad Social.

Tal y como en este sentido se establece en el propio art. 161.1 b) del TRLGSS/1994; en los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de 2 años que configura la carencia específica deberá estar comprendido dentro de los 15 años anteriores a la fecha en la que cesó la obligación de cotizar.

Mediante la incorporación de esta disposición se pretende salvar el obstáculo de quienes habiendo cesado en la actividad laboral con una cierta antelación al cumplimiento de la edad de jubilación no pueden acceder a la pensión por no cumplir el requisito de la carencia específica al mediar un intervalo de tiempo considerable entre el momento de finalización de la obligación de cotizar y el cese voluntario al cumplimiento de la edad de jubilación.

En los supuestos en los que el acceso a la jubilación se produce desde una situación de inactividad no cabe duda alguna que el cumplimiento del requisito de la carencia específica en muchos casos se manifiesta como de difícil realización si se computa el período de inactividad como período de referencia, de ahí que esta dificultad haya tratado de solventarse mediante la denominada doctrina o teoría del paréntesis también denominada del tiempo muerto que ha sido incluso recogida en diversas Resoluciones y/o Circulares de la Seguridad Social, como la Circular 13/1989, de 31 de julio; Resolución de 21 de julio de 1988 para desempleo involuntario; y

¹⁰⁴³ Vid, al respecto STS de 10 de junio de 1992 (Ar. 4563).

Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 5 de diciembre de 1986 para la invalidez provisional e invalidez permanente absoluta.

Mediante la doctrina del paréntesis lo que se pretende es considerar como período no computable aquellos períodos en los que no existía obligación de cotizar y de esta manera retrotraer, tal y como ahora se establece en el art. 161.1 TRLGSS/1994, el cómputo de la carencia específica al momento en el que se inicia dicho período de no cotización.

El TS dejó sentada de forma clara este criterio o doctrina del paréntesis a partir de 1992¹⁰⁴⁴, año en el que resolvieron diversos recursos de casación en unificación de doctrina, en los que se abordó esta cuestión, tal y como se establece, entre otras, en las SSTS de 14 de noviembre de 1992 (Ar. 1868); de 18 de junio y 15 de diciembre de 1993 (Ar. 4766 y 9951); de 14 de febrero de 1994 (Ar.1039), aplicándola a los supuestos de desempleo involuntario¹⁰⁴⁵, en los supuestos de invalidez provisional¹⁰⁴⁶ y

¹⁰⁴⁴ El punto de partida de la aparición de esta doctrina es posible situarlo en la STCT de 10 de noviembre de 1988 (Ar. 7850).

¹⁰⁴⁵ Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 21 de julio de 1988; de 3 de mayo y de 20 de octubre de 1989, y vid, entre otras, SSTS de 29 de mayo y 17 de noviembre de 1992 (Ar. 3619 y 8816); 1 de julio y 15 de octubre de 1993 (Ar. 6879 y 7604) STS de 10 de enero de 1997 (Ar. 828) y más recientemente SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 21 de mayo de 1999 (Ar. 2661) y del TS de 25 de mayo de 1999 (Ar. 4991). Es importante señalar al respecto que se exige inscripción en la Oficina de empleo para poder aplicar la teoría o doctrina del paréntesis, en tanto que: "la involuntariedad en la situación de desempleo comporta, como es obvio, una manifestación acreditativa del deseo de volver a trabajar o del <<*animus laborandi*>>"; sólo, así pues el paro involuntario e inscrito en la correspondiente oficina como demandante de empleo puede considerarse como un paréntesis para el período en que ha de acreditarse la carencia especial o cualificada. Vid, al respecto, entre otras, SSTS de 29 de mayo; 10 de junio y 17 de noviembre de 1992 (Ar. 3619, 4561 y 8816); de 22 de marzo; 1 de 1 de abril y 1 de julio de 1993 (Ar. 2198, 2897 y 6879). Sin embargo si se ha llegado a reconocer el derecho a pensión de jubilación en un supuesto de paro involuntario no inscrito en la Oficina de Empleo dado que la omisión de dicha inscripción no es imputable al trabajador, tal y como sucede en la STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 1997 (Ar. 5708). Así como en algunos supuestos en los que si bien se ha permanecido inscrito como demandante de empleo un tiempo determinado, ha existido algún período en el que dicha inscripción no se ha producido, STS de 25 de junio de 1993 (Ar. 4923); STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 1997 (Ar. 3945); y más recientemente STSJ de Canarias/Las Palmas, de 21 de mayo de 1999 (Ar. 2661) donde se llega a considerar que si bien en síntesis se exige: a) involuntariedad en el cese; b) inscripción en la oficina de empleo; y c) continuidad en la inscripción, "aunque exista algún período sin inscripción, cuando producida ésta se mantiene en un largo período de tiempo se entiende que existe paro involuntario asimilado al alta, y por el contrario, cuando hay largos períodos sin inscripción y alta o inscripción en fecha próxima a la solicitud de la prestación, se niega la situación de asimilada al alta por no existir (y este es el dato clave o esencial que justifica el requisito de la inscripción) una real y efectiva voluntad de acceder al trabajo".

algunos de invalidez permanente¹⁰⁴⁷, así como en el supuesto de reclamación de la pensión de jubilación, mientras se sustancia dicho recurso¹⁰⁴⁸, y de excedencia forzosa por razón de incompatibilidad en el ámbito de la función pública¹⁰⁴⁹, mientras que no se aplica esta doctrina del paréntesis en los supuestos de excedencia por matrimonio¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁶ Vid, entre otras, STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1993 (Ar. 1497); STS de 10 de diciembre de 1993 (Ar. 9771) y más recientemente STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de diciembre de 1998 (Ar. 4886) En todas estas sentencias no se hace otra cosa que extender a los supuestos de invalidez provisional la doctrina jurisprudencial del tiempo de paro forzoso como de paréntesis no computable, al considerar que: "Si la razón de ser de este paréntesis o retracción se encuentra en la imposibilidad de cotizar durante el período de paro involuntario, no existe razón alguna que impida aplicar idéntico criterio en los supuestos de invalidez provisional, dado que en los mismos hay una imposibilidad física de trabajar y no existe obligación legal de cotizar". Extinguida la Invalidez provisional la Seguridad Social defendió que era aplicable esta doctrina del paréntesis al período de 3 meses o 1 año previsto en el art. 131 bis 2 del TRLGSS/1994 que hace referencia a la posibilidad de prorrogar la situación de IT cuando transcurrido el plazo máximo de 18 o 6 meses según el caso, sea necesario proceder al examen del estado del incapacitado para la determinación del grado de incapacidad permanente, período éste expresamente considerado como un período sin obligación de cotizar. Vid, en este sentido Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social del de 4 de julio y 23 de noviembre de 1995.

¹⁰⁴⁷ Al respecto si bien tal y como se establece, entre otras, en las SSTS de 21 de junio de 1993 (Ar. 4772); de 15 de diciembre de 1993 (Ar. 9951); de 14 de abril de 1994 (Ar. 3241), la invalidez permanente en tanto que no impide trabajar no puede retrotraerse al período de carencia específica al momento en que se declaró la misma, si se ha admitido dicha doctrina en supuestos de invalidez absoluta hasta que en sentencia definitiva es reconocido el grado de total, como sucede en las SSTS de 10 de junio de 1992 (Ar. 4561); STSJ de Cataluña de 28 de octubre de 1993 (Ar. 4576); donde se establece que: "en este caso no cabe computar el período de tiempo en que la demandante se encontró en situación de invalidez permanente absoluta, a los efectos del período específico de carencia necesario para acceder a la prestación de jubilación solicitada posteriormente, porque no se puede imponer la necesidad de que mantenga la cotización en esa situación pensionística que se disfruta, por si fuese revocada más tarde, ni se le puede hacer responsable de la mayor o menor dilación en el trámite de la vía jurisdiccional, aplicándose por ello, tanto a dicho período como al de invalidez provisional previo, un paréntesis a efectos de obtener el período específico de carencia, por tratarse de estados que hacía inviable el acceso al mercado laboral". En un sentido parecido vid, STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1993 (Ar. 1497); STSJ de Andalucía/Sevilla de 5 de julio de 1993 (Ar. 3513). SSTS de 20 de mayo de 1994 (Ar. 2084); y del TSJ de Cataluña de 7 de junio de 1996 (Ar. 3363).

En cualquier caso es necesario señalar que en algunos casos los Tribunales han rechazado la posibilidad de aplicar este paréntesis y en consecuencia retrotraer el cómputo de la carencia específica al momento de inicio de la situación de incapacidad permanente total cuando como sucede en estos esta situación no es incompatible con la realización de una actividad laboral distinta de la profesión habitual. En este mismo sentido SSTS de 17 de noviembre de 1992 (Ar. 8816); 18 y 21 de junio de 1993 (Ar. 4766 y 4772); 15 de diciembre de 1993 (Ar. 9951); y de 14 de febrero de 1994 (Ar. 1039). Sin embargo en un sentido contrario se pronuncia la STSJ de Cataluña de 28 de julio de 1997 (Ar. 3143) al considerar que la inscripción como demandante de empleo como manifestación cierta de una clara voluntad de trabajar es suficiente para considerar como aplicable la doctrina del paréntesis máxime cuando en supuestos como éstos teniendo en cuenta el estado de salud del sujeto en cuestión las dificultades de encontrar un empleo las dificultades de encontrar un empleo son mayores de las existentes en condiciones normales.

¹⁰⁴⁸ En este sentido, vid, STSJ de Andalucía/Granada de 8 de marzo de 1995 (Ar. 1039).

¹⁰⁴⁹ Vid al respecto STS de 11 de junio de 1996 (Ar. 5057), donde se discute el alcance de la cláusula de respeto a los derechos en curso de adquisición de la Disp. Final 1ª de la Ley 53/1984, en aquellos supuestos en los que el cumplimiento del requisito de alta y de carencia específica ha devenido

Es necesario tener en cuenta que el TRLGSS a estos efectos no distingue entre supuestos a los que les es aplicable la doctrina del paréntesis y supuestos en los que esta doctrina no es operativa¹⁰⁵¹, tan sólo se limita a declarar la aplicabilidad de esta medida a los supuestos en los que se accede a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, de lo que se deduce una voluntad expresa de proceder a una práctica generalizada de esta doctrina que no sólo se aplica en el Régimen General sino que de conformidad con la Disp. adic. 8ª del TRLGSS se extiende a todos los Regímenes Especiales de la Seguridad Social.

A los efectos de acreditar el cumplimiento del requisito de la carencia tanto genérica como específica se tienen en cuenta además de la cotización satisfechas al Régimen general¹⁰⁵² las efectuadas en cualquiera de los Regímenes Especiales siempre y cuando no se superpongan tal y como se establece en el art. 9.2 de la OM de 17 de enero de 1967, así como en el art. 3.2 del Decreto 1879/1978 de 23 de junio por el que se establecen las normas de aplicación a Entidades de Previsión Social que actúen en sustitución de las Gestoras¹⁰⁵³ y en el art. 4.1 del Real Decreto 691/1991, de 12 de

imposible como consecuencia de la aplicación de la citada Ley. En opinión del TS dicha cláusula "quedaría desvirtuada y carente de todo efecto útil de exigirse a empleados obligados a optar por un solo puesto de trabajo y a abandonar otro el cumplimiento de una parte del período de cotización o carencia fijado con carácter general en los años inmediatamente anteriores al cese en el trabajo por jubilación".

¹⁰⁵⁰ STS de 27 de septiembre de 1993 (Ar. 7042); STSJ de 17 de noviembre de 1993 (Ar. 5052); SSTS de 20 de junio y 21 de noviembre de 1994 (Ar. 5458 y 9722); 24 de enero; 10 de noviembre y 7 de diciembre de 1995 (Ar. 404, 8838; y 9893).

¹⁰⁵¹ Es importante en este sentido señalar que aceptada como válida esta doctrina o teoría del paréntesis y avalada por su reconocimiento administrativo, los problemas que la misma ha planteado y que al parecer continuarán planteándose, a falta de una mayor concreción del contenido del art. 161. 1 b) del TRLGSS/1994 derivan de la falta de precisión sobre cuál es el alcance real de esta doctrina, tal y como en este sentido señala MERCADER UGUINA, J.R.; en relación con la misma, a pesar del refrendo administrativo, esta doctrina, "se ha visto empañada tanto por la falta de claridad respecto de las prestaciones cuyo reconocimiento puede beneficiarse de la solución judicial, como por el hecho de que el paréntesis no aparece siempre referido al tiempo transcurrido en una misma situación, factores todos ellos que han originado una importante casuística que ha debilitado sus efectos". Cfr. *"La reforma de la acción protectora en la Ley 25/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social"*. RL nº 23, 1997, pág. 68.

¹⁰⁵² Sobre el tema de los conceptos computables y no computables para cubrir tanto la carencia genérica como específica vid, el tratamiento que con extensión se realiza en BARRIOS BAUDOR G.L.; y SEMPERE NAVARRO, A.V.; *"La jubilación en el Régimen..." Op cit.*, págs 66-80.

¹⁰⁵³ B.O.E. de 10 de agosto de 1978.

abril sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes¹⁰⁵⁴. Se puede aplicar el principio de cómputo recíproco de cotizaciones, incluyéndose a tal fin las cotizaciones efectuadas tanto en el Régimen General y regímenes especiales del Sistema de la Seguridad Social o sustitutorios de aquéllos como del Régimen de Clases Pasivas (art. 1.1 RD 691/1991, de 12 de abril); las cotizaciones realizadas en las entidades de Previsión social sustitutorias de la Seguridad Social no integradas de conformidad con lo previsto en el citado Decreto 1879/1978, de 23 de junio; las cotizaciones efectuadas por error a un régimen del sistema de Seguridad Social derivada de un alta indebida (art. 60.2, párrafo 2º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social¹⁰⁵⁵), así como las cotizaciones efectuadas a los regímenes anteriores de la Seguridad Social¹⁰⁵⁶, aunque en este supuesto parece que limitados a la carencia genérica¹⁰⁵⁷, cuando, tal y como hemos visto, se trate de cotizaciones que no se superpongan.

En el supuesto de existir cotizaciones al antiguo Retiro Obrero éstas de conformidad con lo previsto en la Resolución de la Secretaria General para la Seguridad Social de 22 de diciembre de 1987¹⁰⁵⁸, permiten acreditar una cotización equivalente a 1800 días de cotización a los solos efectos de completar los períodos de carencia, especialmente la carencia específica, no para incrementar los porcentajes aplicables¹⁰⁵⁹, tal y como se establece en el apartado 2º de dicha resolución mientras

¹⁰⁵⁴ B.O.E, de 1 de mayo de 1991.

¹⁰⁵⁵ B.O.E, de 27 de febrero de 1996.

¹⁰⁵⁶ El cómputo de estas cotizaciones ha generado un problema referido a la carencia específica y derivado de la generalidad con la que la Disposición Transitoria 2ª. 1 del TRLGSS/1994 alude a las mismas y que en síntesis trata de salvar el no cumplimiento de la carencia específica, mediante la no consideración de la misma en aquellos supuestos en los que si bien no se cumple el requisito de la carencia específica, existen este tipo de cotizaciones, el TS claramente rechaza la posibilidad de extender la atemporalidad referida a la exigencia de un período de carencia específico. Vid, al respecto, nota núm.???, así como SSTs de 18 y 21 de junio de 1993 (Ar. 4766 y 4772) y DEL REY GUANTER, S.; y VALVERDE ASENCIO, A.; *“La pensión de jubilación”* en AA.VV. *“Prontuario de Seguridad Social”*. Obra dirigida por SAGARDOY, J.A.; y DEL REY GUANTER, S. Ed Colex 1999, pág. 283.

¹⁰⁵⁷ Vid, al respecto, SSTs de 20 de junio y 21 de noviembre de 1994 (Ar. 5458 y 9722).

¹⁰⁵⁸ B.O.E, de 30 de diciembre de 1987.

¹⁰⁵⁹ Expresamente, este apartado 2º dispone que: “Los 1800 días así computados por la simple afiliación al Retiro Obrero, únicamente aprovecharán para completar el período de carencia y no podrán ser tenidos en cuenta para modificar el porcentaje aplicable a la base reguladora en función de

que si existen cotizaciones correspondientes al período de percepción del subsidio por desempleo, éstas tienen plena validez y eficacia en lo que concierne a la obtención de la correspondiente prestación por jubilación¹⁰⁶⁰.

No se aplica, sin embargo, la Escala de cotizaciones ficticias prevista en la Disp. Transit. 2ª. 3 b) de la Orden de 18 de enero de 1967, que opera, tal y como veremos con posterioridad en relación con el porcentaje aplicable, según la edad que tenga cumplida en la fecha de 1 de enero de 1967, por cuanto que dicha disposición tal y como ha apuntado el TS¹⁰⁶¹ “configura un beneficio de cotizaciones ficticias a los solos efectos de fijar el porcentaje de la pensión de vejez, disponiendo la adición al número de días cotizados que acredite el trabajador el número de años y fracciones de años que se establece en la escala añeja según la edad de aquél en 1 de enero de 1967”, de lo que se desprende que a efectos del período de carencia sólo se tendrá en cuenta y por tanto computará los períodos de cotización efectiva, es decir reales y efectivamente ingresados por el interesado en la Seguridad Social.

Sin duda alguna, de entre los supuestos abordados hasta ahora, y a los efectos de la aplicación del art. 161. 1 b) del TRLGSS/1994, aquel que mayores problemas plantea es el derivado de la situación de incapacidad permanente, por cuanto que los Tribunales han optado por hacer una distinción entre el grado de total y absoluto. Considerando que en el primer supuesto, incapacidad permanente total no es aplicable la doctrina del paréntesis mientras que en el segundo, es decir ante una incapacidad permanente absoluta, si es aplicable la doctrina del paréntesis que permite efectuar la retroacción comentada para el cómputo de la carencia específica, al considerar en síntesis que en los casos de incapacidad permanente total nos encontramos ante

los años cotizados”. Vid, al respecto, STS de 19 de junio de 1996 (Ar. 5177), donde expresamente se establece que estos 1800 días sólo computan a efectos del período de carencia no a otros efectos como por ejemplo para incrementar la base reguladora de las prestaciones.

¹⁰⁶⁰ STSJ de Galicia de 30 de marzo de 1998 (Ar.340).

¹⁰⁶¹ Vid, al respecto, entre otras, STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1993 (Ar. 782) donde se establece que la finalidad de dicha escala de cotizaciones ficticias, “no es el cómputo de dichos años como de cotizaciones efectivamente realizadas a efectos de generar derecho a la prestación en abstracto, sino que únicamente es aplicable a efectos de determinar el porcentaje de pensión que con respecto a su base reguladora le corresponde”. STS de 10 de marzo y 23 de octubre de 1993 (Ar. 1848 y 8061); 4 de julio de 1994 (Ar. 6333); 23 de noviembre de 1995 (Ar. 8685); y STSJ de La Rioja de 19 de junio de 1997 (Ar. 2284).

situaciones en las que el trabajador pudiendo acceder al mercado de trabajo no lo hace, así pues, “teniendo en cuenta que la situación de invalidez permanente total no impide la realización de actividad laboral distinta de la profesional habitual que resulte susceptible de cotización”, esto es lo que en definitiva determina que no se aplique la retracción del cómputo de la carencia específica al momento del inicio de la situación de incapacidad permanente total¹⁰⁶², aunque en algún supuesto pareciera que se opta por equiparar la incapacidad permanente total con la situación de desempleo de quienes figuran inscritos como demandantes de empleo tal y como sucede en la STSJ de Cataluña de 28 de julio de 1997 (Ar. 3143), donde se consideró que si bien es cierto que esta exclusión debe aplicarse a aquellos inválidos que no buscan trabajo “no a aquellos que desde el primer momento demuestran su voluntad de trabajar mediante su inscripción ininterrumpida en la Oficina de Empleo, aunque realmente no encuentren trabajo dada la grave situación de desempleo de nuestro país, siéndoles aplicables la doctrina del paréntesis”.

Cuestión diferente sucede en los supuestos de invalidez absoluta donde si bien es cierto que normativamente no es incompatible esta situación con el trabajo si que es una situación acreditativa de un impedimento laboral, tal y como se establece, entre otras, en la sentencia del TS de 10 de junio de 1992 (Ar. 4561)¹⁰⁶³, de ahí que pueda aplicarse directamente la doctrina del paréntesis o tiempo muerto.

Tal y como he apuntado anteriormente no parece que el redactado del apartado b) del art. 161 del TRLGSS/1994 permita establecer esta distinción entre grados de incapacidad permanente por cuanto que acreditada la existencia de un situación de alta o alta asimilada sin obligación de cotizar, se aplicará la doctrina del paréntesis.

¹⁰⁶² STS de 21 de junio de 1996 (Ar. 4772). En este mismo sentido vid, entre otras, SSTS de 22 de abril y 17 de noviembre de 1992 (Ar. 2669 y 8816); 18 de junio y 15 de diciembre de 1993 (Ar. 4766 y 9951); 14 de febrero de 1994 (Ar. 1039); STSJ de Cataluña de 7 de junio de 1996 (Ar. 3363); STSJ de Galicia de 28 de mayo de 1998 (Ar. 1613)

¹⁰⁶³ En este mismo sentido, STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 1994 (Ar. 2084).

1.2.2 Supuestos de contributividad especial: cotización en los supuestos de contrato a tiempo parcial; cotización durante la situación de subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

De entre las diferentes reglas utilizadas para poder acreditar el cumplimiento del requisito de carencia, parece necesario tener en cuenta, entre otras, las que se aplican en los supuestos de existencia de un contrato a tiempo parcial, donde se puede apreciar la aplicación de criterios variables no existiendo hasta fecha reciente un criterio de aplicación con carácter más o menos general, ya que los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, resoluciones administrativas e incluso disposiciones normativas que han ido aplicándose se han movido por parámetros diversos, muy especialmente la Disposición Adicional 9ª del RD 2319/1993, de 29 de diciembre, considerado por el propio TS de dudosa legalidad, pero cuyo contenido fue posteriormente recogido en la Disp. Adic. 7ª del TRLGSS.

De conformidad con las recientes reformas establecidas en esta materia tanto por el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el contrato a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, como por el RD 144/1999, de 29 de enero que desarrolla en materia de acción protectora de la Seguridad Social dicho RD-Ley, se procede, entre otras cosas, a modificar la Disp. Adic. 7ª del TRLGSS, en el sentido de considerar que la protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirán por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo, fijándose en este sentido una serie de reglas especiales.

La nueva regulación establecida en estas normas se ajusta a los compromisos alcanzados tanto en el ámbito nacional entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal como internacionales ya que en la misma se ha tenido muy en cuenta los compromisos establecidos en el ámbito Europeo en el Acuerdo Marco sobre Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria y de Organizaciones Empresariales de Europa), el

CEEP (Centro Europeo de Empresas Públicas) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos) el 6 de junio de 1997, y posteriormente incorporado en la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997¹⁰⁶⁴, tratando de hacer compatibles tal y como se establece en la Exposición de Motivos del RD 144/1999, de 29 de enero, el principio de contributividad con el de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial, sobre la base de la asimilación antes comentada.

Con anterioridad a la entrada en vigor de esta nueva normativa, la discusión estaba centrada, en síntesis, en considerar que la cotización por horas trabajadas en cada jornada a tiempo parcial debía computarse como día cotizado, o por el contrario si tal período de cotización había de computarse en sus estrictos términos mediante la división del número de horas trabajadas/cotizadas por el número de horas que conformaban la jornada laboral ordinaria.

Tal y como en este sentido se establece en la STSJ de la Rioja de 27 de mayo de 1997 (Ar. 1911), si bien inicialmente el TS¹⁰⁶⁵ se decantó por considerar que debía optarse por computar los días realmente trabajados y cotizados con independencia de número de horas que constituyera la jornada laboral del trabajador a tiempo parcial de tal manera que cada día trabajado a tiempo parcial tuviera la misma consideración que un día ordinario, “esto es que las horas cotizadas correspondientes a la jornada reducida cumplida en el trabajo a tiempo parcial, suponían días de cotización a efectos de computar el período de carencia exigido para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social”, el RD-Ley 18/1993, de 3 de diciembre y el RD 2319/1993, de 29 de diciembre, introdujeron un sistema de cómputo (Disp. Adic. 7ª del TRLGSS/1994) más restrictivo, posteriormente reiterado en el art. 4.3 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo de medidas urgentes de fomento de la ocupación, al establecerse que: “en los supuestos de contratos de trabajo a tiempo parcial, a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el régimen de que se trate, para causar derecho a las prestaciones correspondientes, se computaran las horas o días efectivamente

¹⁰⁶⁴ DOCE L 14 de 20 de enero de 1998., págs. 9-11.

¹⁰⁶⁵ Vid, al respecto, entre otras, SSTS de 26 de mayo, 18 de octubre y 13 de diciembre de 1993 (Ar. 6374; 7836; y 9779); de 25 de marzo y 11 de mayo de 1994 (Ar. 2636 y 6838).

trabajados”, añadiéndose que para ello debería dividirse las horas efectivamente trabajadas por el número de las que sustituyan la jornada habitual para la actividad de que se trate.

La introducción de estas modificaciones no sólo planteó dudas de legalidad dado el carácter reglamentario de la norma que las sustentaba, sino que incluso fue numerosa la litigiosidad sobre el alcance de dicha reforma, en concreto, sobre si era o no aplicable a aquellas cotizaciones que fueron realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de estas normas.

En relación con esta última cuestión, también los pronunciamientos jurisprudenciales han sido confusos, por cuanto que si bien en algún caso se reconoció que, a estos efectos, el momento determinante no es el del hecho causante sino más bien el momento en el que se realizaron las respectivas cotizaciones¹⁰⁶⁶, en otros casos se llegó a considerar que el sistema de cómputo de las cotizaciones efectuadas a tiempo parcial como <<días cotizados>> quedó derogado con la entrada en vigor del RD-Ley 18/1993 y las normas sucesivas, de tal manera que ya no era posible el reconocimiento de derechos todavía no consolidados ya que ello supondría: “otorgar eficacia jurídica a meras expectativas y negar virtualidad operativa a la sucesión de regímenes de previsión en el tiempo”¹⁰⁶⁷.

Se optó en más de un caso por considerar que habiéndose producido el hecho causante estando en vigor el RD 2319/1993, de 19 de diciembre, se consideraba que

¹⁰⁶⁶ Vid, al respecto, entre otras, STS de 18 de mayo de 1995 (Ar. 1796); SSTSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 1994 (Ar. 4416); y 27 de junio de 1996 (Ar. 3390); y STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de mayo de 1996 (Ar. 1684).

¹⁰⁶⁷ En apoyo de la tesis a favor del cambio normativo, se alude, entre otras, a las SSTC 97/1990, de 24 de mayo, y 134/1987, de 21 de julio, en concreto a la interpretación que en éstas se hace del art. 9.3 de la CE, así como al hecho de considerar que los afiliados a las Seguridad Social no ostentan derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras aún no causadas. Vid, al respecto, SSTS de 22 de enero de 1982 (Ar. 59); de 12 de abril de 1984 (Ar. 2236) donde expresamente se establece que: “para que un derecho adquirido pueda considerarse existente dentro de una relación intertemporal o de sucesión de normas, tiene que haberse producido la consolidación de una situación jurídica bajo el imperio del ordenamiento anterior, consolidación que requiere la concurrencia de cuantos requisitos sean necesarios para el perfeccionamiento del acto según la anterior normativa”; En este mismo sentido STS de 12 de julio de 1989 (Ar. 5462); y 7 de abril de 1993 (Ar. 2916), ésta última

no eran de aplicación las normas anteriores que habían sido expresamente derogadas tal y como se establece, entre otras, en la STSJ de la Rioja de 27 de mayo de 1997 (Ar. 1911) y también, STSJ de Madrid de 28 de marzo de 1996 (Ar. 1017); así como STSJ del País Vasco de 15 de marzo de 1996 (Ar. 475), si bien en algún supuesto se llegó incluso a la situación de utilizar los dos instrumentos de cálculo, dividiendo el período cotizado en dos, aplicando la normativa anterior a la entrada en vigor del RD 2319/1993, de 29 de diciembre, a las cotizaciones realizadas durante ese período y la normativa contenida en el mismo a las cotizaciones correspondientes al período en el que está ya en vigor esta norma.

Tal y como se establece en la STS de 7 de febrero de 1997 (Ar. 1168), la fecha del hecho causante es la determinante a los efectos de establecer la normativa aplicable, llegándose a la conclusión de que el RD 2319/1993, de 29 de diciembre se aplica a las prestaciones cuyo hecho causante se produzca después de su entrada en vigor, sin que ello implique dotar a la disposición adicional 9ª del citado RD de una retroactividad no prevista ni autorizada por la Ley, porque con este criterio se sigue el principio general en el Derecho intertemporal de Seguridad Social, a tenor del cual la nueva norma se aplica a las prestaciones causadas durante su vigencia¹⁰⁶⁸.

Sea como fuere la tensión, entre quienes defendían la aplicación de la normativa de la equiparación de día trabajado como día cotizado para lucrar la pensión y quienes por el contrario defendían la vigencia de la nueva normativa que computaba sólo las cotizaciones realmente realizadas, estuvo durante mucho tiempo latente.

Para los segundos, por la simple aplicación del principio de orden normativo conforme al cual una norma posterior de igual o superior rango deroga la norma anterior, es posible sostener que la entrada en vigor del RD 2319/1993, de 19 de diciembre comporta la derogación de la normativa anterior y la asunción del criterio más restrictivo introducido por esta norma, sin que pueda considerarse aún vigente

dictada en casación para unificación de doctrina y tomando en consideración la doctrina emanada del TC.

¹⁰⁶⁸ En este mismo sentido, entre otras, STSJ de Madrid de 8 de mayo de 1997 (Ar. 1713) y STS de 13 de febrero de 1997 (Ar. 1264)

dicha normativa, tal y como parece desprenderse en las SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 17 de mayo y de 17 de junio de 1996 (Ar. 1515 y 2596) basándose en el hecho de que no se había producido el desarrollo reglamentario previsto ni en la Ley 10/1994, ni en el RD-Legislativo 1/1994, y considerando por ello que: “el legislador deliberadamente no ha querido entrar a regular tal forma de cómputo remitiéndose a una reglamentación de futuro cuando ya existía el RD 2319/1993, lo que significa una voluntad expresa de ignorar esta última norma reglamentaria, la que por tanto no sirve como disposición transitoria vigente”; optando en tal caso por extender los efectos de la normativa anterior más beneficiosa para el sujeto beneficiario ante las imprecisiones normativas existentes.

En la actualidad el panorama en torno a esta cuestión aparece sin duda alguna algo más claro, tal y como hemos destacado anteriormente, tras la aprobación del RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre que da nueva redacción a la Disp. adicional 7ª del TRLGSS/1994 y del RD 144/1999 de 29 de enero que lo desarrolla.

De conformidad con lo dispuesto en estas normas, para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho, entre otras prestaciones, a las prestaciones de jubilación, “se computarán exclusivamente 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 total de horas efectivamente trabajadas se dividirá por 5, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales.

Al número de días teóricos cotizados obtenidos mediante esta división por 5 del número de horas efectivamente trabajadas, se le aplicará, a efectos de jubilación e incapacidad permanente, el coeficiente multiplicador del 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización, asimilando a día completo la fracción de día.

Es importante destacar como en última instancia la solución dada por el legislador se sitúa en un punto intermedio entre la doctrina del día cotizado pleno, es

decir aquella que optaba por considerar como día cotizada el día trabajado a tiempo parcial con independencia de las horas trabajadas y la que se basaba en el cómputo tan sólo de las horas cotizadas. Así si bien para acreditar los períodos de cotización necesarios sólo se computan las horas trabajadas, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, se atenúa la exigencia de períodos de cotización amplios, como sucede en el caso de la incapacidad permanente y de la jubilación, mediante la aplicación de un coeficiente multiplicador al número de días teóricos de cotización, que permite elevar el número de días realmente cotizados por cuanto que cada uno de ellos equivaldrá en realidad a 1,5.

Siendo igualmente necesario remarcar que a estos efectos, los períodos de IT, descanso por maternidad, riesgo por embarazo, durante los que perviva el contrato a tiempo parcial, al igual que los períodos de percepción de la prestación por desempleo derivados de la suspensión o extinción de una relación laboral de este tipo, tendrán la misma consideración, que el período de trabajo precedente a la baja médica, suspensión o extinción del contrato, respectivamente.

Igualmente, se dispone que los períodos que legalmente se asimilan a períodos cotizados, que sucedan a períodos trabajados a tiempo parcial, se computarán de forma idéntica a la utilizada en relación con el último período trabajado.

Siendo necesario en última instancia apuntar, dado el alcance práctico de esta medida que el desarrollo, por cierto frecuente, de forma simultánea de más de una actividad a tiempo parcial, ya se desarrolle ésta en situaciones de pluriempleo como de pluriactividad, no afectará a la aplicación de las reglas antes comentadas pro cuanto que esta previsto en el art. 3.5 RD 144/1999, de 29 de enero que se sumarán los días teóricos de cotización acreditados en las distintas actividades, sin límite alguno, más que el que se trate de situaciones en las que deba aplicarse el cómputo recíproco de cotizaciones.

Es necesario en cualquier caso tener en cuenta que a tenor de la Disp. Transit, segunda del RD 144/1999, de 29 de enero, quedan aún fuera de dicho cómputo las

cotizaciones efectuadas por los trabajadores contratados a tiempo parcial, por duración inferior a 12 horas semanales o 48 horas al mes, durante los períodos que hubieran estado excluidos de protección por dichas contingencias¹⁰⁶⁹, a efectos de cubrir los períodos de cotización exigidos para causar derecho, entre otras, a la prestación de jubilación.

En la actualidad la Disp adic 28ª TRLGSS/1994 introducida por la Disp adicional 21ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre¹⁰⁷⁰, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, establece que las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora por la contingencia de jubilación, tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquella, si bien se añade que en ningún caso estas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el art. 161. 1 b) del TRLGSS/1994 ya que de conformidad con lo previsto en el art. 215. 3 de la misma ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio para mayores de 52 años¹⁰⁷¹.

Así pues, por lo que respecta a la cotización durante el período de subsidio por desempleo para mayores de 52, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar en otro momento de este trabajo (en concreto al abordar el tema de la prejubilación como

¹⁰⁶⁹ El art. 4.3 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo (*B.O.E.* de 23 de mayo) que expresamente establecía que: "En el supuesto de trabajadores cuya prestación efectiva de servicios sea inferior a 12 horas a la semana o 48 al mes, los derechos de protección social sólo incluirán las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes y Fondo de Garantía Salarial y la prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad", estuvo vigente hasta que por el RD 489/1998 (*B.O.E.* de 9 de abril) que desarrolló en materia de Seguridad Social, la Ley 63/1997, de 26 de diciembre de Medidas Urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con los contratos de trabajo a tiempo parcial y modifica otros aspectos del régimen jurídico aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, se dio cumplimiento a lo dispuesto en la Disp Transit, cuarta del RD-Ley 8/1997, de 16 de mayo (*B.O.E.* de 17 de mayo), y en la misma disposición transitoria de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre (*B.O.E.* de 30 de diciembre) que daba un mandato al Gobierno para que en el plazo de tres meses contados desde la entrada en vigor de estas normas se procediera, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, a adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a la prestación de incapacidad temporal de los trabajadores contratados para la formación y a la cobertura de la totalidad de las contingencias de los trabajadores a tiempo parcial por tiempo inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes.

¹⁰⁷⁰ *B.O.E.* de 31 de diciembre.

¹⁰⁷¹ Vid, al respecto, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "Pensión de jubilación derivada de la concesión del subsidio para mayores de 52 años. Su improcedencia por considerar que no reúne el requisito de carencia exigido". AS, 1998 págs 2613-2617.

situación de tránsito entre el cese anticipado y la jubilación), aunque en algunos supuestos tomando en consideración el hecho de que la comprobación del cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la prestación de jubilación, excepto la edad, debe efectuarse en el momento de reconocimiento del subsidio por desempleo se llegó a considerar que debía excluirse este período para poder acreditar la carencia requerida tanto genérica como la específica, tal y como se destaca, entre otras, en la STSJ de Galicia de 13 de julio de 1995 (Ar. 2794), “las cotizaciones efectuadas durante el subsidio de desempleo, aun cuando incluyan el concepto de jubilación, no resultan computables para lograr el período de carencia, que por definición y exigencia del mencionado subsidio, ha de acreditarse cuando aquél se le reconozca, pues así lo exige el artículo 13.2 de la Ley de 2 de agosto de 1984”¹⁰⁷².

A pesar de estas consideraciones, y de las críticas que puedan hacerse a las mismas, la verdad es que durante un período de tiempo bastante amplio se mantuvieron por parte de los diferentes Tribunales (y muy especialmente el TSJ de Galicia) criterios claramente diferenciados por cuanto que si bien en ocasiones se optó por manifestarse en contra de la aceptación de este período cotizado tal y como sucede, entre otras, en las STSJ de Galicia de 13 de julio de 1995 (Ar. 2794) donde se establece, asumiendo los argumentos antes expuestos de que se tratan de cotizaciones no computables ya que los requisitos para la jubilación han de ostentarse en el momento que se reconoce el subsidio para mayores de 52 años, con la única excepción de la edad, que: “la naturaleza de este subsidio de mayores de 52 años ha sido calificada por la doctrina como una prejubilación, de ahí que se exija que el beneficiario reúna todos los requisitos necesarios para causar dicha jubilación a excepción de la edad. La razón de ser del subsidio en cuestión es la de establecer un sistema de protección para aquellos trabajadores que después de una dilatada vida laboral, en virtud de la cual acreditan el mínimo de cotizaciones exigidas para causar la jubilación, ni pueden acceder a ésta por razón de la edad, ni pueden continuar como trabajadores en activo en razón de las dificultades del mercado de trabajo, pero en modo alguno puede entenderse, a la vista de la exigencia legal, reunir todos los

¹⁰⁷² En referencia a la Ley 31/1984, de 2 de agosto (B.O.E. de 4 de agosto) de protección por desempleo

requisitos para la prestación de jubilación menos la edad, que la intención del legislador o la finalidad de la norma permita alcanzar dicha jubilación a través de los períodos de cotización del propio subsidio”.

Llegándose a estimar en esta misma sentencia que en la medida que nos encontramos ante un condición “sine qua non” para acceder al subsidio, las cotizaciones efectuadas mientras se percibe éste subsidio, “podrán tener efectos en cuanto a su cómputo para la base reguladora de la jubilación, o mejor, para que no exista una laguna de cotización a dichos efectos, pero nunca para lucrar una carencia, que o se tiene con anterioridad o no puede alcanzarse por esa vía”¹⁰⁷³.

Frente a estos pronunciamientos contrarios al cómputo de las cotizaciones satisfechas durante la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, a efectos del cumplimiento de la carencia necesaria para tener derecho a la pensión de jubilación, existen otras resoluciones de claro signo contrario en los que se aboga precisamente por una interpretación opuesta de forma frontal a la que acabamos de examinar.

Así, por ejemplo en la Sentencia del TS de 20 de febrero de 1997 (Ar. 1574), dictada al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina, se mantiene que establecido legalmente en el art. 218. 2 del TRLGSS/1994¹⁰⁷⁴, la obligación de cotizar, durante la vigencia del subsidio, por parte de la Entidad Gestora, el INEM, por la contingencia de jubilación, en opinión del TS, “resulta claro que las cotizaciones satisfechas por el INEM, a los efectos de la contingencia de jubilación o vejez, son

¹⁰⁷³ En este mismo sentido o en sentido parecido, vid, entre otras, STS de 28 de febrero de 1994 (Ar. 1529); STSJ de Andalucía/Granada de 2 de octubre de 1996 (Ar. 4401); STSJ de Galicia de 27 de junio de 1996 (Ar. 2399), STSJ de Galicia de 17, 30 y 31 de enero de 1997 (Ar. 159 y 171 y 172); 18 de febrero de 1997 (Ar. 314). Llegándose incluso a considerar que la concesión errónea del subsidio por desempleo incluso en el supuesto de existencia de una sentencia firme que lo reconozca no implica que se tenga derecho a la jubilación, ya que la concesión del subsidio no vincula en modo alguno al INSS, en orden a la prestación de jubilación.

¹⁰⁷⁴ Con anterioridad, ya el art. 14. 2 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto en su redacción inicial disponía que en el supuesto de subsidio para mayores de 55 años, la entidad gestora “deberá cotizar, además, por la contingencia de vejez”. El RD-Ley 3/1989, de 31 de marzo modificó el art. antes citado reconociendo dicho subsidio a los trabajadores mayores de 52 años y estableciendo que: “la entidad gestora deberá cotizar, además, por la contingencia de jubilación” siendo ésta la redacción finalmente incorporada en el TRLGSS/1994.

cotizaciones comprendidas en el ámbito del sistema español de la Seguridad Social, y tienen plena validez y eficacia en lo que concierne a la obtención de la correspondiente pensión de jubilación”, sin que pueda considerarse que las normas que establecen esta obligación de cotizar por jubilación establezcan reducción ni merma de su eficacia, no pudiendo admitirse tal y como señala el TS que “las cotizaciones satisfechas en la forma indicada (por el INEM) queden excluidas a la hora de determinar si se cubre o no el período de carencia propio de la pensión de jubilación”¹⁰⁷⁵.

Especialmente en aquellos casos en los que se ha reconocido el derecho al subsidio por desempleo, no es posible dudar de la eficacia y validez de las cotizaciones en el momento del reconocimiento de su derecho a la jubilación¹⁰⁷⁶, ni tan siquiera en supuestos como el resuelto en la sentencia antes citada en el que las cuotas se hicieron efectivas después de realizado su reconocimiento.

En mi opinión el problema fundamental en estos casos radica en el hecho de establecer por parte del legislador una muy estrecha vinculación entre ambas cuestiones, el subsidio para mayores de 52 años y la pensión de jubilación, que implica que existe una conexión muy directa entre ambas prestaciones hasta el punto de que ambos regímenes jurídicos se encuentran directamente condicionados uno del otro, plantándose no pocos problemas de coordinación¹⁰⁷⁷ y lo que en más preocupante, “la

¹⁰⁷⁵ Vid, en este mismo sentido, STSJ Castilla y León/Valladolid de 26 de julio de 1995 (Ar. 2966); SSTs de 6 de marzo y 23 de junio de 1997 (Ar. 2255 y 5136). Esta última sentencia incluye un voto particular, formulado por el Magistrado Antonio Martín Valverde al que se adhiere Leonardo Bris Montes, en el que no se cuestiona la eficacia y/o validez de las cotizaciones efectuadas sino que se discrepa de la aplicación de determinados preceptos de la normativa comunitaria, del Reglamento CEE n.1408/1971, de 14 de junio.

¹⁰⁷⁶ Entre otras, STSJ Galicia de 17 de marzo de 1995 (Ar. 975) y STSJ País Vasco de 5 de noviembre de 1996 (Ar. 3756).

¹⁰⁷⁷ Vid, en este sentido LÓPEZ CUMBRE, L.; “*La prejubilación*”. *Op cit*, pág. 324-325 para quien la intervención de dos entidades gestoras, el INEM (para el reconocimiento del derecho al subsidio por desempleo) y el INSS (para garantizar que en el momento de la solicitud del subsidio se cumplen los requisitos exigidos para la jubilación excepto la edad) en la concesión de una única prestación origina algunos problemas, fundamentalmente de índole procesal como por ejemplo si el INSS ha de ser demandado también en los procesos en los que se discute la concesión del subsidio de prejubilación, así como sobre el carácter vinculante o no para el INEM de los informes emitidos por el INSS.

utilización de una norma de aplicación futura –y por tanto incierta-, para proteger una situación de necesidad presente”¹⁰⁷⁸.

Si bien es cierto que el subsidio para mayores de 52 años mantiene una relación muy próxima con la pensión de jubilación, tal y como en su momento vimos, en el sentido de entender que a través de este se trata, en parte, de proteger la situación de quienes habiendo perdido su empleo y en general agotada su prestación contributiva se encuentran en una edad próxima a la edad de acceso a la pensión de jubilación, en la que es sumamente difícil encontrar un nuevo empleo, se rige, como no podía ser de otra manera, por el régimen jurídico del subsidio por desempleo al que pertenece.

Estableciéndose además, tal y como hemos visto, la necesidad de que la entidad gestora cotice durante la percepción del mismo por la contingencia de jubilación, carece de toda justificación exigir que se cumplan, además de los requisitos específicos de esta prestación fijados en el art. 215. 3 TRLGSS/1994, y que son encontrarse en alguna de las situaciones a que hace referencia el art. 215. 1 y 2 y haber cotizado por desempleo al menos durante 6 años, los requisitos exigidos para tener derecho a la prestación de jubilación, especialmente la carencia genérica y específica, en el momento de la solicitud del subsidio, máxime cuando al cumplir la edad de jubilación no se excluye del cómputo a los efectos oportunos, fundamentalmente base reguladora y porcentaje aplicable, el período del subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

No parece por todo ello acertado la exclusión del período cotizado por el INEM durante la percepción del subsidio por desempleo a los efectos de la pensión de jubilación, ni la necesidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la jubilación, excepto la edad, en el momento de solicitud del subsidio por cuanto que, aún existiendo vínculos entre una y otra prestación las situaciones de necesidad que se pretenden cubrir son diferentes en uno y otro caso, y por ello debería proceder a

¹⁰⁷⁸ TORTUERO PLAZA, J.L y ALONSO OLEA, M.; *“Instituciones de...” Op cit.*, pág. 227. (1992). con anterioridad vid TORTUERO PLAZA, J.L.; *“Sobre el derecho al subsidio por desempleo de los mayores de 55 años; colectivos incluidos y excluidos”* comentario a la STC 209/1987, de 22 de diciembre. Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Civitas, Madrid, tomo V, 1987, pág. 414.

comprobarse el cumplimiento de las carencias exigidas para la jubilación en el momento de solicitar ésta computándose a tal efecto las cotizaciones durante la percepción del subsidio

No debiendo ser para ello un obstáculo el hecho de que mediante el cómputo de las mismas se permitiera acceder a prestaciones de jubilación a quienes por razón de la edad habiendo permanecido 13 años como subsidiado sólo requiera acreditar 2 años de trabajo continuado, considerado en alguna sentencia como una vía extralegal para acceder a la jubilación quienes no han trabajado durante el tiempo mínimamente exigido¹⁰⁷⁹, por cuanto que en estos casos la permanencia durante largo tiempo bajo la condición de subsidiado y el escaso tiempo trabajado se reflejará posteriormente en el montante de la pensión, en sus dos elementos; base reguladora y porcentaje aplicable, y lo que es más importante en ningún caso la Ley exige que se haya trabajado en sentido estricto, exige acreditar períodos de cotización y si durante la permanencia como desempleado se mantiene esa obligación de cotizar aunque sea asumida por una entidad, en este caso el INEM, diferente de las obligadas a cotizar en circunstancias ordinarias, carece de todo fundamento no dotarlas de validez y eficacia plena.

2. Cálculo de la prestación.

El cálculo de la pensión de jubilación se efectúa mediante la utilización de dos elementos fundamentales; la base reguladora y el porcentaje aplicable y aunque pueden incidir sobre el mismo elementos adicionales tales como la edad y las cuantías mínimas y máximas, en términos generales el cálculo de la misma se realiza mediante el juego de estos dos elementos tal y como se establece en el art. 163 del TRLGSS/1994, donde expresamente se dispone que la cuantía de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, se determina aplicando un porcentaje a la respectiva base reguladora.

¹⁰⁷⁹ STSJ de Galicia de 27 de junio de 1996 (Ar. 2399).

Estos dos elementos (base reguladora y porcentaje aplicable) son los elementos sobre los que se ha articulado la gran mayoría de las reformas en materia de jubilación y muy especialmente las acometidas tanto por la LMU como por la LCRSS, no en vano tienen por objeto fundamental ajustar el importe de la pensión vitalicia de jubilación al esfuerzo contributivo realizado por el sujeto en cuestión¹⁰⁸⁰ ya sea ampliando el ámbito de la base o cantidades tomada como punto de referencia, ya sea mediante la modificación del porcentaje aplicable en función de los años cotizados o bien ambas cosas a la vez. De tal manera que con el propósito de proceder a efectuar un recorte en los gastos en esta materia se han modificado considerablemente ambas cuestiones aún a riesgo de alterar elementos esenciales de la pensión de jubilación.

A continuación vamos a tener ocasión de precisar cómo se delimita individualmente cada uno de estos elementos; cuáles son los problemas que de ello se derivan; y en definitiva cómo se determina el importe de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, ya que ésta a diferencia de lo que sucede con la modalidad no contributiva de la jubilación no está establecida con carácter previo en una cantidad uniforme sujeta eso si a una posible alteración en función de determinados elementos, como son las rentas disponibles y anualmente revisable, sino que más bien se establece de una forma individualizada tomando en consideración el esfuerzo contributivo individualmente realizado y tratando teóricamente de ajustar el importe de la misma a la rentas salariales que pretende suplir.

Los dos elementos sobre los que estructura la pensión de jubilación en su modalidad contributiva intentan ser un reflejo del esfuerzo contributivo realizado por cada individuo al hacerlos depender de las cotizaciones acreditadas por el beneficiario, aunque no siendo el sistema financiero de la Seguridad Social un sistema de capitalización, obviamente no puede existir una correspondencia absoluta entre

¹⁰⁸⁰ La Recomendación 9ena del Pacto de Toledo alude forma expresa a esta necesidad de reforzar los principios de equidad y el carácter contributivo del sistema, abogándose en este sentido por que las prestaciones guarden una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado, y señalándose además que es necesario que las técnicas de cálculo de las pensiones contributivas permitan en el futuro y de forma progresiva que quienes realizan similar esfuerzo de cotización, alcance prestaciones equivalentes.

cotización/es pagadas y prestación meritada, ya que ello es contrario al sistema financiero de reparto que obedece a elementos y valores distintos tales como la solidaridad intergeneracional, o reparto intergeneracional, que permiten crear un fondo único, financiado en gran parte con las contribuciones de los activos, con el que poder abonar las prestaciones en curso.

Si bien es cierto que la tendencia marcada en las Recomendaciones del Pacto de Toledo y materializada en la LCRSS de separar las fuentes de financiación de tal manera que la financiación de las prestaciones contributivas, y entre ellas, como es obvio, la jubilación, dependan exclusivamente de las cotizaciones sociales y la financiación de las no contributivas se atribuya con carácter exclusivo al Estado por la vía impositiva general¹⁰⁸¹, puede parecer que trata de ajustarse este binomio cotización-prestación, de tal manera que se tiende a garantizar una prestación equivalente a las cotizaciones pagadas, no es así, por cuanto que aunque se han reforzado, tal y como tendremos ocasión de apreciar, los elementos contributivos del sistema muy presentes en la pensión de jubilación (base reguladora y porcentaje aplicable) se mantiene el sistema de reparto como elemento determinante del sistema financiero que rompe cualquier vinculación que con carácter absoluto se pretenda realizar entre cotización y prestación tratándose más de una medida de índole presupuestario, que en modo alguno modifica la dinámica del sistema financiero en sentido estricto¹⁰⁸².

¹⁰⁸¹ El art. 86. 2 del TRLGSS/1994 en este sentido establece que: "La acción protectora de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva y universal, se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social (...). La prestaciones contributivas, los gastos derivados de su gestión y los de funcionamiento de los servicios correspondientes a las funciones de afiliación, recaudación y gestión económico-financiera y patrimonial serán financiadas básicamente por los recursos a que se refieren las letras b), c), d) y e) del apartado anterior", es decir, las cuotas de las personas obligadas, las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga, los frutos, rentas o intereses o cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales y cualesquiera otros ingresos. De conformidad con lo previsto en la Disp. Transit. 14, del TRLGSS/1994, estaba previsto que esta separación de fuentes de financiación, se llevará a cabo de modo paulatino, antes del ejercicio del año 2000.

¹⁰⁸² Tal y como en este sentido señala, BLASCO LAHOZ, JF.: "Lo que se pretende con esta recomendación es distinguir las respectivas fuentes de financiación, buscando un equilibrio económico en las prestaciones contributivas y suficientes aportaciones del Estado para las no contributivas". *Cfr. "La reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo y su desarrollo"*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 66.

2.1 Determinación de la base reguladora

Entrando ya en el análisis o examen de este primer elemento, la base reguladora, es necesario señalar, en primer lugar, que si bien continúa efectuándose la determinación de la misma en términos muy parecidos a como venía realizándose con anterioridad a la LCRSS¹⁰⁸³, las reformas establecidas en este ámbito que se manifiestan como una clara continuación de las ya establecidas en la LMU de 1985, presenta una diferencia fundamental respecto a ésta que parece necesario tomar en consideración, por cuanto que su determinación no se rige ya de forma absoluta por las reglas fijadas en este mismo sentido en el caso de la incapacidad permanente tal y como sucedía en la normativa anterior a la reforma de 1997 dada la remisión expresa que el art. 162.2 TRLGSS/1994 hacía al art. 140 1 y 4 del mismo texto que expresamente regula la base reguladora de esta prestación y que por extensión se aplicaba también a la jubilación¹⁰⁸⁴, sino que se ha producido una distinción importante al respecto al haberse procedido a modificar la base reguladora de la pensión de jubilación no así la correspondiente a la incapacidad permanente¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸³ La OM de 18 de enero de 1967 en su art. 5 y 2 establecía que la base reguladora era igual al cociente de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del trabajador durante un período ininterrumpido de 24 meses naturales elegidos por el interesado dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se causa derecho a la pensión. Por su parte el art. 3 de la LMU modificó la base reguladora de la invalidez permanente y de la jubilación que hasta la entrada en vigor de la LCRSS era igual al cociente que resultaba de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses anteriores a aquel en el que se produzca el hecho causante.

¹⁰⁸⁴ Esta equiparación tuvo su origen en la LMU, vid al respecto, art. 3 de la misma que aparece bajo el epígrafe de: "Base reguladora de las pensiones de jubilación e invalidez permanente derivada de contingencias comunes".

¹⁰⁸⁵ Tal y como señala, entre otros, GOERLICH PESET, JM.; al no existir modificación alguna del art. 140 de TRLGSS/1994, en paralelo con el cambio efectuado en el art. 162.1 del mismo texto, se restablece la diferenciación en la forma de cálculo de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente, a favor de esta última, por cuanto se toma como referencia un período más breve de cálculo, careciendo en opinión de este autor, de lógica si tomamos en consideración que ambas pensiones deben cumplir un papel similar dentro del sistema, produciéndose lo que considera como "traición" a las propias finalidades que la LCRSS trata de perseguir, ya que al ser más favorable el régimen de cálculo de las prestaciones por incapacidad puede posibilitar intentos de los beneficiarios de obtenerlas en lugar de las de vejez a pesar de que la LCRSS trata precisamente de evitar desplazamientos de protección entre ambas prestaciones, y muy especialmente de la jubilación hacia la incapacidad permanente. Cfr. "La reforma de la Incapacidad permanente" en AA.VV. "La reforma de las pensiones de 1997" Coord. Pardell Veà, A.; Marcial Pons 1997, pág. 50. Vid, igualmente, GETE CASTRILLO, P.; "La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la persona interminable del Sistema de Seguridad Social" en VALDÉS DEL-RE, F.; "La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social", Lex Nova, Valladolid, 1997, págs. 439-440 y MERCADER UGUINA, J.R.; "La reforma de

En la actualidad de conformidad con lo previsto en el art. 162 del TRLGSS/1994 y el art. 4 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 210 las bases de cotización del interesado por contingencias comunes durante los 180 meses anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante¹⁰⁸⁶.

Se toma, así pues, como punto de referencia para el cálculo de la misma las cotizaciones efectuadas durante los 15 años anteriores a cese voluntario de la actividad profesional una vez cumplida la edad reglamentaria para acceder a la jubilación ordinaria o bien a la edad correspondiente a la jubilación anticipada según el caso, frente a los 8 años tomando como referencia en el régimen anterior a la LCRSS y que se mantienen en el caso de la invalidez permanente.

Dada la trascendencia e importancia del cambio establecido en este sentido que supone pasar de 8 a 15 años el período de cómputo de las bases de cotización a los efectos de determinar la base reguladora para la pensión de jubilación, se introdujo un apartado 1º en la Disposición Transitoria 5ª del propio TRLGSS/1994, por parte de la propia LCRSS donde se fija un período de aplicación gradual de este cambio normativo que no estará plenamente vigente hasta el 1 de enero del año 2002¹⁰⁸⁷.

la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social". RL 1997-II, págs 118 y ss.

¹⁰⁸⁶ El sentido evidente de este cambio legislativo es en opinión de MARTÍN VALVERDE, A.; "aumentar la contributividad del régimen de jubilación, haciendo que entre más en juego en la determinación de la pensión el historial o carrera de seguro del pensionista". Cfr. "El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social". RMTyAS, núm. 4, 1997, pág. 53.

¹⁰⁸⁷ DESDENTADO BONETE, A.; efectúa un breve análisis sobre la valoración de los efectos que se derivan de la ampliación del período de cómputo, así, siendo ésta una cuestión debatida: "la posición favorable a esta forma de cálculo considera que la ampliación fortalece la equiparación entre contribuciones y prestaciones de acuerdo con el principio de equivalencia en que debe fundarse un sistema contributivo; se eliminan además elementos de aleatoriedad en el cálculo y se favorece a los trabajadores con cualificaciones interiores, que suelen tener retribuciones más reducidas en los últimos años", (Vid, al respecto, entre otros, DURAN HERAS, A.; "El sistema público de pensiones". Fundación Empresa Pública, Madrid, 1994, pág. 66; y MARTÍN VALVERDE, A.; "El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social". RTAS, nº 4/1997, pág. 14) Sin embargo se apunta por parte de los detractores de este sistema de cálculo que "valoradas las ventajas y desventajas de la ampliación, hay una pérdida neta del derecho a la pensión tanto más importante cuanto más hayan crecido los salarios a lo largo del período de cómputo". Vid, en este

Así pues, dicho cambio normativo no se introduce de forma inmediata sino que ira aplicándose de conformidad con esta Disp. Transitoria de forma gradual, de tal manera que durante el año en curso la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 168 las bases de cotización del interesado por contingencias comunes durante los 144 meses inmediatamente anteriores al hecho causante, mientras que a partir del 1 de enero del año 2001 y hasta el 31 de diciembre de ese mismo año, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 182 las bases de cotización del interesado por contingencias comunes durante los 156 meses inmediatamente anteriores al hecho causante, tomándose como referencia las cotizaciones de los últimos 12 y 13 años respectivamente. No siendo así pues, hasta el 1 de enero del año 2002 cuando entrará en vigor la nueva base reguladora, tal y como esta ha sido recogida en el TRLGSS/1994.

Como podemos observar, tanto la LMU como la LCRSS marcan una tendencia clara a ir progresivamente ampliando el período de referencia para el cálculo de la base reguladora, llegados a este punto podríamos formularnos la siguiente cuestión, ¿cabe la posibilidad de ampliar dicho período de referencia para el cálculo de la base reguladora hasta el punto de avanzar hacia el cómputo de toda la carrera del seguro?

En mi opinión, no, y ello, entre otras, por tres razones fundamentales, en primer lugar porque si se permitiera esta posibilidad, se rompería con la configuración

sentido, GONZÁLEZ I CALVET, J.; *“Reforma y futuro del sistema de protección social”*. Mientras tanto nº 67/invierno 1996-1997, págs 47-78.

En definitiva, tal y como señala este autor, si bien, “en principio el cómputo de las bases de toda la vida laboral actualizadas es un sistema que parece más adecuado que la consideración de períodos temporalmente limitados, que pueden llevar a resultados distintos por incidencias no significativas en la carrera del seguro del beneficiario, para que este sistema actúe de manera ponderada sería necesario que se aplicase un promedio de toda la vida laboral, en el que las bases de cotización reales se promediaran en función del tiempo de trabajo real”. *Cfr. “La reforma de las pensiones de la Seguridad Social en 1997: un panorama general”*. Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ), 1998., págs 186-187.

Por su parte ALARCÓN CARACUEL, M.R.; alerta muy acertadamente sobre los riesgos teóricos del avance en este sentido ya que, en opinión de este autor: “si la percepción de dichas pensiones del futuro se va a condicionar al previo pago de una suma de cotizaciones de tal entidad que se pueda producir tendencialmente una cierta equivalencia entre dicha suma y la de las pensiones que se van a percibir, estaremos razonando en términos de capitalización o de ahorro sin haber salido formalmente del sistema de reparto”. *Cfr. “La reforma del sistema de pensiones en España”*. Anuari

tradicional de la pensión de jubilación, en tanto que renta sustitutiva del salario, por cuanto que ampliando el cálculo de la base reguladora se diluiría esta característica fundamental de la pensión de jubilación al no reflejar del todo ese sentido atribuido a la misma ya que como consecuencia de la ampliación de dicho período, aunque se aplicará el mecanismo de la actualización, sin duda, alguna siendo posible la existencia de lagunas y períodos sin cotización se menguaría considerablemente el importe de la misma no siendo un reflejo de las rentas percibidas momentos antes de la jubilación.

En segundo lugar porque las modificaciones en este sentido introducidas tanto por la LMU como por la LCRSS no responden a una intención en este sentido, sino que deben ser interpretadas como simples recortes de la prestación, no marcando una tendencia al respecto, por cuanto que son una suerte de respuesta a las "crisis financieras del sistema", no encajando en un momento como el actual en el existe superávit y está aumentando el número de afiliados.

En última instancia sería necesario apuntar que si lo que se pretende con ello es que se refleje el esfuerzo contributivo, en este sentido, es importante tener en cuenta que éste está ya presente en el otro elemento sobre el que se articula la pensión, el porcentaje aplicable donde precisamente se refleja dicho esfuerzo ya que cuantos más años de cotización se acrediten mayor será el porcentaje aplicable.

2.1.1 Reglas especiales para el cálculo de la Base Reguladora.

En relación con las reglas especiales para el cálculo de la base reguladora es necesario señalar que se mantiene, a efectos prácticos, la reglas ya contenidas en el régimen anterior, en concreto en el art. 140 del TRLGSS/1994, aunque ahora incorporadas tras la reforma de 1997 en el art. 162. 1.1 de este mismo texto según las cuales las bases de los 2 últimos años, es decir las últimas 24 bases se toman en su

Sociolaboral de Catalunya, 1996. Institut d'Estudis Laborals, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1997, pág. 96.

valor nominal, mientras que las bases restantes hasta los 12, 13 ó 15 años tomados como referencia se actualizarán de conformidad con la evolución que haya experimentado el Índice de Precios al Consumo (IPC), desde el mes a que aquéllas corresponde, hasta el mes inmediatamente anterior a aquel en que se inicie el período de cálculo.

Igualmente se ha mantenido la regla de la denominada integración de lagunas introducida por la LMU y que aparece ahora recogido en el art. 162. 1.2 del TRLGSS/1994, en virtud de la cual si en el período a tener en cuenta apareciesen meses en los que no hubiese obligación de cotizar se tomaran como base de referencia para cubrir esas lagunas, la base mínima para trabajadores mayores de 18 años aplicable en cada momento.

Tal y como en este sentido se establece en el art. 4.4 2º párrafo del RD 1647/1997, de 31 de octubre, la no exigencia de obligación de cotizar abarcará tanto a las situaciones de alta o asimilada al alta para las que no se exige tal obligación como aquellas otras en las que no ha existido obligación de cotizar por no encontrarse el trabajador en alta o situación asimilada.

La introducción de este último inciso comporta, entre otras cuestiones, la imposibilidad de aplicar, a efectos del cálculo de la prestación, la doctrina del paréntesis que hemos visto con anterioridad al abordar el examen del período de carencia, en aquellos supuestos en los que no existió obligación de cotizar en el período inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud de la prestación, ya que se establece la necesidad de proceder a efectuar en estos casos la denominada integración de lagunas¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁸ Así tal y como señala RIVAS VALLEJO, P.; esto supone "la eliminación de situaciones de agravio comparativo entre aquellas personas que, permaneciendo en situación de desempleo, no se habían beneficiado del subsidio asistencial por desempleo (para mayores de 52 años), procediendo en consecuencia la aplicación de la doctrina del paréntesis, o neutralización de tales períodos en los que no existió obligación de cotizar y aquellas otras que se habían beneficiado de dicho subsidio, existiendo, por tanto, obligación de cotizar por las bases mínimas, que serían computables en el cálculo de la base reguladora (con la consiguiente minoración de la cuantía de la pensión)". Cfr. "La jubilación". Cuadernos de Jurisprudencia Laboral y Seguridad Social. CISS, 1999, pág. 23.

Esta regla de la integración de lagunas no se aplica a todos los Regímenes que integran el Sistema de Seguridad Social, por cuanto que la Disposición Adicional octava no incluye, entre las materias extensibles a todos los regímenes, el art. 162. 1.2 del TRLGSS/1994 ni el art. 140. 4 de este mismo texto que se refiere a la integración de lagunas también para el cálculo de la pensión de incapacidad permanente y si bien el art. 5. 5 del RD 1799/1985, de 2 de octubre extiende esta regla a los regímenes de la Minería del Carbón¹⁰⁸⁹; Trabajadores Ferroviarios; Agrario y del Mar, se refiere a los trabajadores por cuenta ajena, al igual que hace el art. 4. 4 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, quedando por tanto excluidos, entre otros, los trabajadores por cuenta propia¹⁰⁹⁰.

Es importante destacar que, teniendo en cuenta el hecho de que se ha ampliado considerablemente tras la reforma de la LCRSS el período de referencia para calcular la base reguladora de la pensión, el tema de la existencia de lagunas de cotización será una cuestión de mayor relevancia práctica ya que es muy probable que se constate una existencia cada vez más significativa de períodos en los que no exista obligación de cotizar, y que se convierta éste en un tema central a la hora de calcular la pensión de jubilación, de ahí que quizás debería optarse por aplicar un criterio diferente del de las bases mínimas, con el objeto de atenuar los efectos que se pueden derivar de esta y otras situaciones, como por ejemplo la existencia cada vez mayor dentro de los períodos de referencia de períodos de inactividad dado el alto índice de temporalidad o precariedad existente.

¹⁰⁸⁹ En la STSJ de Asturias de 28 de octubre de 1993 (Ar. 4284) se consideró que debían tomarse no las bases mínimas sino las bases normalizadas

¹⁰⁹⁰ Así en la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de mayo de 1997 (Ar. 1709) expresamente se establece que esta regla sólo opera para los trabajadores por cuenta ajena, no para los trabajadores por cuenta propia (en este caso del Régimen Agrario) y citando la STS de 23 de noviembre de 1992 (Ar. 8829) se destaca que: "la cotización es una consecuencia del desempeño de un trabajo y que la integración de lagunas es una ficción jurídica que sólo debe aplicarse a los supuestos expresamente previstos en la Ley", entre los que no se encuentran los trabajadores por cuenta propia. En esta misma sentencia también se considera que no es aplicable por estos mismos motivos la doctrina del paréntesis añadiéndose al respecto que de todas maneras la doctrina del paréntesis sólo resultaría aplicable a los efectos de la carencia exigida para tener derecho a una pensión de jubilación y/o incapacidad permanente, pero nunca para el cálculo de la base reguladora de las prestación. Sobre esta última cuestión vid, entre otras, SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de abril de 1993 (Ar. 2157); y de Cataluña de 13 de octubre de 1993 (Ar. 4532).

El ordenamiento jurídico español aborda el tema de la integración de lagunas y, más en concreto, la solución dada al mismo mediante la aplicación de la base mínima, en un sentido contrario al que rige en el ámbito de la UE, y que es aplicado por el propio TS en el caso de los trabajadores migrantes, tal y como se establece, entre otras muchas, en la sentencia de 25 de febrero de 1992 (Ar. 1376) al optarse en derecho social europeo por el sistema de las cotizaciones medias mucho más beneficioso que el de las bases mínimas¹⁰⁹¹.

Criterio éste que se sustenta tal y como en su momento vimos, no sólo en el criterio de equilibrio y equidad en la determinación de las cotizaciones presuntas, sino también y, especialmente en el principio de ponderación en el método de cálculo de las pensiones que informa la legislación española de Seguridad Social, en referencia al art. 3 y concordantes de la Ley 26/85, hoy arts 140 y 162 y Disposición Transitoria quinta del TRLGSS, versión actualizada tras la Ley 24/97, de 15 de julio.

Teniendo en cuenta la existencia cada vez más probable de lagunas de cotización, debería optarse de *lege ferenda* por la modificación del art. 162. 1. 2 del TRLGSS/1994, para adaptarlo al criterio que rige en el derecho comunitario en el tema de la integración de las lagunas de cotización mediante la base media de las existentes en el momento de la laguna inclinándose de esta manera por situarse en un punto intermedio entre los topes o límites máximo y mínimo de las bases de cotización de los trabajadores de la misma categoría o grupo profesional.

En otro orden de cosas, es importante señalar que con la nueva normativa sobre el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, en concreto el art. 4.3 del RD 1647/1997, de 31 de octubre parece que trata de ponerse fin a la polémica sobre si dentro del período de cómputo debía o no incorporarse el último mes trabajado, sobre todo en aquellos supuestos en los que el hecho causante se producía con anterioridad a la fecha de finalización del mes en cuestión.

¹⁰⁹¹ Vid, al respecto apartado 1.3.2 de la parte II de este trabajo.

El punto de partida de esta polémica se situó en el art. 3 a) de la OM de 18 de enero de 1967 que al establecer que para los trabajadores que se encuentren en alta, el hecho causante se produce el día de su cese en el trabajo por cuenta ajena, parece que opta por excluir del cómputo del período el último mes trabajado.

Frente a esta interpretación del art. 3. a) de la OM de 18 de enero de 1967, el TS¹⁰⁹² entendió que si debía computarse el último mes trabajado y cotizado a efectos de determinar la base reguladora considerando, así pues, que el hecho causante debe considerarse que en estos casos se produce el día siguiente al del cese en el trabajo especialmente en aquellos casos en los que el cese se hace coincidir con el último día del mes en cuyo caso se entenderá producido el hecho causante el día inmediatamente posterior al cese, es decir el primero del mes siguiente en el que se produjo el cese.

El RD 1647/1997, de 31 de octubre recoge en su art. 4.3 precisamente el criterio mantenido por el TS al establecer que: "en los casos en que el último mes en alta se cotice íntegro, se computará por entero a efectos de determinar la base reguladora de la pensión de jubilación, aun cuando el hecho causante se hubiera producido con anterioridad a la finalización de dicho mes".

¹⁰⁹² Vid, al respecto, entre otras SSTS 22 de diciembre de 1990 (Ar. 9823); 12 de febrero, 6 de mayo y 1 de julio de 1991 (Ar. 830, 3791 y 6408), donde expresamente se establece que: "Desde una perspectiva lógica resulta, ciertamente, anómalo dar coincidencia cronológica a dos hechos antagónicos, como son el de prestación y el cese en el trabajo puesto que, si, materialmente, podría admitirse la coincidencia de ambos en una misma fecha, desde un punto de vista jurídico laboral no es aceptable la simultaneidad en la producción de los mismos. En efecto, si un trabajador concluye su jornada laboral diaria, consume, ya, la prestación de servicios en ese día, por lo que, difícilmente se puede entender producido, también, en dicha fecha, el cese en el trabajo. La efectiva falta de actividad laboral no se da, obviamente, en esa jornada durante la que se presta, en su integridad temporal, la prestación de servicios, sino que aparece, inevitablemente, diferida al siguiente día en el que ya no se acude al centro de trabajo". En este mismo sentido en la STSJ del País Vasco de 13 de septiembre de 1994 (Ar. 3565), se establece que, excepto en los supuestos en los que la jubilación se produce el último día del mes, cuyos efectos comienzan el día primero del mes siguiente, de tal manera que las bases de cotización a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la prestación de jubilación excluye las correspondientes al mes en curso en que ésta nace, del que sólo se han cotizado unos días determinados, sin que ello aunque resulte desfavorable, generalmente para el trabajador, sea contrario a la norma, por cuanto que, "tiene su razón de ser en el hecho de que las cotizaciones a la Seguridad Social se efectúan por meses naturales y no por días, debiéndose ser integradas durante el mes natural siguiente al mes al que corresponden, de modo, que cuando se trata de fracciones de mes, difícilmente se podría conocer si no es homogénea la retribución del trabajador, la parte de cotización que corresponde a dicha fracción".

Así pues con independencia del debate en torno a la fecha del hecho causante que hay que entender que se produce, de conformidad con la OM de 18 de enero de 1967, el mismo día del cese y aunque éste se produzca el día 28, 29, 30 ó 31 del mes en cuestión, si el mes se ha cotizado de forma íntegra deberá computarse a los efectos de determinar la base reguladora.

En cualquier caso de conformidad con lo dispuesto en el art. 162.2 del TRLGSS/1994, no se computan, a los efectos de determinar la base reguladora, los incrementos indebidos de las bases de cotización, producidos en los dos últimos años que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimental en el Convenio colectivo aplicable o, en su caso, en el correspondiente sector¹⁰⁹³.

La finalidad de esta medida introducida a partir de lo dispuesto en el RD Ley 13/1981, de 20 de agosto¹⁰⁹⁴ es obvia, evitar de forma limitada en el tiempo, los incrementos ficticios de la base de cotización para que éstos repercutan en la base reguladora de la pensión de jubilación y den lugar a una pensión más alta.

Quedan por ello excluidos del cómputo y sujetos a posible sanción¹⁰⁹⁵ los incrementos de las bases de cotización que excedan de los incrementos salariales interanuales, exceptuándose pero, aquellos incrementos que sean consecuencia de la aplicación estricta de las normas contenidas en disposiciones legales y Convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional (art. 162. 3 TRLGSS/1994).

¹⁰⁹³ Vid, al respecto PURCALLA BONILLA, M.A.; y RIVAS VALLEJO, M.P.; *"Incidencia de los incrementos indebidos de las bases de cotización y de la situación de desempleo sobre la pensión de jubilación"*. Revista de Estudios Financieros, Legislación y comentarios sobre Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núms 185.186, 1998.

¹⁰⁹⁴ B.O.E, de 29 de agosto. Este Real Decreto-Ley fue una consecuencia del Acuerdo Nacional sobre empleo de 9 de junio de 1981 suscrito por el Gobierno, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y las Centrales Sindicales mayoritarias donde, entre otras cuestiones, se ponía de manifiesto, en su cap. VI, I, la necesidad de combatir el fraude a la Seguridad Social, evitando determinadas irregularidades que se registran en la fijación de la base reguladora.

¹⁰⁹⁵ La Ley 8/1988, de 7 de abril Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (B.O.E, de 15 de abril) considera como infracción muy grave, (art. 15. 5): incrementar indebidamente la cotización del

También quedan excluidos de dicha previsión referida al no cómputo de ciertos incrementos de las bases de cotización, aquellos que sean consecuencia directa de la aplicación de normas referidas a la antigüedad y ascenso, así como cualquier otro incremento que derive de cualquier otro concepto retribuido establecido con carácter general y regulado ya sea en una disposición legal o Convenio colectivo, tal y como sucede en la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 11 de noviembre de 1997 (Ar. 3691), donde el Juez *ad hoc* declaró probado que las cotizaciones correspondían a un aumento de lo percibido por <<incentivos>> derivados a su vez de un incremento del trabajo.

Sin embargo si se excluyen del cómputo aquellos incrementos por ascenso cuando éstos obedezcan a una decisión unilateral del empresario, en virtud de sus facultades organizativas, tal y como se establece, entre otras, en la STSJ de Cataluña de 2 de julio de 1993 (Ar. 3538)¹⁰⁹⁶, por ser éste próximo a la edad de jubilación, aunque hay algún pronunciamiento jurisprudencial en el que aun siendo el origen del incremento una decisión unilateral del empresario si éste es justificado ha sido considerado válido, tal y como sucede, entre otras, STSJ de Cantabria de 11 de diciembre de 1996 (Ar. 4046)¹⁰⁹⁷, al no apreciarse fraude de ley no debe excluirse del cómputo el incremento justificado optándose por una interpretación excepcionalmente atenuadora del rigor literal del precepto “siempre que se acredite cumplidamente la efectiva realidad del ascenso retributivo, causante del aumento de las cotizaciones en fecha prudencialmente anterior a la fecha de la jubilación”, debiéndose excluir la apreciación del fraude “por resultar excesivo y hasta disconforme con el principio constitucional de igualdad, prohibir terminantemente, a efectos de cotización, toda progresión económica no reglada durante el prolongado período de los ocho

trabajador a los efectos de conseguir mejoras en las prestaciones pudiendo ser sancionada la empresa con una multa, según la gravedad, de entre 500.001 ptas y 15.000.000 ptas.

¹⁰⁹⁶ En este mismo sentido, STSJ de La Rioja de 3 de diciembre de 1996 (Ar. 4708).

¹⁰⁹⁷ Igualmente vid, entre otras, STSJ de Cataluña de 2 de abril de 1998 (Ar. 2059).

años anteriores a la jubilación. Precisamente por ello dice el TS que la finalidad de la norma es la ineficacia de las conductas fraudulentas"¹⁰⁹⁸.

Muchos de los problemas que en torno a esta cuestión se han suscitado se plantearon a partir de la reformas establecidas en la LMU ya que se amplió considerablemente, tal y como ya hemos visto, al pasar de 2 a 8 los años tomados en consideración para calcular la base reguladora surgiendo, a partir de este cambio una incertidumbre sobre el alcance temporal del denominado incremento fraudulento de las bases de cotización¹⁰⁹⁹.

¿Qué sentido cabe dar, así pues, a los dos años a que alude la norma legal con posterioridad a la LMU?

Aunque parece que siguiendo una interpretación literal del precepto es posible defender que existe un límite temporal a dicha exclusión por cuanto que la norma es clara al hablar de incrementos producidos en los dos últimos años¹¹⁰⁰, existen numerosos pronunciamientos en sentido contrario que extienden la aplicación de esta previsión más allá de los 2 últimos años considerando que la finalidad de la norma es poner freno a las prácticas fraudulentas con independencia de cuando éstas se produzcan¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁸ En la STSJ de Cantabria de 28 de abril de 1997 (Ar. 1434) no se excluye del cómputo el incremento al no existir prueba de fraude.

¹⁰⁹⁹ Tal y como señala BARRIOS BAUDOR, G.L.; y SEMPERE NAVARRO, A.V.; "A partir de esta nueva previsión (en referencia a los cambios establecidos en la LMU respecto a la base reguladora), sobre el tema surgió una doble duda: determinar si el RD Ley 13/1981 seguía en vigor, y supuesta una contestación afirmativa, aclarar si la neutralización de las elevaciones artificiales debía seguir aplicándose en sus propios términos o de otro modo". De hecho, estos mismos autores consideran que la LMU conjuró indirectamente los peligros de una elevación artificial de la base reguladora al determinar que las mismas se llegaría promediando las bases de cotización de los ocho últimos años". *Cfr. "La jubilación en el..." Op cit.*, pág. 105

¹¹⁰⁰ Vid, al respecto STSJ de Castilla y León/Burgos de 13 de diciembre de 1993 (Ar. 5182).

¹¹⁰¹ El TSJ de Castilla y León/Burgos, considera en su sentencia de 26 de enero de 1995 (Ar. 46) que: "la rectificación de las bases ha de llevarse no sólo a los dos últimos años inmediatamente anteriores al hecho causante de la pensión de jubilación, sino hasta cuando se produjo realmente la actuación fraudulenta, precisamente por este carácter, pues la finalidad de la prescripción del precepto citado es poner coto a las prácticas fraudulentas difícilmente constatables, de tal manera que se produciría una presunción iuris et de iure cuando se da el presupuesto fáctico que contempla, lo que no evita para aplicar tal limitación más allá de dicho período cuando se constata realmente un supuesto fraudulento". En este mismo sentido, entre otras, vid, SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 12 de

Si bien es cierto que lo que se pretende con esta norma es evitar el fraude, existe un claro y taxativo límite temporal en la norma al determinarse expresamente que el no cómputo de los incrementos se circunscribe a los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante.

El legislador consciente de las dificultades que acarrea el determinar si estamos o no ante una conducta fraudulenta ha optado por introducir un referente temporal – dos años- dentro del cual se establece que los incrementos de las bases de cotización que sean superiores al incremento salarial medio interanual no se computarán a los efectos de determinar la base reguladora, dada su proximidad con la jubilación y ante la presunción iuris tantum de encontrarnos ante un fraude, debiéndose entender, en este sentido, que los incrementos correspondientes al período que exceda de los dos años, no están sujetos a este límite.

Si el legislador hubiese querido extender, más allá del límite fijado, la exclusión del cómputo de los incrementos indebidos, hubiese optado por no establecer la referencia a los dos años a que alude el art. 162. 2 del TRLGSS/1994, de tal manera que determinado un fraude en el incremento de las bases de cotización en el período de cómputo de las mismas con el propósito de poder incrementar la base reguladora hubiera dando lugar a su exclusión ante la existencia de un fraude si éste se acreditara.

El TS en su sentencia de 8 de abril de 1992 (Ar. 2611) aunque sostiene que no se debe en sentido estricto ampliar el período de referencia legal de dos años al total de años tomados en consideración para el cálculo de la base reguladora, en su caso 8, 12, 13 ó 15 tras la reforma establecida en la LCRSS, tal y como solicita el INSS quien en su recurso insiste en la ampliación del período a un período superior invocando a tal efecto que la limitación de dos años a que hace referencia la Ley de 1981, tenía su causa en el hecho de que antes de la LMU la base reguladora de la pensión de jubilación se calculaba dividiendo por 28 la suma de las bases de cotización del trabajador durante un período ininterrumpido de 24 meses naturales, es decir dos

marzo de 1996 (Ar. 1136); STSJ de Castilla y León/Burgos de 31 de diciembre de 1996 (Ar. 4022) y STSJ

años, de conformidad con la OM de 18 de enero de 1967, de lo que se deduce que la voluntad del legislador de 1981 era la de aplicar este límite a todo el período utilizado para el cálculo de la base reguladora, que en tal fecha era de 2 años y que no fue modificado hasta la LMU a 8 años.

De ahí que la ampliación de la base de cálculo de la base reguladora comporte la necesidad de ampliar también a todo este período la comprobación del fraude en la bases de cotización por incrementos injustificados, no en vano, lo que, se pretende siguiendo el razonamiento expuesto en esta sentencia del TS es perseguir y sancionar las conductas fraudulentas que en este caso se manifiesta en un incremento de las bases de cotización con el propósito de obtener una prestación más elevada de la que le correspondería sin dichos incrementos.

El TS parece, en cualquier caso, que aunque acepta este razonamiento y defiende la necesidad de ampliar este período no se puede concluir que acepte este razonamiento que entra a valorar la voluntad del legislador de 1981 ya que tal y como señala en esta sentencia en el momento de concluir que: "no se trata por tanto de entender ampliado el referido plazo de 2 años, después de la Ley 26/1985 a un período de tiempo superior, so pretexto de un vacío legal, inexistente, sino de sancionar conductas fraudulentas y antisociales, no comprendidas en el RD mencionado (en alusión al RD Ley 13/1981, de 20 de agosto).

Por su parte la STSJ de Cataluña de 5 de julio de 1996 (Ar. 2913) opta por una solución que en parte podemos considerar como intermedia al establecerse que deberá examinarse los dos últimos años y si no se aprecia fraude no podrá examinarse los períodos anteriores. Sólo, así pues, en el caso de que se aprecie fraude en los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante podrá retrotraerse esta comprobación a momentos anteriores dentro, obviamente, del período de referencia para la determinación de la base reguladora¹¹⁰².

de Galicia de 9 de julio de 1997 (Ar. 2824).

¹¹⁰² En la STSJ de Cantabria de 14 de abril de 1998 (Ar. 2084) citando la sentencia de esta misma Sala de 11 de diciembre de 1996 (Ar. 4046), establece que debe diferenciarse el período bianual anterior a la jubilación contemplado en el art. 162 del TRLGSS/1994, respecto del resto de la base

Quizás sea ésta un solución más ajustada al sentido y finalidad de la norma por cuanto que sin dejar de perseguir el fraude, limita, en principio, el período de comprobación, a los dos años anteriores al hecho causante, tal y como se establece en el art. 162.2 del TRLGSS, y sólo en el supuesto de que se constate un incremento de las bases de cotización que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el Convenio colectivo aplicable o, en su caso, en el correspondiente sector, se podrá examinar el período precedente con la finalidad de comprobar cuando inicia el fraude y actuar en consecuencia.

Este parece ser incluso el sentido de la STS antes citada de 8 de abril de 1992 (Ar. 2611), tal y como se establece en la STSJ de Cataluña de 8 de abril de 1998 (Ar. 2366), ya que en opinión de este Tribunal el TS ha resuelto la controversia al considerar que: “la posible reducción por incremento injustificado de las bases de cotización a la Seguridad Social no ha de circunscribirse a los dos últimos años si se detecta en fraude de ley, sino que puede contraerse a cualquier momento anterior que sirva para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y ello, por cuanto, tratándose de conductas fraudulentas y antisociales, el fraude de Ley cuando se detecta puede ser objeto de sanción en cualquier caso en aplicación de lo dispuesto en el art. 6.4 del Código Civil”.

Cualquier otra solución que opte por examinar *ab initio* todo el período de referencia, 12, 13 ó 15 años según el año del hecho causante, es contrario al tenor literal de la norma, debiéndose dejar claro que, si tal y como se establece por parte del INSS, la voluntad del legislador en 1981 era la de tomar como período de referencia para constatar o no la existencia de fraude todos los años que se utilizan para calcular la base reguladora, debería haberse procedido a reformarse el art. 162. 2 del TRLGSS/1994, cosa que ni se ha hecho en la LMU ni en la LCRSS, de lo que se infiere

computable para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, “pues al no haberse extendido la previsión del citado precepto a todo el período, no puede extenderse, la previsión de falta de justificación normativa o de Convenio colectivo que justifique el límite de las bases de cotización durante el período computable, sin concurrir ánimo fraudulento del beneficiario que justifique la limitación de bases de cotización tenida en cuenta por la Entidad Gestora”.

una voluntad de mantener como período los dos años, a pesar de los cambios establecidos en la base reguladora tanto en la LMU como en la LCRSS.

Debería además tenerse en cuenta que a medida que se amplía el período de referencia para proceder al cálculo de la base reguladora se atenúa el efecto que se deriva del incremento artificial de las bases de cotización de los últimos años, haciéndolo cada vez menos atractivo, por cuanto que al ampliarse el número de años que se promedian para determinar la base reguladora los posibles incrementos en los años finales tienen un impacto cada vez menor sobre el montante final.

Por lo que respecta a la determinación de a quien corresponde probar la existencia o no de la conducta fraudulenta si bien en la STSJ de Murcia de 12 de abril de 1994 (Ar. 1502)¹¹⁰³ se establece que corresponde al trabajador probar su intención no fraudulenta. En principio parece que debería ser la Seguridad Social quien debería probar esta actitud fraudulenta, en tanto que es ella quien alega la existencia de la misma y a ella le debería recaer la carga de la prueba, aunque dado el carácter automático de la exclusión de estos incrementos durante los dos años anteriores a la fecha del hecho causante es el trabajador quien debe demostrar el carácter justificado de dichos incrementos.

No sucede lo mismo, en caso de aceptar la ampliación del período de referencia limitándolo tal y como hemos visto a aquellos supuestos en los que exista fraude en los últimos años ya que no existiendo en este supuesto exclusión automática del cómputo, deberá ser la Entidad Gestora que es quien denunciará el fraude, probar que existe una conducta fraudulenta, no siendo una cuestión que pueda presumirse¹¹⁰⁴, aunque si se ha admitido la denominado prueba de presunciones prevista en el art. 1253 del CC, siempre que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir¹¹⁰⁵.

¹¹⁰³ También en la STSJ de La Rioja de 20 de enero de 1998 (Ar. 167).

¹¹⁰⁴ Vid, entre otras, STS de 23 de febrero de 1987 (Ar. 1098); SSTSJ de Cataluña de 5 de julio y 6 de noviembre de 1996 (Ar. 2913 y 4093); y de 4 de abril de 1997 (Ar. 2006);

¹¹⁰⁵ STSJ de Cataluña de 8 de abril de 1998 (Ar. 2366). En este mismo sentido vid, SSTSJ de Cataluña de 1 de abril y 6 de junio de 1998 (Ar. 2048 y 3072) y de 7 de octubre de 1999 (Ar. 4207). En

En síntesis puede sostenerse que teniendo en cuenta que la finalidad del RD-Ley 13/1981, de 20 de agosto, fue la de sancionar conductas fraudulentas y antisociales, evitando el incremento injustificado de las bases de cotización en los años próximos a la jubilación, por aplicación directa del art. 162.2 del TRLGSS/1994 sólo puede examinarse los 2 último años, ya que éste período no ha sido ampliado posteriormente, lo que no significa que no sean examinables los demás años, por cuanto que si bien al respecto no opera el art. 162 antes citado, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 6.4 y 7.2 del CC, que proscriben fraude de ley pero no lo presumen, aunque siempre, en mi opinión limitado dicho examen a la constatación de la existencia de incrementos injustificados en los 2 últimos años inmediatamente anteriores al hecho causante.

De ello se deriva que cuando los incrementos se producen en los 2 años anteriores al hecho causante de la prestación no es necesaria prueba concluyente de que estos incrementos estaban exclusivamente dirigidos a incrementar la base reguladora de la futura pensión de jubilación, ya que por expresa disposición legal no son computables, mientras que si los incrementos se producen en fecha anterior a los dos años previos a la jubilación, en este caso será necesario acreditar el móvil fraudulento, la voluntad defraudadora.

Así, partiendo del principio de que el fraude no se presume, habrá de acudirse a la doctrina general sobre la carga de la prueba contenida en el art. 1214 del Código Civil, donde se establece que “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opondrá”; pudiendo afirmarse al respecto que es a la Entidad Gestora a quien corresponde dicha carga de la prueba del fraude de ley o ejercicio abusivo o antisocial del derecho del beneficiario para poder excluir del cómputo bases diferentes de las de los 2 últimos años, pudiendo concluirse que no

sentido contrario vid la también STSJ de Cataluña de 27 de abril de 1998 (Ar. 2070), donde expresamente se dispone: “la no presunción del fraude ha venido siendo mantenida por constante y reiterada jurisprudencia, pues ha de ser como condición a su estimación probado patente y flagrante en la intención decidida de burlar la norma bajo la ficticia apariencia de cumplimiento, no pudiendo presumir su existencia salvo los casos en que la ley lo declare expresamente, ya que el ordenamiento jurídico parte siempre de la presunción de la buena fe”.

existe impedimento para aplicar el contenido del art. 6.4 del CC cuando se produzca un fraude de ley aunque el incremento fraudulento de las bases de cotización se extienda más allá del lapso de 2 años inmediatamente anteriores al hecho causante.

Tal y como se establece en la STSJ de La Rioja de 20 de enero de 1998 (Ar. 167), “partiendo del principio de que el fraude no se presume, habrá de acudirse a la doctrina general concerniente a quién debe soportar la carga de la prueba. El art. 1214 del CC viene a disponer que la prueba de los hechos constitutivos del derecho sean de cargo del que lo reclama, y que la de los demás (hechos impeditivos, extintivos y excluyentes) lo sean del que los opone”.

En definitiva, es a la Entidad Gestora a quien corresponde la carga de la prueba del fraude de Ley o ejercicio abusivo o antisocial del derecho del beneficiario a que, para el cálculo de su pensión de jubilación, en la modalidad contributiva, le sean computadas todas sus bases de cotización de los últimos ocho años, prueba que no es necesaria por lo que respecta a los incrementos de las bases de cotización producidos en los dos últimos años, por disponer el art. 162. 2. 3 y 4 del TRLGSS/1994 que no serán computables en las circunstancias ahí descritas.

Así, tal y como se dispone en esta misma sentencia, es posible a efectos de prueba establecer una distinción, obviamente aplicable si se admite tal y como así ha sido de forma generalizada por parte de los diferentes Tribunales, la ampliación del período de referencia de los incrementos indebidos más allá de los 2 años a que hace referencia el art. 162.2 del TRLGSS/1994, entre los incrementos de estos 2 últimos años y los incrementos del período restante ya que en principio respecto de los primeros opera una presunción iuris tantum, mientras que respecto de los demás será necesario probarlos por parte de quien los alega: “la Entidad Gestora queda exonerada de la carga de probar que dichos incrementos salariales estaba dirigidos a lo que se ha venido llamando <<la compra de la pensión>>, porque por disposición legal no son computables para el cálculo de la base reguladora de la pensión contributiva de jubilación, cuando aquellos incrementos se han producido en los dos últimos años.

Respecto de los incrementos experimentados en períodos anteriores, el móvil fraudulento, abusivo o antisocial deberá resultar probado”.

De entre los conceptos computables y no computables a los efectos de determinar la base reguladora de la pensión de jubilación si bien existe una cierta correspondencia con los conceptos ya valorados a la hora de acreditar las carencias exigidas¹¹⁰⁶, creo oportuno efectuar alguna pequeña mención en relación con algún aspecto concreto de esta cuestión, así por ejemplo es necesario destacar que no se computan para el cálculo de la base reguladora los 1800 días de cotización que a los efectos de carencia se computan para quienes acrediten que han estado afiliados al Retiro Obrero, así como tampoco las horas extraordinarias, ya que al tomarse en cuenta la base de cotización por contingencias comunes para la determinación de la base reguladora de la prestación de jubilación, de conformidad con lo previsto en el art. 109. 2 g) del TRLGSS/1994, quedan excluidas las horas extraordinarias¹¹⁰⁷.

2.1.2 Determinación de la Base Reguladora en los supuestos de pluriempleo y pluriactividad.

Tanto para los casos de pluriempleo, es decir, aquellos supuestos en los que los trabajadores por cuenta ajena prestan servicios profesionales para dos o más empresas distintas y en actividades que dan lugar a su alta obligatoria en un mismo Régimen de la Seguridad Social¹¹⁰⁸, como de pluriactividad entendiéndose por tales aquellas otras situaciones en las que el trabajador por cuenta propia y/o ajena realiza dos o más

¹¹⁰⁶ Vid, al respecto BARRIOS BAUDOR, G.L.; y SEMPERE NAVARRO, A.V.; *“La jubilación en el...” Op. cit.*, págs 99-103.

¹¹⁰⁷ STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de marzo de 1993 (Ar. 1601) donde se cita las SSTCT de 6 de diciembre de 1980 (Ar. 6455) y de 14 de noviembre de 1986 (Ar. 11575); así como, SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 24 de abril y de 4 de mayo de 1993 (Ar. 2106 y 2415).

¹¹⁰⁸ Art. 102.2 del TRLGSS/1994; art. 9.1.4º del RD 2064/1995, de 22 de diciembre (B.O.E, de 25 de enero de 1996), por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social; y art. 7. 4. 2º del RD 84/1996, de 26 de enero por el que se

actividades profesionales que dan lugar al alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del sistema de Seguridad Social¹¹⁰⁹, se han establecido reglas especiales de cálculo de la pensión de jubilación.

Así, por ejemplo a los efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en el art. 162. 5 del TRLGSS/1994, a partir de lo previsto en el RD Ley 13/1981, de 20 de agosto, en los casos de pluriempleo se establece una distinción según si se acredita o no la permanencia en esta situación durante los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante por cuanto que las bases por las que se haya cotizado a las diversas empresas sólo se computarán en su totalidad si se acredita dicha permanencia.

En los supuestos en los que no se de esta circunstancia, se aplican una serie de reglas especiales establecidas en la OM de 4 de julio de 1983¹¹¹⁰, sobre determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación en las situaciones de pluriempleo, que en síntesis prevén la acumulación sólo de la parte proporcional de las bases de cotización que corresponda al tiempo realmente cotizado en situación de pluriempleo, no se procederá, así pues, en estos casos, a una suma total de las bases de cotización que se derivan de los dos empleos si éstos dan lugar a la inclusión en un mismo régimen de la Seguridad Social y si se ha permanecido en esta situación por un tiempo inferior a los 10 años anteriores al hecho causante.

Así pues, teniendo en cuenta lo previsto, entre otras, en la STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 1995 (Ar. 4346): “en los casos de pluriempleo, la base reguladora de las prestaciones se determina en función de la suma de las bases por las que se haya cotizado en las diversas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada el tope máximo que a efectos de base de cotización establece el art. 74

aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variación de datos de trabajadores en la Seguridad Social

¹¹⁰⁹ Art. 9.1. 4º del RD 2064/1995, de 22 de diciembre; y art. 7.4.1º del RD 84/1996, de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variación de datos de trabajadores en la Seguridad Social

¹¹¹⁰ B.O.E, de 9 de julio de 1983.

(TRLGSS/1974, hoy art. 110 TRLGSS/1994), es decir, el anualmente determinado para todas las actividades, categorías profesionales y contingencias”.

En concreto, de conformidad con lo dispuesto en la OM de 4 de julio de 1983 antes citada, cuando no haya permanecido el solicitante en la situación de pluriempleo durante 10 años, se aplican las siguientes reglas contenidas en los arts. 3. 1 y 2 de esta OM: se tomarán el 100% de las bases de cotización que, estando comprendidas en el período elegido para determinar la base reguladora de la pensión, correspondan a aquel o aquellos empleos por el que el solicitante haya permanecido en alta o en situación asimilada al alta durante al menos los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante. Si en ningún empleo acredita completos esos 10 años de permanencia en situaciones del alta o asimilada, la base reguladora de la pensión se determinará tomando en su 100% las bases de cotización de aquel empleo que disponga de las de mayor cuantía.

Cada uno de los importes de las restantes bases de cotización comprendidas dentro del período elegido para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación se dividirá por 3.650, y el cociente obtenido se multiplicará por el número de días efectivamente cotizados por el empleo en cuestión durante el citado período de 10 años.

La suma de las bases de cotización e importes así calculados y correspondientes a cada empleo se dividirá por 210 o en su caso 182 ó 144 divisor que corresponda según el año en cuestión de conformidad con lo previsto en la Disp. Transit. 5ª. 1 del TRLGSS/1994, siendo la cantidad resultante el importe de la base reguladora de la pensión, o en su caso, el tope máximo que proceda por aplicación del art. 120. 3 TRLGSS/1994¹¹¹¹.

En los supuestos de pluriactividad tal y como hemos visto la aplicación del principio de totalización para la determinación de la base reguladora está condicionado

a que se acredite esta situación durante 10 años antes de la fecha del hecho causante, sin causa o motivo que lo justifique.

Por su parte en los supuestos de pluriactividad no se aplican las reglas que acabamos de ver, no siendo pocos en este sentido, los pronunciamientos jurisprudenciales que precisamente justifican la desigualdad de trato existente entre ambas situaciones, al considerar que son inaplicables las normas de pluriempleo en casos de pluriactividad¹¹¹², ya que tal y como señala, el TS, entre otras, en su sentencia de 3 de mayo de 1993 (Ar. 4017), "el distinto tratamiento para el pluriempleo y la pluriactividad, deriva de la duplicidad protectora que puede alcanzarse con la última, manifestada por el devengo de dos pensiones por la misma contingencia cuando se cumplan los requisitos establecidos para ello"¹¹¹³.

El propio TS está reconociendo que es, en efecto, esta posibilidad de lucrar dos pensiones de jubilación en los supuestos de pluriactividad lo que ha movido al legislador a endurecer esta posibilidad no en vano, de conformidad con lo dispuesto en el art. 161.5 del TRLGSS/1994 y en el art.6 del RD 1799/1985, de 2 de octubre, para causar derecho a una pensión en más de un Régimen de la Seguridad Social será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante 15 años; esta solución legal, en opinión del propio TS "determinante de duplicidad protectora para supuestos de pluriactividad, excluye sin embargo el cómputo de cotizaciones superpuestas realizadas a distintos Regímenes para incrementar la base reguladora de la pensión de jubilación, a diferencia de lo

¹¹¹¹ Sobre el cálculo de la base reguladora en aquellas situaciones de pluriempleo en las que el trabajador no ha completado 10 años en dicha situación vid, STSJ Castilla La Mancha de 30 de abril de 1999 (Ar. 1566).

¹¹¹² Vid, al respecto, entre otras, SSTS de 14 de abril de 1992 (Ar. 2650), sentencia que rompe con la doctrina mantenida por otras anteriores que admitían la aplicación analógica de la normativa del pluriempleo a los supuestos de pluriactividad, en base al principio de tendencia a la máxima homogeneidad a que deben tender el Régimen General y los diferentes Regímenes Especiales recogido, entre otros, en el art. 10 TRLGSS/1994; de 20 de abril, 3 y 14 de mayo, 4 de junio, 23 y 24 de septiembre de 1993 (Ar. 3341, 4017, 4094, 4537, 7027 y 7043); de 12 de julio de 1994 (Ar. 6555); y más recientemente STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 1997 (Ar. 3156); STSJ de Castilla y León/Valladolid de 18 de enero de 1999 (Ar. 2094); y SSTS de 28 de abril y 12 de mayo de 1999 (Ar. 4652 y 4819); y STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 1999 (Ar. 4021).

establecido para el pluriempleo para el que la misma contingencia sólo determina una sola protección”.

En los supuestos de pluriactividad, la determinación de la base reguladora varía según si el sujeto beneficiario acredita tener derecho o no a la prestación de jubilación en uno o en más de un Régimen.

Si, aplicada la regla comentada de superposición, se acredita derecho el derecho en todos los Regímenes a los que se ha cotizado, la base reguladora se calculará en forma independiente ajustándose a las normas establecidas en cada uno de los regímenes en cuestión.

Por su parte en los supuestos en los que no se acredite en todos los Regímenes el derecho a la prestación de jubilación, la base reguladora de la pensión única se determinará de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.1 del RD 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social¹¹¹⁴, en este caso, mediante la aplicación de las reglas de la totalización de cotizaciones, siempre que no se superpongan¹¹¹⁵, para la adquisición del derecho a pensión, así como para determinar el porcentaje por años de cotización o de servicios aplicables para el cálculo de la misma.

Aunque el art. 4.1 habla, en sentido estricto, de totalización para la adquisición del derecho a pensión, así como para determinar el porcentaje aplicable, ya en su momento acertadamente el TCT considero que también era aplicable dicha totalización para el cálculo de la base reguladora, entendiéndolo que las cotizaciones a distintos regímenes se deben computar en su totalidad también para el cálculo de la base reguladora, puesto que: “el principio de intercomunicación de cuotas implica la

¹¹¹³ No obstante esta afirmación en algún caso tal y como sucede en la STCT de 27 de julio de 1981 (Ar. 4657), se ha aplicado las reglas de incompatibilidad a las pensiones de la misma naturaleza causadas en distintos regímenes de la Seguridad Social, invocando el principio de prestación única.

¹¹¹⁴ B.O.E, de 1 de mayo de 1991.

¹¹¹⁵ Sobre la validez de la aplicación de este principio de totalización, en los supuestos de cotización en el Régimen General y los Regímenes Especiales, ALARCÓN CARACUEL, M.R.; y GÓNZALEZ ORTEGA, S.; “Compendio de...”. *Op cit*, pág. 272

ficción de que para adquirir el derecho a una pensión, todas ellas se consideran satisfechas el régimen que la reconozca¹¹¹⁶.

Esta posibilidad de aplicar el principio de totalización de las cotizaciones efectuadas en el Régimen General y en los Regímenes Especiales, conforme a lo dispuesto en el art. 9. 2 del TRLGSS/1994, con el límite de que no se superpongan, hace necesario que hagamos, una distinción, dentro de los supuestos de pluriactividad, entre aquellos en los que la pluriactividad es simultánea y aquellos otros en los que la pluriactividad es sucesiva, ya que en el primer supuesto al superponerse las cotizaciones en dos o más regímenes de la Seguridad Social no se computarán ambas cotizaciones si no se da esa circunstancia durante un mínimo de 15 años, mientras que en supuesto de pluriactividad sucesiva, si que puede operar el principio de totalización ya que, tal y como hemos visto, de conformidad con las reglas previstas en estos supuestos, se exige sólo la no superposición de períodos cosa que no sucede en los casos de pluriactividad sucesiva.

En estos supuestos en los que se acreditan cotizaciones en diversos regímenes, si no se cumplen los requisitos necesarios para acceder a la pensión de jubilación en el régimen en el que se cotiza, cabe la posibilidad de tener derecho a la prestación de jubilación en algún otro régimen en el que se haya cotizado siempre y cuando acredite reunir los requisitos necesario, teniendo en cuenta en ambos casos sólo las cotizaciones efectuadas en cada uno de los regímenes. Si aplicando las reglas comentadas no fuera posible acceder a una pensión de jubilación en algunos de los regímenes en los que se ha cotizado tomado de forma aislada, podrá cubrirse la carencia exigida mediante la aplicación del principio de totalización, es decir, mediante el cómputo conjunto de las cotizaciones efectuadas en cada uno de los regímenes, siendo el régimen en el que se acredite un mayor número de cotizaciones el que reconocerá este derecho.

¹¹¹⁶ STCT de 26 de diciembre de 1988 (Ar. 8588). En este mismo sentido vid, SSTCT de 27 de julio de 1983 (Ar. 7251); de 11 de octubre y 22 de noviembre de 1983 (Ar. 8377 y 9958); y de 4 de septiembre de 1986 (Ar. 7381).

Del examen efectuado hasta ahora del tratamiento legal establecido en los supuestos de pluriempleo y pluriactividad se infiere que existe una importante diferencia de régimen jurídico en los supuestos de realización de dos o más actividades según si éstas dan lugar al alta en el mismo Régimen general o bien en dos o más Regímenes y dentro de éste último es necesario distinguir según si el alta en 2 o más regímenes se produce de forma simultánea o sucesiva.

Existe un claro tratamiento diferenciado de ambas situaciones que deriva en parte de la voluntad del legislador de trazar una separación entre las cotizaciones efectuadas en distintos regímenes (de forma simultánea o sucesiva) y las realizadas en un mismo régimen de la Seguridad Social.

Tal y como, en este sentido, se establece, entre otras, en la STS de 20 de abril de 1993 (Ar. 3341): “la situación de pluriempleo determina en el Régimen General y en los especiales que a él se remiten en este punto un tratamiento integrado tanto en materia de cotización (distribución de los topes entre las empresas) como en materia de prestaciones (cómputo de las cotizaciones realizadas con esos límites), que conduce a una prestación única. Por el contrario, la pluralidad de actividades en distintos Regímenes no es objeto de este tratamiento integrado, por lo que, en principio las cotizaciones independientes pueden generar prestaciones independientes.

Este principio de separación de las cotizaciones determina que las bases de cotización a los distintos regímenes no puedan sumarse para integrar la base reguladora, porque cada régimen reconoce sus propias normas y teniendo únicamente en cuenta las cotizaciones realizadas al mismo sin que proceda aplicar las reglas del art. 35 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, sobre cómputo recíproco de cotizaciones, (hoy RD 691/1991, de 12 de abril) ni las que derivarían de una situación de pluriempleo. Las primeras no son aplicables, porque las cotizaciones se superponen y porque, además, no se trata de un supuesto de cómputo recíproco para la adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a la prestación ya reconocida por un régimen. En cuanto a las segundas, su exclusión se produce porque no estamos ante un supuesto de pluriempleo, sino ante una pluralidad de actividades en distintos

regímenes, que da lugar a un tratamiento independiente a efectos de cotización y prestaciones”.

Del examen del régimen jurídico aplicable a ambas situaciones puede claramente deducirse que se establecen, en ambos casos, criterios muy rígidos y que se penalizan ambas situaciones siendo si cabe más estrictas las reglas previstas en los supuestos de pluriactividad simultánea, ya que en estos casos no se contemplan todas las cotizaciones realizadas, sin que parezca que esté suficientemente justificado este tratamiento desigual, derivándose de ello, una quiebra tanto del principio de igualdad ante la Ley ya que aunque no hay una igualdad en los supuestos determinantes de las respectivas situaciones ni en el tratamiento normativo que se da a esta desigualdad no existe causa que lo justifique como del principio de contributividad, principio que, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar es un pilar básico en el ámbito de la prestación de jubilación, y que como consecuencia de las reformas operadas en el sistema de pensiones en 1985, LMU y 1997, LCRSS, ha sido considerablemente reforzado. Sin que contra la alegación de enriquecimiento injusto por parte de la Seguridad Social pueda oponerse sin más la idea de que en el ámbito de la Seguridad Social no juega el principio de estricta equivalencia entre cotizaciones y prestaciones¹¹¹⁷.

En este sentido, se planteó ante el TC un recurso de amparo en el que se alegaba, entre otras cuestiones, precisamente la vulneración del principio de igualdad al considerarse que se establece un tratamiento desigual injustificado entre quienes ejercen varias actividades laborales sometidas todas ellas al Régimen General de la Seguridad Social y aquellos otros que, en virtud de sus diversas actividades, resulten incluidos a su vez en el Régimen General y en el Especial de Trabajadores Autónomos.

El TC se manifestó en la STC 39/1992 de 30 de marzo¹¹¹⁸, en contra, al considerar que “se trata de situaciones claramente diferenciadas en el terreno de la

¹¹¹⁷ BARRIOS BAUDOR, G.L; y SEMPERE NAVARRO, A.V.; *“La jubilación en el...” Op cit.*, pág.114.

¹¹¹⁸ B.O.E, de 6 de mayo. Vid al respecto el comentario de LÓPEZ LÓPEZ, J.; *“La pluriactividad y el pluriempleo: historia de un desencanto”*. REDT núm. 61, 1993, pág. 775 y ss.

legalidad, que no están sometidas a una normativa unitaria, constituyendo supuestos distintos sometidos a regímenes jurídicos distintos”.

No se considera, así pues, vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley por cuanto que: “las diferencias de trato que se producen por aplicación de regímenes jurídicos distintos encuentran justificación, en el distinto ámbito objetivo y subjetivo que cada uno de ellos regulan (STC 137/197) y, por tanto, también, en principio, la pertenencia a órdenes normativas distintas constituyen, por si misma, causa justificativa de la diferencia de trato”.

Ahora bien, tal y como sostiene el propio TC: “esta doctrina no puede aplicarse de manera automática y sin más reflexión a todos los supuestos de confluencia o concurrencia de regímenes jurídicos distintos, pues ello sería tanto como dejar al arbitrio del legislador la eficacia del principio de igualdad cuya aplicación podría verse excluida por el simple procedimiento de crear sistemas legales diferentes que actuarían como justificación de tratamientos diferentes, aunque no concurriesen razones sustantivas que legitimaran su diferencia”, pese a ello el TC llega a la conclusión de que: “no puede abrigarse duda alguna que, en una comparación global de los dos sistemas, las diferencias de regulación que la ley establece entre situaciones sometidas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y otras similares o semejanzas comprendidas en el Régimen General responden a diferencias reales entre ambos colectivos que justifican esa distinta regulación legal y, por consiguiente, no suponen lesión del principio de igualdad”.

¿Qué sentido tiene establecer esta distinción entre pluriempleo y pluriactividad y más específicamente fijar límites muy rígidos para el cómputo de las cotizaciones superpuestas en distintos regímenes de la Seguridad Social, cuando precisamente la razón de las reformas establecidas tanto en la LMU como en la LCRSS ha sido y es reforzar el principio de contributividad?

La respuesta necesariamente ha de ser, ninguno, siendo por ello oportuno denunciar que carece de justificación alguna la voluntad de excluir del cómputo

general, las cotizaciones efectuadas en dos o más regímenes del Sistema de Seguridad Social si estas se producen de forma simultánea y no se superponen durante al menos 15 años, ya que si bien puede considerarse que el principio de correspondencia entre cuotas y prestación tiene un significado relativo en el marco de un sistema público de Seguridad Social de tendencia universalista, la tendencia apuntada en las reformas más recientes, primero la LMU y a continuación la LCRSS, ha sido precisamente la de reforzar el principio de contributividad..

Se actúa por parte del legislador y de los diversos Tribunales de forma contraria al principio de contributividad al negar valor a estas cotizaciones efectivamente pagadas, rompiéndose, de esta manera, la tan reiterada doctrina que alude a la necesidad de ajustar, sin que obviamente haya una correspondencia plena, el esfuerzo contributivo realizado por el individuo con la prestación devengada, tal y como se recoge en la Recomendación núm. 9 del Pacto de Toledo.

La exclusión del cómputo de estas cotizaciones superpuestas durante un período inferior a 15 años comporta perjuicios importantes en el derecho a las prestaciones a que el sujeto beneficiario tiene derecho no existiendo más justificación que la de poner trabas a la posibilidad de lucrar dos o más prestaciones o tomar en consideración el conjunto de cotizaciones efectuadas, razón ésta que carece de justificación alguna, por cuanto que el derecho a disfrutar, en su caso, de dos o más prestaciones, deriva de la contribución al sistema efectuada.

Aceptada y defendida pero, por el TC, la no vulneración del principio de igualdad de trato en el régimen jurídico diferenciado en los casos de pluriempleo y pluriactividad sobre la base de que se trata, tal y como veíamos, de situaciones diferentes, no cabe duda alguna que, en mi opinión, y acogiéndonos a los argumentos expuestos por el propio TC carece de todo sentido y justificación el trato desigual prestado dentro del supuesto específico de pluriactividad según si esta se da de forma sucesiva o simultánea durante más de 15 años, por cuanto que mientras que en el primer supuesto opera la aplicación del principio de totalización para el reconocimiento del derecho, sólo se exige que dichas cotizaciones se superpongan

durante al menos 15 años para el reconocimiento de la pensión en los supuestos en los que no se encuentre de alta o alta asimilada en el momento del hecho causante, mientras que el supuestos de pluriactividad sucesiva la necesaria superposición de períodos de cotización excluye la aplicación del principio de totalización en cualquier caso y sólo permite el reconocimiento del derecho si se produce esta situación durante al menos 15 años¹¹¹⁹.

2.2 Tipos o porcentaje aplicable.

Tal y como al inicio de este apartado referido al cálculo de la pensión de jubilación he señalado, éste se realiza a través de la combinación de dos elementos esenciales, la base reguladora y el porcentaje aplicable.

El porcentaje o tipo aplicable se convierte, así pues, en el otro elemento determinante para el cálculo de la pensión de jubilación, ya que obtenida la base reguladora, a partir de las reglas antes expuestas, será necesario proceder a precisar cuál es el porcentaje aplicable a la misma para obtener la cuantía de la pensión de conformidad con lo previsto en el art. 163 TRLGSS/1994.

Ambos elementos, expresan valores variables, vinculados a la vida laboral de sujeto en cuestión y más en concreto a las cotizaciones vertidas sobre el sistema, de hecho la base reguladora, trata de ser un reflejo de la cantidad cotizada, no en vano la entidad de la misma depende, en general, de las cantidades abonadas durante un período de tiempo concreto anterior al hecho causante (12, 13 ó 15 últimos años)

¹¹¹⁹ Tal y como en este sentido señala, entre otros López López, J., el tratamiento legal de la pluriactividad respecto al pluriempleo es discriminatorio. Así, frente a las sentencias del TC que han consagrado la regla general de que las diferencias entre trabajadores autónomos y por cuenta ajena no son discriminatorias ya que responden a peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas y de otra índole diferenciadora, argumenta que: "también es doctrina constitucional que dos situaciones consideradas como de hechos normativos son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional, tal y como se expone, entre otras en la STC 103/1983, de 22 de noviembre (fundamento jurídico 5º)". Cfr., "La pluriactividad y el pluriempleo: historia de un desencanto". REDT núm. 61, 1993, pág(s). 777-778.

debidamente actualizadas, mientras que el porcentaje o tipo aplicable que es único para todo el Régimen General¹¹²⁰, está vinculado a la duración de dicha cotización, con independencia de su importe. El porcentaje aplicable se extrae del total de años cotizados, a diferencia de lo que sucede en la gran mayoría de prestaciones que conforman la acción protectora del Sistema donde los porcentajes aplicables son fijos o modulados en atención a la duración de la prestación no en función del tiempo cotizado¹¹²¹.

Como puede claramente apreciarse el carácter contributivo de la prestación de jubilación se proyecta sobre los dos elementos a partir de los cuales se calcula esta prestación, al vincular ambos elementos con el esfuerzo de cotización realizado, tanto en relación con su intensidad, base reguladora, como con su extensión o duración, porcentaje.

2.2.1 Vinculación del tipo o porcentaje aplicable a los años de cotización.

Ha existido siempre una estrecha vinculación entre los años de cotización y el porcentaje aplicable sobre la base reguladora ya que con anterioridad incluso a la

¹¹²⁰ Desde 1972, fecha de entrada en vigor del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, que desarrolla la Ley de 21 de junio en materia de prestaciones del Régimen General, aun siendo un porcentaje variable, es único para todo el Régimen General, con anterioridad a esta fecha se aplicaba un doble porcentaje, de una parte el denominado porcentaje nacional mínimo y de otra un porcentaje complementario que no era uniforme ya que dependía de la Mutualidad de que se tratase.

¹¹²¹ Si bien dentro de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, por norma general la base reguladora de la gran mayoría de prestaciones es variable, tomando como tal o bien la última base de cotización del sujeto beneficiario (caso de la Incapacidad Temporal; Maternidad y Riesgo durante el embarazo) o bien la suma de las bases de cotización durante un período determinado, tal y como sucede, entre otros, en los supuestos de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, prestación por desempleo, así como en la pensión de jubilación, cuando se aborda el tema del porcentaje aplicable, el legislador de forma mayoritaria ha optado por establecer un tipo o porcentaje fijo con total independencia del tiempo de duración de la cotización, tal y como sucede en el caso de la IT, donde si bien cuando nos encontramos ante una IT derivada de contingencias comunes el porcentaje es variable 60% ó 75%, éste depende de la duración del subsidio, la IP total (55%), absoluta (100%) y gran invalidez (150%), pensión de viudedad (45%); pensión de orfandad (20%), e incluso en el caso de la prestación por desempleo que al igual que sucede en el caso de la IT aunque es variable, (70% ó 60%) su aplicabilidad depende de la duración de la prestación.

instauración del sistema de porcentajes únicos, la OM de 18 de enero de 1967, fijaba en su art. 7, el porcentaje nacional correspondiente al nivel mínimo de pensiones que era de aplicación común a todos los trabajadores del Régimen General, con independencia de cual fuera la Mutuality en la que estaban encuadrados, en función de los años de cotización.

Esta vinculación entre el porcentaje aplicable y los años de cotización que mantiene desde sus orígenes un carácter variable, se ha ido acentuando a medida que se ha ido aplicando el sistema de tipos o porcentajes únicos sobre todo si tenemos en cuenta el valor o peso del mismo.

El carácter variable de este porcentaje tiene reflejo en el hecho de haberse establecido una escala de tipos aplicables fijada en función de los años de cotización acreditados.

Con anterioridad a la reforma establecida por la LCRSS, el TRLGSS/1974, remitía en su art. 155 a los Reglamentos generales de esta Ley para determinar el porcentaje aplicable para cada trabajador sobre la base reguladora "en función de los años de cotización que correspondan al beneficiario", siendo esto criticable y de dudosa legalidad que se optara por esta remisión reglamentaria para abordar un tema tan importante como el de la determinación del porcentaje aplicable.

Sea como fuere, en la actualidad la determinación del porcentaje aplicable sobre la base reguladora se establece en el propio TRLGSS/1994, en concreto en su art. 163, que fija una escala de porcentajes en función de los años de cotización.

La LCRSS, en este sentido, si bien no ha modificado el criterio para la determinación de este porcentaje manteniendo su relación con los años de cotización si que ha sustraído de la regulación reglamentaria esta materia, para incorporarla de forma expresa en el TRLGSS/1994 imposibilitando con ello que se proceda por vía reglamentaria a efectuar una ulterior modificación de esta materia.

En cualquier caso es importante destacar que la reforma más importante aprobada en esta materia ha sido la referida a la modificación de la escala de años de cotización y tipo o porcentaje aplicable¹¹²², intentando a través de las modificaciones introducidas, ajustar mejor esta correspondencia entre años de cotización y porcentaje aplicable, de tal manera que se premiara de forma más favorable a aquellos que desde el punto de vista de su duración, han realizado un mayor esfuerzo contributivo.

A diferencia de lo que sucedía con la escala prevista con posterioridad a la LMU, que se iniciaba con 15 años de cotización mínima al que correspondía un 60% de la base reguladora y aumentaba un 2% este porcentaje por cada año de cotización adicional hasta un 100% con 35 o más años de cotización, la LCRSS realiza un ajuste de la escala, retomando el porcentaje del 50% previsto con anterioridad a la LMU y atribuyéndolo al período de cotización exigido con carácter mínimo para poder lucrar una pensión contributiva de jubilación, los 15 años, y dividiendo la escala en dos tramos de 15 a 25 años de cotización en cuyo período el porcentaje se incrementa un 3% por año de cotización hasta llegar al 80% a los 25 años y de 26 a 35 años tramo en el que el porcentaje se incrementa un 2% por cada año hasta llegar al máximo del 100%.

La división de la nueva escala en dos tramos que como hemos visto comprende el período de 15 a 25 años y de 26 a 35 años de cotización respectivamente en el que el incremento aplicable por cada año de cotización es diferente, un 3% en el primer caso y un 2% en el segundo, perjudica claramente a quienes menos años de cotización acrediten¹¹²³, ya que si bien la escala asciende un 1% más por cada año de cotización,

¹¹²² Aunque la LMU al aumentar el número de años de carencia exigida a los 15 años había dado lugar a que éste fuera el número mínimo de años de cotización a tener en cuenta también para el cálculo del porcentaje aplicable, se había mantenido, con posterioridad a la LMU, íntegra la escala de porcentajes vigente hasta entonces prevista para una situación en la que el período de cotización exigido era menor, 10 años, y que en correspondencia con éste se iniciaba a los 10 años que correspondiendo un porcentaje del 50%.

¹¹²³ De conformidad con lo previsto en el *Estudio Económico Actuarial* realizado por la propia Seguridad Social e incorporado en el libro *“La Seguridad Social en el umbral del Siglo XXI”*, más de 1/3 de las pensiones en vigor en 1994, en concreto el 35,72% de éstas y un 24,98% de las nuevas pensiones corresponden a pensiones con una cotización de entre 15 y 25 años; en concreto 26,11% de las pensiones en vigor y 9,17% de las nuevas altas con 15 años cotizados; 5,47% y 8,27% de 16 a 20 años; y 4,14% y 7,54% de 21 a 25 años. Y aunque se puede percibir una tendencia al aumento paulatino de los años de cotización acreditados debida a la maduración del sistema de Seguridad Social, el impacto de

del 2% al 3%, el punto de partida es significativamente menor, ya que antes de la reforma establecida al respecto por la LCRSS por 15 años correspondían un 60% de la base reguladora, mientras que con posterioridad a la LCRSS, por los mismos años corresponde sólo un 50% de la base reguladora.

Como se puede apreciar a raíz de las reformas introducidas en esta materia por la LCRSS se ha atribuido un porcentaje menor para cada número de años de cotización inferior a 25, equiparándolo a partir de los 25 en un 80% con el sistema precedente y manteniéndolo en los mismos términos ya vigentes a partir de entonces y hasta un máximo del 100% a los 35 años de cotización.

Parece que con el objeto de introducir una mayor dosis de proporcionalidad entre los años cotizados acreditados por el interesado y el porcentaje aplicable para garantizar una mayor equidad si cabe en las pensiones a tenor de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LCRSS, ha tratado de corregirse ciertos efectos negativos que producía el mantener un incremento fijo, el 2%, por cada año de cotización con total independencia del tramo en cuestión¹¹²⁴.

En el tramo objeto de mayor modificación, aquél que va de los 15 a 25 años de cotización el impacto de la reforma es considerable, ya que si comparamos los porcentajes precedentes con los nuevos, con 15 años de cotización el recorte del porcentaje ha sido del 10% (50% actual frente al 60% anterior a la LCRSS); el 9% a los 16 años de cotización (53% frente al 62% anterior); y un 1% menos por cada año; el 8% a los 17; el 7% a los 18; hasta el recorte del 1% a los 24 años de cotización (el 77% aplicable con posterioridad a la LCRSS frente al 78% con anterioridad).

esta modificación es y ha sido importante, sobre todo si tenemos en cuenta que dado el alto índice de precariedad existente, cada vez será más difícil poder acreditar períodos de 35 años de cotización. *Cfr. Op cit.*, pág. 98

¹¹²⁴ En opinión de LÓPEZ CUMBRE, L., mediante estos cambios: "se ha intentado resolver una cierta <<desavenencia>> detectada en el pasado y consistente en valorar en exceso en el cálculo de la pensión los quince primeros años (con un 4% de porcentaje sobre el cálculo) en relación a los restantes años (con un solo 2%), aunque tal y como esta misma autora señala, "el ahorro en el gasto global de las pensiones del sistema apunta ser la principal razón de esta reforma aún a riesgo de alterar sustancialmente las características propias de algunas prestaciones como sucede con la jubilación". *Cfr "La pensión de...". Op cit.*, pág. 477.

En esta materia, a diferencia de lo que veíamos en relación con la base reguladora, no se introdujeron medida alguna de aplicación transitoria que previera suavizar el impacto de esta modificación, cuyos efectos se aplican de forma plena desde la entrada en vigor de la LCRSS.

Se ha mantenido inalterada la forma de cálculo de las cotizaciones acreditadas a los efectos de determinar como acabamos de ver el porcentaje aplicable, de tal manera que, manteniéndose vigente las reglas contenidas en la normativa anterior a la LCRSS, de conformidad con lo previsto en el art. 9 de la OM de 18 de enero de 1967, para determinar el número de años de cotización se procederá a dividir el total de días cotizados por 365, computando una sola vez cuando se superpongan, y la fracción resultante se asimilará a un año completo de cotización, con independencia del número de días que comprenda dicha fracción.

No se computan, entre otros, dentro del período correspondiente a efectos de determinar el porcentaje aplicable, además de los 1800 días que se reconocen a los solos efectos de carencia genérica y específica a los sujetos que hubiesen estado afiliado al Retiro Obrero, las cotizaciones por pagas extraordinarias¹¹²⁵.

¹¹²⁵ Vid, al respecto STS de 27 de enero de 1998 (Ar. 1144) dictada al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina, donde se sostiene que son dos las razones por las que opera esta exclusión: que las normas relativas a la forma de determinar el número de años de cotización se refieren a días naturales de cotización, y que por tanto estos días naturales o reales son los únicos que se pueden tomar en consideración para la aplicación del referido porcentaje, y que la finalidad que se persigue con la fijación de este porcentaje es la de establecer una proporción entre la cuantía de la pensión de jubilación y el tiempo real de trabajo y cotización, y si los cálculos pertinentes se hiciesen admitiendo cotizaciones que no responden a tiempo real y efectivo sino al cobro de unas especiales percepciones o gratificaciones, se quebraría dicha proporción y finalidad". En este mismo sentido STSJ de Madrid de 5 de julio de 1994 (Ar. 3135); y STS de 24 de enero de 1995 (Ar. 405) donde si bien el TS reconoce que diversas sentencias, entre otras, SSTS de 10 de junio de 1974 (Ar. 3021) dictada al resolver un recurso de casación en interés de ley ha mantenido que cuando la ley exige un determinado número de días de cotización, deben contabilizarse <<cotizaciones>> sin distinción entre pagas ordinarias y extraordinarias. Criterio éste mantenido también en las STS de 12 de marzo de 1973 (Ar. 1071); 17 de febrero de 1975 (Ar. 741); y de 3 de marzo de 1978 (Ar. 1556), el propio TS sostiene que este criterio se utiliza para conceder el derecho a la prestación y para calcular la cuantía de las bases tarifadas que inciden sobre el montante de la base reguladora, no afecta por lo tanto al porcentaje aplicable, de lo que se deriva que: "es forzoso concluir que a efectos de determinar el número de años de cotización (...) no se pueden tener en cuenta los días-cuota o días cotizados en razón de las pagas o gratificaciones extraordinarias". En este mismo sentido, STSJ de Andalucía de 29 de diciembre de 1995 (Ar. 4878).

Es necesario señalar que a los solos efectos de determinación del porcentaje aplicable, se considerará como tiempo cotizado, de conformidad con lo previsto en el art. 4 del RD 2366/1984, que regula la reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto Minero¹¹²⁶; art. 4 del RD 1559/1986, de 28 de junio que reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos¹¹²⁷; y el art. 3.3 del RD 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 y del Especial de escritores de libros en el Régimen Especial de trabajadores por cuenta ajena o autónomos, el período de tiempo en que resulte rebajada la edad mínima ordinaria de jubilación a que hace referencia e art. 161.2 del TRLGSS/1994 en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, como sucede en el caso de los empleados de la minería integrados en el Régimen Especial de la Minería del Carbón; con el personal de vuelo en trabajos aéreos, así como con los trabajadores ferroviarios y los profesionales taurinos.

En el caso de éstos últimos, los profesionales taurinos, los que estuvieran o hubieran estado de alta antes del 1 de enero de 1987 en el antiguo Regímenes Especial de Toreros y puedan anticipar su edad de jubilación de conformidad con su categoría profesional, se les considerará, según lo dispuesto en la Disposición adicional 9ena del RD 2621/1986, de 24 de diciembre como tiempo cotizado, a los exclusivos efectos de determinar el porcentaje aplicable, la mitad del tiempo que medie entre la fecha del hecho causante y la del cumplimiento de los 65 años

Igualmente, de conformidad con lo previsto en el apartado 2º de la Disp. Transit. 7ª de este mismo RD, la equivalencia prevista en el apartado 1º, a partir de la cual cada 3 cotizaciones efectuadas con arreglo a la legislación anterior al RD 1024/1981, de 22 de mayo, que regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los

¹¹²⁶ B.O.E, de 15 de enero de 1985

¹¹²⁷ B.O.E, de 31 de julio.

toreros¹¹²⁸, equivalen a un mes de cotización en el Régimen Especial de Toreros, computándose como un mes completo el número de cotizaciones sobrantes inferiores a tres, si las hubiera, sólo se aplica a efectos de determinación del porcentaje aplicable, a las 360 primeras cotizaciones efectuadas, respecto a las restantes, cada dos cotizaciones equivaldrán a un mes de cotización, igualmente computándose como un mes completo el número de cotizaciones sobrantes, si las hubiera.

2.2.2 Cálculo de los años de cotización en los supuestos de existencia de cotizaciones anteriores a 1967.

En el caso de trabajadores que acrediten la existencia de cotizaciones al SOVI o al Mutualismo¹¹²⁹, la Disposición Transitoria 2ª, apartado 3º de la OM de 18 de enero

¹¹²⁸ B.O.E, de 5 de junio.

¹¹²⁹ No se aplica en el caso de cotizaciones a la Caja de Previsión de Renfe, STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 1993 (Ar. 2654), al no encontrarse en el listado de Mutualidades integradas en el Régimen General a través de la Disp. Final 1ª del RD 2248/1985, de 20 de noviembre (B.O.E, de 30 de noviembre) sobre integración de Entidades sustitutorias; ni al Montepío Nacional del Servicio Doméstico, antecedente del Régimen Especial del Servicio Doméstico, hoy Empleados de Hogar, STSJ de Madrid de 2 de septiembre de 1993 (Ar. 4154); que cita, entre otras, STCT de 28 de enero de 1988 (Ar. 1320) y SSTSJ de Madrid de 10 y 25 de octubre de 1989 (Ar. 2118 y 2144); STSJ de Galicia de 13 de junio de 1994 (Ar. 2509). Sin embargo si se aplica la Escala de cotizaciones ficticia a quienes prestaron servicios en la Administración Pública con anterioridad al 1 de enero de 1959, aunque no fueran acompañados estos períodos de cotización efectiva al no existir obligación de cotizar, STSJ de Cataluña de 21 de septiembre y 25 de octubre de 1993 (Ar. 3840 y 4562); STSJ de Andalucía/Sevilla de 24 de abril de 1997 (Ar. 2775); y más recientemente STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 20 de diciembre de 1999 (Ar. 4471); al traer a colación lo dispuesto en el Decreto 386/59, de 17 de marzo de 1959 (Ar. 434) relativo al personal del Estado, Corporaciones Locales y Organismos autónomos cuyo art. 4 equiparaba la prestación de servicios por un mínimo de 5 años al período de cotización exigible para lucrar pensión del extinto régimen del SOVI, aunque en este último supuesto hay también pronunciamientos en sentido contrario, como en el caso, entre otros de la STSJ de Navarra de 3 de abril de 1995 (Ar. 1346); y STSJ de Andalucía/Sevilla de 10 de enero y 24 de abril de 1997 (Ar. 2561 y 2775). También se aplica la Escala en el caso de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario (REA), de conformidad con lo previsto expresamente en la Disp Transit. 2ª del D 2372/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de este régimen especial, STSJ de Murcia de 30 de abril de 1997 (Ar. 1979); En este mismo sentido también en el Régimen del Mar, Disp. Transit Tercera 3ª. del Decreto 1867/1970, de 9 de julio por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, por el que se regula este Régimen Especial; y en el Régimen Especial de la Minería del Carbón, Disp. Transit. séptima 8ª de la OM de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón. No sucede lo mismo en el caso del RETA, tal y como se establece, entre otras, en las SSTS de 12 de junio de 1992 (Ar. 8276); STSJ de

de 1967 "configura un beneficio de cotizaciones ficticias a fin de determinar el número de años cotizados a los solos efectos de fijar el porcentaje de la pensión de vejez, disponiendo en estos supuestos la adición, al número de años de días cotizados que acredite el trabajador, del número de años y fracción de años que se establece en la escala anexa según la edad de aquél en el 1 de enero de 1967 (fecha de entrada en vigor de la LSS/1966)"^{1130 1131}.

Se trata de una norma de derecho intertemporal dictada en desarrollo de la Disposición Transitoria 3ª de la LSS/1966. Así tal y como se establece, entre otras, en la STS de 10 de febrero de 1997 (Ar. 1248) teniendo en cuenta las dificultades que se derivan de la falta de datos anteriores al año 1960 para acreditar cotizaciones en este período de referencia, lo que esta Disposición prevé es "una dispensa al trabajador de tener que alegar y probar la existencia de cotizaciones en ese período", y dispone la asignación automática de unas cotizaciones preestablecida, para aquellos que acrediten cotizaciones entre el 1 de enero de 1960 y el 31 de diciembre de 1966; "ponderando para ello las fechas de establecimiento de los regímenes de jubilación y vejez y la edad de los trabajadores en 1 de enero de 1967"¹¹³².

Como presupuesto fundamental para la aplicación de esta escala de cotizaciones ficticias se ha venido exigiendo en numerosos pronunciamientos judiciales la existencia de cotizaciones previas en el período de siete años que va de 1 de enero

Cantabria de 11 de enero de 1993 (Ar. 194); SSTs de 10 de marzo y 23 de octubre de 1993 (Ar. 1848 y 8061) ni tampoco en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, vid, al respecto SSTSJ de Andalucía/Málaga de 2 de septiembre de 1997 (Ar. 3208).

¹¹³⁰ STS de 4 de julio de 1994 (Ar. 6333). En este mismo sentido, vid: SSTs de 21 y 28 de noviembre de 1995 (Ar. 8685 y 8768).

¹¹³¹ Como es obvio en el caso de poder acreditar la existencia de cotizaciones con anterioridad al 1 de enero de 1960, no opera el cómputo de cotizaciones doble; ficticias y reales, sólo se toman en consideración las cotizaciones ficticias, STSJ de Galicia de 18 de noviembre de 1993 (Ar. 4740); STSJ de Madrid de 11 de octubre de 1995 (Ar. 3901).

¹¹³² En sentido prácticamente idéntico vid STS de 10 de febrero de 1997 (Ar. 1248) y STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 26 de octubre de 1998 (Ar. 4420), donde se establece, en esta última que: "el núm. 3 de la referida Orden de 1967 dice que para determinar las cotizaciones del período anterior a 1 de enero de 1960 hay que tomar como base las cotizaciones realizadas durante los siete años inmediatamente anteriores al 1 de enero de 1967, para inducir, a partir de este dato, las cotizaciones correspondientes al período que termina el 31 de diciembre de 1959, ponderando para ello las fechas de establecimiento de los regímenes de jubilación y vejez y la edad de los trabajadores en 1 de enero de 1967".

de 1960 a 31 de diciembre de 1966¹¹³³, aunque en un sentido contrario se manifiesta el Magistrado D. Manuel Díaz de Rábago Villar que formula un voto particular en la STSJ del País Vasco de 29 de julio de 1993 (Ar. 3391) al defender, entre otras cuestiones, que no nos encontramos a diferencia de lo que sucede en los supuestos de jubilación anticipada con la aplicación de coeficientes reductores ante el respeto a un derecho anteriormente adquirido o ante una expectativa, ya que no se reconocía esta posibilidad con anterioridad a la LGSS/1966 y la OM de 18 de enero de 1967, en opinión de este Magistrado, “el legislador ha introducido con esa norma una ficción en orden a computar las cotizaciones que cada trabajador haya tenido antes del 1 de enero de 1960, utilizando una fórmula simple, al margen de las cotizaciones que cada uno hubiera tenido, en la que se asigna determinado tiempo de cotización en función de la edad de una persona a 1 de enero de 1967, según una tabla confeccionada con arreglo a una razonable expectativa de vida laboral”.

Parece acertado en este sentido considerar, tal y como hace este Magistrado en su voto particular, que con independencia de cual haya sido la razón última de esta medida, citando entre otras: las dificultades para demostrar las cotizaciones por pérdidas de archivos oficiales; incumplimientos en la obligación de asegurar o la pertenencia a sectores laborales en los que esta obligación no existía, alegando al respecto que: “ninguna de ellas ofrece un engarce mínimamente razonable con la condición de mutualista antes de esa fecha”. Así parece que en el fondo de esta medida subyace la voluntad de hacer tabla rasa de la situación en que de cada afectado haya podido estar antes del 1 de enero de 1960, y desde esta perspectiva parece que es o ha de ser completamente irrelevante que hubiera sido mutualista antes de 1 de enero de 1967, o que no haya reunido esa condición, careciendo por ello de justificación que alguien pueda verse privado de la aplicación de esta escala de cotizaciones ficticias por el hecho de no acreditar cotizaciones en el período comprendido entre 1 de enero de 1960 y 31 de diciembre de 1967, ya que las razones antes comentadas y que parecen

¹¹³³ Es imprescindible la existencia de cotizaciones en el período 1960-1966, así parece desprenderse de la propia dinámica de la Disp Transit. 2ª al aludir de forma expresa a la necesidad de sumar a los días cotizados el tiempo de la escala, y así se ha destacado en numerosos pronunciamientos, entre otros, SSTCT de 22, 26 y 28 de enero de 1988 (Ar. 1251, 1289, y 1320); STSJ de Madrid de Madrid de 8 de noviembre de 1994 (Ar. 4591); STS de 23 de noviembre de 1995 (Ar. 8685); y STSJ de Galicia de 2 de enero de 1997 (Ar. 1).

ser las que justifican la aplicación de la misma, se mantienen por igual para unos y otros, siendo irrelevante su condición de mutualista.

En otro orden de cosas es importante destacar que esta escala de cotizaciones ficticias también se aplica en los supuestos de cotización en Estados miembros de la UE, así, frente a la exclusión pretendida por el INSS a la hora de aplicar el principio de “pro rata temporis”, de estas cotizaciones ficticias, tal y como se establece, entre otras, en la STSJ de Galicia de 29 de junio de 1999 (Ar. 2150)¹¹³⁴, los Tribunales han aceptado la aplicación de esta Disp Transit 3ª también en estos supuestos¹¹³⁵, al entender que el Reglamento de la CEE 1408/1971, de 4 de junio, al referirse a los períodos de seguro alude a los períodos de cotización, empleo o actividad por cuenta propia tal y como estos aparecen definidos o admitidos como períodos de seguro en la legislación en donde han sido cubiertos, o se consideran como cubiertos, así como los períodos asimilados en la medida que sean reconocidos por la legislación en cuestión como equivalentes a los períodos de seguro, no compartiéndose la opinión del INSS según la cuál “para la determinación de la prorrata, ha de entenderse, exclusivamente, a las cuotas reales, ya que la utilización de las ficticias implicaría considerar por partida doble a éstas, porque las ficciones legales de cuota tienen el mismo efecto que las reales, y como éstas, son sucesivamente aplicables para determinar las pensiones teóricas y las reales, pues se computan una sola vez, como si se tratase de cuotas reales, pero no son tenidas en cuenta, a su vez, para ulteriores operaciones”.

Admitida legalmente esta posibilidad de computar cotizaciones ficticias a partir de la escala fijada en la OM de 18 de enero de 1967 para aquellos individuos que acrediten cotizaciones en el período 1960-1966, excluir estas cuotas, para el cálculo de la responsabilidad prorrateada en el caso de trabajadores emigrantes, “implicaría una efectiva disminución de los derechos de los que prestaron servicios en países miembros de la UE, que obstaculizaría la libre circulación de trabajadores y que

¹¹³⁴ En este mismo sentido STSJ de Andalucía/Granada de 10 de mayo de 1995 (Ar. 2070).

¹¹³⁵ Vid, al respecto, entre otras, STSJ de Andalucía/Málaga de 20 de marzo de 1999 (Ar. 1809).

consecuentemente, atentaría contra el art. 48 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 y contra los considerandos 5, 6 y 7 del Reglamento 1408/1971¹¹³⁶.

En otro orden de cosas es necesario tener en cuenta que si en el período de referencia no se hubiesen efectuado las cotizaciones correspondientes por parte de la empresa empleadora, no por ello debe excluirse la aplicación de esta Disp. Transitoria 3ª de la OM de 18 de enero de 1967, sin que pueda alegarse que la norma en cuestión se refiere de forma expresa a <<cotizaciones efectuadas>>, <<cotizaciones efectivamente realizadas>>, siendo aplicable ante el incumplimiento empresarial, el art. 6 párrafo 3º del D 931/1959, de 4 de junio conforme al cuál, "en caso de incumplimiento imputable a las Empresas o Entidades de la obligación de afiliar a sus trabajadores, correrán a cargo de las mismas las prestaciones que pudieran corresponder a los productores no afiliados en tiempo y forma"^{1137 1138}.

3. Dinámica de la prestación.

La pensión de jubilación, de la misma manera que sucede con la gran mayoría de prestaciones del sistema de Seguridad Social, dispone de un régimen jurídico particular en relación con aspectos tan importantes como aquellos relativos a la solicitud del devengo de la misma, su reconocimiento y efectividad, su duración, causas de suspensión y extinción y obviamente respecto a la compatibilidad o incompatibilidad de la misma con el trabajo y con otras prestaciones.

¹¹³⁶ Vid, al respecto con mayor amplitud, apartado 1.3.2, Parte I de este trabajo.

¹¹³⁷ STS de 1 de junio de 1998 (Ar. 4936).

¹¹³⁸ La aplicación de esta responsabilidad empresarial en caso de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y especialmente de cotización se aplica en cualquier supuesto, no sólo en relación con las cotizaciones efectuadas antes de 1 de enero de 1967. Vid, al respecto, entre otros, GALA DURÁN, C.; *"La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social"*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

Todas estas cuestiones que integran lo que en sentido genérico se ha denominado como dinámica de la prestación, en contraposición, a lo que es la parte estática de la misma (requisitos, cálculo, etc.), afectan sustancialmente al reconocimiento del derecho y a su disfrute y si bien como cualquier clasificación adolece de no pocos inconvenientes derivados del hecho de incorporar algunos aspectos y no otros dentro de la misma, en general se mantiene esta misma estructura en la práctica totalidad de prestaciones que conforman la acción protectora del sistema de Seguridad Social, dando ello lugar a la necesidad de incorporar un apartado específico relativo a aspectos de índole diverso que afectan, en términos amplios al funcionamiento de la misma.

Contrariamente a lo que podría parecer dado el carácter dinámico atribuido a las múltiples y variadas cuestiones que se integran dentro de este apartado, no ha sido ésta una cuestión sobre la cual se ha incidido de forma especial en las reformas operadas en el sistema de jubilación, tan sólo se han ido aprobando retoques parciales estrechamente vinculados al sentido de las grandes reformas que tal y como hemos tenido ocasión de apreciar han afectado y afectan a aspectos tales como los requisitos para la obtención de la pensión de jubilación y muy especialmente sobre el método de cálculo de la misma.

Así, por lo que respecta a la dinámica de la prestación de jubilación me centraré, por razones obvias, en el examen y estudios sólo de algunos aspectos concretos tales como el reconocimiento del derecho, su efectividad y el régimen de compatibilidad e incompatibilidad en relación con el trabajo y con otras prestaciones, no abordando el examen de otras cuestiones tales como por ejemplo su extinción, y su sometimiento a retención, compensación o descuento y tributación.

3.1 Nacimiento, solicitud y devengo de la prestación.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 164 del TRLGSS/1994, el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, es imprescriptible, de lo que se infiere que cumplidos los requisitos generales de esta prestación: edad de acceso a la pensión y cese voluntario en la actividad profesional, cualquier sujeto podrá instar el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, sin más consecuencias que la retracción de su efectos unos meses en los supuestos de solicitud tardía, teniendo derecho a la pensión si se acredita que se cumplen además los requisitos especiales para el devengo de la misma, fundamentalmente la carencia genérica y específica¹¹³⁹.

Esta declaración de imprescriptibilidad de la pensión recogida en el citado art. 164 del TRLGSS/1994, no es contraria, en modo alguno, con la previsión contenida en el art. 44. 2 del propio TRLGSS/1994 referida a la caducidad al año de su respectivo vencimiento del derecho al percibo de cada mensualidad a que hace referencia este artículo cuando aborda el tema de la caducidad de las prestaciones periódicas.

Nos encontramos, en cierta medida, ante una excepción a la regla general contenida en el art. 43 del TRLGSS/1994 relativa a la prescripción del reconocimiento del derecho a las prestaciones a los 5 años contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate y en este sentido es importante señalar que ha surgido dudas en torno a si rige o no en el ámbito de la prestación de jubilación la regla de la imprescriptibilidad con un alcance absoluto que permitiría aplicarla incluso en los supuestos en los que se insta la modificación de la cuantía o si por el contrario se trata de una previsión cuya aplicabilidad aparece limitada al reconocimiento del derecho inicial, no aplicándose en los demás supuestos que pasarían a regirse por la regla general de la prescripción a los 5 años.

El TS parece en este sentido que opta, aunque no de forma unánime, por defender la aplicación relativa del principio de imprescriptibilidad, cuya efectividad se limitaría al

¹¹³⁹ Como es obvio si se ha instado la solicitud y esta ha sido denegada por no cumplir los requisitos necesario, si las circunstancias no han variado no se puede, invocando este carácter imprescriptible, instar una nueva solicitud, tal y como se establece en la STS de 19 de junio de 1995 (Ar. 5206).

reconocimiento inicial no así respecto a las posibles solicitudes de modificación de la cuantía tal y como se establece, entre otras en la STS de 7 de julio de 1993 (Ar. 5967)¹¹⁴⁰ que a estos efectos distingue entre solicitud y/o reclamación inicial de la prestación en cuyo caso rige el principio de la imprescriptibilidad frente a los supuestos de revisión o reclamación parcial, supuesto éste en el que debe aplicarse el plazo de prescripción de 5 años establecido como regla general en el art. 43 del TRLGSS/1994, por aplicación analógica de la reglas del reintegro de prestaciones indebidamente percibidas a que hace referencia el apartado 3º del art. 45 del TRLGSS/1994, añadido por la Ley 66/1997, de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y modificado por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social¹¹⁴¹.

Este no es pero, tal y como he apuntado el parecer de todo el TS, ya que en contra del sentido de esta sentencia fue formulado un voto particular por parte del Magistrado Del Riego Fernández, al que se adhirieron los Magistrados Campos Alonso, Desdentado Bonete y Gil Suárez, al entender que tratándose de un derecho patrimonial de crédito, no parece lógico el mantener y aplicar, tal y como hace el TS, criterios diferentes en función del origen o naturaleza de las cantidades reclamadas¹¹⁴².

En cualquier caso con independencia del criterio asumido en los supuestos de revisión de la cuantía inicial, lo que sí parece claro es que instada esta solicitud dentro del plazo, las modificaciones que puedan establecerse retrotraerán sus efectos a la fecha del reconocimiento del derecho¹¹⁴³, por tanto el problema se centra en

¹¹⁴⁰ En este mismo sentido, vid, STS de 22 de noviembre de 1996 (Ar. 9451); STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 1994 (Ar. 742); STSJ de Madrid de 18 de noviembre de 1994 (Ar. 4620); STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de septiembre de 1996 (Ar. 2770).

¹¹⁴¹ *B.O.E.* de 30 de diciembre.

¹¹⁴² En este sentido o en sentido parecido vid, STSJ de Castilla y León/Valladolid de 20 de abril de 1993 (Ar. 2094)

¹¹⁴³ Se mantiene esta tesis de la retroacción de los efectos derivados de la revisión de la cuantía al momento de su reconocimiento, entre otras, en las SSTS de 25 de marzo y 7 de julio de 1993 (Ar. 2207 y 5967); 23 de enero de 1995 (Ar. 398); 14 de marzo de 1995 (Ar. 2768); 22 de noviembre de 1996 (Ar. 9451); STSJ de Madrid de 4 de abril de 1994 (Ar. 1559); SSTSJ de Asturias de 27 de septiembre de 1995 (Ar. 3645) y de 25 de octubre de 1996 (Ar. 4283); STSJ de Cantabria de 13 de octubre de 1997 (Ar. 3673); STSJ de Galicia de 17 de octubre de 1997 (Ar. 3456). En sentido contrario vid, STSJ de Andalucía/Granada de 4 de mayo de 1994 (Ar. 2119); y de 10 de mayo de 1995 (Ar. 2072)

determinar si son 5 años o por contra es indefinido el plazo de prescripción para el reconocimiento o no del derecho inicial sino de las posibles solicitudes que pueda presentarse con posterioridad con el objetivo de introducir modificaciones en la cuantía inicial.

La solicitud para el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación deberá formularse ante la Dirección Provincial del INSS, siempre a instancia de parte y podrá presentarse no sólo en el momento del cumplimiento de los requisitos, fundamentalmente la edad y el cese voluntario, sino que también con una antelación máxima de 3 meses al cumplimiento de estos requisitos aunque los efectos obviamente se pospondrán al momento del cumplimiento de los mismos, así como con posterioridad a este cumplimiento en cuyo caso los efectos se retrotraerán tres meses desde la fecha de la solicitud.

Por lo que respecta al devengo de la prestación, el art. 14. 2 de la Orden de 18 de enero de 1967, establece que la pensión de jubilación se devengará desde el día siguiente al hecho causante de la misma si la solicitud se presenta dentro de los tres meses siguientes a aquél en los supuestos de alta o alta asimilada, mientras que si el sujeto no se encuentra en alta o alta asimilada se considerará producido el hecho causante de conformidad con lo previsto en el art. 3.2 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, el día de la presentación de la solicitud, en cuyo caso los efectos se producirán a partir de la fecha de la solicitud.

Teniendo en cuenta los importantes cambios introducidos tanto por la LMU como por la LCRSS, especialmente referidos tal y como hemos visto al cálculo de la pensión, ambas normas han previsto la posibilidad de solicitar la pensión correspondiente, optando o bien por el nuevo régimen establecido, generalmente menos favorable o bien por el régimen anterior ya derogado.

Con el denominado derecho de opción se pretende atenuar los efectos que se pueden derivar de un brusco cambio normativo sobre las expectativas de aquellos que

estando muy próximos o habiendo ya cumplido los requisitos necesarios no han instado ya la solicitud del reconocimiento de su derecho a la pensión de jubilación.

En este sentido tanto la LMU en su Disp. Transit. primera, incorporada en el TRLGSS/1994 como Disp. Transit. tercera. 2; como la LCRSS, art. 7 dos, recogido por su parte en el TRLGSS/1994 como Disp. Transit. tercera. 4, ofrecen a quienes en la fecha de entrada en vigor de estas normas, reuniendo los requisitos para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación no lo hayan hecho, la posibilidad de acogerse a la legislación anterior para poder obtener la pensión en las condiciones y cuantías a que hubieran tenido derecho el día anterior al de la entrada en vigor de la correspondiente Ley, el 1 de agosto de 1985 y 5 de agosto de 1997, respectivamente.

En relación con este derecho de opción sólo me parece oportuno destacar, que si bien existen límites en cuanto a los sujetos destinatarios, no así respecto al tiempo de ejercicio de este derecho de opción, y aún cuando, sin duda alguna, la previsión contenida en el apartado 2º de la Disp. Transit. tercera del TRLGSS/1994 en relación con la LMU, carece prácticamente de aplicación práctica si tenemos en cuenta el largo lapso de tiempo transcurrido entre la fecha de finalización de la vigencia del régimen anterior a la LMU y la actualidad, 15 años, cuestión ésta que hace difícil su aplicabilidad, aunque se mantiene íntegramente en vigor esta disposición transitoria.

A diferencia de lo que sucede con carácter general en lo supuestos de reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación cuyo ejercicio es revocable¹¹⁴⁴, en el caso de este derecho de opción por la aplicación del régimen anterior, su ejercicio es irrevocable¹¹⁴⁵, de tal manera que efectuada por parte de un sujeto la opción por el régimen precedente éste no puede desistir de su intención inicial, cuestión ésta que carece de justificación por cuanto que no parece que debieran existir diferencias entre el la jubilación a través del ejercicio de este derecho de opción

¹¹⁴⁴ A título de ejemplo, vid, entre otras, STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 1998 (Ar. 3938).

¹¹⁴⁵ STSJ de Andalucía/Sevilla de 10 de noviembre de 1995 (Ar. 4503)

supuesto en el que rige el principio de irrevocabilidad y la jubilación ordinaria en la que este principio no es aplicable.

En otro orden de cosas es importante destacar que vigente de forma intemporal esta posibilidad introducida tanto en la LMU como en la LCRSS, nos encontramos ante una muestra más del carácter poco sistemático y ordenado del régimen jurídico de la prestación de jubilación por cuanto que ni que sea desde el punto de vista teórico subsisten diversos regímenes de forma simultánea, algunos en principio ya superados por las reformas introducidas.

Parece en este sentido más acertado la fijación de un plazo de vigencia del derecho de opción de la misma manera que se hace, aún tratándose de cuestiones diversas, respecto a los reglas de aplicación transitoria, ya que la finalidad por la que se establece este derecho de opción como es la de atenuar los efectos derivados de los cambios normativos desaparece a medida que se avanza en la aplicación de un régimen nuevo, sobre todo si tenemos en cuenta que, en general, el individuo en cuestión se va insertando en la dinámica de la nueva prestación.

Si bien el mantenimiento de este derecho de opción es muy acertado en su configuración inicial del que incluso debería predicarse su carácter necesario dados los efectos que un importante cambio normativo genera sobre aquellos que están próximos o cumplen ya los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, el mantenimiento con carácter indefinido genera quizás no fundamentalmente desde un punto de vista práctico, sino más bien desde un aspecto más teórico, algunas distorsiones sobre el sistema vigente y no pocas disfuncionalidades prácticas, sobre todo si tenemos en cuenta la constante evolución de ciertos criterios aplicables que dan lugar a plantear no pocas dudas sobre su aplicabilidad o no sobre los sujetos con derecho de opción.

3.2 El Régimen de incompatibilidades.

Configurada la prestación de jubilación como una renta sustitutiva del salario, en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social se fijan una serie de reglas de compatibilidad e incompatibilidad de la misma ya sea con otras prestaciones del sistema o bien con el trabajo por cuenta propia o ajena del pensionista, siendo necesario por lo que respecta a este último supuesto referido a la relación de la prestación de jubilación con el trabajo del pensionista destacar ya desde un primer momento la rigidez con la que está tratado el tema y muy especialmente los tímidos efectos legales previstos para aquellos supuestos en los que el sujeto beneficiario decide suspender el derecho a su pensión para acceder a una actividad profesional, ya que la norma legal de forma incomprensible limita considerablemente la eficacia de las nuevas cotizaciones pagadas al establecerse que las mismas sólo sirven para aumentar el porcentaje aplicable sobre la base reguladora calculada en el momento del reconocimiento inicial del derecho a la pensión de jubilación, negándose de esta manera sin causa que lo justifique la posibilidad de efectuar un nuevo cálculo de la pensión tomando en consideración las nuevas cotizaciones.

Obviamente será ésta una cuestión cuya reforma parece del todo necesaria, debiéndose abordar de *lege ferenda* una modificación de estos limitados efectos de las nuevas cotizaciones abonadas, sobre todo si tenemos en cuenta que en desarrollo de la previsión contenida en la Disp. adicional vigesimosexta del TRLGSS/1994 incorporada por la LCRSS, y aún cuando ésta sólo habla de desgravaciones o deducciones de las cotizaciones sociales en aquellos supuestos en los que el trabajador opta por permanecer en activo, una vez alcanzada la edad de 65 años, con suspensión proporcional del derecho al percibo de la correspondiente pensión, deberán a su vez introducirse beneficios a favor de quienes en última instancia han de decidir, sobre la base de la voluntariedad, permanecer en activo, ya que si el deseo o la voluntad real del legislador es la de permitir y fomentar realmente esta permanencia en activo más

allá de la edad ordinaria de jubilación, difícilmente se va a conseguir si quien tiene que decidir no obtiene beneficio alguna más que el de permanecer en activo¹¹⁴⁶.

No parece por ello descabellado que la introducción de estos beneficios comporte, entre otras cuestiones, la de permitir el nuevo cálculo de la pensión de jubilación para aquellos que reconocida inicialmente la condición de pensionistas, renuncian a ella con la finalidad de regresar a la vida laboral activa con el efecto directo de la suspensión de la pensión inicialmente reconocida tomando en consideración plenamente las cotizaciones correspondientes a esta nuevo trabajo.

Tal y como más adelante tendremos ocasión de valorar la limitación de efectos de las cotizaciones pagadas con posterioridad al reconocimiento inicial de la pensión de jubilación supone una quiebra importante del principio de contributividad configurado como un pilar esencial en el cálculo de la misma ya que no son tomadas en consideración más que para aumentar, en el caso de que ello sea posible, el porcentaje aplicable sobre la base reguladora para obtener el importe de la pensión.

3.2.1 La incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista.

Si bien el art. 165. 1 del TRLGSS/1994 impone de forma directa la incompatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad

¹¹⁴⁶ La ausencia de estos incentivos quizás sea la causa por la que desde 1987, ha sido prácticamente insignificante el número de altas de jubilación en el Régimen General que se han producido con posterioridad a la edad de 65 años, no alcanzándose nunca una cifra superior al 5%, en concreto un 4,53% en 1987, 4,88% en 1988, 4,17% en 1989, 4,6% en 1990, 4,7% en 1991, 4,61% en 1992, 4,35% en 1993, 3,66% en 1994, 3,05% en 1995, 3,87% en 1996, 3,05% en 1997, 3,07% en 1998, y 3,7% en 1999 (datos hasta junio). *Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social. Año 2000*, Cap. IV. Prestaciones económicas. Cuadro IV.7, pág. 164. En este mismo sentido vid: http://www.seg-social.es/dgoss/presupuesto/anexo/docs/c2_51_2.html.

contributiva¹¹⁴⁷, con el trabajo con cuenta propia o ajena del pensionista, el principio de incompatibilidad entre la prestación y el trabajo no es absoluto por cuanto que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16. 1 de la OM de 18 de enero de 1967, la incompatibilidad con la pensión de jubilación no surge por la realización de cualquier actividad profesional, sino sólo con aquella que determine la inclusión del beneficiario en el sistema de Seguridad Social, ya sea en el Régimen General o en alguno de los distintos Regímenes Especiales.

Como puede apreciarse el principio de incompatibilidad pensión-trabajo no tiene un alcance absoluto y así, la OM de 18 de enero de 1967 delimita la operatividad del mismo al ejercicio de aquellas actividades que permitan la inclusión de quien las realiza dentro del sistema de Seguridad Social.

Así, por ejemplo, no es incompatible el cobro de la prestación de jubilación con el desarrollo de una actividad profesional de carácter liberal cuya colegiación sea obligatoria por cuanto que ésta excluye la necesidad de incorporarse al sistema de la Seguridad Social, en concreto al RETA.

En estos casos la realización de una actividad como la de abogado, médico, u otra cuya colegiación sea obligatoria, y por consiguiente en las que no se produce una inclusión en el sistema de la Seguridad Social permite, de forma incomprensible, en tanto no se superen para todos las reglas de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo, lucrar una pensión de jubilación y continuar desempeñando una actividad profesional. Parece, en este sentido, que la exigencia de la incorporación al sistema de la Seguridad Social para la aplicación del régimen de incompatibilidades carece de fundamento. La incorporación al sistema se trata de una cuestión, sin duda alguna, permite controlar mejor ambas circunstancias, el desempeño de una actividad

¹¹⁴⁷ Nada se dice respecto de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, aunque configurada ésta como una renta de subsistencia el ejercicio de una actividad profesional si bien no es incompatible con el disfrute de la pensión si será tomado en consideración a efectos de determinar si el sujeto beneficiario cumple con el requisito de la carencia de ingresos o rentas suficientes.

profesional y el cobro de la pensión, pero no parece que sea un elemento suficiente para trazar una división entre actividades compatibles o no con el trabajo.

En aplicación del contenido de esta norma, se ha declarado en la STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de octubre de 1992 (Ar. 5313) compatible con la pensión, el ejercicio de trabajos de carácter familiar que el art. 1.3 de la LET/1994, expresamente excluye del ámbito regulado por la misma, al considerar que “estando ante un supuesto típico de ayuda en períodos temporales esporádicos, aunados a posible permanencia meramente pasiva en el establecimiento hotelero del hermano del demandante, propio de relación de convivencia normal entre hermanos”, y careciendo la relación “de las esenciales notas tanto de retribución como de dependencia, en cuanto que no consta en absoluto acreditado el intercambio trabajo-remuneración”, todo ello conduce a que no sea encuadrable tal situación como verdadera prestación de servicios por cuenta ajena, de tal manera que faltando la calificación como de laboral de la relación entre los hermanos, no es incompatible esta actividad con la percepción de la prestación por jubilación.

Pero no es ésta la única excepción al principio de incompatibilidad expuesto en el art. 165 del TRLGSS/1994, existen diversos supuestos en los que el principio general quiebra y se admite la posibilidad, aunque con carácter excepcional, de lucrar simultáneamente la pensión y el desarrollo de una actividad profesional.

En este sentido ya hemos visto con anterioridad como en los supuestos de jubilación parcial anticipada con la correspondiente suscripción de un contrato de relevo, el trabajador que accede a la condición de jubilación parcial, entre los 60 y 65 años, puede compatibilizar el cobro anticipado de su pensión parcial con el desempeño de su actividad profesional bajo la modalidad de un contrato a tiempo parcial¹¹⁴⁸, con total independencia de que se trate de una actividad que implique la inclusión del

¹¹⁴⁸ Art. 166. 2 del TRLGSS/1994 y art. 12.6 de la LET/1994 en su redacción dada por la RD-Ley 15/1998, de 27 de septiembre y normas de desarrollo RD 144/1999, de 29 de enero.

beneficiario en el sistema de Seguridad Social, ya sea en el Régimen General o en alguno de los distintos Regímenes Especiales.

Esta posibilidad de compatibilidad el trabajo a tiempo parcial y la jubilación parcial no se circunscribe única y exclusivamente a los supuestos de utilización de la jubilación anticipada parcial como medida de fomento de empleo que comporta la necesaria suscripción de un contrato de relevo, ya que según se dispone en el art. 13. 1 del RD 144/1999, de 29 de enero, la compatibilidad de la pensión de jubilación parcial es no sólo con el trabajo a tiempo parcial en la empresa y, en su caso, con otros trabajos a tiempo parcial anteriores a la situación de jubilación parcial siempre que no se aumente la duración de la jornada, también con los trabajos bajo esta modalidad concertados con posterioridad a la situación de jubilación parcial, cuando se haya cesado en los trabajos que se venían desempeñando con anterioridad en otras empresas, siempre que no se aumente la duración de la jornada realizada hasta entonces.

En fin, se permite, de esta manera la compatibilidad prácticamente absoluta entre la jubilación parcial con el trabajo a tiempo parcial, presente, pasado o futuro con la salvedad de que no resulte en ningún caso aumentada la duración de la jornada, ya que en caso de que esto suceda, la jubilación parcial quedará en suspenso.

Pero no es esta la única excepción al principio de incompatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación, está igualmente prevista la compatibilidad del trabajo desempeñado por los profesores universitarios eméritos y la actividad desempeñada por estos, tal y como aparece recogido en la Disp. Adicional duodécima del TRLGSS/1994.

El caso de los profesores universitarios eméritos constituye una excepción a la regla general de incompatibilidad recogida en el apartado 2º del art. 165 del TRLGSS/1994 respecto al desempeño de un puesto de trabajo en el sector público

delimitado en el párrafo segundo del apartado 1º del art. 1º de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en adelante AA.PP.

Se ha planteado una importante litigiosidad en torno a esta incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la realización de trabajos para las AA.PP¹¹⁴⁹, regla contenida inicialmente en el art. 52 de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre por la que se aprueba los Presupuestos del Estado para 1984¹¹⁵⁰ y en el art. 4.1 de la Orden de 10 de diciembre de 1984 dictada precisamente en aplicación de la ley de presupuestos del Estado para 1984 en materias que afectan a pensiones del sistema¹¹⁵¹, reiterando el criterio contenido en los arts 156.2 del TRLGSS/1974 y el art. 16 de la OM de 18 de enero de 1967, y que tienen un efecto directo que determina que no puede mantenerse la percepción de la pensión de jubilación, aunque ésta se hubiera consolidado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 44/1983, cuando se ejerce trabajo retribuido en el sector público, limitándose la Orden de desarrollo a precisar un alcance temporal para el precepto ya implícito en la norma desarrollada.

Llegándose incluso a plantear una cuestión de inconstitucional contra estos preceptos que el TC resolvió en su sentencia 65/1987, de 21 de mayo¹¹⁵² considerando que el art. 52 de la Ley 44/1983, reproducido posteriormente en sucesivas leyes

¹¹⁴⁹ Es necesario tener en cuenta que hasta la Ley de Presupuestos para 1984 (art. 52) era compatible con el disfrute de la condición de pensionista el desarrollo de actividades para las AA.PP; Vid, al respecto, entre otras, STS de 28 de noviembre de 1986 (Ar. 6527); SSTS de 15 de abril; 4, 12, 14 y 18 de mayo; 10 de junio; 2 y 22 de julio; 19 de octubre; y 10 y 17 de noviembre de 1987 (Ar 2779, 3228, 3689, 3714, 3729, 4326, 5064, 5711, 7076, 7839, y 8008); SSTS de 17 de marzo; 20 de abril; 3 y 30 de mayo; 6, 13 y 21 de junio; 11 y 18 de octubre; 17 y 21 de noviembre; Y 12, 16 y 20 de diciembre de 1988 (Ar. 2313, 2314, 3002, 4230, 4674, 5235, 5282, 5447, 7800, 8111, 8600, 8843, 9601, 9841, y 9878); SSTS de 25 de enero y 13 de febrero de 1989 (Ar. 295 y 9201).

¹¹⁵⁰ B.O.E, de 30 de diciembre.

¹¹⁵¹ B.O.E, de 17 de diciembre.

¹¹⁵² B.O.E, de 9 de junio.

presupuestarias, no es contrario a los arts. 33., 35 y 134. 2 de la CE, ni que el efecto directo de este precepto vulnere el art. 9.3 de la CE¹¹⁵³.

Sin embargo si es compatible la pensión de jubilación con la situación de reserva activa del personal militar que no ocupa destino ni ejerce actividad pública o privada de conformidad con lo dispuesto en el art. 17.2 del RD 517/1986, de 21 de febrero, por el que se fija el Régimen de Incompatibilidades del personal militar¹¹⁵⁴ aunque en algún caso si se ha considerado aplicable las normas de incompatibilidad al entender que la situación de reserva es una situación claramente diferenciada de la de retiro, ya que el personal en ella incluida perfecciona trienios y por ello retribuciones, de lo que se deduce que quien está en esta situación no está retirado, siendo un verdadero funcionario a los efectos de incompatibilidades¹¹⁵⁵.

En aplicación de normas de derecho transitorio está igualmente prevista la posibilidad de compatibilizar la percepción de la pensión de jubilación con la realización de un trabajo, en concreto, para aquellos a los que se les hubiese reconocido por parte de la MUNPAL una pensión de jubilación con anterioridad a la fecha de la integración de esta Mutualidad Nacional en el Régimen General de la Seguridad Social, el 1 de abril de 1993, ésta pensión será compatible con cualquier trabajo por cuenta propia o ajena que no se desarrolle en el sector público al entender que no se contenía previsión alguna en el sentido de imponer la incompatibilidad entre pensión a cargo de la Mutualidad y trabajo¹¹⁵⁶, igualmente se concede esta posibilidad excepcional de

¹¹⁵³ También fue planteado un recurso ante el TJCEE que en su sentencia de 29 de septiembre de 1987 resolviendo una cuestión prejudicial, declaro de forma expresa que este precepto no se oponían, en modo alguno, al derecho comunitario.

¹¹⁵⁴ *B.O.E.*, de 15 de marzo. En concreto este apartado 2º del art. 17 establece que: "los haberes del personal en situación de reserva activa que no ocupe destino ni desempeñe actividad pública o privada serán compatibles con la percepción de pensión de jubilación de los distintos regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social". Vid, al respecto: STS 21 de junio de 1988 (Ar. 6029); STSJ de Madrid de 23 de febrero de 1994 (Ar. 872). En sentido contrario, sin embargo vid, STCT de 7 de diciembre de 1988 (Ar. 8445).

¹¹⁵⁵ STS de 15 de enero de 1987 (Ar. 285); STS de 17 de marzo de 1988 (Ar. 2313).

¹¹⁵⁶ Tal y como se establece en la STSJ de Madrid de 8 de abril de 1996 (Ar. 1338), la integración de los pensionistas de MUNPAL en el Régimen General había de hacerse respetando a los ya pensionistas las condiciones y cuantías ya reconocidas, así pues en el supuesto resuelto por la sentencia

compatibilizar pensión y trabajo para quienes siendo pensionistas de jubilación del hoy ya desaparecido Régimen Especial de los Trabajadores Ferroviarios ejerzan una actividad profesional ajena a la Entidad ferroviaria, manteniendo de esta manera el derecho ya reconocido en este mismo sentido en la normativa anterior a su integración¹¹⁵⁷.

En última instancia es necesario destacar que tanto en el REA como en el RETA, aparecen recogidas excepciones al principio de incompatibilidad, así por lo que respecta al Régimen Especial Agrario, aunque el D 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de este régimen prevé en su art. 52.2 la incompatibilidad del disfrute de la pensión de vejez (jubilación) con el trabajo del pensionista que de lugar a su inclusión en el campo de aplicación de cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social. A continuación se establece que si que será compatible ambas circunstancias, la pensión y el trabajo en este Régimen cuando se trate de "labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional, y sin que en ningún caso, puedan llevarse a cabo tales labores durante más de 6 días laborales consecutivos, ni invertir en ellas un tiempo que exceda, al año, del equivalente a un trimestre"¹¹⁵⁸.

se afirma que: "reconocida la jubilación por MUNPAL en febrero de 1986, es evidente que era de aplicación al pensionista la compatibilidad general prevista por el art. 42. 1 de los Estatutos de dicha Mutualidad aprobados por O. de 9 de diciembre de 1975, y la específica que para la pensión de jubilación, permitía el art. 49.3 de los mismos Estatutos, en virtud de la cual sólo era incompatible tal prestación <<con el abono de sueldos, gratificaciones u otros cualesquiera devengos activos satisfechos a cargo de los Presupuestos del Estado, provincia, Municipio, Organismo Autónomo y Servicios administrativos sin personalidad jurídica, a que se refieren los apartados a) y b) del núm. 2 del art.1º de la Ley 26 de diciembre de 1958, Renfe, Instituto Nacional de Previsión, Banco de España y demás Bancos y Entidades de crédito oficial>>". Vid, al respecto, igualmente entre otras, SSTS de 1 de junio de 1988 (Ar.546); 2 de junio de 1993 (Ar. 4534); 7 de diciembre de 1994 (Ar. 9959); y 1 de abril de 1997 (Ar. 3044); y 23 de junio de 1998 (Ar. 5480); STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 1997 (Ar. 3592); SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 3 y 10 de noviembre de 1997 (Ar. 3950 y 4135); y STSJ de Asturias de 26 de noviembre de 1999 (Ar. 3874).En la gran mayoría de estas sentencias se considera compatible las pensiones de jubilación causadas por la antigua Mutualidad de previsión, ya que si bien fueron integradas en el Régimen General como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto 1220/1984, de 20 de junio (B.O.E. de 27 de junio) habiéndose producido la jubilación bajo la vigencia del Reglamento de la Mutualidad de Previsión de 30 de julio de 1971 que no contenía regla alguna referida a la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo que da lugar a la inclusión en el sistema de Seguridad Social, no pudiéndose aplicar sin más el art. 156. 2 (del TRLGSS/1974).

¹¹⁵⁷ En sentido contrario, vid, STSJ de Andalucía/Sevilla de 16 de abril de 1998 (Ar. 2187).

¹¹⁵⁸ Tal y como se deduce de este precepto el desempeño de estas labores agrarias puede ser por cuenta propia o ajena por cuanto que, según se dispone en el mismo: "cuando la realización de las

Se permite, así pues, esta compatibilidad trabajo en labores agrarias y pensión de jubilación cuando las primeras tengan un carácter esporádico u ocasional fijando al respecto la norma un límite cuantitativo, que en el caso de que se sobrepase se entenderá que desaparece este carácter de temporalidad y pasará, en consecuencia, a regir el principio de incompatibilidad.

En el caso del RETA, el art. 93. 2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 por el que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del RETA, prevé la compatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad¹¹⁵⁹.

En este caso, a diferencia de lo que sucede en el REA, no se fija un límite cuantitativo a la compatibilidad pensión-trabajo, sino que la posibilidad de compatibilizar ambas situaciones depende del estatus en el que el trabajador por cuenta propia o autónomo permanezca después del cese en su actividad, de tal manera que si mantiene la titularidad del negocio, ésta no será incompatible con el disfrute de la pensión de jubilación, como tampoco respecto al desarrollo de funciones (actividades) derivadas precisamente del mantenimiento de esta condición de titular del negocio.

Se acepta, tal y como acabamos de apreciar, esta compatibilidad pensión-titularidad del negocio o desarrollo de funciones derivadas de dicha titularidad siempre y cuando el ejercicio de estas facultades no implique una dedicación de carácter

labores que se declaran compatibles con el percibo de la pensión se lleven a cabo por cuenta ajena, el empresario que emplee en ellas al pensionista, vendrá obligado a formalizar su protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”.

¹¹⁵⁹ Regla introducida por la Orden de 31 de julio de 1976 (B.O.E. de 10 de agosto) que modifica el art. 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 sobre aplicación y desarrollo del RETA: incompatibilidades de la pensión de vejez. En sentido contrario, vid, STSJ Andalucía/Sevilla de 30 de septiembre de 1999 (Ar. 4578), donde se declara la incompatibilidad de la pensión con el desempeño de actividad agraria por cuenta propia.

profesional, sino más bien al contrario, se trate del desarrollo de una actividad complementaria a la condición de pensionado y como consecuencia del mantenimiento de un estatus anterior a esta nueva de la que dimanen efectos diversos tales como el mantenimiento de la explotación de negocio y en consecuencia los trabajos y trabajadores que de él deriven, tal y como en este sentido se establece en la STS de 14 de junio de 1988 (Ar. 5928), "es preciso distinguir entre el mero ejercicio de funciones inherentes a la titularidad de la empresa, con una relevancia centrada básicamente en los actos de disposición patrimonial y en la intervención formal en el tráfico jurídico de la empresa, y aquellas actividades que suponen la llevanza personal de la explotación del negocio y que exigen una dedicación que es la se objetiva en el trabajo directivo y de gestión empresarial"¹¹⁶⁰.

Si bien existe un régimen jurídico muy rígido en torno a esta cuestión, la incompatibilidad del trabajo y la pensión, ello no es obstáculo para que si el pensionista lo desea pueda reiniciar su actividad productiva, pero ¿Qué sucede en aquellos supuestos en los que adquirida la condición de pensionista se desea regresar a la vida laboral activa?

De conformidad con lo previsto en el apartado 2º del art. 16 de la OM de 18 de enero de 1967, deberá comunicarlo al INSS, ya que en caso contrario será considerada esta omisión como infracción grave (art. 17 de la LISOS¹¹⁶¹) o muy grave (art. 18 de la LISOS¹¹⁶²) y susceptible de ser sancionada con una pérdida de la prestación o pensión durante un período de 3 meses en el caso de las infracciones graves (art. 46.1.2 de la LISOS¹¹⁶³), o incluso con la pérdida de la pensión durante un período de 6 meses o con la extinción de la prestación (art. 46.1.3 de la

¹¹⁶⁰ Vid al respecto STS de 8 de mayo de 1986 (Ar. 2508), así como STS de 3 de diciembre de 1986 (Ar. 7266). En sentido contrario STS de 29 de enero de 1987 (Ar. 181).

¹¹⁶¹ Art. 25.1 del RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (B.O.E., de 8 de agosto), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

¹¹⁶² Art. 26. 2 del RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

¹¹⁶³ Art. 47. 1b) del RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

LISOS¹¹⁶⁴). Todas estas sanciones se aplican, obviamente sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas (art. 46.2 de la LISOS¹¹⁶⁵).

Efectuada, así pues, la notificación correspondiente al INSS, se procederá a suspender la pensión de jubilación reconocida y el derecho a la asistencia sanitaria derivado de la condición de pensionista, así como el derecho a la prestación con carácter gratuito de las prestaciones farmacéuticas derivado de su condición de pensionista

Deberá como es obvio proceder a darse de alta al trabajador e ingresarse las cotizaciones oportunas, sólo estando previsto al respecto, tal y como ya antes he apuntado, un efecto limitado de las nuevas cotizaciones, por cuanto que éstas sólo podrán servir para mejorar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación si sumados los nuevos periodos de cotización con los que ya se computaron para determinar el importe de la pensión dieran lugar a la aplicación de porcentajes más elevados.

Como puede observarse la eficacia de las nuevas cotizaciones pagadas una vez adquirida la condición de pensionista de jubilación y suspendida esta situación, sólo producirán efectos en aquellos supuestos en los que el pensionista no haya alcanzado, ya sea por medio de cotizaciones reales o ficticias, los 35 años necesarios para tener derecho al 100% de la base reguladora, no en vano, en caso contrario, los efectos de las nuevas cotizaciones son nulos.

Si que se ha permitido, sin embargo, de forma acertada que estas cotizaciones sirvan para, en su caso, poder reducir o incluso suprimir el coeficiente reductor aplicado a aquellos que teniendo la condición de Mutualistas han optado por la

¹¹⁶⁴ Art. 47.1c) del RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

¹¹⁶⁵ Art. 47. 2 del RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

jubilación anticipada, por aplicación de la Disp. Transitoria 3ª 1. 2ª del TRLGSS/1994¹¹⁶⁶; “a tal efecto se sumará a la edad del trabajador que se haya tomado en cuenta para determinar el referido coeficiente el período o períodos en los que aquél haya cotizado a la Seguridad Social, (...), aplicándose el coeficiente que corresponda a la edad equivalente al resultado de dicha suma o superponiéndose el mismo cuando, dicho resultado sea igual o superior al de sesenta y cinco años”¹¹⁶⁷.

En estos casos la cuantía de la pensión se determina en función de tres elementos o factores; la base reguladora; el porcentaje aplicable a la misma dependiente de los años de cotización acreditados; y coeficiente reductor correspondiente a la edad anticipada en la que se causa la pensión; y si bien existe claridad respecto a los dos primeros ya que mientras que la base reguladora permanece igual no así el porcentaje que puede elevarse por el cómputo de los nuevos períodos cotizados, nada se prevé en torno al coeficiente reductor, de ahí que hubiese sido la Dirección General de Previsión quien debía determinar los efectos de las nuevas cotizaciones sobre el coeficiente reductor.

Después de descartar la otras dos opciones planteadas como son: la posibilidad de tomar en consideración la edad en la que se cesa en el nuevo trabajo, o la de no aplicar coeficiente reductor alguno si la edad alcanzada son los 65 años, al considerarlas como no viables por cuanto que permitirían que alcanzada la edad de 65 años si se reanuda la actividad profesional por un espacio breve de tiempo se dejarían de aplicar los coeficientes reductores, se opta por ir al fondo del asunto, al hecho de que la nueva actividad ejercida por el pensionista con la situación de alta y la cotización repercutan de forma favorable en lo que atañe a los coeficientes reductores, permitiendo, tal y como hemos visto, sumar a la edad que se tomó en cuenta al aplicar

¹¹⁶⁶ Vid, con más detalle, apartado 1.1.3.2, Parte III, de este mismo trabajo.

¹¹⁶⁷ Resolución de la Dirección General de Previsión de 3 de noviembre de 1969, sobre efectos de lo dispuesto en el núm. 2 del art.16 de la Orden de 18 de enero de 1967, en relación con aquellos pensionistas de vejez que hayan causado la prestación por aplicación de lo establecido en el núm. 9 de la Disposición Transitoria Primera de dicha Orden.

los coeficientes reductores, el tiempo en que se haya cotizado, permitiéndose, de esta manera, una reducción y/o eliminación de los coeficientes reductores.

Por lo que respecta a la posibilidad de efectuar un nuevo cálculo de la pensión de jubilación, sólo está prevista dicha posibilidad, aunque con un alcance limitado, en el caso del RETA, tal y como se establece en el art. 94. 2 b) de la O. de 24 de septiembre de 1970, al disponerse que “las bases por las que se haya cotizado en razón de dichos trabajos (en relación a los nuevos trabajos), cuando hubiesen sido efectuadas a este Régimen Especial y por tiempo superior a un año, podrán ser tenidas en cuenta, a solicitud del interesado, para el cálculo de una nueva base reguladora”.

Como puede apreciarse si las cotizaciones en el RETA superan el año de duración, a instancias del propio interesado, éstas podrán ser tomadas en consideración para efectuar un nuevo cálculo de la base reguladora.

La justificación de este trato diferenciado entre el Régimen General y el RETA, a favor, en este caso, de éste último, debemos situarla, tal y como hace García Ninet, I., en razones de índole histórica relativas a la forma de cálculo de la pensión de jubilación, que era mucho más rígida en el RETA que en el Régimen General hasta que en 1985, se procedió a la unificación de esta cuestión, “posiblemente por este sistema de cálculo de la base más duro que en el Régimen General de aquel entonces (que se obtenida del cociente de dividir por 120 la suma de las bases de cotización durante un período de 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se entendiera causada la prestación en el caso del RETA, frente a los dos años del Régimen General), se estableció esta posible mejora consistente en poder mejorarla después de ser ya pensionista si el trabajador volvía a llevar a cabo otra actividad en el RETA por tiempo superior a 1 año”¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁸ Cfr. “Sobre el trabajo de los ya jubilados: algunas cuestiones a replantear”. TS, núm. 60, diciembre de 1995, pág. 6

Superadas las razones que, en gran parte, justificaban este tratamiento desigual, parece del todo injustificado el mantenimiento de la misma, debiéndose proceder a extender la posibilidad del nuevo cálculo de la base reguladora también en el caso del Régimen General y en el restos de Regímenes Especiales.

La modificación de una materia como esta es urgente y necesaria no sólo porque el mantenimiento del régimen jurídico previsto en la Orden de 18 de enero de 1967 en relación con los efectos derivados de la suspensión de la pensión de jubilación y las cotización por un nuevo trabajo, son, contrariamente a lo previsto en el Pacto de Toledo y en la LCRSS, una clara desincentivación para los empleadores y muy especialmente para los trabajadores para que éstos opten por reanudar su vida laboral activa, sino que además es totalmente contrario al principio de contributividad limitar los efectos de las nuevas cotizaciones pagadas a un aumento del porcentaje aplicable, sin que éstas sean tomadas en consideración para aumentar la base reguladora.

Si bien en su origen y a salvo de las posibles tachas de ilegalidad o extralimitación que pueda hacerse de a O. de 18 de enero de 1967, en relación tanto con la LSS/1966 como respecto de los TRLGSS/1974 y 1994¹¹⁶⁹, parece que existía una justificación para permitir esta posibilidad de realizar un nuevo cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación sólo predicable del RETA, a partir de la LMU y más en concreto con la LCRSS, al haberse ampliado el período de referencia para la determinación de la base reguladora que pasará de 8 a 15 años, tanto en el Régimen General como en los Regímenes Especiales, no hay obstáculo alguno para permitir que las cotizaciones abonadas estando en suspenso la pensión sirvan no sólo para aumentar el porcentaje aplicable sino que también para modificar el importe de la base reguladora.

¹¹⁶⁹ GARCÍA NINET, I.; considera, en este sentido, que una de las razones que deberían procederse a efectuar una modificación de esta materia es el hecho de considerar que la O de 18 de enero de 1967 se trata de una norma manifiestamente ilegal o extralimitada, ya que en su opinión el art.16 de esta Orden se excedió absolutamente tanto de lo previsto en le LSS/1966 como posteriormente en lo dispuesto en el TRLGSS/1974 y 1994. *Ibidem.*, pág. 8

No permitiéndose este efecto, en cierta medida, se contribuye a que se opte por silenciar, a pesar de las sanciones previstas, la realización de esta nueva actividad, hasta el punto de que en más de un caso dado el alcance tan limitado cuando no nulo de las cotizaciones pagadas el individuo afectado se incline por trabajar de forma irregular, sin estar dado de alta ni obviamente cotizando por ello, con lo que el Sistema de Seguridad Social no sólo, a nivel económico-financiero, deberá abonar una prestación de jubilación mientras se trabaja, si no que además dejará de ingresar en muchos casos las cotizaciones de quienes trabajan de forma irregular.

Teniendo en cuenta así pues, el espíritu del Pacto de Toledo, transferido a la LCRSS, sin duda alguna el actual régimen jurídico desincentiva considerablemente el deseo de permanecer en activo dado los escasos efectos que ello genera, siendo necesario acometer una reforma de lege ferenda para permitir el nuevo cálculo de la pensión de jubilación.

3.2.2 La compatibilidad y/o incompatibilidad de la pensión de jubilación con otras prestaciones.

Por lo que respecta a la compatibilidad de la pensión de jubilación con las demás prestaciones que conforman la acción protectora del sistema de Seguridad Social, de conformidad con lo previsto en el art. 122.1 del TRLGSS/1994, rige el principio general de incompatibilidad de prestaciones cuando coincidan en un mismo beneficiario, debiendo en tal caso, el sujeto beneficiario, optar por una de ellas¹¹⁷⁰.

Si es posible el derecho a pensiones de jubilación causadas en diferentes regímenes, siempre y cuando, en este caso, se superpongan las cotizaciones durante un

¹¹⁷⁰ Se han declarado, en este sentido incompatibles por ejemplo, la pensión de jubilación con las pensiones derivadas del SOVI o con las pensiones y subsidios a favor de familiares (STS 19 de julio de 1993 (Ar. 5739); STSJ de Galicia de 28 de enero de 1999 (Ar. 47).

período mínimo de 15 años, tal y como ya hemos visto al examinar la pluriactividad, así como acumular pensiones causadas en distintos países, siempre y cuando de la concurrencia de cotizaciones superpuestas y exista una efectiva afiliación a los regímenes correspondientes en cada uno de los Estados¹¹⁷¹.

La regla de incompatibilidad antes descrita admite la posibilidad de existencia de excepciones, no en vano el propio art. 122 del TRLGSS/1994 alude a esta posibilidad al disponer de forma expresa que dicha regla será de aplicación “a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente”.

Así, entre las diversas excepciones previstas se establece la compatibilidad de la pensión de jubilación (incluida la jubilación parcial¹¹⁷²) con la pensión de viudedad de conformidad con lo previsto en el art. 10 de la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social¹¹⁷³, donde expresamente se recoge esta compatibilidad, pensión de jubilación-pensión de viudedad.

También es compatible con la pensión de jubilación la indemnización a tanto alzado en el caso de incapacidad permanente parcial, la pensión de incapacidad permanente derivada de un accidente de trabajo reconocida con anterioridad al año 1967, al no existir entonces regla de incompatibilidad alguna. No sucede lo mismo con las pensiones de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez que sí son incompatibles con la pensión de jubilación incluyéndose dentro de este régimen de incompatibilidad incluso a la indemnización a tanto alzado prevista en el art. 139 del

¹¹⁷¹ Vid STSJ Galicia de 18 de septiembre de 1997 (Ar. 2842), y entre otras, STJCE de 2 de agosto de 1993 asunto C-31/92 Marius Larsy contra Institut National d'Assurances Sociales pour travailleurs Independents (INASTI). Rec. 1993, pág(s). I-4543 y ss.

¹¹⁷² El art. 13. 1 b) del RD 144/1999, desarrollo de la Ley 15/1998, de 27 de noviembre, expresamente establece que la pensión de jubilación parcial será compatible, no sólo con el trabajo a tiempo parcial, sino que también con la pensión de viudedad y las prestaciones sustitutorias de las retribuciones que correspondieran a dichos trabajos (subsidio por incapacidad temporal o prestaciones por desempleo).

¹¹⁷³ B.O.E. de 23 de febrero.

TRLGSS/1994 como prestación sustitutiva de la incapacidad permanente total (art. 122.2 del TRLGSS).

Por lo que respecta a la jubilación parcial ésta es incompatible con la incapacidad permanente absoluta y con la gran invalidez, así como con la pensión de incapacidad permanente total para el trabajo que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial (art. 13.2 a) y b) del RD 144/1999, de 16 de febrero.

Sin embargo si está prevista la compatibilidad de la pensión de jubilación con las pensiones causadas de conformidad con Regímenes distintos del sistema de Seguridad Social o a Entidades de Previsión social sustitutorias de la Seguridad Social no integradas como sucede respecto a las pensiones causadas en el Régimen General y en el de Clases Pasivas¹¹⁷⁴; o en el Régimen de la Minería del Carbón¹¹⁷⁵, o de Toreros¹¹⁷⁶, así como respecto de las pensiones de incapacidad permanente total del RETA¹¹⁷⁷, del REA¹¹⁷⁸ o de la Minería del Carbón¹¹⁷⁹, siempre y cuando en todos estos casos “reconocida una pensión por el órgano o la Entidad gestora de un régimen, si el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido para el derecho a aquélla, o la determinación del porcentaje aplicable para calcular la cuantía, o ambas cosas, hubiesen dependido de las cotizaciones computadas de otro régimen”¹¹⁸⁰ (art. 5.1 del RD

¹¹⁷⁴ STS de 13 de marzo de 1995 (Ar. 1768); SSTSJ de Madrid de 17 y 29 de abril de 1996 (Ar. 1352 y 2039), donde si bien se reconoce la compatibilidad se limita ésta ya que se establece que sólo opera cuando no se hubiera producido intercomunicación de cotizaciones entre ambos regímenes que incida en una u otra prestación para completar el período mínimo de carencia; En este mismo sentido, vid; STSJ de Andalucía/Sevilla de 30 de junio de 1999 (Ar. 3135).

¹¹⁷⁵ STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 1996 (Ar. 4087); STSJ de Asturias de 19 de junio de 1998 (Ar. 2400).

¹¹⁷⁶ STSJ de Madrid de 20 de julio de 1999 (Ar. 2940).

¹¹⁷⁷ SSTSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1993 (Ar. 782); 16 de octubre de 1997 (Ar.3714) y de 25 de junio de 1998 (Ar. 3624); STSJ de Murcia de 16 de marzo de 1998 (Ar. 5525).

¹¹⁷⁸ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 18 de julio de 1995 (Ar. 2959).

¹¹⁷⁹ STSJ de Asturias de 15 de abril de 1994 (Ar. 1543); STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 1996 (Ar. 4087).

¹¹⁸⁰ STSJ de Madrid de 15 de marzo y 7 de septiembre de 1994 (Ar. 1158 y 3593); y de Castilla y León/Burgos de 12 de mayo de 1997 (Ar. 1548).

691/1991, de 12 de abril, sobre computo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social)¹¹⁸¹.

¹¹⁸¹ En relación con los regímenes integrados en el Régimen General se ha optado, en general, por permitir la opción entre una pensión u otra o incluso, en algún caso, por efectuar una unificación de ambas pensiones, entre otras vid, STS de 9 de julio de 1993 (Ar. 5558); STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 1995 (Ar. 4337); STSJ de Andalucía/Sevilla de 16 de abril de 1998 (Ar. 2187); y STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 1998 (Ar. 3928).

CONCLUSIONES

Una vez finalizado el presente trabajo de investigación sobre la configuración de la prestación de jubilación en el régimen contributivo de la Seguridad Social, y especialmente el análisis de los elementos configuradores de la misma cuales son la *edad pensionable* y el cese voluntario en la actividad profesional, es necesario proceder a formular las conclusiones a las que he llegado. Como podrá comprobarse, algunas de ellas afectan a la configuración general del sistema de jubilación, mientras que otras están referidas a aspectos concretos de aquél.

PRIMERA. El examen efectuado sobre la prestación de jubilación, y en concreto sobre los elementos que forman el núcleo central de la misma, pone de manifiesto de un lado que el legislador carece de un conocimiento exacto de qué es lo que se quiere proteger, es decir, de cuál es la vejez que ha de ser objeto de protección por parte de sistema de Seguridad Social, y ello acaece en parte como consecuencia de la falta de un concepto de jubilación en los textos normativos, así como de las confusiones contenidas en las disposiciones que bajo la rubrica de este concepto conducen a equívocos; de otro, se ha podido percibir que las reformas realizadas sobre el sistema de jubilación a partir de 1974, en concreto, las grandes reformas aprobadas en 1985 (LMU) y en 1997 (LCRSS), han incidido muy directamente sobre la prestación de jubilación, a partir de una lectura fundamentalmente económica del sistema de Seguridad Social, prácticamente en una única dirección: el recorte de la misma mediante la modificación de los elementos utilizados para su cálculo (período de referencia para la determinación de la base reguladora, porcentaje aplicable, etc.).

Uno de los defectos más importantes que es necesario imputar a las reformas impulsadas en materia de jubilación a partir de la crisis económica de finales de la década de los 70 es, precisamente, la carencia de una visión global e integradora de la jubilación que contribuya a que esta prestación, en tanto que prestación central del Sistema, esté dotada de mayores dosis de estabilidad y alejada, de esta manera, del

sometimiento a los diferentes ciclos económicos, máxime cuando estos últimos están contribuyendo a la adopción de un camino de reformas parciales de gran intensidad que van desconfigurando la prestación de jubilación, especialmente en lo relativo a sus elementos configuradores, hasta el punto de hacerla prácticamente irreconocible.

Difícilmente puede hoy defenderse que la estructura de esta institución sea la misma que en su concepción originaria, tal y como ésta fue concebida en el primer texto de Seguridad Social, ya que los diferentes retoques operados sobre ésta han dado lugar a una "quiebra" importante de la jubilación en su concepción tradicional sustentada sobre dos pilares fundamentales, la *edad pensionable* y el cese voluntario en la actividad profesional, hoy prácticamente irreconocibles.

SEGUNDA. Del análisis histórico efectuado sobre el tratamiento dispensado a la vejez se derivan dos importantes consideraciones: la primera, que está prácticamente superada la concepción más tradicional de la vejez en la que aparece vinculada a la invalidez como si se tratara de un supuesto de invalidez presunta, al considerar en estos casos que la edad es un factor determinante de la pérdida o reducción de la capacidad laboral, idea que está aún hoy presente en aquellos sistemas que mantienen edades diferenciadas de acceso a la protección en razón del sexo, al considerar que en el caso de la mujer el deterioro físico es anterior (en cuanto a la edad) al del hombre. Hoy en día está asumida de forma casi unánime la configuración de la jubilación como un derecho al descanso de quien habiendo permanecido en activo un determinado número de años se ha hecho merecedor de un descanso en la parte final de su vida, la vejez.

La segunda consideración a tener en cuenta es que el tratamiento que el sistema de Seguridad Social debe prestar a la vejez en cuanto contingencia protegida debe ser más amplio y extenso que el meramente económico, hoy insuficiente, mediante la promoción de un sistema de servicios sociales integrales que comprendan además de la salud, vivienda, ocio y cultura, una especial consideración de la jubilación como una situación de tránsito hacia la inactividad que permita que el jubilado no sea

automáticamente excluido de la sociedad; no obstante, la prestación económica que, en forma de pensión vitalicia, concede el sistema de Seguridad Social es la principal ayuda dispensada por éste, debiendo en este sentido optarse por dotar a la prestación económica de una suficiencia mayor de la que hasta hoy ha tenido, como corolario del mandato expreso dirigido a los poderes públicos en el art. 50 de la CE de garantizar la <<suficiencia económica>>.

TERCERA. El mantenimiento con carácter parcial de diversos aspectos de regímenes históricos ya superados, algo que ha constituido una técnica muy recurrente en el tratamiento dispensado a la prestación de jubilación y que, en parte, ha estado motivada por la voluntad y el deseo de respetar los derechos en curso de adquisición, está generando importantes disfuncionalidades en el conjunto del sistema de jubilación; ello ocurre no sólo porque en muchos casos las medidas históricas aún hoy vigentes han perdido la justificación que en su momento tuvieron, como es el caso, a título de ejemplo, de la jubilación anticipada con coeficientes reductores que en el sistema Mutualista se configuraba como una suerte de privilegio pero que como consecuencia de los cambios establecidos en el sistema de jubilación en su conjunto, especialmente el referido al endurecimiento progresivo de la base reguladora, han desvirtuado este privilegio hasta el punto de que hoy, en términos generales, sólo se mantiene intacta la aplicación del coeficiente reductor (a pesar de la reciente modificación operada al respecto por la LCRSS y su RD de desarrollo, que carece de justificación, máxime cuando la rebaja en un 1% del mismo se establece para aquellos supuestos en los que la extinción del contrato de trabajo se produce en virtud de una causa no imputable a la libre voluntad del trabajador), sino también porque su mantenimiento sin plazo de vigencia definido rompe en ocasiones las líneas de actuación-reforma emprendidas por el legislador.

Es preciso, pues, señalar que la supervivencia de bloques de regulación incompletos, provenientes de regímenes históricos sujetos en parte a los cambios operados en el sistema de pensiones y que, progresivamente, han ido desconfigurándose al irse aplicando, de forma paulatina, requisitos nuevos no previstos obviamente en su configuración originaria y que han hecho que estos bloques vayan

perdiendo validez, constituye una fuente generadora de desequilibrios en la estructura del sistema.

CUARTA. La evolución histórico-normativa del tratamiento dispensado a la vejez en el ordenamiento jurídico español, hace necesario tener muy en cuenta el importante protagonismo jugado tanto por la CRS como después por la IRS y el INP en la aparición y desarrollo del seguro de vejez, que inicialmente fue impulsado bajo el sistema de libertad subsidiada para después extenderlo con carácter obligatorio, optando por el sistema financiero de capitalización que se aplicó en su doble vertiente individual y colectiva. Este segundo sistema estuvo vigente hasta 1939, año en el que apareció el subsidio de vejez, iniciándose entonces un importante proceso de expansión de su ámbito subjetivo para integrar la invalidez y también la muerte.

Del camino iniciado a partir de entonces hacia la unificación de los seguros sociales, que culminó con la Ley de Bases de 1963, me parece interesante traer a colación la importante función desempeñada por las Mutualidades y los Montepíos Laborales, por cuanto que si bien actuaban con carácter complementario a la protección dispensada por el INP, tenían un tratamiento no unitario al estar fijado en cada Estatuto las condiciones, la cuantía, los requisitos, y el procedimiento administrativo para la concesión y disfrute de las prestaciones, e incorporaban alguna cuestión que hoy está siendo objeto de debate y discusión de nuevo como es el caso de la posibilidad de aumentar el porcentaje aplicable sobre la pensión cuando el trabajador opta por retrasar su retiro más allá de los 65 años, así como la posibilidad de modular la exigencia de un determinado período de carencia en función de los años de cotización.

Con la aprobación de la LSS/1966, de la modificación del sistema de bases tarifadas en 1972 y del primer texto refundido de la LGSS en 1974, se puede considerar concluido el período de configuración de la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, iniciándose a partir de esta fecha un proceso inverso, de

desconfiguración de esta prestación como consecuencia de las continuas reformas emprendidas.

QUINTA. En atención a la diversidad de sistemas de Seguridad Social existentes en el mundo y el tratamiento que éstos dan a la vejez como riesgo sujeto a protección, y ante la dificultad de proceder a una coordinación de los mismos, los diferentes organismos internacionales (OIT, ONU, Consejo de Europa, UE) han optado por dar luz verde a documentos normativos, en forma de Convenios, Recomendaciones, Directivas, etc., en donde se fijan criterios generales relativos al contenido fundamental de la protección de la vejez que, en términos generales, debería ser un mínimo común o cuando menos orientar las reformas que tengan que acometerse.

A pesar de que existen obviamente inconvenientes muy grandes para poder aplicar de forma uniforme ciertas directrices comunes, sobre todo si tenemos en cuenta el diferente estadio de evolución de cada uno de los sistemas de Seguridad Social, la posibilidad de tener como marco de referencia unos principios comunes y poder a su vez tener un conocimiento directo de cómo se han acometido las principales reformas es, sin duda, una ayuda muy importante que permite afrontar los retos presentes y futuros teniendo un mayor margen de maniobra.

En el ámbito de la UE es donde se cuenta con mayores posibilidades para avanzar hacia el establecimiento de sistemas de protección de la vejez más o menos uniformes, aunque la verdad es que las dificultades en este sentido son igualmente muy importantes. En el caso europeo conviene destacar a modo de denuncia que las dificultades no son tanto derivadas de la aplicación de principios comunes establecidos en las normas originarias y/o derivadas, sino sobre todo de los numerosísimos problemas existentes (atendiendo a la complejidad de la materia y al tratamiento dado a ésta) en los supuestos de aplicación simultánea de diversos regímenes de Seguridad Social, como sucede en el caso, ciertamente frecuente de los trabajadores migrantes.

La complejidad del Reglamento (CEE) nº 1408/1971, que es en cierta medida un reflejo de la dificultad existente para coordinar mínimamente los diversos sistemas de Seguridad Social existentes, al ser éstos muy variados, no tanto en cuanto a su estructura y contenido como en lo relativo a su funcionamiento, es un serio obstáculo para la consecución de una convergencia de los diversos sistemas de protección social. A mi entender debería optarse a nivel europeo por efectuar una cierta simplificación del actual régimen comunitario, fijando reglas más simples, claras y precisas y tratando de potenciar el desarrollo y la aplicación de principios comunes que vayan unificando los regímenes existentes.

Por su parte la OIT se ha mostrado siempre muy favorable a la necesidad de actuar a favor de la vejez, contribuyendo de esta manera a que los diferentes Estados adoptaran medidas como los seguros sociales, al fijar en los Convenios núms 35 y 36 y en la Recomendación núm. 43 de 1933 que éste el mejor mecanismo de protección de la vejez. Tales Convenios fueron revisados en 1967, años después de la aprobación del Convenio sobre norma mínima en materia de Seguridad Social, adoptado en 1952.

En este sentido, es importante destacar que España no ha ratificado ni el Convenio núm. 128 de 1967, sobre invalidez, vejez y muerte, ni tampoco ha ratificado la parte dedicada a la vejez en el convenio sobre norma mínima, lo que demuestra, en gran parte, un desinterés por tomar como punto de referencia, en materia de vejez, la normativa emanada de la OIT, a pesar de que, en general, estos instrumentos normativos fueron concebidos con un amplio grado de flexibilidad.

En el marco de las normas aprobadas por la OIT, es importante destacar la aprobación en 1980 de una recomendación sobre los trabajadores de edad, ya que aunque el eje esencial de esta recomendación es fomentar la adopción de medidas en favor de este colectivo de trabajadores, se incluyen una serie de disposiciones referentes a la vejez que se orientan en un triple sentido: flexibilizar la edad de retiro, facilitar el acceso a las prestaciones de vejez y preparar el acceso al retiro de los trabajadores de edad.

Así mismo conviene destacar la Recomendación aprobada en 1989 por el Consejo de Europa sobre la flexibilidad de la edad de jubilación, que aparece en clara correspondencia con la Recomendación de 1982 del Consejo de la CEE sobre principios de una política comunitaria de la edad de jubilación, puesto que plantean cuestiones que hoy son de máxima actualidad en los debates en torno al tratamiento que debe darse a esta prestación y muy especialmente a la edad como elemento central de la misma.

SEXTA. En el presente trabajo se ha hecho una lectura crítica de los diferentes estudios económicos presentados con carácter previo a la reforma de 1997, para poner de manifiesto que nos encontramos ante informes intencionadamente catastrofistas, no porque las cifras manejadas sean cuestionables, dado que las fuentes utilizadas son las correctas, sino porque la interpretación de las mismas es, en ocasiones, sólo parcial. Los riesgos de equivocarse al hacer proyecciones a largo plazo son enormes, ya que son numerosas las variables utilizables, pero quizás lo más relevante es que no siempre se han tomado en consideración, o incluso se han omitido, aspectos tales como la tasa de empleo y actividad, el % de PIB destinado a la protección social, los flujos migratorios, etc., que, en cierta medida, pueden contrarrestar los efectos derivados de los datos estrictamente económicos.

Precisamente, frente a quienes opinan que el sistema de Seguridad Social es un factor desestabilizante desde el punto de vista económico, es importante destacar las virtudes del sistema de protección social y muy significativamente de la prestación de jubilación, como renta de sustitución destinada a compensar la pérdida de ingresos profesionales que una persona padece como consecuencia de su cese voluntario en la actividad profesional una vez que ha adquirido la edad que la da acceso a la pensión de jubilación (*edad pensionable*).

SÉPTIMA. Al estar el sistema de Seguridad Social en general y la prestación de jubilación en particular sometidos a importantes desafíos en el futuro, en gran parte, derivados del fenómeno del envejecimiento demográfico, cuya consecuencia más directa es la modificación de la estructura por edades de la población y la consiguiente

reducción de las tasas de dependencia, parece necesario reorientar esta prestación, dotándola no sólo de la estabilidad necesaria, antes apuntada, sino también de un cierto margen de maniobra.

En atención a que el porcentaje de gastos sobre el PIB en materia de protección social y, especialmente referido a la vejez, en España está por debajo de la media europea, es preciso aumentar este porcentaje para equipararnos a la media comunitaria. Es asimismo preciso redefinir los objetivos y prioridades del sistema, de tal manera que prestaciones cuyo tratamiento es hoy insignificantes pero que están necesitadas de un impulso importante, como es el caso de la protección a la familia, reciban dicho empuje máxime cuando se hace necesario combatir, a corto y medio plazo, las bajas tasas de natalidad y fecundidad de España que, junto al aumento de las tasas de longevidad, están provocando importantes cambios en la pirámide de la población. Es, así pues, urgente y necesario actuar sobre el sistema en su conjunto y no únicamente sobre la prestación de jubilación tal y como se ha venido haciendo hasta ahora, ajustando el mecanismo de funcionamiento de la misma, especialmente en lo que atañe al cálculo de la pensión, a las necesidades financieras del sistema. Desde el punto de vista económico la jubilación no ha de estar al servicio del sistema, sino que es el sistema quien ha de estar al servicio de la jubilación al ser ésta la prestación central del sistema de Seguridad Social, tanto cuantitativa como cualitativamente.

OCTAVA. En el examen y estudio de la jubilación es necesario tener muy en cuenta los condicionamientos constitucionales, ya que aunque los perfiles fundamentales del sistema de jubilación vigente fueron diseñados a partir de la LBSS 193/1963, de 28 de diciembre, es decir, con carácter preconstitucional, la propia CE y la doctrina del TC ha convalidado dicho modelo.

Debe efectuarse en este sentido una traslación del contenido de los arts 41 y 50 de la CE sobre la prestación de jubilación, preceptos que obligan a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social y a garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, así como la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad, promoviendo su bienestar

mediante un sistema de servicios sociales que atiendan sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

Cualquier reforma, reorientación o redefinición del sistema de Seguridad Social debe efectuarse a partir de los condicionantes mencionados, y de ahí que no quepan, a mi parecer, lecturas externalistas del sistema de pensiones ni aquéllas que aboguen por un sistema de pensiones mínimas con complementos privados, por cuanto que la Carta Magna es contundente a la hora de remarcar la necesidad de dotar de un carácter suficiente a la asistencia y prestaciones sociales durante la tercera edad.

Es cierto que dicha suficiencia está supeditada a la estructuración que se ha hecho del sistema en dos niveles (contributivo y no contributivo), y más en concreto al diseño que en la CE se ha hecho de la Seguridad Social como un sistema abierto, no existiendo una especificación sobre el alcance de la misma, y quedando, por tanto, su determinación a expensas del legislador. Ahora bien, los excesivos refuerzos que han ido efectuándose sobre el principio de contributividad en aspectos diversos de la prestación de jubilación (base reguladora y porcentaje aplicable) están provocando un alejamiento, lento pero pronunciado, de la pensión de jubilación respecto a su carácter de renta sustitutiva de las percepciones profesionales dejadas de percibir como consecuencia del cese voluntario en la actividad profesional.

NOVENA. La quiebra del principio de unidad tanto financiera como organizativa que se infiere de la estructuración del sistema de Seguridad Social en un régimen general y diversos regímenes especiales, produce una importante ruptura del principio de igualdad respecto al tratamiento dispensado en materia de jubilación entre los diferentes regímenes de la Seguridad Social.

Las diferencias existentes entre el régimen general y los regímenes especiales referidas a la jubilación no afectan, como es obvio, a la estructura de esta prestación; ahora bien, sin ser éstas sustanciales sí que se manifiestan en aspectos importantes de la dinámica de la misma, tales como la no aplicación de la jubilación anticipada con coeficientes reductores; el no cómputo de los años y días de cotización ficticia a la

hora de determinar el porcentaje aplicable en la escala fijada a tal efecto según la edad del sujeto beneficiario el 1 de enero de 1967; la no aplicación de la denominada integración de lagunas; o en relación al régimen de incompatibilidades especialmente de la pensión de jubilación y el trabajo del pensionista.

La valoración que puede hacerse de estas desigualdades existentes es forzosamente negativa, ya que si bien el TC ha mantenido una posición claramente justificadora del encaje de estas desigualdades dentro del sistema de Seguridad Social, dada la coexistencia de múltiples y variados regímenes de Seguridad Social, que lleva a considerar que no puede alegarse discriminación como resultado de la comparación de regímenes de Seguridad Social distintos; no debe obviarse que en la CE se alude a la idea de un régimen de Seguridad Social y que sólo por razones técnicas, históricas o de otra índole está justificada la existencia de un doble compartimento en el modelo de Seguridad Social, pero sin que de ello se derive la necesidad de un tratamiento diferenciado en cuestiones sustanciales carentes de fundamento y justificación razonable; máxime, cuando existe una tendencia a la unidad, que comporta la conveniencia de interpretar el sistema de Seguridad Social de una forma restrictiva en lo que atañe al principio de igualdad y el establecimiento de diferencias entre los diversos regímenes de la Seguridad Social, que nos conduce a ser extremadamente rigurosos en el sometimiento del tratamiento normativo desigual al juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

En cualquier caso, tomando como firmes los razonamientos expuestos por el TC que, en síntesis, sostiene, tal y como hemos visto, que esta diferenciación de trato está justificada ya que parte de una distinción previa (entre régimen general y regímenes especiales), parece lógico entonces que nos planteemos si esta distinción previa que es, en definitiva, la que justifica la desigualdad de protección, es o no conforme a derecho; cuestión ésta que no ha sido abordada por el TC.

Debemos tener en cuenta que las razones de la existencia de los regímenes especiales son diversas, primando entre éstas las de índole financiero, y no creo que, en modo alguno, quede justificada la diferencia de trato que el ordenamiento jurídico

dispensa a uno u otro colectivo. Así pues, ante el riesgo de que pueda considerarse que el desarrollo que se ha hecho de la composición de la Seguridad Social atenta contra el principio de igualdad, por cuanto que la razón de ser de los regímenes especiales es la de permitir la adecuada aplicación de todos los beneficios de la Seguridad Social 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 hiciese preciso esta particularización, no la de excluir a los individuos incluidos dentro de estos colectivos de los beneficios que el sistema dispone, la tendencia a la unidad o la máxima homogeneidad de los mismos no debería permitir que, de acuerdo con las disponibilidades financieras del sistema, se introdujeran diferencias considerables entre los diferentes regímenes de la Seguridad Social.

DÉCIMA. Una cuestión a tener en muy cuenta, que recientemente está adquiriendo una mayor relevancia si cabe en el ámbito de la UE y que tiene importantes connotaciones constitucionales en nuestro país, es la de las barreras de la edad en el empleo y la posible discriminación por razón de edad.

Parece evidente que en el contexto de una sociedad en claro proceso de envejecimiento demográfico, una de las maneras más eficaces y a la vez productivas para contrarrestar los efectos derivados de este fenómeno consiste en la ampliación de las tasas de actividad y de empleo de la población con 50 o más años de edad, mediante la ruptura de las barreras que en la actualidad existen en materia de empleo para este sector de la población.

Si al envejecimiento demográfico y sus repercusiones en la distribución por edades de la población unimos el hecho de que se está acortando progresivamente la vida laboral activa, tanto en lo que atañe a la edad de entrada, cada vez más tardía como consecuencia de la ampliación del período de escolarización obligatoria, como en relación con la salida, ya que ésta en términos globales se produce a una edad cada vez más prematura, no cabe duda que el riesgo de tensiones en el sistema de pensiones es latente, y de ahí que deban acometerse reformas que permitan corregir estas situaciones.

Es prioritario afrontar con decisión la reducción general de los niveles de desempleo y el correspondiente aumento de las tasas de actividad de la población de entre 50 y 65 o más años de edad, ya que a corto y medio plazo permitirá aumentar los márgenes financieros del sistema de Seguridad Social. No en vano, la expulsión del mercado de trabajo a una edad anterior a la ordinaria está generando importantes desequilibrios sobre el sistema de Seguridad Social, al reducir significativamente las tasas de actividad y empleo de este grupo de edad, y al hacerse necesario el establecimiento de mecanismos de protección de estos trabajadores de edad avanzada que se ven abocados a la retirada prematura, en muchos casos definitiva dadas las dificultades reales de encontrar un nuevo empleo.

Se ha constatado como una realidad el uso abusivo que se ha hecho de la edad de finalización de la actividad laboral como un mecanismo más de gestión de la mano de obra en la empresa. Es posible observar cómo con el paso del tiempo una medida de carácter coyuntural, como es esta expulsión o el abandono de la vida laboral activa a una edad prematura para superar procesos de crisis empresariales, se ha convertido a partir de la década de los 90 en una medida de alcance estructural, en muchos casos incluso siendo utilizada por empresas con grandes beneficios, provocando que muchos trabajadores se vean obligando a abandonar, en contra de su voluntad, la vida laboral activa, y teniendo en cuenta las dificultades reales de encontrar un nuevo empleo se ven compelidos a permanecer en un estado o situación puente (prejubilación) hasta su pase a la jubilación, con importantes consecuencias sobre su futura prestación.

En atención a lo expuesto, conviene impulsar políticas dirigidas a corregir esta situación y muy especialmente tendentes a potenciar la contratación de personas de edad avanzada, en correspondencia con los objetivos marcados por el CES en el reciente informe sobre la jubilación anticipada y las prejubilaciones como son: 1) favorecer el mantenimiento del empleo, en especial de las personas de más edad, no en vano el empleo constituye el principal elemento que garantiza la sostenibilidad y viabilidad futura de nuestro sistema de Seguridad Social; 2) reintegrar a la vida laboral a quienes por distintas razones se han visto abocados a abandonar su puesto de trabajo,

evitando así la pérdida de experiencia y recursos valiosos para la actividad productiva de las empresas, y en definitiva 3) fomentar el tránsito flexible hacia la jubilación definitiva.

En clara correlación con la línea marcada en la UE de luchar contra las discriminaciones basadas en la edad en materia de empleo, en España parece necesario empezar a combatir con mayor empeño las prácticas consistentes en el establecimiento de edades máximas para la contratación de personal, en la limitación de los derechos de formación en los diversos ámbitos y muy especialmente en el de las nuevas tecnologías de los trabajadores de mayor edad, así como en la de los derechos de promoción de este colectivo, o el recurso masivo a despidos de los trabajadores mayores en el contexto de reestructuraciones, es decir, contra aquellas prácticas que directa o indirectamente utilizan la edad como criterio de discriminación, ya sea para limitar el acceso al trabajo, su desarrollo en igualdad de condiciones o como criterio para la expulsión del mismo.

UNDÉCIMA. En relación con el asunto de la edad de jubilación, conviene inicialmente efectuar dos puntualizaciones; la primera, que es necesario hablar de edades de jubilación (no de edad de jubilación), por cuanto que son muchas las edades existentes al margen de la edad ordinaria fijada en los 65 años; la segunda, que por lo que respecta al adelanto de la edad de jubilación es preciso distinguir entre aquellos supuestos en los que se ha procedido a una reducción de la edad ordinaria de jubilación con carácter general de aquellos otros en los que, fijada y mantenida la edad a los 65 años, se permite en determinadas circunstancias acceder a la jubilación a una edad inferior, ya que es sólo en estos últimos supuestos cuando es posible hablar propiamente de jubilación anticipada.

En el examen del tratamiento efectuado en torno a esta cuestión se advierte la existencia de alguna que otra contradicción cuya acento se ha puesto de manifiesto tras la introducción de la Disp adic. 26ª del TRLGSS/1994 en la que se aboga por que el Gobierno otorgue desgravaciones o deducciones en las cotizaciones sociales en

aquellos supuestos en los que el trabajador opte por permanecer en activo, alcanzada la edad de 65 años; sobre tales contradicciones parece necesario actuar, especialmente la que afecta al debate en torno a la reducción-ampliación de la edad de jubilación, de tal manera que el legislador clarifique si se desea optar por una ampliación de la edad de jubilación más allá de los límites actuales, o por el contrario si se inclina por el mantenimiento de los supuestos de anticipación de la edad de jubilación.

Al margen de las consideraciones que efectuaré a continuación de forma más pormenorizada sobre cada uno de estos supuestos, con carácter general es posible señalar que en relación a la reducción de la edad de jubilación o jubilación anticipada debe defenderse una utilización restrictiva de las posibilidades de adelanto de la edad de jubilación, ya que lejos de conseguirse los objetivos previstos con ésta, como es el de facilitar el tránsito intergeneracional, lo que ésta ha provocado, tal y como antes ya he apuntado, es una salida masiva de trabajadores a una edad anterior a la edad de acceso a la pensión, trasladando sobre el sistema de Seguridad Social el coste derivado del mantenimiento de estos trabajadores hasta su acceso a la jubilación y provocando numerosos efectos sobre el importe de las prestaciones de quienes se ven abocados al retiro anticipado, sin entrar en otras consideraciones de orden social.

Es cierto que el mantenimiento de la posibilidad de tener derecho a una pensión de jubilación a una edad inferior a la ordinaria puede tener algunos efectos positivos, al permitir liberar puestos de trabajos en un momento en el que el empleo se ha convertido en un bien escaso y por ello debería abogarse por su mantenimiento. Pero no es menos cierto que si lo que se defiende es la gestión flexible de la edad de jubilación (tal y como abordaré posteriormente), el transcurso del tiempo ha evidenciado el uso abusivo que de esta práctica se ha hecho, y de ahí que se defienda la necesidad de optar por una fuerte racionalización, en forma de restricción, de los supuestos de anticipo de la edad de jubilación.

DUODÉCIMA. Entramos ya en el análisis de los diversos supuestos de reducción de la edad de jubilación o de jubilación anticipada, es preciso formular la siguiente conclusión: es incuestionable el mantenimiento de la edad de jubilación

reducida en aquellos trabajos en los que por sus especiales condiciones gravosas (penosidad, peligrosidad, etc.) se hace necesario proceder a fijar una edad de jubilación inferior a la ordinaria.

Surgen, sin embargo, mayores dudas en aquellos otros supuestos en los que el adelanto de la edad deriva de las dificultades para encontrar empleo en el sector en cuestión, ya que, tal y como he apuntado, aunque ésta sea una cuestión contra la que se tendrá que luchar y son numerosos los matices aplicables, parece que se ha extendido la idea de que la expulsión prematura del mercado de un trabajador de edad avanzada comporta, con carácter general, dificultades para encontrar un nuevo empleo. Debería, en cualquier caso, procederse a efectuar una unificación en el tratamiento dispensado a estos supuestos, en especial en relación con el cálculo de la reducción de la edad de jubilación, ya que frente a las dos opciones existentes - de un lado, la de fijar una edad predeterminada de jubilación inferior a la ordinaria para aquellos trabajadores que estén de alta y hayan desempeñado la actividad durante un tiempo determinado, y de otro, establecer una edad reducida con carácter variable sujeta al tiempo de trabajo efectivo en unas determinadas condiciones-, parece que ha de primar este segundo criterio por cuanto que es el tiempo de sometimiento a las condiciones gravosas o el tiempo de realización de una actividad específica lo que, en definitiva, debería determinar, cuál debe ser la reducción de la edad de jubilación, siempre en función del tiempo de trabajo efectivo.

DECIMOTERCERA. En relación a la jubilación anticipada con coeficientes reductores, por aplicación del régimen transitorio y teniendo presente el carácter de norma transitoria cuya vigencia se extenderá aproximadamente hasta el 2015, ha de restringirse su utilización a aquellos supuestos en los que exista una voluntad real y efectiva de abandonar la actividad profesional. Tal y como se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo, lo que antaño fue un privilegio hoy se ha convertido en una fuerte penalización para quien, muchas veces de forma involuntaria, debe abandonar la actividad profesional antes de los 65 años de edad. En particular ha de suprimirse o ajustarse el coeficiente reductor aplicable con carácter general, el 8%, en función de los años de cotización, ya que es necesario tener en cuenta que el endurecimiento

progresivo de los requisitos para el cálculo de la pensión es un elemento que de por sí adecua, generalmente, la pensión a las circunstancias concurrentes, en este caso el anticipo de la edad.

Cabe señalar que los efectos derivados de este supuesto de jubilación anticipada se proyectan sobre la pensión, perjudicando considerablemente al pensionista que es quien, en última instancia, padece los efectos de la aplicación del mismo, ya que el régimen financiero del sistema no se resiente de este adelanto al compensar el tiempo de anticipo con la aplicación con carácter vitalicio de la reducción. Para el caso en que no se optara por la eliminación de esta reducción parece necesario limitar la aplicación de los coeficientes reductores al tiempo de adelanto de la edad, permitiendo de esta manera ver incrementada la pensión a medida que transcurre el tiempo hasta la edad de los 65 años y, en cualquier caso, tal y como he señalado anteriormente, ajustar el coeficiente reductor al esfuerzo de cotización realizado.

Respecto a la aplicación del coeficiente del 7%, tras la reforma operada en este sentido en 1997, hemos de tener en cuenta que en la configuración legal que se ha hecho de la jubilación, la voluntariedad del trabajador en el cese en el trabajo constituye, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar, un elemento básico, a pesar de que éste haya ido perdiendo valor específico. Por ello, no parece que sea, en modo alguno, justificable que en aquellos casos en los que el acceso a la jubilación se produce de forma anticipada como consecuencia de un causa no imputable a la voluntad libre del trabajador, éste vea mermada su prestación, al ser definitiva la pensión que resulte de aplicar el coeficiente reductor que recibirá con carácter vitalicio y que sólo se incrementará con los correspondientes aumentos anuales periódicos aplicables a todas las pensiones.

En estos casos, teniendo presente el carácter claramente involuntario de la cesación en el trabajo, ha de suprimirse por completo la aplicación de coeficientes reductores ya que éstos se convierten en una penalización para aquéllos que en la gran mayoría de casos sin quererlo se ven abocados a la jubilación anticipada por causas

ajenas a su voluntad. Asimismo el exceso de carga financiera que implica pagar estas pensiones durante 5 años más como máximo (de los 60 a los 64 años de edad), en modo alguno justifica que se aplique una medida cuyos efectos se extienden más allá del límite de los años de anticipo.

Por ello, si el legislador no opta por su supresión de este coeficiente reducido, debería de inclinarse, no tanto como ha hecho por rebajar de forma irrisoria el coeficiente aplicable en un 1%, sino por limitar su aplicación a los años de anticipo, permitiendo que el beneficiario tenga derecho, en el caso de acreditar los requisitos exigidos, al 100% de la prestación en el momento del cumplimiento de los 65 años, tal y como hubiera sucedido si no se hubiese procedido a extinguir su relación laboral por una causa ajena a su libre voluntad.

DECIMOCUARTA. Por lo que respecta a la utilización de la jubilación como una medida más de política de empleo, el escaso uso de la modalidad contractual en la que se combina una jubilación progresiva de carácter parcial con la contratación (contrato a tiempo parcial en su versión especial de contrato de relevo) insertada dentro de las denominadas políticas de reparto del empleo, cuyos efectos sustitutivos han sido muy limitados, obliga a plantearse la necesidad de efectuar una reorientación de esta modalidad de jubilación flexible, que no sólo la dote de mayor flexibilidad si cabe sino que intente convertirla en un verdadero mecanismo importante de gestión flexible de la jubilación o retiro del trabajador.

Para ello es necesario, entre otras cuestiones, incidir en los empresarios y los representantes de los trabajadores para que éstos asuman las ventajas que un mecanismo como éste comporta a efectos de gestión flexible de la mano de obra en la empresa y de rejuvenecimiento de las plantillas.

Ha de permitirse la utilización de esta modalidad de jubilación flexible por encima de los límites temporales hoy vigentes, recientemente ampliados, para posibilitar no sólo que, en cierta medida, se retrase voluntariamente la edad de jubilación más allá de los 65 años, sino que también para que las empresas puedan

ajustar el proceso de sustitución de un trabajador por otro a sus necesidades temporales.

La jubilación parcial y el correspondiente contrato de relevo, necesariamente ha de convertirse a corto plazo en una de las modalidades contractuales que mayor relevancia tengan dentro de la contratación laboral, ya que permiten afrontar de forma decidida la anhelada gestión flexible de la salida del mercado de trabajo, piedra angular del futuro sistema de jubilación. El protagonismo que, en este sentido, pueden desempeñar los representantes de los trabajadores es importante, ya que el convenio colectivo es el marco idóneo para potenciar el desarrollo y la utilización de esta modalidad de jubilación parcial.

Para ello, sería necesario no sólo efectuar una importante campaña de concienciación en la línea antes apuntada, sino que ha de ahondarse aún más en la reforma emprendida en 1998 (de la que es necesario realizar una valoración positiva por lo que respecta a la modificación de los porcentajes de sustitución y al cómputo de las cotizaciones efectuadas durante el período de jubilación anticipada), ampliando el período de tiempo durante el cual se puede simultanear ambas relaciones y trasladándolo más allá de los rígidos 65 años, e incidirse sobre la finalidad de esta modalidad de jubilación, cual es la de facilitar la sustitución de un trabajador por otro. Para ello sería necesario garantizar que esta sustitución se extiende más allá de los términos estrictos del relevo, o lo que es más importante que la empresa no va a amortizar la vacante que se produzca al acceder el trabajador jubilado parcialmente a su jubilación total y definitiva.

El mecanismo más adecuado para la consecución de este objetivo sería el de atribuir al contrato de relevo un carácter indefinido. No en vano el hecho de que el contrato de relevo sea un contrato de duración determinada, al estar sujeto a la duración del período de jubilación anticipada, está provocando que, en la práctica totalidad de los casos, se proceda a la extinción de esta relación laboral en el momento en el que el trabajador que es sustituido accede a la jubilación plena.

En relación a la otra modalidad de jubilación, vinculada a la política de empleo como medida de reparto de empleo, la jubilación especial a los 64 años, simplemente apunto que debe tender a ser una modalidad de jubilación anticipada en vías de desaparición puesto que no se han obtenido los resultados esperados, constatándose que los mismos motivos que antes he apuntado en relación a la jubilación parcial son atribuibles a esta modalidad contractual (la no sustitución de unos trabajadores por otros más allá de los límites del anticipo de la edad de jubilación, en este caso un año). En mi opinión, lo que es más importante es que se trata de una medida que sólo tiene encaje y justificación en sistemas de jubilación en los que la edad de acceso a la pensión es más o menos rígida, es decir, en aquellos en los que se ha optado por fijar una edad ordinaria de jubilación con carácter estable, pero no encaja, sin embargo, en aquéllos otros, en los que la *edad pensionable* está dotada de mayores dosis de flexibilidad.

DECIMOQUINTA. La actual configuración de la jubilación anticipada como respuesta a los procesos de crisis empresarial, generalmente utilizada para reducir las cargas económicas en estos procesos, ha de proceder a modificarse en sede normativa, puesto que es práctica cada vez más común usar la prejubilación o la jubilación anticipada a edades muy tempranas (50 años), no sólo por parte de empresas que están inmersas en un proceso temporal de crisis económica y se ven compelidas al uso de este tipo de medidas para superar dicha situación, sino que, incluso, es una práctica que con cierta intensidad y permisibilidad se ha extendido también a empresas con beneficios económicos, que con el exclusivo propósito de aumentar su competitividad se desprenden de las personas de mayor edad, provocando, tal y como antes he apuntado, un traslado hacia la Seguridad Social de una parte del coste de mantenimiento de estos trabajadores. Esta última cuestión debe ser afrontada con decisión ya que es probable, no sólo que a corto o medio plazo pueda representar un coste excesivo para el propio sistema de Seguridad Social, sino también que contribuya a incrementar los desequilibrios en la tasa de actividad y empleo por grupos de edades. Si a ello sumamos el coste psicológico que para muchos de estos trabajadores representa el verse o sentirse expulsados prematuramente del mundo laboral activo, no cabe duda que debe ponerse freno al uso abusivo e injustificado de la jubilación

anticipada a edades tan tempranas, máxime cuando ésta en modo alguno va acompañada de una sustitución de un trabajador por otro.

Para ello, sería necesario ejercer un mayor control por parte de la Administración Laboral del uso que se hace de este mecanismo y, en cualquier caso, limitar esta medida a las empresas sujetas a una crisis real, y permitir su aplicación sólo con carácter temporal; de tal manera que la empresa que utilice la jubilación para la superación de un período de crisis –generalmente cíclico- asuma la obligación de reincorporar al trabajador jubilado si éste lo desea, o cuanto menos al mantenimiento del volumen del empleo existente vigente en el momento de la jubilación, cuando se supere la situación de crisis que dio cobertura a la posibilidad de utilizar este mecanismo de regulación de la plantilla.

Así pues, son dos las líneas de actuación a seguir: de una parte, establecer una prohibición del uso de la jubilación anticipada en el caso de empresas que tengan o hayan tenido beneficios en los últimos ejercicios económicos para limitarlo verdaderamente a las empresas o sectores en crisis; y de otra, sería necesario introducir además mecanismos de reversibilidad de la decisión adoptada, de tal manera que superada la crisis que justificaba la adopción de medidas de este tipo la empresa se viera compelida a la reincorporación del trabajador afectado, si esa fuera su voluntad, o cuando menos a la contratación de nuevos trabajadores para reajustar el volumen de la plantilla.

DECIMOSEXTA. Todas estas medidas específicas de restricción del uso de las diversas modalidades de jubilación anticipada están en correspondencia -así deben ser interpretadas- con la línea de actuación más importante en relación con el tratamiento que debe atribuirse a la edad de jubilación, por cuanto que en esta cuestión se aboga, tal y como en algún momento anterior de las conclusiones ya he apuntado, por la gestión flexible de la edad de jubilación, de tal manera que se deje a la libre elección del individuo (reforzando de esta manera el carácter de derecho que tiene la jubilación) la voluntad de cesar en la actividad laboral.

En este sentido, debe partirse de la siguiente idea: a pesar de que la edad de jubilación ha conocido una gran estabilidad (no en vano la edad de 65 años se fijó en 1919), no parece que exista una razón objetiva para fijar una edad concreta de jubilación general y obligatoria para todos los trabajadores, sobre todo si se tiene presente que las circunstancias en las que ésta fue establecida han variado considerablemente. El establecimiento de una edad fija de jubilación, supone, entre otras cuestiones, eliminar a un gran número de personas que si bien manifiestan una voluntad clara de continuar trabajando y siguen siendo aptos para ello son <<expulsadas>> del mercado de trabajo al cumplir la edad que da derecho a la pensión de jubilación.

La dinámica y evolución de esta prestación ha puesto de manifiesto que la voluntariedad, en cuanto a elemento configurador de la jubilación, ha ido perdiendo fuerza y que esta prestación ha pasado a convertirse en un mecanismo regulador de la salida del mercado de trabajo.

En virtud de éstos y otros condicionantes parece razonable establecer una modificación de la edad de jubilación por la vía de la flexibilización, que permitan adecuar el pase a la inactividad que ésta comporta a las inquietudes, necesidades y voluntad de las personas interesadas.

Esta flexibilidad, en un momento como el presente, necesariamente ha de ser hacia arriba ya que es, en parte, un requisito necesario, tal y como hemos visto, para garantizar la viabilidad del sistema la permanencia en activo de las personas de edad avanzada. Las limitaciones o, en su caso, prohibiciones a la posibilidad de retrasar la edad de jubilación que se han establecido, basándose para ello en razones del mercado de trabajo, carecen hoy de fundamento a mi entender.

Las opciones de flexibilizar la edad de jubilación hacia abajo (práctica utilizada desde finales de los años 70) generan importantes desequilibrios sobre el sistema y enormes perjuicios sobre los trabajadores, sin que ni tan siquiera las penalizaciones que, en general, se impongan a estos supuestos sirvan como desincentivo,

evidenciando, en este sentido, que se ha asumido una concepción de la jubilación alejada de su consideración como derecho del trabajador, para pasar a ser valorada sobre todo como mecanismo de gestión empresarial de la mano de obra.

Para poder introducir esta flexibilidad de la edad de jubilación apuntada es necesario, en primera instancia, clarificar el panorama actual de la jubilación anticipada, a través de su restricción, ya que en mi opinión no es posible el mantenimiento de ambas figuras, por cuanto que no sólo son contradictorias sino que además el mantenimiento de la jubilación anticipada en los términos actuales, excesivamente permisivos y poco garantistas por lo que respecta a sus resultados, desvirtúa los efectos del retraso flexible de la edad de jubilación.

Obviamente, el establecimiento de un retraso flexible de la edad de jubilación, por ejemplo, de los 65 a los 70, se fundamenta en la voluntariedad, debiendo ser, en definitiva, el trabajador quien decida si desea retrasar o no su edad de retiro; de ahí que deba descartarse la posibilidad de fijar una edad de jubilación postergada con carácter fijo, ya que el debate debe situarse fundamentalmente en torno a la flexibilidad y/o rigidez del sistema.

Para que la práctica del retraso de la edad de jubilación sea una realidad y para que, en definitiva, el interesado tenga elementos para valorar la conveniencia o no de mantenerse en activo, es necesario introducir beneficios tanto para el trabajador como para la empresa y no sólo para esta última, tal y como se deriva de la Disp Adic 26ª del TRLGSS/1994. Debe permitirse que el ahorro que para el sistema representa el retraso de la edad de jubilación sirva tanto para que el trabajador pueda ver, de esta manera, aumentada su pensión como para que la empresa no haya de cotizar por él.

En el caso concreto de aquellas personas que habiendo optado por su jubilación decidan reincorporarse a la vida laboral activa, debería permitírseles no sólo incrementar los porcentajes aplicables sino también el recálculo de la pensión, tomando en consideración las nuevas cotizaciones efectuadas, ya que carece de

fundamento y justificación limitar el efecto de éstas últimas cotizaciones, en su caso, al simple incremento del porcentaje aplicable sobre la base reguladora.

DECIMOSÉPTIMA. En este contexto descrito, que, en parte, incluye cuestiones que parece que van a ser abordadas próximamente sin tener conocimiento exacto del camino que se va a emprender, adquiere suma importancia una cuestión anteriormente apuntada, la necesidad de reforzar o mejor dicho recuperar la vigencia del principio de voluntariedad en materia de jubilación, ya que las reformas emprendidas sobre la jubilación a partir de 1980 han ido desdibujando este elemento, sobre todo a partir de la introducción, ciertamente polémica, de la denominada jubilación forzosa.

En relación con la jubilación forzosa, después de responder negativamente a la cuestión de si tiene sentido o no su mantenimiento, convendría traer a colación algunos de los argumentos expuestos al abordar el tema de la jubilación anticipada en el marco de la política de empleo para justificar su supresión, ya que, analizada la utilización de la jubilación forzosa en ese contexto, la verdad es que en modo alguno podemos considerar que los objetivos esperados hayan sido conseguidos.

No parece que el mantenimiento de la misma tenga cabida en un panorama como el descrito, en el que existe una voluntad expresa de atribuir suma importancia a la decisión del trabajador en torno a su deseo o no de continuar en activo.

Una vez concedida expresa trascendencia a la voluntariedad como elemento característico de la jubilación, y recuperada la idea de que nos encontramos ante un derecho del trabajador, carece de sentido conservar la jubilación obligatoria, ni tan siquiera en el marco del convenio colectivo.

Los mecanismos de relevo intergeneracional deberían estar limitados a la fórmula de la jubilación parcial y el contrato de relevo, al constituir ésta la única medida que encaja bien con la idea de la flexibilidad. Las posibilidades al respecto

atribuidas a la jubilación forzosa han demostrado ser prácticamente nulas y se han convertido en un elemento más, quizás el más directo, de amortización de puestos de trabajo, ya que ha pasado a ser considerada la jubilación como una causa extintiva *ope legis* de la relación laboral, con independencia de la voluntad de las partes.

DECIMOOCTAVA. Respecto al análisis de cuestiones concretas relativas a la dinámica de esta prestación en particular, en el presente trabajo he abogado por la supresión del requisito de la carencia específica al ser éste un requisito limitativo falto de significado. Si tenemos en cuenta que está prevista la posibilidad de acceder a la prestación de jubilación desde una situación de no alta, parece innecesario e injustificado el mantenimiento de este requisito, ya que nada debería impedir que quien acredite un número de años de cotización igual o superior al mínimo de 15 años pueda verse privado del derecho a una pensión de jubilación contributiva por el hecho de no haber cotizado los últimos años de su vida laboral.

En aras a la defensa de la equidad del sistema, muy presente en las diferentes reformas del mismo y muy especialmente en la LCRSS, debe tenerse en cuenta que, tal y como está configurado el requisito de la carencia o cotización previa, podría darse el caso de que un determinado individuo se viera privado del derecho a la pensión contributiva de jubilación por no haber acreditado un mínimo de 2 años de cotización dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al retiro, a pesar de haber estado cotizando mucho más tiempo del mínimo de 15 años exigido. En efecto, aunque dispusiera de una larga carrera de cotización, el incumplimiento de la carencia específica le privaría del derecho a la jubilación contributiva, mientras que, en sentido opuesto, un individuo que hubiera concentrado su carrera de cotización en los últimos años de su vida laboral activa, pese a que ésta sea mínima (15 años), tendría derecho a la pensión contributiva.

DECIMONOVENA. En relación a la reforma operada sobre el cálculo de la base reguladora por la LCRSS, que debe ser considerada como una continuación de la ya iniciada por la LMU, es necesario señalar que, a diferencia de lo que sucedía con ésta última, aleja el cálculo de la base reguladora de la prestación de la jubilación de la

base reguladora de la incapacidad permanente, pudiendo dar lugar a que se “opte” fraudulentamente por la prestación de incapacidad permanente al ser el cálculo de ésta más beneficioso que el establecido para la jubilación.

Frente a la tendencia de ir modificando progresivamente la base reguladora, en el sentido establecido tanto por la LMU como por la LCRSS de introducir mayores dosis de contributividad sobre el régimen de la jubilación, al incluir un mayor número de años dentro del período de determinación de la base misma, y ante el riesgo cierto de que sea ésta una cuestión que vuelva a surgir en un futuro, en concreto, al finalizar el período transitorio, existen, en mi opinión, tres razones fundamentales para rechazar esta tendencia.

En primer lugar, que ésta rompe la configuración tradicional de la pensión de jubilación, en tanto que renta sustitutiva del salario, por cuanto que ampliando el cálculo de la base reguladora se va diluyendo esta característica fundamental de la pensión de jubilación.

En segundo lugar, porque las modificaciones en este sentido introducidas deben ser interpretadas como simples recortes de la prestación, no marcando una línea de actuación al respecto, ya que son una suerte de respuesta a las “crisis financieras del sistema”, no encajando en un momento como el actual en el que existe superávit y está aumentando el número de afiliaciones al sistema.

En última instancia, sería necesario apuntar que si lo que se pretende con ello es que se refleje el esfuerzo contributivo, es importante, en este sentido, tener en cuenta que éste ya está presente en el otro elemento sobre el que se articula la pensión, el porcentaje aplicable donde precisamente se refleja dicho esfuerzo, ya que cuantos más años de cotización se acrediten mayor será el porcentaje aplicable.

VIGÉSIMA. En relación con la técnica de la integración de lagunas recogida en el art. 162.1.2 del TRLGSS/1994 para aquellos supuestos en los que durante el período de referencia no hubiese obligación de cotizar, el ordenamiento jurídico español

aborda esta cuestión y, más en concreto, la solución dada a la misma mediante la aplicación de la base mínima, en un sentido contrario al que rige en el ámbito de la UE, y que es aplicado por el propio TS en el caso de los trabajadores migrantes, al optarse en derecho social europeo por el sistema de las cotizaciones medias, mucho más beneficioso que el de las bases mínimas.

Este criterio se sustenta no sólo en los principios de equilibrio y equidad en la determinación de las cotizaciones presuntas, sino también, y especialmente, en el principio de ponderación en el método de cálculo de las pensiones. Ahora bien, debemos señalar que este último principio, pese a informar la legislación española de Seguridad Social, en referencia al art. 3 y concordantes de la Ley 26/85, hoy arts 140 y 162 y Disposición Transitoria quinta del TRLGSS (versión actualizada tras la Ley 24/97, de 15 de julio, tal y como hemos podido observar), no siempre se aplica.

Teniendo en cuenta que muy probablemente cada vez se producirán más lagunas de cotización, debería optarse de *lege ferenda* por la modificación de este precepto (art. 162.1.2 del TRLGSS/1994) para adaptarlo al criterio que rige en el derecho comunitario respecto a la integración de las lagunas de cotización (mediante la base media de las existentes en el momento de producirse la laguna), inclinándose de esta manera por situarse en un punto intermedio entre los topes o límites mínimo y máximo de las bases de cotización de los trabajadores pertenecientes a una misma categoría o grupo profesional.

VIGESIMOPRIMERA. La prestación de jubilación mantiene vinculaciones muy estrechas con otras dos prestaciones del sistema de Seguridad Social, a saber, la incapacidad permanente y el subsidio por desempleo.

En el caso de la incapacidad permanente, la voluntad del legislador de trazar una separación lógica entre ambas prestaciones lejos de clarificar el panorama ha introducido si cabe mayores dosis de confusión, ya que, si bien la finalidad de cada una de estas prestaciones no ofrece lugar a dudas, es posible que a través de las modificaciones introducidas por la LCRSS se incentive el acceso a la incapacidad

permanente y la retirada definitiva del mercado antes del cumplimiento de la edad de jubilación; cuestión ésta que ya de hecho se producía con anterioridad a la reforma, al ser más favorables las condiciones de acceso a esta prestación, especialmente la forma de cálculo de la misma (está aún vigente el período de 8 años fijado en la LMU tanto para la incapacidad permanente como para la jubilación), en clara contradicción con la voluntad expuesta en la propia LCRSS de mantener en activo a los trabajadores que lo deseen más allá de los 65 años de edad.

Pese a que debe trazarse una separación evidente entre estas dos prestaciones, las reformas aprobadas en torno a esta cuestión no discurren por este camino, ya que la generalidad con la que se ha previsto el límite de los 65 años para poder acceder a la incapacidad permanente, supone claramente reforzar la idea, antes ya rechazada, de imponer una suerte de jubilación forzosa cuando cumplida la edad apuntada acontece una incapacidad permanente (incluso parcial), contraria a la voluntariedad de la jubilación configurada como un derecho del trabajador.

La solución más coherente hubiera sido quizás la de flexibilizar los requisitos de acceso a la jubilación para aquéllos que superada la edad de los 65 años padecen una lesión que les imposibilite de esta manera definitiva para trabajar (sobre todo en los casos en los que esta lesión haya sido producida en ocasión o por consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional), y a su vez permitir el nuevo cálculo de la pensión de incapacidad permanente al cumplir los 65 años tomando en consideración las cotizaciones efectuadas durante esta situación, ya que si el deseo es trazar una clara separación entre ambas prestaciones no tiene sentido el optar, tal y como ha hecho el legislador, por un simple cambio nominal y netamente estadístico.

VIGESIMOSEGUNDA. En relación al subsidio por desempleo, en particular, el subsidio para mayores de 52 años o subsidio de prejubilación, las críticas que deben formularse son mayores, puesto que las numerosas disfuncionalidades que esta prestación genera derivan de la voluntad del legislador de vincular a dos prestaciones

que pertenecen a brazos distintos del sistema: una al contributivo, la jubilación, y la otra al asistencial, el subsidio de desempleo.

Así pues, nos encontramos ante una prestación atípica por cuanto que, si bien el subsidio de desempleo es una prestación de naturaleza asistencial, la vinculación que se establece entre este subsidio y la jubilación contributiva, al disponerse que sólo se reconocerá el derecho a subsidio si el interesado cumple con todos los requisitos de la jubilación excepto la edad, incide directamente sobre la propia naturaleza del mismo al transferirle un cierto grado de contributividad, sin ocultar no obstante su verdadero carácter asistencial.

Precisamente, este deseo de vincular ambas prestaciones, provoca muchas distorsiones en el régimen jurídico del subsidio; algunas de ellas de difícil comprensión, como, por ejemplo, la necesidad de acreditar los requisitos propios de la jubilación, entre otros la carencia genérica y la carencia específica, cuando formalmente no se tiene derecho a la jubilación por incumplimiento del requisito principal de la *edad pensionable*, y se continúa cotizando por esta prestación durante el tiempo de percepción del subsidio, sin que dichas cotizaciones puedan servir para poder acreditar el derecho a la prestación por la cual se cotiza.

Aunque la Disp. adic. 28ª del TRLGSS71994, introducida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, declara de forma taxativa que carecen de eficacia jurídica estas cotizaciones a efectos del cumplimiento de la carencia exigida, no por ello deja de ser injustificada esta medida, al restar incomprensiblemente validez a las cotizaciones efectuadas por el INEM en favor del beneficiario del subsidio.

Teniendo presente que la exigencia del cumplimiento de los requisitos de la pensión de jubilación es necesario acreditarla en el momento de la solicitud del subsidio para mayores de 52 años, debería claramente optarse por eliminar esta exigencia, puesto que no tiene en cuenta las cotizaciones satisfechas con posterioridad a la solicitud y antes del cumplimiento del hecho causante de la jubilación. Igualmente,

sería necesario retrotraer el cálculo de la pensión de jubilación futura al momento de la solicitud de dicho subsidio, al ser entonces cuando debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos de la jubilación, aunque se demore su abono revalorizado al momento del cumplimiento de la *edad pensionable*, ya que carece de justificación que aquellas cotizaciones no computadas a efectos del subsidio (normalmente bases mínimas) sirvan, en perjuicio del sujeto beneficiario, para calcular su pensión de jubilación.

Convendría, tratándose de una prestación necesaria ya que facilita el tránsito hacia la jubilación de aquéllos que se ven privados de empleo a una edad próxima a ésta y no encuentran uno nuevo, darle un tratamiento específico no vinculado a la jubilación futura y reforzando su carácter asistencial, de conformidad con las manifestaciones efectuadas por el TJCE al respecto, en las que ha expresado claramente que nos encontramos ante una prestación por desempleo de carácter asistencial.

RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

STJCE de 25 de mayo de 1971 asunto C-80/70, Gabrielle Defrenne contra el Estado belga. Rec 1971, pág(s) 445 y ss.

STJCE de 7 de junio de 1973 asunto C-82/72 Walder contre Bestuur der Sociale Verzekeringsbank. Rec 1973, pág(s). 599 y ss.

STJCE de 12 de febrero de 1974 asunto 152/73 Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost. Rec. 1974, pág(s) 153 y ss.

STJCE de 29 de noviembre de 1977 asunto 35/77 Elisabeth Beerens contre Rijksdienstvoor Arbeidsvoorziening. Rec. 1977, pág (s) 2249 y ss.

STJCE de 5 de mayo de 1983 asunto C-139/82 Paola Piscitello contra Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), Rec 1983, pág(s). 1427 y ss.

STJCE de 26 de febrero de 1986 asunto 152/84 M.H Marshall contra Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority. Rec. 1986, pág(s). 723 y ss.

STJCE de 26 de febrero de 1986 asunto 262/84 Vera Mia Beets-Proper contra F. Van Lonschat Bankiers N.V. Rec 1986, pág(s). 733 y ss.

STJCE de 13 de mayo de 1986 asunto C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz. Rec 1986, pág(s). 1607 y ss.

STSJCE de 15 de mayo de 1986 asunto 222/84, Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary. Rec. 1986, pág(s). 1651 y ss.

STJCE de 17 de mayo de 1990 asunto C-262/88, Douglas Harvey Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group. Rec. 1990 pág(s) I-1889 y ss.

STJCE de 31 de enero de 1991 asunto C-18/90 Office national de l'emploi (Onem) contra bahia Kziber,. Rec. 1991 pág(s). I-199 y ss

STJCE de 9 de febrero de 1991 asunto C-227/89 Rönfeldt contra Bundesversicherungsanstalt für Angestellte. Rec. 1991, pág (s). I-323 y ss.

STSJCE de 20 de junio de 1991 asunto C-356/89 Roger Stawton Newton contra Chief Adjudicatio Officer. Rec 1991 pág (s). I-3017 y ss.

STJCE de 7 de julio de 1992 asunto C-9/91 The Queen contra Secretary of State for Social Security, ex parte: Equal Opportunities Commission. Rec. 1992 pág(s) I-4297 y ss.

STJCE de 30 de marzo de 1993 asunto C-328/91 Secretary of State for Social Security contra Evelyn Thomas y otros. Rec. 1993, pág(s) I-1247 y ss.

STJCE de 1 de julio de 1993 asunto C-154/92 Remi Van Cant contra Rijksdienst voor pensioenen. Rec 1993, pág(s) I-3811 y ss.

STJCE de 2 de agosto de 1993 asunto C-31/92 Marius Larsy contra Institut National d'Assurances Sociales pour travailleurs Independents (INASTI). Rec. 1993, pág(s). I-4543 y ss.

STJCE de 6 de octubre de 1993 asunto C-109/91 Gerardus Cornelius Ten Oever contra Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers Schoonmakbedrijf Rec 1993, pág(s). I-4879 y ss.

STJCE de 14 de diciembre de 1993 asunto C-110/ 91 Michel Moroni contra Collo GmbH. Rec 1993, pág(s). I-6591 y ss.

STJCE de 22 de diciembre de 1993 asunto C-152/91 David Neath contra Hugh Steeper Ltd. Rec 1993, pág(s). I-6935 y ss.

STJCE de 20 de abril de 1994 asunto C-58/93 Zoubir Yousfi contra État belge. Rec pág(s). I-1353 y ss.

STJCE de 28 de septiembre de 1994 asunto C-7/93 Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds contra G.A Beune,. Rec 1994 pág(s). I-4471 y ss.

STJCE de 9 de agosto de 1994 asunto C-406/93 Reichling contre Institut d'Assurance Maladie-Invalidite (INAMI) Rec. 1994, pág(s). I-4061 y ss.

STJCE de 5 de abril de 1995 asunto C-103/94 Zoulika Krid contra Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS). Rec. pág(s). I-719 y ss.

STJCE de 9 de noviembre de 1995 asunto C-475/93 Jean-Louis Thévenon et Stadt Speyer-Sozialamt contra Landesversicherungsanstalt Rheinland Pfalz. Rec. 1995, pág(s) I-3813 y ss.

STJCE de 12 de septiembre de 1996 asunto C-251/94 Lafuente Nieto contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) Rec. 1996, pág(s). I-4187 y ss.

STJCE de 3 de octubre de 1996 asunto C- 126/95 Hallouzi-Choho contra Bestur van Sociale Venekeringsbank,. Rec 1996 pág(s). I-4807 y ss.

STJCE de 20 de febrero de 1997, asuntos acumulados C-88/95, C-102/95; y C-103/95, asuntos Martínez Losada, Fernández Balado y Paredes. Rec 1997, pág(s) I-869 y ss.

Auto del TJCE de 23 de abril de 1997 que da lugar al asunto C-153/97 Aristóteles Grajera Rodríguez contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)

STJCE de 9 de octubre de 1997 asuntos acumulados C-31/96, C-32/96 y C-33/96 Antonio Naranjo Arjano y otros contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y otros Rec. 1997, pág (s) I-5501 y ss

STJCE de 30 de abril de 1998 asunto acumulados C-377/96 a C-384/96 August De Vriendt y otros contra Rijksdienst voor Pensioenen y otros. Rec. 1998, pág(s) I-2105 y ss.

STJCE de 28 de septiembre de 1994 asunto 200/91 Coloroll Pension Trustees Ltd contra James Richard Russell y otros. Rec 1994, pág(s). I-4389 y ss.

STJCE de 28 de septiembre de 1994 asunto C-57/93 Anna Adriaantje Wroege contra NCIV Instituut voor Wolkshuisvesting BV y Stichting Pensioenfonds NCIV. Rec 1994, pág(s). I-4541 y ss.

STJCE de 28 de septiembre de 1994 asunto C-128/93 Geertruida Catharina Fisscher contra Voorhuis Hengelo BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel. Rec 1994, pág(s). I-4583 y ss.

STJCE de 28 de septiembre de 1994 asunto C-408/92 Constance Christina Ellen Smith y otros contra Avdel System Ltd. Rec. 1994, pág(s). I-4435 y ss.

STJCE de 22 de octubre de 1998 asunto C-154/96 Louis Wolfs contra Office National de Pensions (ONP).

STJCE de 23 de mayo 2000 asunto C-104/98 Johann Buchner y otros contra Sozialversicherungsanstalt der Bauern.

2. AUTOS Y SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

STC 22/1981, de 2 de julio
STC 32/1981, de 28 diciembre
STC 34/1981, de 10 de noviembre
STC 1/1982, de 28 de enero
STC 19/1982, de 5 de mayo
STC 231/1983, de 12 de julio
STC 75/1983, de 3 de agosto
STC 103/1983 de 22 de noviembre
STC 121 /1983 de 15 de diciembre
STC 103/1984, de 12 de noviembre
STC 121/1984, de 12 de diciembre
Auto del TC 4/1985, de 9 de enero
STC 58/1985, de 30 de abril
STC 95/1985, de 29 de julio
STC 111 a 136/1985, de 11 de octubre
STC 108/1986, de 29 de junio
STC 146/1986, de 25 de noviembre
STC 148/1986, de 25 de noviembre
STC 26/1987, de 26 de febrero
STC 65/1987, de 21 de mayo
STC 99/1987, de 11 de junio
STC 119/1987, de 9 de julio
STC 127/1987, de 16 de julio
STC 134/1987, de 21 de julio
STC 189/1987, de 24 de noviembre
STC 209/1987, de 22 de diciembre
STC 3/1988, de 21 de enero

Auto del TC 256/1988, de 29 de febrero

STC 69/1988, de 19 de abril

STC 73/1988, de 21 de abril

STC 76/1988, de 26 de abril

STC 130/1988, de 4 de junio

STC 120/ 1988, de 20 de junio

STC 122/1988, de 22 de junio

STC 126/1988, de 24 de junio

STC 127/1988, de 24 de junio

STC 131 /1988, de 4 de julio

STC 209/1988, de 10 de noviembre

STC 248/1988, de 20 de diciembre

STC 4/1989, de 18 de enero

Auto 95/1989, de 20 de febrero

STC 78/1990, de 26 de abril

STC 97/1990 de 24 de mayo

STC 184/1990, de 15 de noviembre

STC 39/1992 de 30 de marzo

STC 69/1992, de 11 de mayo

STC 17/1993, de 18 de enero

STC 83/1993, de 8 de marzo

STC 184/1993, de 31 de mayo

STC 231/1993, de 12 de julio

STC 268/1993, de 20 de septiembre

STC 377/1993, de 20 de diciembre

STC 37/1994, de 10 de febrero

STC 126/1994, de 25 de abril

STC 38/1995, de 13 de febrero

STC 173/1998, de 3 de octubre

3. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

STS de 24 de junio de 1946 (Ar.915)
STS de 4 de enero de 1965 (Ar. 1177)
STS de 18 de junio de 1965 (Ar. 3313)
STS de 22 de septiembre de 1966 (Ar. 3870)
STS de 7 de marzo de 1967 (Ar. 1108)
STS de 23 de octubre de 1967 (Ar. 3680)
STS de 22 de diciembre de 1967 (Ar. 4348)
STS de 15 de febrero de 1969 (Ar. 615)
STS de 12 de marzo de 1973 (Ar. 1071)
STS de 10 de junio de 1974 (Ar. 3021)
STS de 17 de febrero de 1975 (Ar. 741)
STS de 3 de marzo de 1978 (Ar. 1556)
STS de 7 de octubre de 1980 (Ar. 3969)
STS de 22 de enero de 1982 (Ar. 59)
STS de 18 de mayo de 1982 (Ar. 3181).
STS de 10 de febrero de 1983 (Ar. 578)
STS de 15 de febrero de 1983 (Ar 656)
STS de 22 de febrero de 1983 (Ar. 796)
STS de 28 de febrero de 1983 (Ar. 1209)
STS de 1 de marzo de 1983 (Ar. 845)
STS de 3 de marzo de 1983 (Ar. 1092)
STS de 9 de marzo de 1983 (Ar. 1102)
STS de 10 de marzo de 1983 (Ar. 1127)
STS de 25 de marzo de 1983 (Ar 1191)
STS de 28 de marzo de 1983 (Ar. 1209)
STS de 30 de marzo de 1983 (Ar. 1139)
STS de 11 de abril de 1983 (1825)
STS de 20 de abril de 1983 (Ar 1852)

STS de 26 de abril de 1983 (Ar. 1877)
STS de 5 de mayo de 1983 (Ar.2341)
STS de 11 de mayo de 1983 (Ar.2367)
STS de 12 de mayo de 1983 (Ar. 2373)
STS de 21 de mayo de 1983 (Ar. 2398)
STS de 26 de mayo de 1983 (Ar. 2420)
STS de 28 de mayo de 1983 (ar. 2427)
STS de 30 de mayo de 1983 (Ar. 2437)
STS de 3 de junio de 1983 (Ar 2963)
STS de 8 de junio de 1983 (Ar 2977)
STS de 11 de junio de 1983 (Ar.2993)
STS de 26 de junio de 1983 (Ar.3023)
STS de 29 de junio de 1983 (Ar. 3063)
STS de 2 de julio de 1983 (Ar. 3702)
STS de 2 de julio de 1983 (Ar. 3703)
STS de 5 de julio de 1983 (Ar. 3715)
STS de 11 de julio de 1983 (Ar. 3760)
STS de 12 de julio de 1983 (Ar. 3775)
STS de 14 de julio de 1983 (Ar. 3786)
STS de 16 de julio de 1983 (Ar. 3800)
STS de 27 de julio de 1983 (Ar. 3050)
STS de 14 de septiembre de 1983 (Ar. 4245)
STS de 20 de septiembre de 1983 (Ar. 4258)
STS de 27de septiembre de 1983 (Ar. 4289)
STS de 29 de septiembre de 1983 (Ar. 4302)
STS de 27 de octubre de 1983 (Ar. 5157)
STS de 5 de noviembre de 1983 (Ar. 5572)
STS de 11 de noviembre de 1983 (Ar. 5598)
STS de 5 de diciembre de 1983 (Ar. 6172)
STS de 12 de abril de 1984 (Ar. 2236)
STS de 4 de mayo de 1984 (Ar. 2958)
STS de 11 de abril de 1985 (Ar. 1825)

STS de 11 de mayo de 1985 (Ar. 2367)
STS de 2 de julio de 1985 (Ar. 3661)
STS de 11 de julio de 1985 (Ar. 3741)
STS de 12 de julio de 1985 (Ar. 3742)
STS de 12 de julio de 1985 (Ar. 3758)
STS de 6 de noviembre de 1985 (Ar. 5729)
STS de 8 de mayo de 1986 (Ar. 2508)
STS de 2 de junio de 1986 (Ar. 3431)
STS de 28 de noviembre de 1986 (Ar. 6527)
STS de 3 de diciembre de 1986 (Ar. 7266)
STS de 9 de diciembre de 1986 (Ar. 7298)
STS de 15 de enero de 1987 (Ar. 285)
STS de 29 de enero de 1987 (Ar. 181).
STS de 23 de febrero de 1987 (Ar. 1098)
STS de 15 de abril de 1987 (Ar 2779)
STS de 4 de mayo de 1987 (Ar 2779)
STS de 12 de mayo de 1987 (Ar. 3228)
STS de 14 de mayo de 1987 (Ar. 3689)
STS de 18 de mayo de 1987 (Ar. 3714)
STS de 10 de junio de 1987 (Ar. 3729)
STS de 2 de julio de 1987(Ar 4326)
STS de 22 de julio de 1987 (Ar. 5064)
STS de 10 de septiembre de 1987 (Ar. 7839)
STS de 19 de octubre de 1987 (Ar. 7076)
STS de 27 de octubre de 1987 (Ar. 7210 y 7211)
STS de 10 de noviembre de 1987 (Ar. 7839)
STS de 17 de noviembre de 1987 (Ar. 8008)
STS de 17 de marzo de 1988 (Ar. 2313)
STS de 20 de abril de 1988 (Ar. 2314)
STS de 3 de mayo de 1988 (Ar 3002)
STS de 30 de mayo de 1988 (Ar. 4230)
STS de 1 de junio de 1988 (Ar. 546)

STS de 6 de junio de 1988 (Ar. 4674)
STS de 13 de junio de 1988 (Ar. 5235)
STS de 13 de junio de 1988 (Ar. 5282)
STS de 14 de junio de 1988 (Ar. 5928)
STS de 21 de junio de 1988 (Ar. 6029)
STS de 30 de junio de 1988 (Ar. 3636)
STS de 11 de octubre de 1988 (Ar 5447)
STS de 18 de octubre de 1988 (Ar 7800)
STS de 17 de noviembre de 1988 (Ar. 8111)
STS de 21 de noviembre de 1988 (Ar. 8600)
STS de 12 de diciembre de 1988 (Ar. 8843)
STS de 16 de diciembre de 1988 (Ar 9601)
STS de 16 de diciembre de 1988 (Ar. 9841)
STS de 20 de diciembre de 1988 (Ar.9878)
STS de 25 de enero de 1989 (Ar 295)
STS de 13 de febrero de 1989 (Ar. 9201)
STS de 29 de junio de 1989 (Ar. 4856)
STS de 12 de julio de 1989 (Ar. 5462)
STS de 2 de noviembre de 1989 (Ar. 7993)
STS de 7 de noviembre de 1989 (Ar. 8018)
STS de 15 de noviembre de 1989 (Ar. 8062)
STS de 18 de diciembre de 1989 (Ar. 9041)
STS de 21 de diciembre de 1989 (Ar. 9065)
STS de 21 de febrero de 1990 (Ar. 1075)
STS de 26 de febrero de 1990 (Ar. 1233)
STS de 26 de febrero de 1990 (Ar. 1912)
STS de 28 de febrero de 1990 (Ar. 1250)
STS de 9 de marzo de 1990 (Ar. 1990)
STS de 27 de marzo de 1990 (Ar. 2353)
STS de 10 de abril de 1990 (Ar. 3452)
STS de 24 de abril de 1990 (3492)
STS de 11 de mayo de 1990 (Ar. 4308).

STS de 25 de julio de 1990 (Ar. 6475)
STS de 29 de octubre de 1990 (Ar. 7937)
STS 22 de diciembre de 1990 (Ar. 9823)
STS de 12 de febrero de 1991 (Ar. 830)
STS de 26 de abril de 1991 (Ar. 3390)
STS de 6 de mayo de 1991 (Ar. 3791)
STS de 1 de julio de 1991 (Ar. 6408)
STS de 8 de octubre de 1991 (Ar. 7741)
STS de 18 de noviembre de 1991 (Ar. 8247)
STS de 25 de febrero de 1992 (Ar. 1376)
STS de 16 de marzo de 1992 (Ar. 1652)
STS de 8 de abril de 1992 (Ar. 2611)
STS de 14 de abril de 1992 (Ar. 2650)
STS de 22 de abril de 1992 (Ar. 2669)
STS de 29 de mayo de 1992 (Ar. 3619)
STS de 2 de junio de 1993 (Ar. 4534)
STS de 8 de junio de 1992 (Ar. 4538)
STS de 10 de junio de 1992 (Ar. 4562)
STS de 10 de junio de 1992 (Ar. 4563)
STS de 12 de junio de 1992 (Ar.8276)
STS de 10 de julio de 1992 (Ar. 5602)
STS de 1 de julio de 1993 (Ar. 6879)
STS de 14 de octubre de 1992 (Ar. 7634)
STS de 15 de octubre de 1993 (Ar 7604)
STS de 24 de octubre de 1992 (Ar. 7680)
STS de 30 de octubre de 1992 (Ar. 10347)
STS de 6 de noviembre de 1992 (Ar. 8788)
STS de 17 de noviembre de 1992 (Ar. 8816)
STS de 23 de noviembre de 1992 (Ar. 8829)
STS de 21 de diciembre de 1992 (Ar. 10350)
STS de 29 de diciembre de 1992 (Ar. 10378)
STS de 10 de marzo de 1993 (Ar 1848)

STS de 18 de marzo de 1993 (Ar. 1872)
STS de 22 de marzo de 1993 (Ar. 2198)
STS de 25 de marzo de 1983 (Ar. 2207)
STS de 1 de abril de 1993 (Ar. 2896)
STS de 1 de abril de 1993 (Ar. 2897)
STS de 7 de abril de 1993 (Ar. 2916)
STS de 20 de abril de 1993 (Ar. 3341)
STS de 30 de abril de 1993 (Ar. 2014)
STS de 3 de mayo de 1993 (Ar. 4017)
STS de 6 de mayo de 1993 (Ar. 7298)
STS de 26 de mayo de 1993 (Ar. 6374)
STS de 18 de junio de 1993 (Ar. 4766)
STS de 21 de junio de 1993 (Ar. 4772)
STS de 23 de junio de 1993 (Ar. 4779)
STS de 25 de junio de 1993 (Ar. 4923)
STS de 1 de julio de 1993 (Ar. 6879)
STS de 7 de julio de 1993 (Ar. 5967)
STS de 9 de julio de 1993 (Ar. 5558)
STS de 27 de julio de 1993 (Ar. 5992)
STS de 27 de julio de 1993 (Ar. 5999)
STS de 27 de septiembre de 1993 (Ar. 7042)
STS de 15 de octubre de 1993 (Ar. 7604).
STS de 15 de octubre de 1993 (Ar. 9216)
STS de 18 de octubre de 1993 (Ar. 7836)
STS de 18 de octubre de 1993 (Ar. 9617)
STS de 23 de octubre de 1993 (Ar 8060)
STS 23 de octubre de 1993 (Ar 8061)
STS de 25 de octubre de 1993 (Ar. 863/1994)
STS de 17 de noviembre de 1993 (Ar. 5052)
STS de 23 de noviembre de 1993 (Ar. 8938)
STS de 29 de noviembre de 1993 (Ar. 9091)
STS de 10 de diciembre de 1993 (Ar. 9771)

STS de 13 de diciembre de 1993 (Ar. 9779)
STS de 15 de diciembre de 1993 (Ar. 9951)
STS de 15 de diciembre de 1993 (Ar. 9960)
STS de 27 de diciembre de 1993 (Ar. 10011)
STS de 29 de diciembre de 1993 (Ar. 10075)
STS de 14 de febrero de 1994 (Ar.1039)
STS de 4 de marzo de 1994 (Ar. 2055)
STS de 14 de febrero de 1994 (Ar. 1039)
STS de 17 de febrero de 1994 (Ar. 2477)
STS de 24 de febrero de 1994 (Ar. 2481)
STS de 25 de febrero de 1994 (Ar. 2481)
STS de 28 de febrero de 1994 (Ar. 1529)
STS de 2 de marzo de 1994 (Ar. 2048)
STS de 4 de marzo de 1994 (Ar. 2055)
STS de 25 de marzo de 1994 (Ar. 2636)
STS de 14 de abril de 1994 (Ar. 3241)
STS de 14 de abril de 1994 (Ar. 3290)
STS de 15 de abril de 1994 (Ar. 3246).
STS de 3 de mayo de 1994 (Ar. 3990)
STS de 11 de mayo de 1994 (Ar. 6838)
STS de 18 de mayo de 1994 (Ar. 4216)
STS de 21 de mayo de 1994 (Ar. 4292)
STS de 14 de junio de 1994 (Ar. 5433)
STS de 20 de junio de 1994 (Ar. 5458)
STS de 20 de junio de 1994 (Ar. 5460)
STS de 30 de junio de 1994 (Ar. 5510)
STS de 4 de julio de 1994 (Ar. 6333)
STS de 12 de julio de 1994 (Ar. 6558)
STS de 16 de julio de 1994 (Ar. 6671)
STS de 21 de julio de 1994 (Ar. 7060)
STS de 20 de septiembre de 1994 (Ar. 7729)
STS de 4 de octubre de 1994 (Ar. 7741)

STS de 28 de octubre de 1994 (Ar. 8257)
STS de 28 de octubre de 1994 (Ar. 9719)
STS de 12 de noviembre de 1994 (Ar. 8609)
STS de 21 de noviembre de 1994 (Ar. 9722)
STS de 7 de diciembre de 1994 (Ar. 9959)
STS de 19 de diciembre de 1994 (Ar. 10699)
STS de 22 de diciembre de 1994 (Ar/1995 511)
STS de 23 de diciembre de 1994 (Ar/1995 512)
STS de 30 de diciembre de 1994 (Ar. 10528)
STS de 23 de enero de 1995 (Ar. 398)
STS de 24 de enero de 1995 (Ar.404)
STS de 24 de enero de 1995 (Ar. 405)
STS de 30 de enero de 1995 (Ar. 529)
STS de 31 de enero de 1995 (Ar. 678)
STS de 3 de marzo de 1995 (Ar. 1743)
STS de 13 de marzo de 1995 (Ar. 1765)
STS de 13 de marzo de 1995 (Ar. 1768)
STS de 14 de marzo de 1995 (Ar. 2768)
STS de 27 de marzo de 1995 (Ar. 2344)
STS de 27 de marzo de 1995 (Ar. 2560)
STS de 8 de junio de 1995 (Ar. 4770)
STS de 19 de junio de 1995 (Ar. 5202)
STS de 19 de junio de 1995 (Ar. 5206)
STS de 25 de julio de 1995 (Ar. 6720)
STS de 2 de octubre de 1995 (Ar. 7093)
STS de 7 de octubre de 1995 (Ar. 7568)
STS de 10 de noviembre de 1995 (Ar. 8401)
STS (sala 3ª) de 10 de noviembre de 1995 (Ar. 8838)
STS de 21 de noviembre de 1995 (Ar. 86855)
STS de 22 de noviembre de 1995 (Ar. 8682)
STS 23 de noviembre de 1995 (Ar. 8685)
STS de 28 de noviembre de 1995 (Ar. 8768)

STS de 7 de diciembre de 1995 (Ar. 9081)
STS de 7 de diciembre de 1995 (Ar. 9893)
STS de 27 de mayo de 1996 (Ar. 4681)
STS de 29 de mayo de 1996 (Ar. 4704)
STS de 30 de mayo de 1996 (Ar. 4707)
STS de 31 de mayo de 1996 (Ar. 4715)
STS de 21 de junio de 1996 (Ar. 4772)
STS de 11 de junio de 1996 (Ar. 5057)
STS de 19 de junio de 1996 (Ar. 5177)
STS de 22 de noviembre de 1996 (Ar. 9451)
STS de 10 de enero de 1997 (Ar. 828)
STS de 7 de febrero de 1997 (Ar. 1168)
STS de 10 de febrero de 1997 (Ar. 1248)
STS de 13 de febrero de 1997 (Ar. 1264)
STS de 20 de febrero de 1997 (Ar. 1574)
STS de 6 de marzo de 1997 (Ar. 2255)
STS de 17 de marzo de 1997 (Ar. 2562)
STS de 1 de abril de 1997 (Ar. 3044)
STS de 23 de junio de 1997 (Ar. 5136)
STS de 17 de diciembre de 1997 (Ar. 9481)
STS de 27 de enero de 1998 (Ar. 1144)
STS de 6 de marzo de 1998 (Ar. 2370)
STS de 1 de abril de 1998 (Ar. 2689)
STS de 7 de mayo de 1998 (Ar. 4584)
STS de 1 de junio de 1998 (Ar. 4936).
STS de 18 de junio de 1998 (Ar. 5409)
STS de 23 de junio de 1998 (Ar. 5480)
STS de 21 de septiembre de 1998 (Ar. 7869)
STS de 19 de octubre de 1998 (Ar. 8546)
STS de 19 de noviembre de 1998 (Ar. 10007)
STS de 3 de diciembre de 1998 (Ar. 10194)
STS de 10 de marzo de 1999 (Ar. 2910)

STS de 12 de marzo de 1999 (Ar. 3752)
STS de 15 de marzo de 1999 (Ar. 3751)
STS de 16 de marzo de 1999 (Ar. 3753)
STS de 22 de marzo de 1999 (Ar. 3229)
STS de 30 de marzo de 1999 (Ar. 3773)
STS de 28 de abril de 1999 (Ar. 4652)
STS de 11 de mayo de 1999 (Ar. 5782)
STS de 12 de mayo de 1999 (Ar. 4819)
STS de 25 de mayo de 1999 (Ar. 4991).
STS de 7 de junio de 1999 (Ar. 5205).
STS de 21 de junio de 1999 (Ar. 5226).
STS de 14 de diciembre de 1999 (Ar. 9815)
STS de 20 de enero de 2000 (Ar. 984)
STS de 8 de marzo de 2000 (Ar. 2612)

4. SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

STSJ de Madrid de 14 de junio de 1989 (Ar. 596)
STSJ de Madrid de 30 de junio de 1989 (Ar. 767)
STSJ de Madrid de 10 de octubre de 1989 (Ar. 2118)
STSJ de Madrid de 25 de octubre de 1989 (Ar. 2144)
STSJ de Madrid, de 16 de noviembre de 1989 (Ar. 2650)
STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 1989 (Ar. 3199)
STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 2 de enero de 1990 (Ar. 3234)
STSJ de Madrid, de 21 de febrero de 1990 (Ar. 1975)
STSJ de Madrid de 19 de marzo de 1990 (Ar. 1407)
STSJ de Castilla y León/Valladolid de 22 de octubre de 1990 (Ar. 3454)
STSJ de Madrid de 6 de febrero de 1991 (Ar. 1357)
STSJ de Asturias de 15 de febrero de 1991 (Ar. 1231)
STSJ de Castilla y León/Valladolid de 18 de febrero de 1991 (Ar. 1321)

STSJ de Galicia de 6 de marzo de 1991 (Ar. 1752)
STSJ de Galicia de 10 de abril de 1991 (Ar. 2411)
STSJ de Castilla y León/Valladolid de 11 de junio de 1991 (Ar. 3816)
STSJ de Galicia de 18 de julio de 1991 (Ar. 4586)
STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 1991 (Ar. 5074)
STSJ de Madrid de 30 de octubre de 1991 (Ar. 5970)
STSJ de Galicia de 30 de octubre de 1991 (Ar. 5404)
STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 1991 (Ar. 5682)
STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 1991 (Ar. 6131)
STSJ de Andalucía/Málaga de 14 de noviembre de 1991 (Ar. 6316)
STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 1991 (Ar. 6729)
STSJ de Madrid de 10 de enero de 1992 (Ar. 414)
STSJ de Asturias de 18 de marzo de 1992 (Ar. 1147)
STSJ de Cataluña de 10 de abril de 1992 (Ar. 2260)
STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 1992 (Ar. 2874)
STSJ de Aragón de 3 de junio de 1992 (Ar. 3068)
STSJ de Galicia de 18 de junio de 1992 (Ar. 3053)
SSTSJ Navarra de 27 de julio de 1992 (Ar. 3823)
STSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de julio de 1992 (Ar. 3536)
STSJ de Galicia de 7 de octubre de 1992 (Ar. 4986)
STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de octubre de 1992 (Ar. 5313)
STSJ de Cantabria de 11 de enero de 1993 (Ar. 194)
STSJ de Asturias de 15 de enero de 1993 (Ar. 73)
STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1993 (Ar. 782)
STSJ de Galicia de 15 de febrero de 1993 (Ar. 753)
STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1993 (Ar. 1497);
STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de marzo de 1993 (Ar. 1601)
STSJ Canaria/Santa Cruz de Tenerife de 24 de marzo de 1993 (Ar. 1186)
STSJ de la Rioja de 6 de abril de 1993 (Ar. 1898)
STSJ de Castilla y León/Valladolid de 20 de abril de 1993 (Ar. 2094)
STSJ de Castilla y León/Valladolid de 24 de abril de 1993 (Ar. 2106)
STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de abril de 1993 (Ar. 2157)

STSJ de Castilla y León/Valladolid de 4 de mayo de 1993 (Ar. 2415)
STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 1993 (Ar. 2654)
STSJ de Cataluña de 2 de julio de 1993 (Ar. 3538)
STSJ de Andalucía/Sevilla de 5 de julio de 1993 (Ar. 3513)
STSJ del País Vasco de 29 de julio de 1993 (Ar. 3391)
STSJ de Madrid de 2 de septiembre de 1993 (Ar. 4154)
STSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 1993 (Ar. 3840)
STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 1993 (Ar. 4532)
STSJ de la Rioja 14 de octubre de 1993 (Ar. 4267)
STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 1993 (Ar. 4562)
STSJ de Cataluña de 28 de octubre de 1993 (Ar. 4576)
STSJ de Asturias de 28 de octubre de 1993 (Ar. 4284)
STSJ del País Vasco de 29 de octubre de 1993 (Ar. 4306)
STSJ de Galicia de 18 de noviembre de 1993 (Ar. 4740)
STSJ de Castilla y León/Burgos de 13 de diciembre de 1993 (Ar. 5182)
STSJ de Cataluña de 20 de diciembre de 1993 (Ar. 5313)
STSJ de Extremadura de 30 de diciembre de 1993 (Ar. 5147)
STSJ de Castilla y León de 11 de enero de 1994 (Ar. 257)
STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de enero de 1994 (Ar. 351)
STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 1994 (Ar. 544)
STSJ de Madrid de 23 de febrero de 1994 (Ar. 872)
STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 1994 (Ar. 742)
STSJ del País Vasco de 14 de marzo de 1994 (Ar. 967)
STSJ de Madrid de 15 de marzo de 1994 (Ar. 1158)
STSJ de Madrid de 4 de abril de 1994 (Ar. 1559)
STSJ de Andalucía/Granada de 4 de mayo de 1994 (Ar. 2119)
STSJ de Galicia de 13 de junio de 1994 (Ar. 2509)
STSJ de Madrid de 5 de julio de 1994 (Ar. 3135)
STSJ de Madrid de 7 de septiembre de 1994 (Ar. 3593)
STSJ del País Vasco de 13 de septiembre de 1994 (Ar. 3565)
STSJ de Madrid de 18 de noviembre de 1994 (Ar. 4620)
STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 1994 (Ar. 4416)

STSJ de Murcia de 12 de abril de 1994 (Ar. 1502)
STSJ de Asturias de 15 de abril de 1994 (Ar. 1543)
STSJ de Cantabria de 6 de mayo de 1994 (Ar. 1912)
STSJ de Andalucía/Málaga de 10 de mayo de 1994 (Ar.2142)
STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 1994 (Ar. 2084)
STSJ de Galicia, de 13 de junio de 1994 (Ar. 2509)
STSJ de Andalucía/Málaga de 24 de junio de 1994 (Ar. 2349)
STSJ de Cantabria de 29 de septiembre de 1994 (Ar. 3334)
STSJ de Madrid de Madrid de 8 de noviembre de 1994 (Ar. 4591)
STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 1994 (Ar. 4399)
STSJ de Aragón de 1 de enero de 1995 (Ar. 464)
STSJ de Castilla y León/Burgos de 26 de enero de 1995 (Ar. 46)
STSJ de Andalucía/Granada de 8 de marzo de 1995 (Ar. 1039)
STSJ Galicia de 17 de marzo de 1995 (Ar. 975)
STSJ de Madrid de 30 de marzo de 1995
STSJ de Asturias de 31 de marzo de 1995 (Ar. 945)
STSJ de Navarra de 3 de abril de 1995 (Ar. 1346)
STSJ del País Vasco de 6 de abril de 1995 (Ar. 1405)
STSJ de Andalucía/Granada de 10 de mayo de 1995 (Ar. 2070).
STSJ de Andalucía/Granada de 10 de mayo de 1995 (Ar. 2072)
STSJ de Galicia de 13 de junio de 1995 (Ar. 2796)
STSJ de Galicia de 5 de julio de 1995 (Ar. 2837)
STSJ de Galicia de 13 de julio de 1995 (Ar. 2794)
STSJ de Castilla y León/Valladolid de 18 de julio de 1995 (Ar. 2959).
STSJ Castilla y León/Valladolid de 26 de julio de 1995 (Ar. 2966)
STSJ de Asturias de 27 de septiembre de 1995 (Ar. 3645)
STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 1995 (Ar. 3192)
STSJ de Madrid de 11 de octubre de 1995 (Ar. 3901)
STSJ de Andalucía/Sevilla de 10 de noviembre de 1995 (Ar. 4503)
STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 1995 (Ar. 4337)
STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 1995 (Ar. 4346)
STSJ de Andalucía de 7 de diciembre de 1995 (Ar. 4863)

STSJ de Andalucía de 29 de diciembre de 1995 (Ar. 4878);
STSJ de Navarra de 30 de diciembre de 1995 (Ar. 4684)
STSJ de Galicia de 31 de enero de 1996 (Ar. 697)
STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 1996 (Ar. 1081)
STSJ de Navarra de 27 de febrero de 1996 (Ar. 949)
STSJ de Galicia de 12 de marzo de 1996 (Ar. 597)
STSJ de Castilla y León/Valladolid de 12 de marzo de 1996 (Ar. 1136)
STSJ del País Vasco de 15 de marzo de 1996 (Ar. 475)
STSJ de Castilla y León de 18 de marzo de 1996 (Ar. 459)
STSJ de Madrid de 8 de abril de 1996 (Ar. 1338)
STSJ de Castilla y León/Burgos de 17 de mayo de 1996 (Ar. 1515)
STSJ de Madrid de 17 de abril de 1996 (Ar. 1352)
STSJ de Madrid de 29 de abril de 1996 (Ar. 2039)
STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 1996 (Ar. 2229)
STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de mayo de 1996 (Ar. 1684)
STSJ de Galicia de 30 de mayo de 1996 (Ar. 2210)
STSJ de Cataluña de 7 de junio de 1996 (Ar. 3363).
STSJ de Castilla y León/Burgos 17 de junio de 1996 (Ar. 2596)
STSJ de Cataluña de 27 de junio de 1996 (Ar. 3390)
STSJ de Galicia de 27 de junio de 1996 (Ar. 2399)
STSJ de Galicia de 29 de junio de 1996 (Ar. 1781)
STSJ de Cataluña de 5 de julio de 1996 (Ar. 2913)
STSJ de Cataluña de 19 de julio de 1996 (Ar. 4178)
STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 1996 (Ar. 3631)
STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de septiembre de 1996 (Ar. 2770)
STSJ de Andalucía/Granada de 2 de octubre de 1996 (Ar. 4401)
STSJ de Asturias de 25 de octubre de 1996 (Ar. 4283)
STSJ de Galicia de 29 de octubre de 1996 (Ar. 2992)
STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 1996 (Ar. 4087)
STSJ País Vasco de 5 de noviembre de 1996 (Ar. 3756)
STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 1996 (Ar. 4093)
STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 1996 (Ar. 3867)

STSJ de La Rioja de 3 de diciembre de 1996 (Ar. 4708)
STSJ de Cantabria de 11 de diciembre de 1996 (Ar. 4046)
STSJ de Baleares de 30 de diciembre de 1996 (Ar. 4065)
STSJ de Castilla y León/Burgos de 31 de diciembre de 1996 (Ar. 4022)
STSJ de Galicia de 2 de enero de 1997 (Ar. 1)
STSJ de Castilla y León de 7 de enero de 1997 (Ar. 283)
STSJ de Cantabria de 10 de enero de 1997 (Ar. 34)
STSJ de Andalucía/Sevilla de 10 de enero de 1997 (Ar. 2561)
STSJ de Galicia de 17 de enero de 1997 (Ar. 159)
STSJ de Galicia de 30 de enero de 1997 (Ar. 171)
STSJ de Galicia de 31 de enero de 1997 (Ar. 172);
STSJ de Madrid de 7 de febrero de 1997 (Ar. 388)
STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de febrero de 1997 (Ar. 3032)
STSJ de Galicia de 18 de febrero de 1997 (Ar. 314)
STSJ de Galicia de 10 de marzo de 1997 (Ar. 546)
STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 1997 (Ar. 1840)
STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 1997 (Ar. 1855)
STSJ de Cataluña de 4 de abril de 1997 (Ar. 2006)
STSJ de Aragón de 15 de abril de 1997 (Ar. 1990)
STSJ de Andalucía/Sevilla de 24 de abril de 1997 (Ar. 2775)
STSJ de Castilla y León/Burgos de 12 de mayo de 1997 (Ar. 1548).
STSJ de la Rioja de 27 de mayo de 1997 (Ar. 1911)
STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 1997 (Ar. 1973)
STSJ de Andalucía/Sevilla de 7 de abril de 1997 (Ar. 4506)
STSJ de Cantabria de 28 de abril de 1997 (Ar. 1434)
STSJ de Murcia de 30 de abril de 1997 (Ar. 1979)
STSJ de Madrid de 8 de mayo de 1997 (Ar. 1713)
STSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de mayo de 1997 (Ar. 1709)
STSJ de Castilla- La Mancha de 3 de junio de 1997 (Ar. 3609)
STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de junio de 1997 (Ar. 1927)
STSJ de La Rioja de 19 de junio de 1997 (Ar. 2284).
STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de junio de 1997 (Ar. 2083)

STSJ de Galicia de 9 de julio de 1997 (Ar. 2824)
STSJ de Cataluña de 28 de julio de 1997 (Ar. 3143)
STSJ de Andalucía/Málaga de 2 de septiembre de 1997 (Ar. 3208).
STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 1997 (Ar. 3592)
STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 1997 (Ar.3714)
STSJ de Castilla y León/Burgos de 3 de noviembre de 1997 (Ar. 3950)
STSJ de Castilla y León/Burgos de 10 de noviembre de 1997 (Ar. 4135)
STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de septiembre de 1997 (Ar. 3897)
STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 1997 (Ar. 3156)
STSJ de Cantabria de 13 de octubre de 1997 (Ar. 3673)
STSJ de Galicia de 17 de octubre de 1997 (Ar. 3456).
STSJ de Castilla y León/Valladolid de 11 de noviembre de 1997 (Ar. 3691)
STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 1997 (Ar. 3945)
STSJ de Andalucía/Málaga de 17 de noviembre de 1997 (Ar. 4406)
STSJ de La Rioja de 20 de enero de 1998 (Ar. 167)
STSJ de Galicia de 23 de enero de 1998 (Ar. 9)
STSJ de La Rioja de 20 de enero de 1998 (Ar. 167)
STSJ de Galicia de 23 de enero de 1998 (Ar. 9)
STSJ de Andalucía/Málaga de 6 de febrero de 1998 (Ar. 1239)
STSJ de Murcia de 24 de febrero de 1998 (Ar. 529)
STSJ de Madrid de 12 de marzo de 1998 (Ar. 793)
STSJ de Murcia de 16 de marzo de 1998 (Ar. 5525)
STSJ de Andalucía/Sevilla de 18 de marzo de 1998 (Ar. 1963)
STSJ de Galicia de 30 de marzo de 1998 (Ar.340)
STSJ de Cataluña de 1 de abril de 1998 (Ar 2048)
STSJ de Cataluña de 2 de abril de 1998 (Ar. 2059)
STSJ de Cataluña de 8 de abril de 1998 (Ar. 2366)
STSJ de Cantabria de 14 de abril de 1998 (Ar. 2084)
STSJ de Andalucía/Sevilla de 16 de abril de 1998 (Ar. 2187)
STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 1998 (Ar. 3928)
STSJ de Baleares de 24 de abril de 1998 (Ar. 1538)
STSJ de Cataluña de 27 de abril de 1998 (Ar. 2070)

STSJ de Madrid de 14 de mayo de 1998 (Ar. 1773)
STSJ de Galicia de 28 de mayo de 1998 (Ar. 1613)
STSJ de Cataluña de 6 de junio de 1998 (Ar. 3072)
STSJ de Madrid de 16 de junio de 1998 (Ar. 2592)
STSJ de Cataluña de 10 de julio de 1998 (Ar. 3190)
STSJ de Asturias de 19 de junio de 1998 (Ar. 2400)
STSJ de Cataluña de 25 de junio de 1998 (Ar. 3624)
STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 1998 (Ar. 3938)
STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 26 de octubre de 1998 (Ar. 4420)
STSJ de Castilla-La Mancha, de 29 de octubre de 1998 (Ar. 4340)
STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de diciembre de 1998 (Ar. 4886)
STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 1998 (Ar. 4626)
STSJ de Castilla y León/Valladolid de 18 de enero de 1999 (Ar. 2094)
STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999 (Ar. 252)
STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 1999 (Ar. 1794)
STSJ de Andalucía/Málaga de 20 de marzo de 1999 (Ar. 1809)
STSJ de Cataluña de 27 de abril de 1999 (Ar. 2011)
STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de abril de 1999 (Ar. 2400)
STSJ Castilla La Mancha de 30 de abril de 1999 (Ar. 1566)
STSJ de Canarias/Las Palmas de 21 de mayo de 1999 (Ar. 2661)
STSJ de Galicia de 29 de junio de 1999 (Ar. 2150)
STSJ de Andalucía/Sevilla de 30 de junio de 1999 (Ar. 3135)
STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de julio de 1999 (Ar. 4675)
STSJ de Cantabria de 13 de julio de 1999 (Ar. 3384)
STSJ de Madrid de 20 de julio de 1999 (Ar. 2940)
STSJ de Madrid de 22 de julio de 1999 (Ar. 2179)
STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 1998 (Ar. 3928)
STSJ de Castilla y León/Burgos de 27 de septiembre de 1999 (Ar. 4479)
STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 1999 (Ar. 3170)
STSJ de Aragón de 28 de septiembre de 1999 (Ar. 2909)
STSJ Andalucía/Sevilla de 30 de septiembre de 1999 (Ar. 4578)
STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1999 (Ar. 4207)

STSJ de Castilla y León/Valladolid de 2 de noviembre de 1999 (Ar. 4676)
STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 1999 (Ar. 4021)
STSJ de Cantabria de 11 de noviembre de 1999 (Ar. 4447)
STSJ de Asturias de 26 de noviembre de 1999 (Ar. 3874)
STSJ de Aragón de 13 de diciembre de 1999 (Ar. 4035)
STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 20 de diciembre de 1999 (Ar. 4471)
STSJ de Galicia de 21 de enero de 2000 (Ar. 53)
STSJ de Cantabria de 1 de febrero de 2000 (Ar. 185)
STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2000 (Ar. 202)
STSJ de Andalucía/Málaga de 24 de marzo de 2000 (Ar. 605)

5. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO.

STCT de 7 de octubre de 1980 (Ar. 3969)
STCT de 6 de diciembre de 1980 (Ar. 6455)
STCT de 3 de febrero de 1981 (Ar. 676)
STCT de 24 de febrero de 1981 (Ar. 1278)
STCT de 19 de junio de 1981 (Ar. 4206)
STCT de 19 de junio de 1981 (Ar. 4202)
STCT de 2 de julio de 1981 (Ar. 4657)
STCT de 23 de diciembre de 1981 (Ar. 7700)
STCT de 11 de febrero de 1982 (Ar. 796)
STCT de 19 de enero de 1983 (Ar. 477)
STCT de 1 de marzo de 1983 (Ar. 1691)
STCT de 29 de abril de 1983 (Ar. 3679)
STCT de 23 de mayo de 1983 (Ar. 4600)
STCT de 28 de mayo de 1983 (Ar. 4878)
STCT de 27 de julio de 1983 (Ar. 7251)
STCT de 12 de septiembre de 1983 (Ar. 7673)
STCT de 22 de septiembre de 1983 (Ar. 7673)

STCT de 11 de octubre de 1983 (Ar. 8377)
STCT, de 26 de octubre de 1983 (Ar. 8852 y 8868)
STCT de 22 de noviembre de 1983 (Ar. 9958)
STCT de 26 de noviembre de 1983 (Ar. 10126)
STCT de 26 de noviembre de 1983 (Ar. 10150)
STCT de 4 de octubre de 1984 (Ar. 7411 y 7412)
STCT de 10 de octubre de 1984 (Ar. 7539)
STCT de 31 de octubre de 1984 (Ar. 8224)
STCT de 3 de diciembre de 1984 (Ar. 9273)
STCT de 18 de noviembre de 1985 (Ar. 6255)
STCT de 19 de noviembre de 1985 (Ar. 6292)
STCT de 7 de diciembre de 1985 (Ar. 6802)
STCT de 21 de marzo de 1986 (Ar. 1900),
STCT de 24 de abril de 1986 (Ar. 2751)
STCT de 23 de junio de 1986 (Ar. 4813)
STCT de 3 de septiembre de 1986 (Ar. 7314 a 7330) (16 sentencias)
STCT de 4 de septiembre de 1986 (Ar. 7381)
STCT de 11 de septiembre de 1986 (Ar. 7607)
STCT de 24 de septiembre de 1986 (Ar. 8397)
STCT de 1 de octubre de 1986 (Ar. 8755)
STCT de 14 de noviembre de 1986 (Ar. 11575)
STCT de 3 de marzo de 1987 (Ar. 4733)
STCT de 12 de mayo de 1987 (Ar. 4733 y 9801)
STCT de 20 de mayo de 1987 (Ar. 10766)
STCT de 15 de junio 1987 (Ar 13122)
STCT de 22 de enero de 1988 (Ar. 1251)
STCT de 25 de enero de 1988 (Ar. 1260)
STCT de 26 de enero de 1988 (Ar. 1289)
STCT de 28 de enero de 1988 (Ar. 1320)
STCT de 20 de septiembre de 1988 (Ar. 6006)
STCT de 10 de noviembre de 1988 (Ar. 7850)
STCT de 7 de diciembre de 1988 (Ar. 8445)

STCT de 12 de diciembre de 1988 (Ar. 8471)

STCT de 20 de diciembre de 1988 (Ar. 8594)

STCT de 26 de diciembre de 1988 (Ar. 8588).

STCT de 22 de mayo de 1989 (Ar. 4006)

BIBLIOGRAFIA.

1. MANUALES. OBRAS GENERALES.

AA.VV., "Derecho de la Seguridad Social". Dir. DE LA VILLA GIL, L.E., Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 1999.

AA.VV., "Enciclopedia de la Seguridad Social (CISS)", 6ª edición, Valencia, 1999.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Compendio de Seguridad Social". Ed. Técnos, Madrid, 1991

ALMANSA PASTOR, M., "Derecho de la Seguridad Social". Ed. Técnos, 7ª edición, Madrid, 1991.

ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M.E., "Derecho del Trabajo". Ed. Civitas, 16ª edición, Madrid, 1998.

ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., "Instituciones de la Seguridad Social". Ed. civitas. 16ª edición 1999.

BAYÓN CHACÓN, G; y PÉREZ BOTIJA, E., "Manual de Derecho del Trabajo". Madrid, 12ª edición 1978-79.

BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J., y MOMPALER CARRASCO, Mª A., "Curso de Seguridad Social". Ed. Tirant lo Blanch 6ª edición, 1999.

BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J., y MOMPALER CARRASCO, M^a A., "Regímenes especiales de la Seguridad Social". Ed. Tirant lo Blanch 6^a edición, 1996.

BUSSI, B; e PERSIANI, M. "Trattato di Previdenza Sociale". CEDAM (Casa editrice Dott. Antonio Milani), Padova, 1974.

CINELLI, M., "Diritto della Previdenza Sociale". G. Giappichelli Editore. Torino, 1998.

GOÑI MORENO, "Derecho de la previsión social". I. Parte General. Ediar, Sociedad Anónima de Editores, Buenos Aires, 1956.

HERNAINZ, MÁRQUEZ, M., "Tratado elemental de derecho social". Instituto de estudios políticos, 12 edición, 1997.

HERNÁEZ MANRIQUE, J., y TENÉS ITURRI, R., "Lecciones de Seguridad Social". 2^a edición, San Sebastián, 1998.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J., "Derecho del Trabajo". Ed Técnos, 8^a edición, Madrid, 1999.

MAZZIOTTI, F., "Diritto della Previdenza Sociale". Editoriale Scientifica. Napoli, 1998.

MONTALVO CORREA, J., "Fundamentos de derecho del trabajo". Ed Civitas, 1975.

MONTOYA MELGAR, A., "Derecho del Trabajo". Ed Técnos, 19^a edición, Madrid, 1999.

ORDEIG FOS, J.M., "El Sistema Español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)". Edersa, Madrid, 5^a edición actualizada, 1993.

PALOMEQUE LÓPEZ Y ALVAREZ DE LA ROSA; "Derecho del Trabajo". Ed Centro de estudios Ramón Areces, S.A 7^a edición. Madrid, 1999.

PERSIANI, M., "Diritto della Previdenza Sociale". Decima Edizione Rivedutta e Aggiornata, CEDAM, Padova, 1998.

RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., GORELLI HERNÁNDEZ, J., y VILCHEZ PORRAS, M., "Sistema de Seguridad Social". Ed Técnos, Madrid, 1999.

VAZQUEZ VIALARD, A., "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". 6ª edición, ed Astrea, Buenos Aires, 1994.

VENTURA PRAT, J.Mª., "Drecho de la Seguridad Social contributiva". Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

VILLA GIL, L.E., GARCÍA BECEDAS, G., y GARCÍA PERROTE, I., "Instituciones de Derecho del Trabajo" Ed. Ceura, 2ª edición, 1991.

VILLA GIL, L.E. (dir); y GARCÍA PERROTE, I., y MERCADER UGUINA, J (coord)., "Derecho de la Seguridad Social". Valencia, 1999, Tirant lo Blanch.

2. POLIOGRAFÍAS. OBRAS COLECTIVAS

AA.VV., "Los Seguros Sociales". Madrid. 1956. Ed Rialp, S.A.

AA.VV., "Dieciseis Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social". Madrid, Facultad de Derecho, UCM, 1972.

AA.VV., "La estructura actual de la Seguridad Social española y su reforma". Instituto de estudios de sanidad y Seguridad Social. Ministerio de Trabajo, Sanidad y seguridad Social. Servicio de Publicaciones. Madrid. 1981.

AAVV. "La jubilación". RSS, nº 16, 1982.

AA.VV., "El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80" III Coloquio sobre Relaciones Laborales, Jaca, 23-25 de septiembre, 1982, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1983.

AA.VV., "Il sistema pensionistico. Un riesame", a cura di Pizzuti, F.R., y Rey, G.M., Il Mulino, Bologna, 1990.

AA.VV "Historia de la acción pública en España. Beneficiencia y Previsión". Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid. 1990.

AA.VV., "El jubilado ante su futuro: plan de preparación a la jubilación". Ed. Ministerio de Asuntos Sociales. INSERSO, Madrid, 1991.

AA.VV., "Espacio Social Europeo" Ed. Lex Nova. Valladolid. 1991.

AA.VV., "Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales". MTySS, Madrid, 1992.

AA.VV., "Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado único europeo". Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social (MTySS). Madrid, 1993.

AA.VV., "Dret de la Seguretat Social". CGPJ. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Sept. 1994.

AA.VV., "Una aproximación pluridisciplinar al entorno de la vejez". SG. Editores S.A. Fundación Caja de Madrid, Barcelona, 1994.

AA.VV., "La seguridad social internacional: convenios bilaterales y derecho comunitario". Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Madrid, 1994.

AA.VV., "Quand vient le temps de la retraite" en "Cinquante ans de Sécurité Social... et après?". Bruylant, Bruxelles, 1995.

AA.VV., "Política de empleo y protección social" en "Segundas Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social", Coord. V.A., MARTÍNEZ ABASCAL, Ed. Signo, SA, Barcelona, 1996.

AA.VV., "Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad" coord. Julia López López, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1996.

AA.VV., "Seguridad Social Internacional". Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1998.

AA.VV., "La riforma delle pensioni. Guida pratica all'applicazione della Riforma Dini come modificata dalla Finanziaria 1998". Quarta edizione. Il Sole 24 Ore S.p.A, Milano, 1998.

AA.VV., "La reforma de la pensión de jubilación (I) y (II)" Tribuna Social (TS), nº 94 y 95, 1998.

AA.VV. "Prontuario de Seguridad Social" dirigida por SAGARDOY BENGOCHEA, J.A; y DEL REY GUANTER, S., Ed. Colex, Madrid, 1999,

AA.VV., "Memento práctico social 1999: Derecho Laboral". Edersa-Francis Lefebvre, Madrid, 1999.

AA.VV., "Pensiones Sociales. Problemas y alternativas". IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTyAS, Madrid, 1999.

AA.VV., "Comentario a la Ley General de la Seguridad Social". 2 Tomos. Ed. Comares. Granada, 1999.

AA.VV., "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea 2 volúmenes. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1999.

AA.VV. "Pensiones sociales. Problemas y alternativas" en IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Parte I y II, MtyAS, Madrid, 1999.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (AISS),
"Consecuencias demográficas y financieras del aplazamiento de la edad de jubilación".
Ponente: C.D. Daykin. Informes XVIII y XIX de la XXIV. Asamblea General. Acapulco
22 de noviembre a 1 de diciembre de 1992.

AISS., "Factores económicos y financieros de la protección social". Ponente: J.F. Chadelat. Informe XIX. Asamblea General. Acapulco 22 de noviembre a 1 de diciembre de 1992.

AISS., "Nuevos desafíos-nuevas respuestas. Evolución y tendencia en la Seguridad Social, 1990-1992". Informe I. Asamblea General. Acapulco 22 de noviembre a 1 de diciembre de 1992.

BANCO MUNDIAL., "Envejecimiento sin crisis: Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento". Nueva York, Oxford University

DEPARTAMENT DE BENESTAR SOCIAL. "Pla de preparació per a la jubilació activa: un nou estil de vida: guia didáctica". Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996.

CCOO."La Seguridad Social en España. Prestaciones sociales y financiación". 1996.

CC.OO. "El sistema de la Seguridad Social española en el año 2000. La renovación del Acuerdo de pensiones". Informe elaborado a cargo de GARCÍA DÍAZ, M.A, Madrid, 1999.

CER (Centro Europa Ricerche). "Gli anziani in Italia. Condizioni economiche e qualità della vita". 4º Rapporto promosso dallo Spi-Cgil realizzato dal Cer. Ediesse, Roma, 1994.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. "La protection sociale des personnes âgées dépendants dans le 15 pays de l'UE et en Norvège". Luxembourg, 1998.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. MISSOC. "La protection sociale dans les États membres de l'Union européenne (situation au 1er janvier 1998 et évolution). Luxembourg, 1999.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. "Hacia una Europa para todas las Edades. Fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones". Bruselas, 21.05.1999 COM (1999) 221 final.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. "Informe sobre la protección Social en Europa 1999". Bruselas, 21.03.2000 COM (2000) 163 final.

CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL (CES). "Dictamen sobre Anteproyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social", nº 8/1996 Sesión extraordinaria del Pleno de 27 de noviembre de 1996.

CES., "Memoria 1999 sobre la situación socio-económica y laboral". Madrid. 2000.

CES., "Informe sobre Vida Laboral y Prejubilaciones". Pleno ordinario de 21 de Junio de 2000 (copia).

CES., "Informe sobre la protección social de las mujeres". Pleno ordinario de 26 de Julio de 2000 (copia).

CONFERENCIA DE SEGUROS SOCIALES celebrada en Madrid los días 24 a 31 de octubre de 1917. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Rios. Madrid. 1917.

EUROLINKAGE. "El Derecho Comunitario referente a las personas de edad avanzada". 1995

EUROLINKAGE. "Pensions schemes in the EU Member States. Similarities and differences". 2000.

FUNDACIÓN BBV., "Pensiones y prestaciones por desempleo". Madrid, 1996.

FUNDACIÓN EUROPEA para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo. "La lucha contra las Barreras de la Edad en el Empleo". Resumen de la investigación. Luxemburgo, 1998.

FUNDACIÓN EUROPEA para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo. "Gestión de una mano de obra que envejece. Guía de buena práctica" Alan Walker, Luxemburgo, 1999.

INSTITUTO DE DEMOGRAFÍA. "Proyección de la población española". España 1991-2026". Madrid, CSIC, 1994.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE). "Proyecciones de la población española calculadas a partir del censo de población de 1991 Total nacional: 1990-2020. Por Comunidades Autónomas y Provincias 1990-2005". INE, Madrid, 1995.

INSTITUTO EUROPEO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS)., "La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social". Anuario IESS 1978-1980 PARTE I. Madrid, 1984.

INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN (INP). "Ley. Estatutos. Reglamentos de entidades similares y antecedentes". Madrid. 1909. Imprenta y Encuadernaciones de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos.

INP., "Pensiones de retiro para la vejez". Imprenta del Colegio Nacional de Sordomudos y ciegos. Madrid. 1912.

INP. "El seguro social de vejez". Conferencia pronunciada en el Ateneo de Sevilla el día 18 de marzo de 1917. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. Madrid 1917.

INP. "Preparación de las bases de un proyecto de ley de Retiros obreros". Ponencia Nacional de Retiros Obreros. Secretaría General. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. Madrid, 1918.

INP. "La anticipación del retiro en las industrias agotadoras". Comisión Asesora Nacional Patronal y Obrera. Publicaciones del INP. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1925

INP., "¿Qué es el INP?". Publicaciones del INP. Madrid. 1927.

INP., "Régimen legal de libertad subsidiada para la constitución de pensiones de retiro". Publicaciones del INP. Madrid. 1930.

INP. "Unificación de los Seguros Sociales. El seguro de vejez, invalidez y muerte. Labor de la subponencia y conclusiones". Publicaciones del INP. Imprenta y encuadernaciones de los Sobrinos de la Sucesora M. Minuesa de los Ríos. Madrid, 1934.

INP. "El seguro de vejez en el proyecto de unificación de los Seguros Sociales". Hojas divulgadoras del Instituto Nacional de Previsión, nº 2. Madrid. 1936.

INP. "Los Seguros Sociales en España de 1936 a 1950. Informe sobre las actividades y resultados de la gestión del Instituto Nacional de Previsión, presentado por el Excmo Sr D. Luis Jordana de Pozas". Ministerio de Trabajo. Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1953.

ISTAT. "Anziani in Italia". Ed. Il Mulino, Bologna, 1997.

ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE (INPS). "Le pensioni domani (Un'aggiornata analisi degli equilibri economico-finanziari e delle tendenze evolutive del sistema previdenziale)". Ed. Il Muro, Bologna, 1993.

ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE (INPS). "Il futuro del sistema pensionistico italiano. Atti del Convegno Roma 13-14 febbraio 1987". Roma, 1997.

INPS. "Settant'anni dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale. Cinquant'anni dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità e la vecchiaia". Roma, 1970.

MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES. INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES. INSERSO., "La tercera edad en España: aspectos cuantitativos. Proyecciones de la población de 60 y más años para el período 1986-2010". Madrid, 1990.

MINISTERIO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL., "El sistema español de Seguridad Social ante una nueva etapa". Madrid. 1977.

MINISTERIO DE TRABAJO. SUBSECRETARÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL., "Libro blanco de la Seguridad Social". Madrid 1977.

MINISTERIO DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (MTSS)., "Historia de la acción social en España: beneficencia y previsión". Madrid. 1988.

MTSS. "Seguros Sociales y servicios afines. Informe de Lord Beveridge", Madrid, 1989.

MTySS. "Estudios preparatorios de la Ley de Prestaciones no contributivas". Colección Seguridad Social, nº 1, 1991.

MTSS., "La Seguridad Social en una sociedad cambiante" incluye dos informes del Consejo de Europa. Estrasburgo. 1989. "La flexibilité de l'âge de retraite" et "La sécurité sociale dans une société en mutation". Madrid. 1992.

MTSS. "Europa en el movimiento demográfico. Los sistemas de pensiones y la ^{evolución} demográfica". Madrid. 1993.

MTSS., "Libro Blanco de la jubilación". Título original: "Le livre blanc sur les retraites". Madrid. 1994.

MTSS., "La Seguridad Social en el Umbral del Siglo XXI". Colección Seguridad Social nº 14. Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, 1996.

MTAS., "Memoria explicativa del Anteproyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social", BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 26-1, 26 de diciembre de 1996.

MTSS., "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. Pacto de Toledo. Centro de Publicaciones MTySS. Madrid, 1996.

MTAS., "Informe Económico Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social , año 2000", en http://www.seg-social.es/dgoss/presupuesto/anexo/docs/c2_512.html.

OCDE "Le vieillissement démographique. Consequences pour la politique sociale". París. 1988.

OCDE. "Perspectivas del empleo 1998". MTySS. Madrid, 1998.

OCDE., "Preserver la prospérité dans une société vieillissante", en <http://www.oecd.org//subject/ageings/index.htm>.

OCDE., "Reforme des Pensions, Pertinence et Principes de la Sécurité Sociale" Documents de Travail sur le Vieillessement, AWP 3.1F GRUAT, J.V., en <http://www.oecd.org//subject/ageings/index.htm>. (también disponible en inglés).

OCDE., "Retraite Anticipée ou Tardive: Incitations et Desincitations". Documents de Travail sur le Vieillessement, AWP 3.3F CASEY, B., en <http://www.oecd.org//subject/ageings/index.htm>. (también disponible en inglés).

OCDE., "Le Vieillessement de la Population Active dans les Pays de l'OCDE". Documents de Travail sur le Vieillessement, AWP 4.1F., en <http://www.oecd.org//subject/ageings/index.htm>. (también disponible en inglés).

OCDE., "Les Regimes de Retraite dans Différents Contextes Economiques, Demographiques et Politiques". Documents de Travail sur le Vieillessement, AWP 3.8F TURNER, J., en <http://www.oecd.org//subject/ageings/index.htm>. (también disponible en inglés).

OCDE., "Systèmes de retraite: le processus de réforme dans les pays de l'OCDE". Documents de Travail sur le Vieillessement, AWP 3.4F, en <http://www.oecd.org//subject/ageings/index.htm>. (también disponible en inglés).

OCDE., "The retirement decision in OECD Countries". Ageings Working Papers Maintaining Prosperity in An Ageing Society. the OECD study on the policy implications of ageings. Working Paper AWP 1.4 en <http://www.oecd.org//subject/ageings/index.htm>. (también disponible en inglés).

OCDE., "La transition de l'emploi à la retraite". Etudes de politique sociale n° 16, 1995.

OCDE., "Les travailleurs âgés et le marché du travail". Etudes de politique sociale n° 16, 1995.

OCDE- VANSTON,N., "The Economic impact of the ageings", en http://www.oecd.org/publications/observer/212/articles3_eng.htm. Junio-julio 1998.

OCDE- BLÖNDAL, S., y SCARPETTA, S. "Retire Early Stay at Work? en http://www.oecd.org/publications/observer/212/articles3_eng.htm. Junio-julio 1998.

ONU., "The determinants and consequences of population trend". Nueva York, 1973.

ONU., United Nations Population Division, The sex and age Distribution of the World Population (The 1994 Revisions), reproducido en internet: <http://www.un.org/esa/socdev/age4res2.htm>.

ONU., CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. "Informe conciso sobre las tendencias demográficas en el mundo, 2000: población, género y desarrollo". Comisión de Población y Desarrollo, 33º período de sesiones, 27-31 marzo de 2000.

ONU., "Migraciones de Reemplazo: ¿Una solución ante la Disminución y el Envejecimiento de las Poblaciones?", en <http://www.un.org/esa/population/unpop.htm> (versión inglesa).

OIT., "La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000". Ginebra. 1984.

OIT. "Estudio general relativo al Convenio sobre Seguridad Social (norma mínima), 1952 (n° 102); como al Convenio (n° 128) y a la Recomendación (n° 131) sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, en lo que se refiere a las prestaciones de vejez". Publicaciones de la OIT, 1ª edición, Ginebra, 1989.

OIT., "De la Piramide al Pilar de Población. Los cambios en la población y la Seguridad Social en Europa". MTySS. Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.

OIT., "Desarrollo y reforma de las pensiones de la Seguridad Social: el enfoque de la Oficina Internacional del Trabajo", GILION, C., resumen del libro "Pensiones de Seguridad Social: Desarrollo y Reforma" en <http://www.ilo.org/public/spanish/protection/socsec/penbook/exe.htm>.

PONENCIA NACIONAL DE RETIROS OBREROS.- Preparación de las Bases de un Proyecto de Ley de Retiros Obreros- Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Rios. Madrid. 1918.

RIVERO LAMAS, J; "Jubilación Laboral". Nueva Enciclopedia Jurídica. Editorial Francisco Seix, S.A, vol. XIII. Barcelona. 1968,. pág(s). 800.

3. MONOGRAFÍAS.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Las pensiones de los funcionarios públicos". Fundación Mapfre, Madrid, 1988.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La Seguridad Social en España". Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

ALBA, V., "Historia social de la vejez". Ed. Laertes, Barcelona, 1992.

ALFONSO MELLADO, C.L., "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: aspectos laborales". Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ALONSO OLEA, M., y SERRANO GUIRADO, E., "La Seguridad Social de los funcionarios públicos". IEP. 1957, Madrid.

AMAT I SOLER., "Prepari amb temps la seva jubilació". Gestión 2000, Barcelona, 1999.

AMYOT, J.J., "Travailler auprès des personnes âgées". Ed. Privat, Toulouse, 1994.

ARCE CANO G., "De los Seguros Sociales a la Seguridad Social". Ed Porrúa, S.A. México. 1972.

AZNAR EMBID, S., "Los Seguros Sociales". Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1947.

AZNAR EMBID, S., "Algunas acotaciones al nuevo régimen legal de retiros obreros". Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Sobrinos de la Sucesora de M Minuesa de los Ríos. Madrid. 1921.

AZNAR, S., "El retiro obrero y la agricultura". Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. 2 edición. Madrid. 1925.

AZNAR, S., "El retiro obrero obligatorio. Curso para funcionarios del Instituto Nacional de Previsión. Lección días 6 y 8 de marzo de 1935". Imprenta y encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. Madrid, 1935.

BALLESTER PASTOR, M.A., "Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral" Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

BARASI, L; "Providenza sociale e lavoro subordinato I". Dott Antonio Editore Milano. 1954

BAREA TEJERO, J., "El sistema de pensiones en España, análisis y propuestas para su viabilidad". Circulo de Empresarios, Madrid, 1995.

BAREA TEJERO, J., "Escenarios de evolución del gasto público en pensiones y desempleo en el horizonte 2020". Fundación BBV, Ed. Mimeo, Madrid, 1995

BARRIOS BAUDOR, G.L., y SEMPERE NAVARRO., "La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social". Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000.

BAZO, M^a. T., "La sociedad anciana". Siglo veintiuno de España Editores, S.A.

BENELLI, B., "Le nuove pensioni. Le pensioni INPS aggiornate con le modifiquie apportate dalla finanziaria 1995". Maggioli Editore, Rimini, 1995.

BENELLI, B., "La riforma delle pensioni". Maggioli Editore, Rimini, 1995.

BERJANO PEIRATS, E. y LLOPIS GOIG, David., "Jubilación: expectativas y tiempo de ocio". SG Editores S.A. Fundación Caja de Madrid, Barcelona, 1996.

BEVERIDGE, W., "Seguros Sociales y servicios afines". Título original: "Social Insurance and allied Services". MTSS. Madrid. 1989.

BLANCO ANGEL, Fco "Redistribución y equidad en el sistema español de pensiones de jubilación: la reforma del Pacto de Toledo". CES, Madrid, 1999.

BLANCO RODRÍGUEZ, J.E y LARAÑA PALACIO, M., "La teoría de la Previsión Social española en sus iniciadores (1900-1936)". Cuadernos de Política Social. Instituto de Estudios Políticos, nº 18, 1953.

BLASCO LAHOZ, J.F., "Regímenes Especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social". Ed. Tirant lo blanch, Colección laboral, Valencia, 1996.

BLASCO LAHOZ, J.F., "La Reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo y su desarrollo". Ed. Tirant lo blanch, Colección laboral, Valencia, 1997.

BOIS, J.P., "Histoire de la vieillesse". Presse Universitaires de France, 1994.

BOLDRIN, M., "Social Security and retirement in Spain". National Bureau of Economic Research, NBR Working papers serie 6134. Cambridge, 1997.

BORRAJO DACRUZ, E., "Estudios Jurídicos de Previsión Social". Ed. Aguilar. Madrid. 1962.

BORRAJO DACRUZ, E., "La Seguridad Social en la Constitución española". en "Estudios sobre la Constitución española". Homenaje al Profesor G. De Enterría. II de los Derechos y Deberes fundamentales. Civitas, 1991, pág(s). 1485-1518.

BRIET, R., "Perspectives à long terme des retraites". La Documentation Française. Paris, 1995.

CARPIO GARCÍA, M., y DOMINGO SOLANS, E., "Presente y futuro de las pensiones en España". Ediciones Encuentro. Madrid, 1996

CASAS BAAMONDE, M.E., "Autonomia colectiva y Seguridad Social: un estudio sobre la contratación colectiva en materias de Seguridad Social y conexas". Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

CASTELLINO, O., "Le pensioni difficili. La previdenza sociale in Italia tra crisi e riforme". Ed. Il Mulino, Bologna, 1995.

CASTILLO, S; "Reformas sociales. Información oral y escrita publicada de 1889-1903". Estudio introductorio, pág(s). XXXII-XXXIII. Volumen I. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. 1985.

CAZZOLA, Giuliano. "Lo Stato sociale tra crisi e riforme: il caso Italia". Il Mulino, Bologna, 1994.

CERDÁ y RICHART, B., "Teoría general de la Previsión y sus formas". Bosch, casa editorial, Barcelona, 1945.

CESTER, C., "La riforma del sistema pensionistico". G. Giappichelli Editore. Torino, 1996.

CINELLI, M., "Problemi di diritto della Previdenza Sociale". G.Giappichelli Editore, Torino, 1989.

CINELLI, M., y PERSIANI, M., "Commentario della riforma previdenziale. Dalle leggi "Amato" alla finanziaria". 1995. Giuffrè editore, Milano, 1995.

CODERCH, R., "Retiros Obreros". Sociedad española de artes gráficas. Madrid. 1919.

COLOMBO, U.M. "Gli anziani (Rapporti sociali-lavoro-pensioni)". Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1975.

CORRENTE, E., "La pensione. Una guida aggiornata della previdenza pubblica". Edizioni Lavoro, Roma, 1998.

COSSIO DÍAZ, J.R., "Estado Social y Derechos de prestación". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.

CUESTA BUSTILLO, J., "Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración" en "Los seguros sociales en la España del siglo XX". MTySS. Madrid. 1988.

CURZIO, P., e CALAMITA, G., "Il sistema pensionistico in evoluzione". Cacucci editore. Bari, 1994.

CHARPIN J.M., ZAIDMAN, C., AUBERT, A.M., OLIER, L., y PELÉ, L.P., "L'avenir de nos retraites" en <http://www.ladocfrancaise.gou.fr>.

DE BEAUVOIR, S., "La vejez". Ed. Edhasa, Barcelona, 1983.

DE CASTRO, C., "Hacia otra España. Los retiros obreros" en el Heraldo de Madrid, 31 de octubre de 1931, artículo de prensa transcrito y recogido en "Preparación de las bases de un proyecto de ley de Retiros obreros". Ponencia nacional de Retiros Obreros. Secretaría General. Sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos. Madrid, 1918.

DE COULANGES, F; "La cité antique". Librairie Hachette. París, 1969.

DE LA VILLA GIL, L.E., "Reforma de la Seguridad Social y Estado del Bienestar en España". en "Reforma Laboral, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales. Estudios en Homenaje a Juan Antonio Linares". CGPJ. Zaragoza, 1997, pág(s). 359-376.

DRURY, E., "Age Discrimination Against Older Workers in the European Community". Londres, Eurolink Age, 1993.

DUMONT, J.P., "Les systèmes de Protection Sociale en Europe". 4e édition. Ed. Economica, 1998.

DURAND, P., "La política contemporánea de Seguridad Social". MTSS. Madrid. 1991.

EMANUELLI, F., "La tutela della vecchiaia. Aspetti demografici e sociologici" en INPS "Settant'anni dell'istituto nazionale della previdenza sociale. Cinquant'anni dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità e le vecchiaia". Roma, 1970.

ESTEVE SEGARRA, A., "La jubilación forzosa". Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, R., "Mitos y realidades sobre la vejez y la salud". SG Editores, S.A. Fundación Caja de Madrid, Barcelona, 1992.

FERRARO, G., y MAZIZIOTTI, F., "Il sistema pensionistico riformato". Casa Editrice Jovene. Napoli, 1994.

FORSTHOFF, E. "Problemas constitucionales del Estado Social" en "El Estado Social". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986, pág(s). 43-67.

FORSTHOFF, E. "Concepto y esencia del Estado Social del Derecho" en "El Estado Social". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986, pág(s). 69-106.

FUNDACIÓN BBV; "Pensiones y prestaciones por desempleo". Edita Fundación BBV, Madrid, 1996.

GALA VALLEJO, C., "La Seguridad Social en España". SIPS. Madrid, 1961.

GALA VALLEJO, C., "Las pensiones de Invalidez Permanente, Jubilación y Muerte y Supervivencia en el sistema de la Seguridad Social". MTySS, Madrid, 1993.

GALA VALLEJO, C., "El sistema de Seguridad Social en España". MTySS, 3ª edición, Madrid, 1995.

GARCIA FERNÁNDEZ, M., "Configuración de la jubilación como contingencia protegida". Palma Mallorca. (Conselleria de Treball). 1986.

GARCÍA-PELAYO, M., "Las transformaciones del Estado contemporáneo". Alianza Editorial. Primera reimpresión 2ª edición. Madrid. 1987.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., "Aspectos Internacionales de la Seguridad Social". Col. Tesis Doctorales, MTySS, Madrid, 1991.

GARRIDO Y COMAS, J.J., "El mutualismo privado en la Europa del siglo XX". Ed. Mapfre. Madrid, 1994.

GARRIDO PÉREZ, E., "El contrato de relevo". MTySS, Madrid. 1987.

GEROLDI, G., e TREU, T., "Crisi e riforma dei sistemi pensionistici in Europa". Franco Angeli, Milano, 1993.

GETE CASTRILLO, P., "El nuevo Derecho Común de las Pensiones Públicas". Lex Nova, Valladolid, 1997.

GÓMEZ GARCIA, J.M., "El envejecimiento de la población y la economía". Secretaría de Publicaciones e Intercambio Científico. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997.

GÓMEZ SALA, J.S., "Pensiones públicas, ahorro y oferta de trabajo. Análisis del caso español". MTSS. 1989.

GONZÁLEZ POSADA, C., "Los seguros sociales obligatorios en España". Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1943.

GONZALO GONZÁLEZ, B., "Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social". CES, Madrid, 1995.

GORDON, Margaret S., "La política de seguridad social en los países industrializados. Análisis comparativo". MTySS. Madrid. 1990.

GRANJEL. L.S., "Historia de la vejez. Gerontología. Gerocultura. Geriatría". Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1991.

HERCE, J. A., y PÉREZ-DÍAZ, V., "La reforma del sistema públic de pensions a Espanya" Col.lecció d'estudis i Informes no 4. La Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona. 1995.

HERCE, J.A., y J.A MESEGUER, J.A., "La reforma de les pensions davant de la revisió del Pacte de Toledo". La Caixa. Col·lecció de Estudis Econòmics, nº 19, 2000.

HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J., "La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social". Secretaría de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 1994.

JIMENEZ, I.; "La obra de los Homenajes a la vejez". Madrid. 1931.

JIMENEZ, I., "La unificación de los seguros sociales". Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Rios. Madrid. 1935

JORDANAS DE POZAS, L., "El seguro social de vejez en los Estados Unidos y Canadá". Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Rios, Madrid. 1930.

KALISH, R. A., "La vejez. Perspectivas sobre el desarrollo humano". Ediciones Pirámide, S.A. Madrid, 1991.

KALISCH, D.W., y AMAN, T., "Systemes de retraite: le processus de reforme dans les pays de l'OCDE". 1997

LANSLEY, J., "Preparación a la jubilación en los países de la Comunidad Europea. Informe de un seminario celebrado en Franckfort los días 10 y 11 de octubre de 1998". Oficina de publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1989.

LAPADULA, B., e PATRIARCA, S., "La rivoluzione delle pensioni". Ed. Ediesse. Roma, 1995.

LEAL RAMOS, L., "El primer balance del Instituto Nacional de Previsión". Conferencia pronunciada en la Unión comercial de Sevilla el 19 de marzo de 1917. Publicaciones del INP. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. Madrid. 1917

LEHR, U., "Psicología de la senectud". Ed. Herder, Barcelona, 1980.

LEVINE, P., "Worklife determinants of retirement income differentials between men and women". National Bureau of Economic Research, Cambridge, NBR Working papers serie 7243. 1999.

LEONES SALIDO, J.M., "La pensión de jubilación: jurisprudencia del Tribunal Supremo, práctica forense con casos prácticos". Ed. Comares, Granada, 1996.

LÓPEZ-ARANDA, A. E., "Alcance y finalidad de los Seguros Sociales obligatorios". Madrid. 1945.

LÓPEZ CUMBRE, L., "La prejubilación". Ed. Civitas, Madrid, 1998.

LÓPEZ NUÑEZ, A., "El seguro social de vejez -Conferencia pronunciada en el Ateneo de Sevilla el día 18 de marzo de 1917-". Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. Madrid. 1917.

LÓPEZ VALENCIA, F., "La acción patronal en el problema de los retiros obreros". Publicaciones del INP. Imprenta de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. Madrid. 1918.

LUÑO PEÑA, E., "El problema de la unificación de los Seguros Sociales fuera de España". Publicaciones del INP. Imprenta y encuadernaciones de los Sobrinos de la Sucesora de M Minuesa de los Ríos. Madrid, 1935.

MAESTRO, M., "La reforma de la Seguridad Social de Estados Unidos en 1950 (antecedentes, alcance y perspectiva)". Ministerio de Trabajo. Publicaciones del INP, Madrid, 1951.

MALUQUER y SALVADOR, J., "Reglamentación del Seguro obligatorio de retiros obreros". Ed. Reus, Madrid, 1921.

MALUQUER Y SALVADOR, J., "Aspectos sociales del retiro obrero". Conferencia pronunciada en la Casa del Pueblo de Madrid el día 14 de febrero de 1924. Federación Local de obreros de la Industria de la edificación. Sobrinos de la sucesora de M Minuesa de los Ríos. Madrid. 1924.

MALUQUER y SALVADOR, J., "Una campaña en pro del Seguro y de la Previsión Popular". Sobrinos de la Sucesora de M Minueaa de los Rios, 2 vol. Madrid, 1926.

MALUQUER SALVADOR, J., "Vulgarización del régimen legal de retiros obreros". Publicaciones del INP. Oficina Tipográfica del Instituto Nacional de Previsión. 3ª edición. Madrid, 1930.

MANCINELLI, M., "La previdenza dei dipendenti degli enti Locali ed altri enti pubblici". Maglioli Editore, Rimini, 1994.

MARTÍN PUEBLA, E., y SASTRE IBARRECHE, R., "Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador". Ed. Técnos. Colección jurisprudencia práctica nº 21, Madrid, 1991

MARTÍN PUEBLA, E., "La protección social de la Incapacidad permanente para el trabajo". Ed. Comares, Granada, 2000.

CASAS BAAMONDE, M.E., "Autonomía colectiva y Seguridad Social: un estudio sobre la contratación colectiva en materias de Seguridad Social y conexas". Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

MATEO DUEÑAS, R., "Rediseño General del Sistema de Pensiones Español". Eunsa, Pamplona, 1997.

MAZA ZORILLA, E. "Pobreza y asistencia social en España. Siglos XVI al XX. Aproximación histórica". Secretaria de Publicaciones. Universidad de Valladolid, 1987.

MEILÁN GIL, J. L., "El mutualismo laboral: un estudio jurídico". Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1963.

MESA LAGO, C., "Planificación de la Seguridad Social". Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS). Serie Estudios. Madrid. 1959.

MILITELLO, G., "Il futuro del sistema pensionistico italiano", en INPS "Il futuro del sistema pensionistico italiano". Atti del Convegno Roma 13-14 febbraio 1987. Roma. 1987.

MINOIS, G., "Historia social de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento". Ed. Nerea, Madrid, 1989.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Público y privado en el sistema de Pensiones". Ed Técnos, Madrid, 1996.

MONTERO GARCÍA, F., "Orígenes y antecedentes de la previsión social" en. "Los Seguros Sociales en la España del siglo XX". MTSS. Madrid. 1988.

MONTOYA MELGAR, A., "Ideología y lenguaje en la leyes laborales de España (1873-1978)". Ed. Civitas, Madrid, 1992.

MORAGAS MORAGAS, R., "La jubilación un enfoque positivo". Ed. Grijalbo, Barcelona, 2ª ed. 1991.

MUÑOZ MOLINA, J., "Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social". Ed. Tirant lo Blanch, colección laboral nº 83, Valencia, 1999, (en especial pág(s). 37 y 52-53).

NAPOLITANO, G., "La pensione di anzianità" en "Trattato di Previdenza Sociale" Dirretto da Bussi, B; e Persiani, M. CEDAM (Casa editrice Dott. Antonio Milani), Padova, 1974, pág(s). 277-321.

LEONES SALIDO, J.M., "La pensión de jubilación: jurisprudencia del Tribunal Supremo, práctica forense con casos prácticos". Ed. Comares, Granada, 1996.

OCHANDO C., SALVADOR, C., y TORTOSA., "El sistema público de pensiones: presente y futuro". Ed. Germania, Valencia, 1998.

OJEDA AVILÉS, A., "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea". Ed. Trotta, S.A. Madrid. 1994.

PAILLAT, P., "Sociología de la vejez". Ed. Oikos-tau, Barcelona, 1971.

PALACIO MORENA, J.L., "La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924). La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales". MTSS, Madrid, 1988.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "Los derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución" en "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución. Estudios de Trabajo y Previsión". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980, pág(s). 303-336.

PENNACHI, L., "Lo Stato sociale del futuro". Donzelli editore, Roma, 1997.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "El derecho social comunitario en el Tratado de la unión Europea". Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1994.

PESSI, R., "La riforma del Sistema Previdenziale". CEDAM, Padova, 1995.

PILEGGI, A., "Età pensionabile ed estinzione del rapporto di lavoro". Aracne editrice. II edizione, Roma, 1997.

PINILLOS, J.L. "Mitos y estereotipos, los mayores que vienen" en AA.VV "Una aproximación pluridisciplinar al entorno de la vejez". SG Editores. Barcelona, 1994.

PIÑERA, J., "Sin miedo al futuro ¿Es posible la reforma de las pensiones en España?". Ed. Noesis S.L. Madrid. 1995.

PIÑERA, J., "Una propuesta de reforma del sistema de pensiones en España". Circulo de empresarios, Madrid, julio 1996

PLOUG, N., y KVIST, J., "Social Security in Europe. Development or Dismantlemen". Kluwer Law International, 1996.

POCAR, F., "Derecho comunitario del Trabajo". Ed. civitas, S.A, Madrid, 1988

PUMAR BELTRÁN, N., "Principio de igualdad en la Ley y factores personales en el nivel contributivo de la Seguridad Social". Tesis Doctoral, Universitat pompeu Fabra, 1999.

RANCI ORTIGOSA, E., "Welfare State e politiche sociali in Italia". Franco Angeli, Milano, 1989.

RECIO LAZA, A.M^a., "La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria" La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.

RENGA, S., "Mercato del lavoro e diritto". Franco Angeli, Milano, 1996.

REYNOUD, E., "Les retraites en France. Le rôle des régimes complémentaires". Documentation Française. París. 1994.

RICHARDSON, J. H, "La Seguridad Social. Aspectos económicos y financieros". Cap VII "Edad y Retiro"; Ed. Victor Leró, SRL, Buenos Aires, 1960.

RIVAS VALLEJO, P., "La jubilación". Cuadernos de Jurisprudencia laboral y Seguridad Social. CISS, Valencia, 1999.

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante de su reforma" en "II Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo", Madrid, IELSS. 1985, pág(s). 267-287.

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Igualdad y discriminación". Ed Técno, Temas Clave de la Constitución española, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.R; y FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., "La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo" . La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.

RUMEU DE ARMAS, A., "Historia de la Previsión Social en España". Publicaciones del INP, Madrid, 1944.

RULL SABATER, A., "La seguridad Social en España (I) y (II)". Ed. Eurámerica. Madrid. 1971.

SALVADOR PÉREZ, F., "La jubilación Laboral: configuración laboral y modalidades" Tesis Doctoral, inédita, Sevil, 1991.

SAMANIEGO BONEU, M., "La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República". en "Los seguros sociales en la España del siglo XX". MTySS. Madrid. 1988.

SÁNCHEZ CARO, J., y RAMOS, Fco. "La vejez y sus mitos". Aula Abierta Salvat nº 80. Ed. Salvat. Barcelona. 1982.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "La aplicación del Derecho Comunitario a las Prestaciones Especiales no contributivas". Ed. Comares, Granada, 1997.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "El régimen jurídico de las Prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento español". Ed. Laborum, Murcia, 1998.

SERAL IÑIGO. F.I., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social". Egido editorial, Huesca, 1996.

STEIN, O., "Funciones y organización del seguro social". Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión. Imprenta y encuadernaciones de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos. Madrid. 1933.

SKOCPOL, T., "Los orígenes de la política social en los Estados Unidos" texto publicado originalmente en inglés en 1992 por Harvard University Press con el título "Protecting soldiers and Mothers. The Political Origen of Social Policy". MTSS, Madrid, 1996.

THOMAS, L-V: "Anthropologie de la mort". Bibliothèque scientifique Payot, París, 1994.

TORRES LÓPEZ, J., "Estado de Bienestar y Sistemas públicos de Pensiones: las razones de la <<crisis>>" en OCHANDO C., SALVADOR, C., y TORTOSA., "El sistema público de pensiones: presente y futuro". Ed. Germania, Valencia, 1998, pág(s). 43-66

TOSCANI JIMÉNEZ, D., "El subsidio de prejubilación". Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

TRANQUILLO, T., "Nozioni di diritto della Previdenza Sociale". Ipsoa Editore s.r.l, Milano, 1995.

UCELAY RIPOLLES, M., "Previsión y Seguros Sociales". Madrid. 1955.

VALDÉS DE LA VEGA, B., "Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociaciónn colectiva". Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

VAN RAEPENBUSCH, S., "La seguridad social de los trabajadores migrantes en el derecho europeo". MTySS. Madrid, 1992.

VAZQUEZ YEBRA, J., "Pensión de jubilación. Régimen General de la Seguridad Social". Madrid. 1989.

VEGA VEGA, J.L "Pensando en el futuro: curso de preparación para la jubilación". Ed Síntesis, Madrid, 1996.

VELARDE FUERTES, J., "El tercer viraje de la Seguridad Social en España". Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1990.

VENTURA PRAT, J.M., "Derecho de la Seguridad Social contributiva". Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

VENTURI, A., "Los fundamentos científicos de la Seguridad Social". Título original: "I fondamenti scientifici della Sicurezza Sociale". MTSS. Madrid. 1994.

VIGIL MONTOTO, M., "Los retiros obreros en España y otros países". Publicaciones del INP, Madrid, 1926.

VIGIL MONTOTO, M., "Vulgarización del régimen legal de retiros obreros", Publicaciones del INP, Madrid, 1930.

WALKER, A., "Gestión de una mano de obra que envejece. Guía de la buena práctica". Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo. 1999., en <http://www.fr.euofound.ie/themes/health/ageing.html>.

WILL, D., "La vida en Grecia". Tomo I. Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1945.

4. ARTÍCULOS DE REVISTAS Y POLIGRAFÍAS. PONENCIAS Y COMUNICACIONES PRESENTADAS A CONGRESOS Y JORNADAS.

AGUILERA IZQUIERDO, R., y CARRILO MÁRQUEZ, D., "Edad de jubilación voluntaria y principio de no discriminación". Revista Española de Derecho del Trabajo (REDT), nº 78, 1996, pág(s). 695-706.

AGUILERA IZQUIERDO, R., "El protocolo Adicional a la Carta Social Europea, 1988". Actualidad Laboral (AL), nº 31, 2000, pág(s) 61-67.

AGUSTÍ JULIÀ, J., "Vejez, muerte y supervivencia. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el Derecho Comunitario" en "La Seguridad Social Internacional: Convenios bilaterales y Derecho Comunitario. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

ALBOUY, F-X., y KESSLER, D., "Un système de retraite européen: une utopie réalisable" Revue Française des Affaires Sociales (RFAS), Nov, 1989, pág(s). 45-66.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La Ley de reforma de las pensiones de 1985". Relaciones Laborales (RL) 1986 (I), pág(s). 51-71.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social" *Temas Laborales (TL)* nº 7, 1986, pág(s). 9-40.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Hacia el derecho de la protección social" AA.VV., "Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad" coord. Julia López López, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1996., pág(s). 11-34

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La reforma del sistema de pensiones en España". *Anuari Sociolaboral de Catalunya*, 1996. Institut d'Estudis Laborals, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1997, pág(s). 93-101.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los principios de organización de las pensiones públicas" en IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Parte I, (Ponencia Temática I) MtyAS, Madrid, 1999, pág(s). 131-207.

ALDA, C.G., "El riesgo de la vejez en la Seguridad Social" *Revista Iberoamericana de Seguridad Social (RibSS)*, nº 2 1967, pág(s). 611-620.

ALMANSA PASTOR, J.M., "La llamada <<conurrencia de pensiones>> en Seguridad Social. *Revista de Seguridad Social (RSS)*, nº 25, 1985, pág(s). 61-76.

ALONSO OLEA, M., "Las Bases de la Seguridad Social". *Revista de Política Social (RPS)*, nº 61, 1964, pág 461-479.

ALVÁREZ ALCOLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., "Jubilación anticipada y variación de las bases de cotización". *RSS*, nº 2, 1979, pág(s). 119-129.

ALVARO, G., PEDULLA, G., e RICCI, L., "Sull'evoluzione del sistema economico italiano e dei trattamenti pensionistico agli inizi del 2.000" en INPS "Il futuro del

sistema pensionistico italiano". Atti del Convegno Roma 13-14 febbraio 1987. Roma. 1987, pág(s). 161-221.

AISS. "El seguro de vejez (Europa, Africa y Medio Oriente)" RibSS 1960 pág(s). 565-670.

AISS. "El seguro de vejez (América, Asia y Medio Oriente)" RibSS 1960 pág(s). 951-1029.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., "Aspectos fiscales de la tercera edad" Revista de Seguridad Social (RSS) nº 16 -La jubilación-. 1982 pág(s). 13-28.

ALBIOL MONTESINOS, I., "La jubilación en la negociación colectiva de 1981 y 1982. Líneas de tendencia". RSS nº 16 -La jubilación-. 1982 pág(s). 305-350.

ALDA, C. G., "El riesgo de la vejez en la Seguridad Social" -artículo publicado en "Revista Nacional". Uruguay. RibSS. 1967(I) pág(s). 611-620.

ALMUNIA, AMANN, J., "El futuro de la Seguridad Social". Documentación Laboral (DL). nº 37. 1992. pág(s). 17-33.

ALONSO LIGERO, M., "Problemática de los Servicios Sociales ante el mito de la "tercera edad". RSS nº 16 -La jubilación. 1982, pág(s). 375-394.

ALONSO OLEA, M., "Las pensiones públicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en AA.VV., "Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales". MTySS, Madrid, 1992, pág(s). 77-91

ALONSO SAURA, J.L., "Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los Convenios Colectivos", DL, nº 32, 1990, pág(s). 77-105

ALONSO TORRENS, F.J., "Marginación de la tercera edad en España". Revista de Fomento Social, nº 123, 1976, pág(s). 271-284.

ÁLVAREZ ALCOLEA, M., "Jubilación anticipada y variación de las bases de cotización". RSS nº 2. 1979. pág(s). 119-129.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., "El artículo 41 de la Constitución: Garantía institucional y compromisos internacionales" RSS nº 15/1982, pág(s). 77-86.

ANDRÉS BESSON, F.J., "Aspectos económicos de la "tercera edad". RSS nº 16 -La jubilación- 1982 pág(s). 83-110.

ANTONUCCI, E., "Analisi e prospettive del pensionamento per vecchiaia in Italia". Rivista Italiana di Previdenza Sociale (RIPS), 1957, pág(s). 3-34.

APARICIÓ TOVAR, J., "Sobre la jubilación forzosa impuesta por ley" en AA.VV "La reforma de las pensiones de 1997" coord. AGNÈS PARDELL VEÀ, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999, pág(s). 75-93.

ARBARELLO, P., "Aspetti psicologici e sociologia della terza età". Protezione Sociale, 1977, nº 1, pág(s). 15-31.

ARGENTINO, G., "I prepensionamenti". Diritto e pratica del Lavoro, 1991, nº 34 (inserto).

AVALOS MUÑOZ, L. A., "El Mutualismo de previsión social en España". AL 1990 (XI), pág(s). 109-117.

AVIO, A., "Vecchiaia nel diritto della Sicurezza Sociale". Digesto delle Discipline Privatis Liche. Sezione Commerciale. Quarta Edizione, 1999, pág(s). 390-403.

AZNAR GERNER, S., "Los Seguros Sociales en los países del Benelux". Revista Española de Seguridad Social (RESS), 1949, nº 10, pág(s). 1683-1707.

AZNAR GERNER, S., "Los Seguros Sociales en Alemania". RESS, 1950, nº 7-8, pág(s). 1017-1037.

BALANDI, G.G., "Pensioni-baby, si e no". Política del Diritto (PD). 1983, n. 2 pág(s). 225-230.

BALANDI, G.G., "Las pensiones no contributivas en Europa: el caso italiano". R. T, nº 15, 1991, pág(s). 103-115.

BALANDI, G.G., "I provvedimenti per le pensioni tra riforma e aggiustamento (osservazioni sulla legge n. 421/92 e sul d.l n. 503/92)". Rivista Giuridica del Lavoro (RGL), 1992-I, págs 721-727.

BALANDI, G.G., e BOER, P., "La riforma del sistema pensionistico, la opinione di". Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali. (DLRL) 1994, n.1, pág(s). 143-155/ 155-161.

BALANDI, G.G., "Principi e scelte normative della riforma previdenziale". Lavoro e Diritto (LD) n.1,1996, pág(s). 101-116.

BALANDI, G.G., "El sistema italiano de pensiones". en "La reforma de las pensiones de 1997" dir. Agnés Pardell, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999, pág(s). 29-40.

BALLISTRERI, M., "Pensione e Sicurezza Sociale in Italia". Diritto e Pratica del Lavoro, 1994, n.30, pág(s). 2078.

BARCELÓN COBEDO, S., "Tratamiento de la nueva pensión de jubilación anticipada: alcance de los requisitos legales para la aplicación del nuevo coeficiente reductor" en

IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Parte I, (Ponencia Temática I) MtyAS, Madrid, 1999, pág(s). 373-387.

BARRADA RODRÍGUEZ, A., "Los derechos de la Seguridad Social en la Constitución española de 1978" RSS nº 2. 1979, pág(s). 29-83.

BARRADA RODRÍGUEZ, A. "Pensiones de vejez y futuro" en TS nº 94, número monográfico "La reforma de la pensión de jubilación (I)". 1998, pág(s). 47-67.

BARRIOS BAUDOR, G.L., "Limitaciones en el acceso a las pensiones de incapacidad permanente respecto de quienes son o pueden llegar a ser pensionistas de jubilación". Aranzadi Social (AS), 1998, pág(s). 793-807.

BARRIOS BAUDOR, C.L., "Problemas jurídicos derivados de determinadas omisiones legislativas en la reforma de pensiones: posibles interpretaciones" en IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Parte I, (Ponencia Temática I) MtyAS, Madrid, 1999, pág(s). 301-324.

BAYLOS GRAU, A., "Derecho del trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio colectivo". RL 1985 (II) pág(s). 470-479.

BAYON CHACÓN, G., "La nueva reglamentación del mutualismo laboral". Revista de Derecho del Trabajo (RDT) nº 5 septiembre-octubre. 1954, pág(s). 84-94.

BAYÓN CHACÓN, G., "El elemento de la pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen general y Regímenes especiales" en "Diecisiete lecciones sobre Regímenes especiales de la Seguridad Social". Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Madrid. 1972.

BERGHMAN, J. "La edad de jubilación en Europa", en IESS "La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social". Ed. española Madrid 1984, pág(s). 161-168. pág(s). 145-160.

BIRREN, J.E., "Envejecimiento. I. Aspectos psicológicos", en Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, dirigida por David L. Sills vol 4. Aguilar de ediciones, S.A Madrid, 1974, pág(s). 288-296.

BLANCO RODRÍGUEZ, E., "El mutualismo laboral". RDT nº 1 enero-febrero 1954, pág(s). 12-14.

BLANCO RODRÍGUEZ, E., "Examen comparativo de las prestaciones en los Estatutos de las Mutualidades Laborales". RDT nº5 septiembre-octubre. 1954, pág(s). 94-98.

BLANCO RODRÍGUEZ, E., "El salario regulador de las prestaciones en el mutualismo laboral". RDT, nº 13 enero-febrero 1955, pág(s). 1-5.

BLASCO LAHOZ, J.F., "Las pensiones asistenciales por ancanidad a favor de españoles no residentes en España" AL, nº 25, 2000, pág(s). 451-465.

BLASCO RASERO, C., "Un acercamiento a la jubilación parcial desde la jurisprudencia". TL, nº 42, 1997, pág(s). 97-120.

BOUCHAYER, F., y ROZENKIER, A., "Les implications réciproques du vieillissement de la population et des évolutions technologiques" RFAS, 1997, octubre, pág(s). 13-35.

BORRAJO DACRUZ, E., "Distribución de competencias entre el poder central y los poderes territoriales en materia de Sanidad y de Seguridad Social" Revista de Derecho Público 1980 nºs 80-81, pág(s). 453-472.

BORRAJO DACRUZ, E., "El modelo constitucional de la Seguridad Social en España". RT nº 65 Enero-marzo 1982, pág(s). 25-41.

BORRAJO DACRUZ, E., "La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El informe Beveridge en 1985". DL. 1985 nº 15. pág(s). 7-42.

BORRAJO DACRUZ, E., "La Seguridad Social en la Constitución española: desarrollo legal y criterios del Tribunal Constitucional" DL nº 30. 1990, pág(s). 11-53.

BRACCO, B., "Età pensionabile e parità fra uomo e donna". Rivista Giuridica del Lavoro, (RGdL) 1977-II, pág(s). 321.

BRUCCOLERI, G., "Pensionamiento anticipato". Sicurezza Sociale, 1986, n. 3, pág(s). 285-301.

CABEZA PEREIRO, J., "El cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación como causa extintiva de la prestación y del subsidio por desempleo". AS, 1996-III, pág(s).2631-2640.

CACHON VILLAR, P., "La coexistencia de los Convenios bilaterales con los Reglamentos 1408/71 y 574/72. Los asuntos Rönfeldt y Thevenon". Noticias de la Unión Europea. CISS, nº 157 (número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I), marzo 1998, pág(s). 101-110.

CALVO RAMÍREZ, C., "Régimen de Clases Pasivas de los funcionarios públicos del Estado". RSS nº 37. 1988, pág(s). 117-206.

CASEY, B., "Early retirement: the problems of instrument substitution and cost shifting and their implications for restructuring the process of retirement" International Social Security Review, 1987, pá(s). 343-360.

CAUSSAT, L., y ROTH, N., "De l'emploi à la retraite: générations passées et futures" RFAS, 1997, pág(s). 177-201.

CAPILLA BOLAÑOS, J.A., "Las nuevas pensiones de jubilación, incapacidad, muerte y supervivencia tras las reformas legislativas operadas por la Ley 24/1997, RD 1647/1997 y RD 4/1998, su configuración actual". AL 1998-II, pág(s). 455-469.

CAMOS VICTORIA, I., "Reseña jurisprudencial sobre jubilación" en TS nº 94, número monográfico "La reforma de la pensión de jubilación (II)". 1998, pág(s). 47-62.

CARDENAL CARRO, M., "La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (I) y (II)". AS nº 16/17, dic 1999-enero 2000, pág(s). 9-30 y 9-34.

CARRASCO BELINCHON, J., "El sistema de clases pasivas y de Seguridad Social de los funcionarios públicos estatales. Su revisión". RAP, sept-diciembre 1962, pág. 427-462.

CARRASCOSA BERMEJO, M.D., "El sistema de cálculo contributivo en el marco de la nueva pensión de jubilación italiana", en "La reforma de las pensiones de 1997" dir. Agnés Pardell, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999, pág(s). 155-180.

CARRASCOSA, M.D., "Cálculo de la pensión de jubilación contributiva española en el marco de la coordinación comunitaria: determinación de la base reguladora", en IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Parte I, (Ponencia Temática I) MtyAS, Madrid, 1999, pág(s). 409-433.

CASAS BAAMONDE, M.E., "Dos importantes sentencias en la protección por desempleo de los trabajadores de edad avanzada". RL 1987-I, pág(s). 396-404.

CASCIOLI, S., "Lavoratori di sesso diverso ed età pensionabile". RIPS, 1967, pág(s). 863-874.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., "Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estsdo para 1998". RL, nº 6, marzo 1998, pág(s). 11-41.

CASTRO ARGÜELLES, M.A., "El régimen comunitario de ayuda al cese anticipado de la actividad agraria a partir del Reglamento (CE) núm. 1257/1999". AL, nº 22, 2000, pág(s). 451-462.

CATASTA, A., "La crisi dello Stato Sociale colpisce la previdenza degli anziani". Assistenza Sociale, 1993, nº 3, pág(s). 233-235.

CATALDI, E., "Protezione sociale e invecchiamento della popolazione". Protezione Sociale, 1983, nº 1, pág(s). 5-19.

CAVATERRA, R., "Riforma delle pensioni: primo tassello del futuro stato sociale". L'Assistenza Sociale, 1994, n. 6, pág(s). 145-162.

CAZZOLA, G., "Pensioni: una riforma lunga tre anni". Diritto e pratica del lavoro n. 8, 1995 (inserto).

CEBRIÁN BADÍA, F. J., "La jubilación forzosa del trabajador y su derecho al trabajo". AL 1991 (I) pág(s). 175-184.

CEE., "Política comunitaria de la edad de jubilación (Documentos e Informes)". RT, nº 84, 1986, pág(s). 123-162.

CHANTAL EUZEBY. "Aspectos económicos de las pensiones de vejez no contributivas". RSS nº 34. 1987. pág(s). 87-120.

CHERUBIN, A., "Beneficenza, diritto e politica nella prima storia previdenziale". Previdenza Sociale, 1969 (I), pág(s). 257-282.

CHOZAS BERMUDEZ, A., "Perspectivas de la Seguridad Social española desde el contexto europeo". RTSS, nº 5. 1992, pág(s). 7-19.

CIRIONI, U., "La società di Mutuo Soccorso in Italia agli inizi del 1948". *Rivista Italiana de Previdenza Sociale (RIPS)*, 1948, pág(s). 197-206.

CLIMENET VIGUER, M., GONZÁLEZ MUÑOZ, M., y NAVARRO DOMENICHELLI, R., "El sistema de protección social en el marco de la Unión europea". *Rev. Treb.* nº 23. 1994, pág(s). 59-85.

COALE, A.J., "Demographic effects of Below-Replacement Fertility an Their Social Implications". *Population and Development Review*, Supp vol.12, 1986, pág(s). 203-216.

COLEMAN, D.A., "Does Europe need inmigrants? Population and work force projections". *International Migration Review*, vol. 26, nº 2, 1992, Staten Island, New York, pág(s). 413-461

COLINA ROBLEDO, M., "La Seguridad Social y la protección social en el proceso de configuración de la política social comunitaria: de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y el Protocolo sobre Política Social del Tratado de la Unión Europea, de Maastricht, al Tratado Europeo de Amsterdam". *Noticias de la Unión Europea. CISS*, nº 158 (número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II), marzo 1998, pág(s). 75-82.

CORNELISSEN, D.R., "Un debate europeo sobre el futuro de la protección social". *Noticias de la Unión Europea. CISS*, nº 158 (número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II), marzo 1998, pág(s). 93-100.

CHEIT, E.F., BIRREN, J.E., "Envejecimiento. III. Aspectos económicos", en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, dirigida por David L. Sills vol 4. Aguilar de ediciones, S.A Madrid, 1974, pág(s). 305-310.

CHERICONI. M., "Il pensionamento anticipato fra dimissioni e licenziamento". *Lavoro e Previdenza Oggi*, 191 (II), pág(s). 1531-1540.

D'ANTONA, M., "Sviluppi delle legislazione della crisi: il prepensionamento". Il Foro Italiano, 1985, pág(s). 1854-1855.

DE PAOLIS, M., "La riforma del sistema pensionistico". Protezione Sociale. 1981, nº 1, pág(s). 47-58.

DEALIS, G., "La regolamentazione del pensionamento anticipato per i dipendenti delle aziende industriali". Lavoro' 80, 1984 (II), pág(s). 676-681.

DE LA TORRE GARCÍA, C., "Jubilación forzosa por edad y negociación colectiva". RT, nº 81, 1986, pág(s). 115-122.

DE LA VILLA GIL, L.E., "Las prestaciones rehabilitadoras en la Ley de Bases de la Seguridad Social. Régimen jurídico". RPS, nº 61, 1964, pág(s). 197-238.

DE LA VILLA GIL, L.E., "Las causas de oposición a la Ley de la Seguridad Social" en AA.VV "Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social". Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección Publicaciones e Intercambios. Madrid, 1964, pág(s). 25-32.

DE LA VILLA GIL, L.E., y MONTALVO CORREA, J., " La jubilación forzosa en los convenios colectivos". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 2, 1967, pág(s). 378-395.

DE LA VILLA GIL, L.E., "Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de la Seguridad Social" DL nº 1, 1981, pág(s). 10-30.

DE LA VILLA GIL, L.E., "La reforma del Derecho de las pensiones". RSS, nº 25, 1985, 7-60.

DE LA VILLA GIL, L.E., "El futuro del sistema de pensiones" en TS nº 94, número monográfico "La reforma de la pensión de jubilación (I)". 1998, pág(s). 7-15.

DE LA VILLA GIL, L.E., "Las pensiones sociales: problemas y alternativas" en IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Parte I, (Ponencia General) MtyAS, Madrid, 1999, pág(s). 3-34.

DELEECK, H. "La edad de jubilación. Síntesis", en IESS "La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social". Ed. española Madrid 1984, pág(s). 161-168.

DELEECK, H y BERGHMAN, J. "La edad requerida para tener derecho a una pensión y los regímenes de pensiones en los países miembros de la CEE", en IESS "La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social". Ed. española Madrid 1984, pág(s). 103-143.

DEL REY GUANTER, S; y GALA DURÁN, C., "Protección Social y Negociación colectiva" en AA.VV "Seguridad Social y Protección Social: Temas de actualidad". Coord. LÓPEZ LÓPEZ, J., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág(s). 251-304.

DESDENTADO BONETE, A., "La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social". RSS nº 16 -La jubilación-. 1982 pág(s). 209-224.

DESDENTADO BONETE, A., "La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección. Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley de Medidas Urgentes para la racionalización de la estructura y la acción protectora de la Seguridad Social". RSS, nº 25, 1985, pág(s). 77-94.

DESDENTADO BONETE, A., "La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época en crisis. A propósito del "Código de la Protección Social". RL, nº 7. 1996, pág(s). 9-22.

DESDENTADO BONETE, A., "La protección de la incapacidad permanente en la la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social". RMTyAS nº 4, 1997, pág(s). 61-79.

DESDENTADO BONETE, A., "La reforma de las Pensiones de la Seguridad Social en 1997: un Panorama General". Cuadernos de Derecho Judicial, 1998, pág(s).169-

DESDENTADO BONETE, A., "La reforma de la pensión contributiva de jubilación en la Ley 24/1997" en TS nº 94, número monográfico "La reforma de la pensión de jubilación (II)". 1998, pág(s). 7-18.

DESDENTADO BONETE, A., "Cuestiones Prejudiciales Comunitarias planteadas por órganos judiciales españoles en materia de Seguridad Social" en AA.VV., "Seguridad Social Internacional". Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1998, pág(s). 15-136.

DESDENTADO BONETE, A., "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en la unificación de doctrina". Noticias de la Unión Europea. CISS, nº 157 (número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I), marzo 1998, pág(s). 89-99.

DE MIGUEL LORENZO, A.M., "La jubilación en la negociación colectiva" REDT nº 35. 1988.

DE MIGUEL LÓPEZ, A.M., "La jubilación en la negociación colectiva: la exigencia de la no amortización den los puestos de trabajo a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la más reciente doctrina del Tribunal Supremo". REDT nº 35, 1988, pág(s). 413-419.

DEVEALI. M. L., "Particularidades del régimen jubilatorio argentino". RibSS, nº 5 1960, pág(s). 1455-1458.

DEVESA, M.M., DEVESA, J.E., y VIDAL, C., "Una introducción a los planes de prejubilación". Previsión y Seguro, núm. 48, 1995.

DI NICOLA, F., "Riforma del sistema previdenziale tra equità e sostenibilità". Lavoro e Sicurezza Sociale, nº 4. 1996, pág(s). 107-117.

DÍAZ DELGADO, J., "Jubilación anticipada. Disminución de la pensión de jubilación. Comentario a la STC 100/1989". Revista General del Derecho (RGD) nº 541-542, 1989, pág(s). 6504-6509.

DOLZ LAGO, M. J., "La jubilación de los funcionarios públicos en España". RSS nº 16 - La jubilación-. 1982 pág(s). 255-304.

DONGES, J., ENGELS, W., HAMM, W., MÖSCHEL, W., NEUMANN, M.JM., SIEVERT, O. "Política de inmigración: posibilidades y límites", en AA.VV. "La inmigración en Europa expectativas y recelos". Instituto de Estudios Económicos, 1994, pág(s). 55-110.

DOUBLET, J., "Age de la retraite et prolongation de la vie humaine". Droit Sociale (DS), 1961 pág(s). 172-178.

DUPEYROUX, J.J., "Edad de jubilación pensión, pension de vejez, distribución de trabajo: algunos puntos de referencia", en IESS. "La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social". Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1980, pág(s). 15-53.

DURÁN HERAS, A., "Anticipo de la jubilación en España". RSS. 1989 nº 41. pág(s). 125-134.

DURÁN HERAS, A., "Mujeres y pensiones en España". Revista de Economía y Sociología del Trabajo". nº 13/14, 1991, pág(s). 144 a 152.

DURÁN LÓPEZ, F., "Origen, evolución y tendencias del Estado del Bienestar". RL, nº 9. 1996. pág(s). 12-21.

ETALA, J. J., "Seguro Social de vejez y jubilación ordinaria". DT 1964, pág(s). 385-396.

ESCOTET VÁZQUEZ, M., "El contrato de trabajo a tiempo parcial a partir del RD-Ley 15/1998". AL, nº 39, 1999, pág(s). 751-784.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., "Una norma de envergadura: La Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social", RL, 1991/I, pág(s). 915-951.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., "El desarrollo reglamentario de la Ley de prestaciones no contributivas". RL, 1991/I, pág(s). 1081-1092.

ESPENSHADE, T.L., "Population Dymnamics with Inmigration an Low Fertility". Population and Development Review, supp vol. 12, 1986, pág(s). 248-261.

ESTEVE SAGARRA, M.A., "La fijación de edades de jubilación distintas por razón de sexo en el derecho comunitario". DL, nº 55, 1998, pág(s). 65-84.

EUZÉBY, Ch., "La seguridad Social del siglo XXI". Revista Internacional de Seguridad Social (RISS), vol. 51, nº 2, pág(s). 3-18.

FALCÓ GARCÍA, J.L., "Comentarios sobre la reforema de la Seguridad Social a la vista de su regulación en la Constitución de 1978" en AA.VV., "El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80" III Coloquio sobre Relaciones Laborales, Jaca, 23-25 de septiembre, 1982, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1983, pág(s). 421-429.

FAMILIARI, R., e BETTOLLINI, G., "Linee evolutive del sistema previdenziale". Protezione Sociale, 1993, nº 1, pág(s). 10-171.

FASSINA, S., "Le pensioni in Italia: tra riforma e controriforma". L'Assistenza Sociale, 1996, n.4, pág(s). 127-144.

FAUSTINI, G., "Età di ingresso al lavoro ed età di pensionamento" Tutela, 1987, pág(s). 54-59.

FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A., "La evolución demográfica y su incidencia sobre las pensiones y el desempleo", en FUNDACIÓN BBV; "Pensiones y prestaciones por desempleo". Edita Fundación BBV, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ DÍAZ, A., "La jubilación como problema económico. Algunas consideraciones" RSS nº 16 -La jubilación- 1982 pág(s). 29-42.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO, M., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Propuestas para una reforma de la protección de la vejez". Revista de Trabajo y de Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros, nºs 149-150, 1995, pág(s). 95.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO, M., "De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social)" REDT, nº 81, 1997, pág(s). 5-39.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, A., "Jubilación parcial y reparto del trabajo: análisis comparado de la regulación española dentro del ámbito Europeo". RSS nº 26. pág(s). 125-141.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, A., "Recomendaciones comunitarias sobre <<flexibilidad de la jubilación>>. Comentarios desde la perspectiva española". Noticias CEE, nº 36, 1988, pág(s). 135-146.

FERNÁNDEZ LÓPEZ., M.F.; "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador" en AA.VV "La extinción del contrato de trabajo: el despido". Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, pág(s).108-111.

FERNÁNDEZ RUÍZ, J. L., "La denominada jubilación anticipada: cuestiones que presenta". RlbSS. 1969 (I) pág(s). 27-43.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "Pensión de jubilación derivada de la concesión del subsidio para mayores de 52 años. Su improcedencia por considerar que no reúne el requisito de carencia exigido". Aranzadi Social (AS), 1998-II pág(s). 2613-2617.

FERNÁNDEZ PASTORINO, A., "Derecho jubilatorio". RlbSS 1970 (II), pág(s). 821-877.

FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., "La Seguridad Social y el Estado de las Autonomías" Documentación Administrativa, nº 197, 1983, pág(s). 81-119.

FERRERAS ALONSO, F., GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ,E., GONZALO GÓNZALEZ, B., TEJERINA ALONSO, J.I., "Las jubilaciones anticipadas: panorama.". RSS, 16, 1982, pág(s). 305-350.

FERRERAS ALONSO, F., "Desigualdades de protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la <<Ley de Pensiones>> del 85". REDT. Civitas. nº 25. 1986, pág(s). 57-91.

FERRERAS ALONSO, F., "Los efectos en la Seguridad Social de la aplicación de la política de reconversión industrial durante 1985 (particular consideración en relación con la Ley 26/1985). RSS, nº 28, 1985, pág(s). 65-87.

FERRERAS ALONSO, F., "Desigualdades de protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencia de la <<Ley de pensiones>> del 85" REDT nº 25, 1986, pág(s). 57-91

FERRERAS ALONSO, F., "Reflexiones en torno a la edad de jubilación". Claridad, nº 18, 1987, pág(s). 19-32.

FIORI, L., "Età pensionabile e parità di trattamento tra uomo e donne". Rivista Giuridica del Lavoro, 1981-II, pág(s). 455-469.

GALA VALLEJO, C., "Ideas y motivaciones para una política global de la 3ª edad". RSS nº 15. 1982. pág(s). 245-256.

GALA VALLEJO, C., "La tercera edad en la vida colectiva y ante el cambio social. La tercera edad no es una etapa difícil". RSS nº 19. 1983. pág(s). 67-100.

GALA VALLEJO, C., "El hecho del envejecimiento. Problemas y perspectivas". RSS nº 16 -La jubilación-. 1982 pág(s). 147-208.

GALLARDO CASTILLO, Mª J., "Seis años de jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas: la consagración de la impunidad del legislador (Comentario a la STS de 30 de noviembre de 1992)". Revista de Administración Pública (RAP). nº 133, 1994, pág(s). 343-371.

GARATE CASTRO, J., "Pensión de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social y ejercicio de funciones". RL, nº 11, 1986, pág(s). 424-431.

GARCÍA DE BLAS, A., "Factores determinantes del déficit de la Seguridad Social". Papeles de Economía Española (PEE) nº 23, 1986, pág(s). 128-133.

GARCÍA BLASCO, J., "En torno a la problemática jurídica de la disposición adicional 5ª de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y la incidencia de la doctrina del Tribunal Constitucional: la sentencia de 2 de julio de 1981" en AA.VV., "El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80" III Coloquio sobre Relaciones Laborales,

Jaca, 23-25 de septiembre, 1982, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1983, pág(s). 85-129.

GARCÍA DE BLAS, A., "La jubilación como respuesta al problema del desempleo". RSS nº 16 -La jubilación- 1982 pág(s). 43-56.

GARCÍA DE BLAS, A., "Efectos de la reducción de la edad de jubilación y la prolongación de la escolarización" en AA.VV "Reparto de trabajo y crisis social". Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1986, pág(s). 269-289.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., "La Seguridad Social comunitaria en la última década(1987-1997). Coordinación. Armonización. Convergencia de objetivos. Concertación. Panorama general". Noticias de la Unión Europea. CISS, nº 157 (número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I), marzo 1998, pág(s). 7-17.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., "Las nuevas propuestas de la Comisión para modificar el Reglamento 1408/71. Prestaciones de desempleo y prejubilación". Noticias de la Unión Europea. CISS, nº 157 (número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I), marzo 1998, pág(s). 67-77.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA., "Trabajadores emigrantes: retorno y jubilación" en TS nº 94, número monográfico "La reforma de la pensión de jubilación (II)". 1998, pág(s). 32-38.

GARCÍA DE LEANIZ Y DE LA TORRE, P., "La llamada tercera edad". RibSS, nº 6, 1976, pág(s). 1645-1652.

GARCÍA MURCIA, J., "Crisis económica y Jubilación anticipada en el ordenamiento laboral español" en AA.VV., "El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80" III Coloquio sobre Relaciones Laborales, Jaca, 23-25 de septiembre, 1982, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1983, pág(s). 343-367.

GARCÍA MURCIA, J., "El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador". REDT, nº 19, 1984, pág(s). 431-445.

GARCÍA NINET, J. I., "La jubilación en los regímenes especiales de la Seguridad Social". RSS nº 16 -La jubilación-. 1982 pág(s). 225-254.

GARCÍA ORTEGA, J., "El Retiro Obrero obligatorio: antecedentes y eficacia actual". TS, 1994, nº 39, pág(s). 21-27.

GARCÍA ORTEGA, J., y GARCÍA NINET, I., "La protección de la jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social". RT nº 15, 1991, pág(s). 21-54.

GARCÍA ORTEGA, J., y GARCÍA NINET, I., "La pensión no contributiva de jubilación". TS nº 7, 1991, pág(s). 7-15.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., "Antecedentes normativos y aparición del sistema de Seguridad Social en España. La constitución española" en AA.VV., "Derecho de la Seguridad Social". Dir. DE LA VILLA GIL, L.E., Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 1999, pág(s). 49-68

GERING, D.S., "La edad de pensión en los regímenes de pensiones de vejez" RIT, nº 4, 1995, pág(s). 300-325.

GETE CASTRILLO, P., "La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la persona interminable del sistema de Seguridad Social" en VALDÉS DAL-RÉ, F., "La reforma pactada de las Legislaciones laborales y de Seguridad Social". Lex Nova, Valladolid, 1997, pág (s). 407-455.

GIORI, D., "Vecchiaia e pensionamento". Prospettiva sindacale, 1984, nº 52, pág(s). 6-19.

GIRARDI TOSITTI, C., "L'età di pensionamento per vecchiaia nell'assicurazione generale obbligatoria italiana e i suoi riflessi sugli oneri della sicurezza sociale". *Previdenza Sociale*, 1956 (I), pág(s). 841-859.

GOERLICH PESET, JM., "La reforma de la Incapacidad permanente" en AA.VV "La reforma de las pensiones de 1997" Coord. Pardell Veà, A., Marcial Pons 1997, pág(s). 41-74.

GONZÁLEZ I CALVET, J., "Reforma y futuro del sistema de protección social". *Mientras tanto* nº 67/invierno 1996-1997, pág(s). 47-78.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Novedades de la protección social del trabajo a tiempo parcial contenidas en el RD-Ley 15/1998 y en el RD 144/1999". *REDT*, nº 25, 1986, pág(s). 169-191.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La anticipación de la edad de jubilación". *RSS*. 1987 nº 36. pág(s). 7-32.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., "El sistema espanyol de Seguretat Social" en AA.VV., "Dret de la Seguretat Social". CGPJ. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Sept. 1994, pág(s). 15-44.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.; "Prestaciones no contributivas de Seguridad Social" en X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de Relaciones Laborales" Coord. OJEDA AVILÉS, A., Ed. Trotta, Madrid, 1992.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., Voz "Jubilación del Trabajador" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo II, Civitas, Madrid, pág(s). 411-439.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La pensión de jubilación: Nuevo régimen jurídico". Tercera ponencia de las Quintas Jornadas Tarraconenses de Derecho Social, ejemplar fotocopiado –versión abreviada y provisional- Tarragona, 1998.

GONZÁLEZ POSADA, C., "Seguros Sociales obligatorios". RDP, 1942, nº 305, pág(s). 475-483.

GONZÁLEZ POSADA, C., "La unificación de los Seguros Sociales en España". Información Jurídica, 1948, nº 58, pág(s). 3-16.

GONZÁLEZ RABANAT, M^a C., "La crisis de la Seguridad Social en el marco de la Constitución" RPS nº 148. 1985 pág(s). 63-90.

GONZALO GONZÁLEZ, B., FERRERAS ALONSO, F., GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E., y TEJERINA ALONSO, J.I., "Las jubilaciones anticipadas: panoramas general y comparado". RSS, nº 16 –La jubilación- 1982, pág(s). 305-343.

GONZALO GONZÁLEZ, B., "La pensiones contributivas en Europa". MtyyAS, Madrid, 1992, pág(s). 143 141

GONZALO GONZÁLEZ, B., "El debate sobre la edad de la jubilación en Europa". RSS. nº 42. 1989. pág(s). 7-20.

GONZALO GONZÁLEZ, B., "Apuntes sobre el futuro de la jubilación en Europa". DL. nº 24. 1988 pág(s). 103-126.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, B., "Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público". Revista de Papeles de Economía Española (PEE), nº 23, 1986, pág(s) 137-156.

GONZALO GONZÁLEZ, B., "Privatización y otros signos del retroceso de la Seguridad Social en Europa". Noticias de la Unión Europea. CISS, nº 158 (número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II), marzo 1998, pág(s). 103-109.

GONZALO GONZÁLEZ, B., "Derecho Internacional y Comunitario de la Seguridad Social" en AA.VV., "Derecho de la Seguridad Social". Dir. DE LA VILLA GIL, L.E., Tirant lo Blanch, 2ª edición, , Valencia, 1999, pág(s). 87-108.

GONZÁLEZ CATALÀ., "Demografía y Sistema Públicos de pensiones: Una visión actuarial.

GONZÁLEZ ENCABO, J., "Reconversiones Industriales: el Fondo Nacional de Protección al Trabajo", en AA.VV., "Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo". Universidad de Madrid, 1970, pág(s). 291-321.

GOÑI MORENO, J. M., "Sistemas de financiamiento de la Previsión Social". RibSS. 1954. pág(s). 563-593.

GOÑI MORENO, J. M., "Crítica al ordenamiento jurídico de la previsión social en la República Argentina". RibSS nº 3, 1960,pág(s). 1299-1312.

GRUBER, J., "Social Security programs and retirement around the world". National Bureau of Economic Research, Cambridge, NBR Working papers serie 6136. 1997.

GUALTIERI, T., e MARIN, P., "L'età che completa la vita: l'anziano nella società post-industriale suo riporto con l'infanzia". Protezione Sociale, 1987, nº 2, pág(s). 325-458.

GUILLEMARD, A-M., "Lavoro, sicurezza sociale e ciclo di vita". Assistenza Sociale, nº 4, 1996, pág(s). 33-56

GUILLEMARD, A-M., "Les transformations de la sortie definitive d'activité au niveau international: vers un réexamen du rôle de la retraite". Droit Sociale, nº 12, 1989, pág(s). 851-860.

GUILLEMARD, A.M., "Les paradoxes des politiques de la vieillesse". RFAS, nº 3, 1990, pág(s) 127-152.

GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B., "Cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación en supuestos de prestación de servicios en distintos países comunitarios y de derecho aplicable". RL, 1999-II, pág(s). 851-856.

HARKMANN, H. "Un modelo para hacer flexible la edad de jubilación", en Instituto de Europeo de Seguridad Social (IESS) "La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social". Ed. española Madrid 1984, pág(s). 97-102.

HECQUET, P., "Peut-on abaisser l'âge de retraite". DS, nº 1 1969, pág(s). 56-60.

HERCE SAN MIGUEL, J.A., "Jubilación o pobreza: desafíos actuales de la Seguridad Social en España". PEE, nº 30-31, 1987, pág(s). 355-365.

HERCE SAN MIGUEL, J.A., y MESEGUER, J.A., "Los efectos económicos de la Ley de Consolidación de la Seguridad Social". Hacienda Pública Española, nº 152, 2000, pág(s) 51-66.

HERNÁNDEZ, S., "Età lavorativa, età pensionabile e principio di parità tra i sessi". Il diritto del Lavoro, 1996-I, pág(s). 523-529.

HOESCH, L., "Osservazioni sul diritto di opzione ex. art. L.903/77 dopo la sentenza n. 137/86 della Corte Costituzionale". Lavoro 80, 1986, pág(s). 751-755.

HOLZMANN, R., "Las relaciones entre la política de seguridad en la vejez y la política del mercado de trabajo". RSS nº 33. 1987. pág(s). 7-46.

HURTADO GONZÁLEZ, L., en "Prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Prestaciones de Asistencia Social" en X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de Relaciones Laborales" Coord. OJEDA AVILÉS, A., Ed. Trotta, Madrid, 1992.

IESS., SERVICIO DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD SOCIAL DEL IESSS., "La protección de la vejez y de la prevejez (Identificación, conexión e integración de riesgos en el Derecho Comparado" (Informe ha sido elaborado por: GONZALO GONZÁLEZ, B; FERRERAS ALONSO, F; GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E; TEJERINA ALONSO, J.I; y DE LA PEÑA, P)RSS 1980, nº 6, abril-junio, pág(s). 239-256.

ILLUMINATI, F., "Divenire anziani nella società del futuro". Protezione Sociale, 1982, nº 5, pág(s). 731-775.

JIMÉNEZ CAMPO, J., "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", Revista Española de Derecho constitucional nº 9. 1983, pág(s). 71-114

JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A., "El proyecto de Ley de prestaciones no contributivas, MTySS, Madrid, 181-198.

LANDA ZIPARAÍN, J.P., "Presente y futuro del reglamento comunitario sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significación para el Derecho especial de la Seguridad Social" REDT nº 55, 1992, pág(s). 661-691.

JORDANA DE POZAS, L., "El principio de unidad y los Seguros Sociales". Información Jurídica, 1942, nº 12, pág(s). 5-9.

KEATON, P., y BETH, L., "Age Discrimination in Employment. Case Law and implications for employers". Labor Law Journal, septiembre 1989, vol. 40, núm. 9, pág(s). 575-581.

KERSCHEN, N., "Politiques de l'emploi et droit. "Políticas de l'emploi et droit: la préretraite comme status et comme instrument". RFAS, nº 1, 1989, pág(s). 45-50.

KERSCHEN, N., y REMINIAC., "Les systèmes de <<pre-retraite>>. Vlassification juridique et parctique". RFAS, nº 1, 1994, pág(s) 45-50. También en Droit Social, núm. 2, 1981, pág(s). 175-201.

KRZECZKOWSKI en su artículo "Les assurances sociales et la législation internationale" en *Revue International du Travail*, vol VIII, nº 5, noviembre 1923, pág(s). 687-693.

LAPADULA, B., "La riforma previdenziale: il valore della transizione". *L'Assistenza Sociale*, n.4 1996, pág(s). 119-125.

LANQUETIN, M.T., "La non discrimination selon l'âge en droit française". *RSS*, nº 1 , 1994.

LARAÑA LEGUINA, M., "Examen histórico y análisis crítico del origen, aparición, implantación y desenvolvimiento de los Seguros Sociales en España". *Revista Moneda y Crédito* nº 15. 1945 pág(s). 23-39, nº 18. 1946 pág(s). 47-66, nº 22. 1947 pág(s). 48-61.

LAROQUE, P., "La place de la mutualité dans la protectio sociale en France". *Droit Social* nº11. 1969, pág(s). 13-20.

LAROQUE, P., "Sécurité sociale et Personnes âgées". *RFAS*, juillet-sept, 1985, pág(s). 179-196.

LASLETT, P., "Differentiation des modèles de retraite". *RFAS* juillet-sept, 1985, pág(s). 183-189.

LAVILLE, A., VOLKOFF, S., MOLINIÉ, A.F., GAUDART, C., y MILLENVOYE, M., "Des relations âge-travail". *RFAS* 1994, nº 1

LEGA, C., "L'assicurazione sociale di vecchiaia e i problemi dell'invecchiamento". *Previdenza Sociale* 1957 (I), pág(s). 229-250.

LEONÉS SALIDO, J.M., "Incompatibilidad entre pensiones de la Seguridad Social: derecho de opción". *AL* 1993-I, pág(s). 93-109.

LEROSIER, J.J et BASLE, M., "Les premières lois sociales". RFAS Janvier-mars, 1981, pág. 223-241.

LÓPEZ CUMBRE. L., "El sistema de "prejubilación" en Francia: una experiencia de muchos años". RTySS. nº 1. 1991, pág(s). 47-82.

LÓPEZ CUMBRE, L., "Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico de las jubilaciones anticipadas" en TS nº 94, número monográfico "La reforma de la pensión de jubilación (I)". pág(s). 16-35.

LÓPEZ CUMBRE, I., "La pensión de jubilación" en AA.VV., "Derecho de la Seguridad Social". Dir. DE LA VILLA GIL, L.E., Tirant lo Blanch, 2ª edición, , Valencia, 1999.

LÓPEZ FUENTES, R., "La Disposición Adicional 26ª del TRLGSS y la vigencia de fórmulas de anticipo del momento de acceso a la jubilación: supuesto de jubilación anticipada" en IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Parte I, (Ponencia Temática I) MtyAS, Madrid, 1999, pág(s). 389-407.

LÓPEZ GANDÍA, J., "Jubilación y política de empleo (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981)". Jurisprudencia de Seguridad Social y Sanidad nº 13. 1981 pág(s). 365-375.

LÓPEZ GANDÍA, J., "El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo Un análisis de la Ley 31/1984 y de su Reglamento de desarrollo". RL 1985-II, pág. 381-418.

LÓPEZ GANDÍA, J., "Los niveles de Seguridad Social en la Constitución Española: entre interpretación jurisdiccional y desarrollo legislativo". TS nº 35. 1993, pág(s). 14-23.

LÓPEZ GANDÍA, J., "Trabajo a tiempo parcial y protección social tras la reforma del mercado de trabajo". RL 1998-II, pág(s). 251-274.

LÓPEZ GANDÍA., "La reforma de la Seguridad Social y la Ley de Consolidación y Racionalización de 1997" en OCHANDO C., SALVADOR, C., y TORTOSA., "El sistema público de pensiones: presente y futuro". Ed. Germania, Valencia, 1998, pág(s). 89-103.

LÓPEZ GANDÍA, J., y OCHANDO CLARAMUNT, C., "Crisis económica y estado de bienestar". Revista de Derecho Social, nº 1, 1997, pág(s). 75-98.

LÓPEZ LÓPEZ, J., "El art. 149.1.17 CE como título de legitimación competencial para las CCAA en materia de renta mínima" REDT nº 48, 1991, pág(s). 533-543. (en especial, pág(s). 539-542).

LÓPEZ LÓPEZ, J., "La pluriactividad y el pluriempleo: historia de un desencanto". REDT nº 61, 1993, pág(s). 773-778.

LÓPEZ LÓPEZ, J., "L'article 51 del Tractat de Roma i la jurisprudència espanyola d'aplicació dels seus reglaments de desenvolupament" en AA.VV., "Dret de la Seguretat Social". CGPJ. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Sept. 1994, pág(s). 117-126.

LÓPEZ LÓPEZ, J., "Comunitats Autònomes i protecció social" en AA.VV., "Dret de la Seguretat Social". CGPJ. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Sept. 1994, pág(s). 127-143

LÓPEZ LÓPEZ, J., "La coordinación comunitaria de los sistemas de protección social de los países miembros" AA.VV., "Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad" coord. Julia López López, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1996.pág(s). 35-70.

LÓPEZ VALENCIA, F., "El problema de los trabajadores de edad avanzada". Revista de Trabajo nº 1. 1961 pág(s). 21-34.

LÓPEZ VALENCIA, F., "Seguridad Social de la infancia y de la vejez". Revista Española de Seguridad Social (RESS) nº 11, pág(s). 2229-2245.

LUCIANI, A., "La previdenza Sociale nella crisi: il pre-pensionamento". Previdenza Sociale, 1986 (I), pág(s). 571-598.

LUQUE PARRA, M., "Contrato a tiempo parcial y pensión de jubilación: la <<doble proporcionalidad>> y el cómputo del <<día cotizado>> como criterios que distorsionan la lógica incentivadora de esta modalidad contractual". RL 1998-II, pág(s). 275-297 y en en IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Parte I, (Ponencia Temática I) MtyAS, Madrid, 1999, pág(s). 455-483.

LYON, M.; "Comments on the constitutional law of age discrimination". Chicago Kent Law Review. 1981, vol. 57, núm. 58.

MALDONADO MOLINA, J.A., "El requisito de residencia en el nivel no contributivo de la Seguridad Social. A proposito de la STJCE de 25 de febrero de 1999 asunto C-90/1997 Swalddling". AL, nº 6, 2000, pág(s). 483-493.

MADERNA, A.M., "Problemi psicologici dell'attività lavorativa dell'anziano posti dall'industrializzazione e dal progresso tecnologico". La tutela del lavoro, 1966, pág(s). 25-31.

MANESCHI, A., "La pensione di anzianità". Rivista Italiana di Previdenza Sociale. 1966, pág(s). 579-590.

MANESCHI, A., "La nuova pensione di anzianità". Rivista Italiana di Previdenza Sociale, 1968, pág(s). 634-642.

MANESCHI, A., "La <<pre-pensione>> (Assegno ai lavoratori anziani licenziati)". Rivista Italiana di Previdenza Sociale, 1969, pág(s). 25-34.

MANRIQUE LÓPEZ, F., "Un modelo renovado de la Seguridad Social española". DL. nº46. 1995. pág(s). 97-120.

MANRIQUE LÓPEZ, F., "La reforma de la Seguridad Social" RPS nº 146. 1985 pág(s). 51-73.

MANRIQUE LÓPEZ, F., "La distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el Derecho Social" RPS, nº144, 1984, pág(s). 85- 99.

MARÍN CORREA, J.M., "El contrato a tiempo parcial a efectos de protección social". REDT, nº 25, pág(s). 159-167.

MARKMANN, H., "Un modelo para hacer flexible la edad de jubilación" en IESS. "La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social". Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1980, pág(s). 97-102.

MARTÍ BUFILL, C., "Naturaleza y sentido de las prestaciones de la Seguridad Social". RibSS. 1955. pág(s). 563-593.

MARTÍN LÓPEZ, E., "Trabajo y actitudes hacia el trabajo en la tercera edad". RSS nº 16 -La jubilación-. 1982 pág(s). 111-.146.

MARTÍN PUEBLA, E., "La jubilación anticipada como instrumento de política de empleo y su recepción por la negociación colectiva". DL nº 29, 1989, pág(s). 43-80.

MARTÍN VALVERDE, A., "Las pensiones de la Seguridad Social: su dimensión jurídica" en AA.VV., "Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales". MTySS, Madrid, 1992, pág(s). 26-43.

MARTÍN VALVERDE, A., "El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social". RMTyAS, nº 4, 1997, pág(s). 43-60.

MARTÍNEZ ABASCAL, A.V., y DURÁN ROMASEWSKY, S "Jubilación: contributividad pero no solidaridad dentro del Sistema", en IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Parte I, (Ponencia Temática I) MtyAS, Madrid, 1999, pág(s). 325-371.

MARTÍNEZ ARÉVALO, L., "España en los años noventa: los problemas de la inmigración" en AA.VV. "La inmigración en Europa expectativas y recelos". Instituto de Estudios Económicos, 1994.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R., "El contrato de relevo". DL 1985. nº 15. pág(s). 43-66.

MARQUEZ PRIETO, A., "La problemática extensión de las prestaciones españolas no contributivas a los ciudadanos del Magreb" en IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Parte I, (Ponencia Temática I) MtyAS, Madrid, 1999, pág(s).4883-492.

MARZIANO, E., "Criteri biologice e sociali per la determinazione dell'età pensionabile nella donna" Previdenza Sociale, 1963 (II), pág(s). 1859-1883.

MASINI, C.A., "I regimi generali obbligatori di vecchiaia per i lavoratori dipendenti nei paesi membri della CEE". Previdenza Sociale, 1973 (II), pág(s). 1131-1175.

MCKENRY, C., "Enforcement of Age Discrimination in Employment Legislation". Hastings Law Journal, mayo 1981, vol. 32, núm. 5, pág(s). 1157-1193.

MEIL LANDWELIN, G., "La adaptación del Estado del Bienestar al envejecimiento de la población. La "reforma demográfica" del sistema de pensiones de la Seguridad Social en la RFA". RTySS nº 4 pág(s). 125-148.

MELLA MÉNDEZ, L., "Consideraciones sobre el contrato de relevo". AL 1998 (3), pág(s). 865-882.

MENÉNDEZ PIDAL, J., "Algunas consideraciones sobre la jubilación de los trabajadores". RT 1959, nº 3 pág(s). 15-20.

MERCADER UGUINA, J.R. "La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social". RL 1997, pág(s).

MERCAT-BRUNS, M., "La non discrimination selon l'âge en droit américain" RFAS, nº 1, 1994, pág(s). 67-69.

MERCEREAU., "La retraite à 60 anys". DS, 1982, nº 6, pág(s). 452-463

MICHAEL, J., "The unconstitutionality of the ADEA". Tulsa Law Journal, verano 1982, pág(s) 782-810.

MIGUEL CASTAÑO, C y AGÜERO MENÉNDEZ, I., "Evolución demográfica y oferta de fuerza de trabajo", en "Tendencias demográficas y planificación económica", coordinador OLANO, A, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 1986.

MIÑARRO YANINI, M., y RUANO ALBERTOS, S., "La jubilación especial y la jubilación forzosa en los pronunciamientos recientes de los Tribunales Superiores de Justicia". TS nº 106, octubre 1999, pág(s). 33-43.

MIRABILE, M.L., "Lavoro e invecchiamento: teorie del corso di vita e ruolo della prevenzione". Assistenza Sociale, 1993, nº 5, pág(s). 610-614.

MIRA, G., "Mutualità, Solidarismo e Previdenza nell'associazionismo operaio. Dalle Prime manifestazioni fino all'inizio del XX secolo". Previdenza Sociale, 1961 (I), pág(s). 453-483.

MITRA, S. "Long Term Demographic Effect of a Constant Stream of Immigration when the Population is not Reproducing Itself". *International Migration Review*, vol. 28, nº 4 1990, Geneva, pág(s). 497-508.

MOLERO MANGLANO, C., "Régimen Jurídico de los Planes de prejubilación" *AL*. 1994 (I) pág(s). 65-77.

MONEREO PÉREZ, JL, "Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I)". *REDT* nº 56, 1992, pág. 843-897.

MONTORO PUERTO, M., "Jubilación de funcionarios" en AA.VV "Nueva enciclopedia Seix Editor". T. XIII, Barcelona, 1979, pág(s). 785-797.

MONTOYA MELGAR, A., "La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones". *Revista de Política Social*, nº 98. 1973.

MONTOYA MELGAR, A., "La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica". *RT*, 1976, nº 54-55, pág(s). 5-36.

MONTOYA MELGAR, A., "La reforma de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo a la Ley 24/1997, de consolidación y racionalización del sistema". *RMTyAS* nº 4, 1997, pág(s). 35-41.

MORGANTE, D., "Età di collocamento a riposo e di pensionamento e parità dei sessi". *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1970-I, pág(s). 383-405.

MULAS GARCÍA, A., "Documento para la reforma de la Seguridad Social: el libro <<naranja>> y la memoria de la racionalización". *DL*, nº 16, 1985, pág(s). 161-171.

MUÑOZ DE BUSTILLO, R., y ESTEVE MORA, F., "La crisis del Sistema Público de Pensiones: ¿un problema de eficiencia? en OCHANDO C., SALVADOR, C., y

TORTOSA., "El sistema público de pensiones: presente y futuro". Ed. Germania, Valencia, 1998, pág(s). 105-151.

MUT RÉMOLA, E., "Evolución de la Seguridad Social en España". RIBSS 1972 (II) pág(s). 1057-1124.

NICOLÁS BERNAD, J.A., "La base reguladora de la pensión de jubilación: controversias en las bases de cotización anterior al hecho causante", en IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Parte I, (Ponencia Temática I) MtyAS, Madrid, 1999, pág(s). 435-454.

ORTÍZ LALLANA, M.C., "Algunos problemas del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial". RL 1998-II, pág(s). 218-250.

ORRÙ, G., y PERONE, A., "Problemi e prospettive di riforma del sistema pensionistico italiano". Previdenza Sociale, 1980 (II), pág(s). 1371-1418.

PALOMAR A., y ZATARAIN, R., "La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1989". RT, 1990, nº 99 pág(s). 9-57.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social" RL 1996 (I), pág(s). 408-429.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social" en AA.VV., "Derecho de la Seguridad Social". Dir. DE LA VILLA GIL, L.E., Tirant lo Blanch, 2ª edición, , Valencia, 1999, pág(s). 69-86.

PANIZO ROBLES, J.A., "El marco de las prestaciones no contributivas. Antecedentes y objetivos de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas". RT, nº 15, 1991, pág(s). 9-49.

PANIZO ROBLES, J.A., "El sistema de pensiones de la Seguridad Social: situación actual y tendencias" en AA.VV., "Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales". MTySS, Madrid, 1992, pág(s). 57-76.

PANIZO ROBLES, J.A., "El final de una polémica: las nuevas reglas sobre la anticipación de la edad de jubilación (a propósito del Real Decreto-Ley 5/1998, de 29 de mayo)". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (RMTyAASS), nº 14, 1999, pág(s). 55-81.

PARDELL VEÀ, A., "La normativa comunitaria en materia de Seguridad Social. Especial consideración a la prestación por desempleo" en "La reforma de las pensiones de 1997" dir. Agnès Pardell, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999, pág(s). 95-128

PÉREZ BOTIJA, E., "Naturaleza jurídica del subsidio de vejez". RT 1942, nº 32, pág(s). 560-568.

PÉREZ DEL RÍOS, T., "El concepto de prestaciones de asistencia social establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la normativa española" TL , nº 7, 1986, pág(s). 77-86.

PÉREZ DEL RIO, T., "La dimensión social del mercado único europeo". REDT nº 47. 1991, pág(s). 385-429.

PÉREZ-PAYA y SOLER, J.L., "Tendencias y directrices de la gestión de la Seguridad Social según la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963". Revista de Política Social, (RPS) nº 61, 1964, pág(s). 121-132.

PERPIÑA RODRÍGUEZ, A., "La época de lo social y el Instituto Nacional de Previsión". RibSS. 1960 (I) pág(s). 283-298.

PICCININO, S., "L'età pensionabile nella recente legislazione dell'emergenze". *Diritto del Lavoro*, 1983 (I), pág(s). 52-55.

PICCIONI, A., e VITALE, A., "La terza età, il lavoro e la Sicurezza Sociale". *Lavoro e Previdenza oggi*. 1978-I, pág(s). 447-484.

PIETERS, D., "Las pensiones no contributivas en las Comunidades Europeas". *RSS*, nº 34, 1987, pág(s). 69-85.

PIPERNO, A., e DI FRANCIA, C., "Gli anziani e la società: considerazioni generali sui ruoli per un prossimo futuro". *Assistenza Sociale*, 1990, nº 6, pág(s). 562-578

POLO SÁNCHEZ, M.C., "Prestaciones no contributivas y principio de igualdad" *RL*, nº1, 1995, pág(s). 115-144.

PUMAR BELTRÁN, N., y REVILLA ESTEVE, E., "La nueva normativa de acceso a la jubilación anticipada para determinados colectivos de regímenes especiales en virtud de las reglas de cómputo recíproco de cotizaciones". *REDT*, nº 95, 1999, pág(s). 371-389.

PURCALLA BONILLA, M.A.; y RIVAS VALLEJO, M.P.; "Incidencia de los incrementos indebidos de las bases de cotización y de la situación de desempleo sobre la pensión de jubilación". *Revista de Estudios Financieros, Legislación y comentarios sobre Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nºs 185.186, 1998.

RABIER, J.J., "Las actitudes de la población activa ante las perspectivas de la jubilación" en IESS. "La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social". Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1980, pág(s). 55-95.

RAYÓN SUÁREZ, E., "La jubilación en el ámbito de la CEE". *RSS* nº 16 -La jubilación-. 1982 pág(s). 395-410.

RETUERTO BUADES, M., "Dimensión constitucional de la protección a la tercera edad". *Actualidad Administrativa*, nº 18, mayo de 2000, pág(s). 597-611.

REYNAUD, E., "Las jubilaciones en la Unión Europea: adaptación a las evoluciones económicas y sociales". *RISS*, vol.51, nº 1, 1998, pág(s). 37-55.

REYNAUD, E. "Financiamiento de las jubilaciones: reparto y capitalización en la Unión Europea" *RISS*, vol. 48, nº3-4, 1995, pág(s). 49-68.

RIOS SALMERON, B., "Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez. (Nota de urgencia a la STJCE de 12 de septiembre de 1996, caso "Lafuente")". *AL* 1997-I, nº 16-17, pág(s). 1-17.

RITTER, G.A., "La situación hace cien años: el nacimiento de los seguros sociales en Alemania y en Inglaterra". *RSS* nº 15, pág(s). 435-452.

RIVERO LAMAS, J., "Voz Jubilación Laboral". en "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix T. XIII, Barcelona, 1968.

ROCCO, A., "La riforma del sistema pensionistico. Le critiche che non merita". *L'Assistenza sociale*, 1996, n.4, pág(s). 163-187.

ROJAS, M., "Sentencia comunitaria Martínez Losada y otros de 20 febrero 1997, C-88/95, 102/95 y 103/95, sobre el subsidio por desempleo de los emigrantes retornados mayores de 52 años sin cotización en España. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas vuelve a contestar sin aclarar, por falta de una clara exposición de la Ley española en la cuestión prejudicial". *AS* 1998-V, pág(s). 389-428

RODRÍGUEZ MORENO, A., "La jubilación laboral" *AL*. 1987 (II). pág(s). 1457-1472.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., y GÓNZÁLEZ ORTEGA, S., "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma". en AA.VV. "II Jornadas Universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo". Madrid, IELSS, 1985.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas". RSS, nº 34, 1987, pág(s)., 55-68

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "Prestaciones contributivas y pensiones complementarias privadas". RL 1988 (II), pág(s). 3-10.

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social". RL 1988 (II), pág(s). 11-17.

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "El programa de acción de la Comisión para la aplicación de la Carta social". RL. 1989-II, pág(s). 76-82.

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "La declaración de derechos sociales comunitarios I, II, III y IV" RL. 1989-II, pág(s). 48-75.

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "Flexibilización y anticipación de la edad de jubilación". RL. 1992 (I) pág(s). 39-46

RODRIGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "La extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de edad y la regulación de empleo" RL 1992 (II) pág(s). 380-196.

RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., "La prestación de jubilación" en RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., GORELLI HERNÁNDEZ, J., y VILCHEZ PORRAS, M., "Sistema de Seguridad Social". Ed Técnos, Madrid, 1999, pág(s). 343-371.

RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "La extinción del contrato de la relación laboral por edad del trabajador". RPS nº 97. 1973 pág(s). 23-67.

RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "Aspectos de la negociación colectiva en la crisis económica" en AA.VV., "El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80" III Coloquio sobre Relaciones Laborales, Jaca, 23-25 de septiembre, 1982, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1983, pág(s). 279-300.

ROFES i PUJOL, M. I., "Las vicisitudes de la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social. La jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Barber y sus efectos en el tiempo". Noticias de la Unión Europea. CISS, nº 158 (número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (y II), marzo 1998, pág(s). 49-59.

ROFES i PUJOL, M^a Isabel. "Comentario a la STJCE de 20 de febrero de 1997". Revista del Poder Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Tercera época, núm. 51, 3er trimestre de 1998, pág(s). 649-677.

ROJAS CASTRO, M., "Tres discriminaciones en la pensión española d jubilación de los trabajadores migrantes: base reguladora, años de bonificación y prorrateo" AS, 1999-V, pág(s). 975-1004.

ROJO TORRECILLA, E; "Proyecto docente para el acceso a la Cátedra de la Universidad de Girona". (inédito) Girona, 1993.

ROJO TORRECILLA, E., "Protección social y rentas mínimas de inserción" en AA.VV. "Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad". Coord. López López, J., Marcial Pons, Madrid, 1996, pág(s). 93-137.

ROJO TORRECILLA. E., "Comentario al art. 42 de la Constitución Española". Ejemplar original (pendiente publicación) Girona, 2000.

RONCATI, R., "La recenti evoluzioni dello stato sociale in Europa". Lavoro e Sicurezza Sociale nº 3-4. 1997, pág(s). 43-78.

ROSSI, F.P., "Diritto del lavoro e trattamento pensionistico di vecchiaia". Tutela, 1987, n.1, pág(s). 33-38.

RULL SABATER, A., "La Seguridad Social española de la década de los veinte hasta nuestros días". RibSS 1975 (II) pág(s). 207-225.

SÁEZ LARA, C., "La jubilaciónn forzosa: las previsiones del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia constitucional y ordinaria". REDT, nº 25, 1986, pág(s). 115-147.

SAFIER, J.M., "La tutela della vecchiaia. (trattamenti di pensione-servizi sanitari- servizi sociali)". Previdenza Sociale, 1975-II pág(s). 1347-1404.

SALGADO MÉNDEZ, E., "Las pensiones de los Funcionarios públicos" en AA.VV., "Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales". MTySS, Madrid, 1992, pág(s). 93-102.

SALVADOR, PÉREZ, F., "Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social" REDT, nº 43, 1990, pág(s). 513-531.

SALVADOR PÉREZ, F., "La nueva pensión no contributiva de jubilación: objeto de la protección y su régimen jurídico I y II". AL 1992 (I). Pág(s). 101-124.

SÁNCHEZ ALVAREZ, I., "La influencias relativa de la evolución demográfica en el futuro aumento del gasto en pensiones de jubilaciones". RTySS nº 6. pág(s). 31-52.

SÁNCHEZ MONIS, F., "Ensayo sobre un seguro social de vejez e invalidez y muerte en un sistema unificado de Seguros Sociales". RibSS. 1956. pág(s). 873-903.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "Las reformas en el ámbito de la protección social y el futuro del Estado del Bienestar: aproximación al problema" en en IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Parte I, MtyAS, Madrid, 1999, pág(s). 75-83.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Diferencia en los porcentajes aplicables a la pensión de jubilación anticipada y principio de no discriminación: un supuesto polémico de acción afirmativa (comentario a la STC 19/1989 de 31 de enero)" REDT nº 44 año 1990. pág(s). 747-761.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución renovada". RMTyAS, nº 18, 1999, pág(s). 193-221.

SASTRE IBARRECHE, R., "La jubilación forzosa por edad" REDT nº 43 año 1990 pág(s). 459-504.

SASTRE IBARRECHE, R., "La aplicación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la negociación colectiva" en TS nº 94, número monográfico "La reforma de la pensión de jubilación (I)". 1998, pág(s). 36-46.

SABATIEN,J., "Licenciament et âge de la retraite". DS 1978, pág(s). 13-21.

SCMÄLL, W., "Seguros complementarios de vejez en Europa y en el Mercado Único Europeo" RSS nº 38. 1988 pág(s). 93-117.

SCHMEERTMANN, C.P; "Inmigrants' Ages and the Structure of Stationary Populations with Below-Replacement Fertility". Demography, vol. 29, nº 4, noviembre 1992, pág(s). 595-611.

SCMÄHL, W. "Redefining the process of retirement: an international perspective". Springer, Berlín, 1989

SCHULTE, B., "Qué garantías ofrecen los sistemas de seguridad social" RSS nº 33, 1987 pág(s). 126-148.

SCHULTE, B., "La financiación de los Sistemas de protección social en la Europa Comunitaria" AA.VV., "Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales". MTySS, Madrid, 1992; pág(s). 45-56.

SEMPERE NAVARRO, V., "Problemas aplicativos de los Reglamentos Comunitarios: Perspectiva Doctrinal" en AA.VV., "Seguridad Social Internacional". Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1998, pág(s). 137-247.

SERMONTI, A., "Sulle età pensionabili dei lavoratori e delle lavoratrice". Foro Italiano, 1968, pág(s). 2658-2662.

SILVESTRO, C., "Età pensionabile ed espansività del regime generale" en FERRARO, G., e MAZZIOTTI, F., "Il sistema pensionistico riformato. Dalla legge Delega 421/1992 al Dlgo 585/1993" Jovene editore, 1994, pág(s). 4 y ss

STACK, M., "Storia ed evoluzione della Sicurezza Sociale". Previdenza Sociale, 1950 (II), pág(s). 800-810.

TAGLIAVIA LÓPEZ, D. E., "La inconstitucionalidad de la jubilación forzosa. Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981". REDT 1981 nº8 pág(s). 513-519 y REDT 1982 nº 9 pág(s). 677-686.

TALMON, Y; "Envejecimiento. II. Aspectos sociales", en Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, dirigida por David L. Sills vol 4. Aguilar de ediciones, S.A Madrid, 1994, pág(s). 296-304.

TAMBURI, G., "Los sistemas de Pensiones en la Europa de los 90" en AA.VV., "Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales". MTySS, Madrid, 1992, pág(s). 13-24.

TEJERINA ALONSO, J.I., "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los regímenes especiales de trabajadores ferroviarios, de artistas, de toreros, de representantes de comercio, de escritores de libros y de futbolistas". RSS nº 31. 1986, pág(s). 59-92.

TODINI, A.M., "La situazione demografica in Italia". Previdenza Sociale, 1988 (II), pág(s). 1351-1368.

TOMES, I., "Caratteristiche dei regimi di pensionamento per vecchiaia nei paesi socialisti dell'Europa orientale" Previdenza Sociale, 1969 (I), pág(s). 349-364.

TORTUERO PLAZA, J.L., "Sobre el derecho al subsidio por desempleo de los mayores de 55 años; colectivos incluidos y excluidos" comentario a la STC 209/1987, de 22 de diciembre. Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Civitas, Madrid, tomo V, 1987, pág(s). 414 y ss.

TORTUERO PLAZA, J.L., "Los diferentes sistemas de Pensiones públicas en España: su necesidad de armonización" en AA.VV., "Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales". MTySS, Madrid, 1992, pág(s).103-121.

TORTUERO PLAZA, J.L., "La jubilación forzosa del trabajador" en AA.VV "Jurisprudencia constitucional y Relaciones Laborales". Madrid, 1983, pág(s). 388. y ss.

TORTUERO PLAZA, J.I., "Reflexiones sobre la Seguridad Social y su reforma: del compromiso político a la reforma legislativa" en AA.VV., "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea 2 volúmenes. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1999, pág(s). 197-233.

TOSCANI GIMENEZ, D., "Análisis comparativo de la jurisprudencia comunitaria y la del TS acerca del subsidio de desempleo para mayores de 52 años y los emigrantes

retornados. (Comentario a las Sentencias del TJCE de 20 de febrero de 1997 y del TCT de 17 de diciembre de 1997)". RL 1998-II, pág(s). 511-520.

TREVISI, V., "Età pensionabile e riforma delle pensioni". Il Diritto del Lavoro 1984 (I), pág(s). 141-143.

TREVISI, V., "La legislazione vigente sull'età pensionabile ed i suoi antecedenti logici". Tutela, 1987, n.1, pág(s). 39-43.

TRUYOL WINTRICH, I. y MARTÍN LÓPEZ, A., "Análisis sobre la protección social a la 3ª edad". RSS nº 7. 1980. pág(s). 111-136.

UCELAY DE MONTERO, J. A., "Régimen laboral especial de los trabajadores de edad madura" RPS nº 88. 1970. pág(s). 59-87.

UCELAY REPOLLÉS, M., "Hacia la unificación administrativa de los Seguros Sociales en España". Cuadernos de Política Social, 1949, nº 2, pág(s). 9-26.

UNEDDU, G., "Brevi considerazioni sul problema della parità di trattamento uomo-donna in campo previdenziale". Sicurezza Sociale, 1971, pág(s). 662-671

VACIRCA, S., "Riflessioni sulla legislazione della crisi: il caso del <<prepensionamento>>". Rivista Giuridica del Lavoro, 1983 (I), pág(s). 85-102.

VALDÉS DAL-RE, F., "Estado Social y Seguridad Social (I) y (II)". RL 1994-II, pág(s). 63-78.

VANNUTELLI, C., "Gli oneri della collettività per il mantenimenti degli anziani. Considerazioni e prospettive". Previdenza Sociale, 1961 (I), pág(s). 907-937.

VERGEINER, M.A.W., "Relación entre los riesgos de vejez e invalidez" -Artículo publicado en la "Revista de Seguridad Social" noviembre de 1970. Buenos Aires-. RibSS. 1971 (I) pág(s). 824-836.

VICENTE MERINO, A., "La edad como factor determinante de la pensión de jubilación. Consideraciones económicas". RSS nº 16 -La jubilación-. 1982 pág(s). 57-82.

VIDA SORIA, J., "Aspecto jurídico de la gestión de la previsión social". RPS nº 61, 1964, pág(s). 133-162.

VIDA SORIA, J., "Los regímenes especiales" Papeles de Economía Española, nº 12/13, 1982.

VIDA SORIA, J. "Artículo 41" en "Comentarios a la Constitución española de 1978" dirigidos por Alzaga Villaamil, Oscar, Tomo IV (arts 39-45). Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1996, pág(s). 118

VILLAR PALASÍ, J.L., "La distribución constitucional de competencias en materia de Seguridad Social" DL, nº 5, 1982, pág(s). 7-36

VIVES CABALLERO, M., "La extensión territorial del Reglamento CEE 1408/71. Nuevas adhesiones. Espacio Económico Europeo. Las negociaciones con otros Estados no miembros de la Unión Europea: Suiza". Noticias de la Unión Europea. CISS, nº 157 (número especial dedicado a la Seguridad Social en el Derecho europeo (I), marzo 1998, pág(s). 47-56

WALKER, A. "Il futuro del pensionamento in Europa". Assistenza Sociale, nº 4, ottobre-diciembre 1996, pág(s). 10-24.

WALKER, A " Les politiques de retraite dans la communitare" RFAS, nº 3, 1990, pág(s) 127-152.

WILLIAMSON, J., y PAMPEL, F.C., "¿En las naciones en desarrollo tiene sentido la privatización de la Seguridad Social". RISS, vol. 51, nº 4, 1998, pág(s). 3-36.

ZORRILLA RUÍZ, J., "Lectura sistemática de los artículos 41 y 50 de la Constitución Española". RSS nº 25. 1985, pág(s). 123-133.

5. DIRECCIONES INTERNET CONSULTADAS.

A continuación se detallan las principales páginas Web consultadas y que aparecen citadas en el presente trabajo.

<http://www.seg-social.es/dgoss/presupuesto/docs>.

http://www.seg-social.es/dgoss/presupuesto/anexo/docs/c2_51_2.html

(Página de la Seguridad Social donde se accede al Presupuesto de esta Institución para el año 2000 y el Informe Económico-Financiero que se han elaborado para su preparación)

http://www.inem.es/cifras/p_datbas.html

(Página oficial del Instituto Nacional de Empleo. Incluye datos estadísticos sobre tasas de desempleo y datos relativos a la contratación)

<http://www.ine.es/prensa/np150.htm>

(Página oficial del Instituto Nacional de Estadística, incluye datos relativos al censo de población y proyecciones a partir del censo de 1991)

<http://www.mtas/estadísticas/bel/AFI/afi1.html>.

(Página del Ministerio de trabajo donde se puede acceder al Boletín de estadísticas laborales)

http://www.europe.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0565.html.

(Página de la UE,- Eur-Lex que contiene la legislación comunitaria vigente, así como actos jurídicos preparatorios)

<http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi..>

(Página de la UE, en concreto del TJCE, se puede acceder a la jurisprudencia de este Tribunal)

<http://www.oecd.org//subject/ageings/indexf.tm>

(Página de la OCDE, donde se encuentran numerosos documentos relativos a la vejez y los problemas que de ella se derivan)

<http://www.un.org/esa/socdev/age4res2.htm>

<http://www.un.org/spanish/conference/areas475.htm>

(Páginas de la ONU, donde se accede a los trabajos efectuados por este Organismo Internacional, especialmente en materia de migración y personas de edad avanzada)

<http://www.ilo.org>.

(Página oficial de la OIT. Se puede acceder a una base de datos de Convenios, Recomendaciones, etc., de est organismo)

<http://www.ccoo.es>

(Página Oficial de Comisiones Obreras)

<http://www.ugt.es>

(Página oficial de la Unión General de Trabajadores)

<http://www.fr.eurofound.ie/themes/health/ageing.html>

(Página de la Fundación Europea para la mejora de las Condiciones de vida y de Trabajo)

<http://www.eurolinkage.org/euro/>

(Página de una Red europea dedicada a las personas mayores y a los asuntos del envejecimiento)

<http://www.ladocfrancaise.gouv.fr.>

(Página editorial francesa en la que se publican todos los documentos del gobierno francés)

<http://www.ced.uab.es/noticies.html>.

(Página del Centre d'Estudis Demogràfics. Generalitat de Catalunya-Universitat Autònoma de Barcelona. Contiene links a Servidores de interés demográfico)

<http://conventions.coe.int/treaty/FR/cadreprincipal.htm>

(Página oficial del Consejo de Europa. Francés/Inglés)