aesss
Asociación Española de Salud y Seguridad Social

LA ENCRUCIJADA DE LAS PENSIONES DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

EL NUEVO PACTO DE TOLEDO Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO

VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Laborum
EDICIONES

LA ENCRUCIJADA DE LAS PENSIONES DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

EL NUEVO PACTO DE TOLEDO Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO

VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

M.ª Carmen Aguilar Martin
Aarón Aliane Diez
Farah Amaadachou Kaddur
Francisco Javier Arrieta Idiakez
Alberto Arufe Varela
Inmaculada Ballester Pastor
Jorge Baquero Aguilar
Mário Silveiro de Barros
María del Carmen Burgos Goye
Aída Cabello Roldán
David Cabrelli
Xosé Manuel Carril Vázquez
Aurelia Carrillo López
Ana María Castro Franco
Raquel Castro Medina
Faustino Cavas Martínez
Diana del Pilar Colorado Acevedo
Matthieu Chabannes
M.ª Alexandra Díaz Mordillo
Juan Miguel Díaz Rodríguez
Isabel Dólera Sevilla
Ana Nieves Escribá Pérez
Amparo Esteve-Segarra
Juan José Fernández Domínguez
Fco. Javier Fernández Orrico
Marina Fernández Ramírez
Rocío Gallego Losada
Martín Godino Reyes
Francisco González de Lena
José Antonio González Martínez
Cristina González Vidales
Octavio Granado Martínez
Sara Guindo Morales
Íñigo Ibáñez Palma
Francisco Jiménez Rojas
Elena Lasaosa Irigoyen
Sara Leitão
Raúl López Baelo
Rubén López Fernández
Belén del Mar López Insua
Sheila López Vico
María del Carmen Macías García
Jesús Martínez Girón
Carlos José Martínez Mateo
Enrique Martín-Serrano Jiménez
José Luis Monereo Pérez
Gloria María Montes Adalid
Francisca Moreno Romero
Alejandro Muros Polo
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Fco.Miguel Ortiz González-Conde
Fulgencio Pagán Martín-Portugués
María Cristina Polo Sánchez
Raquel Poquet Catalá
R. Yolanda Quintanilla Navarro
José Gustavo Quirós Hidalgo
Guillermo Rodríguez Iniesta
Guillermo E. Rodríguez Pastor
M.ª Fuencisla Rubio Velasco
José Antonio Rueda Monroy
José Luis Ruiz Santamaría
José Enrique Ruiz Saura
Carmen Salcedo Beltrán
Álvaro J. San Martín Rodríguez
Catalina Smintinica
Susana Torrente Gari
José Luis Tortuero Plaza
Andrés Ramón Trillo García
Andrés Urbano Medina
José Jesús de Val Arnal
Raquel Vela Díaz
Diego Velasco Fernández
Iván Vizcaíno Ramos

Edita:
Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.ª Edición, Ediciones Laborum S.L., 2022

ISBN Edición Digital: 978-84-19145-40-6

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2022
© Copyright del texto, sus respectivos autores, 2022

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el/la autor/a en el trabajo publicado.
La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor/a con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.
Ni el editor, ni el/la autor/a, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.
Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.
Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 o 93 272 04 45).

Índice

PRÓLOGO ..... **I**
José Luis Monereo Pérez

Conferencia Inaugural

Ponencia

El modelo de pensiones tras la reforma: público y privado, entre la sostenibilidad y equidad **1**
José Luis Monereo Pérez

I. Planteamiento general: desvelar el espacio de "los posibles" 1
II. La garantía constitucional del modelo global de pensiones. El proceso político jurídico del Pacto de Toledo y sus desarrollos 33
III. Los compromisos de reforma de las pensiones contraídos en el Plan de Recuperación, transformación y resilencia presentado a la Unión Europa 45
IV. Revalorización de las pensiones públicas: del modelo de la austeridad al modelo garantista del poder adquisitivo y mejora establecido en el Informe del Pacto de Toledo de 2020 y en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre 55
V. Las opciones de política del Derecho en la configuración del sistema global pensiones públicas y privadas. El modelo normativo de regulación de textura abierta 63
VI. El futuro de las pensiones públicas. En particular, de la pensión de jubilación 75
1. Estado de situación del modelo de regulación de la pensión de jubilación 79
2. Premisas generales de las reformas de las pensiones y propuestas concretas de reforma de la pensión de jubilación 83
VII. El papel de los planes y fondos de pensiones 120
1. El modelo normativo de regulación de los planes y fondos de pensiones 120
2. Estado de la situación y nivel de desarrollo de los sistemas de protección social complementaria 129
3. El impulso legal a los planes de pensiones de empleo: los fondos de pensiones de empleo de promoción pública y los planes de pensiones de empleo simplificados: configuración de sus rasgos tipológicos 141
4. El futuro de los sistemas privados complementarios de pensiones dentro de un modelo global de pensiones garantista 147
VIII. Bibliografía 161

Comunicaciones

Necesidad *versus* oportunidad de las prestaciones a favor de familiares en un contexto de sostenibilidad y equidad **187**
Jorge Baquero Aguilar

1. Introducción 187
2. La evolución, la universalidad y la extensión del sistema de protección social 188
3. El régimen jurídico de las prestaciones a favor de familiares 191
4. La sostenibilidad de las pensiones: necesidad *versus* oportunidad de las prestaciones a favor de familiares prestaciones 198

5. Conclusiones 201
6. Bibliografía 201

Pacto de Toledo: pasado, presente y futuro 205
Aída Cabello Roldán

1. Introducción 205
2. Precedentes del Pacto de Toledo 206
3. El Pacto de Toledo en los momentos actuales 209
3.1. ¿Qué es y cuál es su finalidad? 210
3.2. ¿Cuáles son las recomendaciones? 211
4. España 2020-2070: proyecciones demográficas en relación al sistema de pensiones 214
4.1. Proyección demográfica según fuentes nacionales (INE) 215
4.2. Proyección demográfica según fuentes europeas (EUROSTAT) 217
5. Conclusiones: ¿Cuál es el futuro del sistema de pensiones? 217
6. Bibliografía 220

Entre la recomendación 18 del Pacto de Toledo (2020) y la Realidad Legislativa de las pensiones de Seguridad Social en personas con discapacidad 223
Fco. Javier Fernández Orrico

1. Cuestiones previas 223
2. Discapacidad y pensiones de Seguridad Social 224
3. Aproximación a la regulación jurídica de las pensiones de Seguridad Social de personas con discapacidad 225
4. Líneas de actuación propuestas por la comisión y situación actual de las pensiones de Seguridad Social en personas con discapacidad 226
5. Las pensiones de personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico 227
6. Efectos de la discapacidad sobrevenida sobre la actividad profesional del trabajador 228
6.1. Propuestas de la comisión y su relación con la incapacidad 228
6.2. Situación actual de la normativa 229
6.2.1. Discapacidad sobrevenida 229
6.2.2. Discapacidad inicial 230
7. Compatibilidad pensión de incapacidad permanente o invalidez y el trabajo en personas con discapacidad 231
7.1. Compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente y el trabajo 232
7.1.1. Incapacidad permanente total 232
7.1.2. Incapacidad permanente total "*cualificada*" 233
7.1.3. Incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez 233
7.2. Compatibilidad entre la pensión de invalidez no contributiva y el trabajo 233
8. La pensión de jubilación en personas con discapacidad 234
8.1. El adelanto de la edad ordinaria de jubilación para personas con discapacidad 235
8.1.1. Trabajadores con un grado de discapacidad de, al menos un 65 por ciento 235
8.1.2. Trabajadores con grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento 236
8.1.3. Cuestiones comunes 238
8.2. El tope máximo de la pensión de jubilación anticipada para personas con discapacidad 238
8.3. Cotización mínima exigida en la jubilación parcial a personas con discapacidad 239
9. Reflexiones en torno a la mejora de pensiones de personas con discapacidad 240

Ponencias

El mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones 243
Amparo Esteve-Segarra

I. Introducción: indexación de las pensiones al IPC, cambios geopolíticos, en el comercio y en la inflación 243
II. Los mecanismos anteriores de indexación o congelación de las pensiones 245
1. El sistema anterior a 1997: la indexación limitada al IPC previsto 245
2. La indexación automática al IPC previsto 245
3. La búsqueda del equilibrio financiero del sistema: el índice de revalorización de las pensiones establecido mediante la Ley 23/2013 245
4. El abandono del sistema de cuasi congelación de las pensiones 248
III. La reforma del 2021 249
1. La reindexación de las pensiones al IPC promedio del año anterior 250
2. Las reglas adicionales de revalorización de las pensiones en caso de inflación negativa y el tope de la pensión máxima 250
3. La previsión quinquenal de valoración de la garantía del poder adquisitivo de las pensiones 250
4. Los criterios para las pensiones mínimas y la evolución del SMI 251
5. La derogación del *non nato* factor de sostenibilidad y el mecanismo de equidad intergeneracional 251
IV. Las valoraciones de un criterio de revalorización de las pensiones vinculado a la inflación 253
1. Valoraciones positivas: consenso, justicia y equidad 253
2. Valoraciones negativas: huida hacia delante y riesgo para el sistema 253
V. Las difíciles perspectivas del mecanismo de indexación en contextos inflacionistas 254
1. ¿Es posible una vinculación automática al IPC de las pensiones a cambio de más reformas paramétricas? 256
2. ¿Es posible una vinculación automática al IPC sin tener en cuenta otros factores? 258
3. Si queremos mantener la vinculación al IPC ¿qué vías podemos implementar para ingresar más? 259
4. ¿Cabe establecer sistemas de revalorización con componentes redistributivos? 261
VI. Bibliografía 262

La fotografía de la vida activa/pensionable después de la edad de jubilación. La jubilación demorada 265
José Luis Tortuero Plaza

I. Panorámica de la situación marcada por los acontecimientos 265
II. La necesaria respuesta 266
1. De las reformas impuestas, inaplicadas y derogadas al reencuentro con el acuerdo político y el pacto social 266
2. El equilibrio necesario en el proceso reformador y la ausencia presencial de los responsables del pago futuro de las pensiones 268
III. El alcance de la reforma: la parcelación y el enfoque global de las reformas 268
IV. Nuevamente el reto de trabajar mas reformando "solo" los tipos de jubilación: más de los mismo 270
V. Desplazar el tiempo de la fotografía vida activa/pensionale: la jubilación postergada o demorada 271
1. Conformación histórica de la figura 272

2. La identificación de los espacios de privilegio en las jubilaciones con premio 276
3. La reforma innovadora de 2021 279
VI. A modo de conclusión 283
VII. Bibliografía 283

El fortalecimiento de la estructura de la financiación y la asunción de gastos impropios de la Seguridad Social por el Estado 287
Rocío Gallego Losada

I. Introducción 287
II. La estructura de financiación de la Seguridad Social 290
III. El presupuesto de la Seguridad Social 2022. Aspectos económicos y financieros 292
IV. La asunción de gastos impropios por parte del estado 297
V. Clasificación de los gastos impropios 300
VI. Conceptualización de los gastos impropios 306
VII. Reflexiones finales 311
VIII. Bibliografía 312

Comunicaciones

La sostenibilidad del sistema público de pensiones: un debate recurrente 315
Farah Amaadachou Kaddur

1. Introducción 315
2. La sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del pacto de Toledo: principales objetivos 316
3. Principales factores desencadenantes 318
3.1. El incremento significativo de la esperanza de vida 318
3.2. El envejecimiento exponencial de la población desde su perspectiva multifactorial y polifacética 320
3.3. El descenso pronunciado de la tasa de natalidad 323
4. Principales instrumentos para reforzar la sostenibilidad del sistema público de pensiones 324
4.1. La jubilación anticipada voluntaria 325
4.2. La jubilación anticipada involuntaria 327
4.3. La jubilación anticipada por razón de la actividad 329
4.4. La jubilación demorada 331
4.5. La jubilación activa 332
4.6. La jubilación forzosa 332
5. Conclusiones finales 333
6. Bibliografía 334
7. Enlaces consultados 335

Los fondos europeos *NextGenerationEU* y las propuestas de reforma de los sistemas de pensiones en los Planes de Recuperación y Resiliencia de España, Italia, Francia y Alemania 337
Matthieu Chabannes

1. A modo de introducción: la respuesta europea a la crisis COVID-19 337
2. El mecanismo de recuperación y resiliencia y su vínculo estrecho con el semestre europeo 341
3. Las reformas propuestas de los sistemas de pensiones en los planes de recuperación y resiliencia 347
3.1. El caso de España 348

3.2. El caso de Italia 354
3.3. El caso de Francia 358
3.4. El caso de Alemania 360
4. Reflexiones finales 362
5. Bibliografía 363

Los regímenes pensionales de capitalización o ahorro individual: promesas incumplidas y problemáticas anunciadas 367
Diana del Pilar Colorado Acevedo

I. Introducción 367
1. Los escenarios pensionales a partir de las reformas de finales del siglo XX 368
2. La brecha entre los esquemas pensionales de capitalización y los pisos de protección social 369
3. Falsas promesas y problemáticas anunciadas 371
4. El régimen de capitalización y el caso colombiano 373
4.1. Los parámetros legales 373
4.2. Los parámetros demográficos 374
4.3. La perspectiva futura y algunas incidencias jurídicas respecto a la relación entre administradoras y afiliados 375
5. Conclusiones 377
6. Bibliografía 378

La Seguridad Social no es sólo cosa de *boomers*: la juventud en el Pacto de Toledo .. 381
Mª Alexandra Díaz Mordillo

1. Juventud y Seguridad Social, una relación marcada por el desapego 381
1.1. El impacto de la jubilación del *baby-boom* 381
1.2. El desapego de Millennials y Z 383
2. La recomendación 17 bis (14) del pacto de Toledo. Juventud y Seguridad Social 385
2.1. El día en que los jóvenes alcanzaron protagonismo normativo 385
2.2. Pero ¿por qué ahora? 388
2.2.1. La influencia europea 389
2.2.2. Las directrices de la Asamblea General de las Naciones Unidas 391
2.2.3. Las tendencias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) 391
3. El desempleo juvenil tras la pandemia 392
3.1. Soluciones al desempleo 392
3.2. La transición del sistema educativo al mercado de trabajo 393
4. El descrédito social 395
5. A modo de reflexión 397
6. Bibliografía 397

El mecanismo de equidad intergeneracional en el Pacto de Toledo 403
Ana Nieves Escribá Pérez

1. Introducción 403
2. El informe de evaluación y reforma del pacto de Toledo (2020) 404
2.1. La separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social 406
2.2. Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones 406
2.3. Alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación 407
2.4. Adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación 407
2.5. Sustitución del Factor de Sostenibilidad por un mecanismo equidad intergeneracional 408

2.6. Nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos por sus ingresos reales ... 408
2.7. Modificación del complemento de maternidad de pensiones mediante un nuevo diseño ... 408
2.8. Reforma e impulso de los sistemas complementarios de pensiones ... 409
2.9. Adecuación de la base máxima de cotización del sistema ... 410
3. El mecanismo de equidad intergeneracional ... 410
3.1. Introducción ... 410
3.2. ¿Qué es el mecanismo de equidad intergeneracional? ... 411
3.3. Aplicación del mecanismo de equidad intergeneracional ... 412
4. Conclusiones ... 412
5. Bibliografía ... 413

La cotización de los trabajadores en asignación internacional, como garantía del cobro de futuras pensiones junto a la pensión nacional ... 415
José Antonio González Martínez

1. Introducción ... 415
2. El derecho a la libre circulación de trabajadores como motor de un historial de seguro en varios países ... 417
3. La libre prestación de servicios favorece la expatriación, pero frena la cotización en destino ... 419
4. Bibliografía ... 423

Configuración y régimen jurídico de la jubilación parcial ... 425
Sara Guindo Morales

I. La jubilación parcial con o sin contrato de relevo: configuración y régimen jurídico general ... 425
IV. Cuantía de la pensión de jubilación parcial ... 433
V. Compatibilidades e incompatibilidades de la pensión de jubilación parcial ... 433
VI. Extinción de la pensión de jubilación parcial ... 434
VII. Solicitud de la jubilación parcial, gestión y reconocimiento del derecho ... 434
VIII. Características del contrato de relevo del relevista ... 435
IX. Características del contrato a tiempo parcial del trabajador relevado ... 436
X. Obligaciones empresariales en relación con los contratos (mantenimiento de los contratos de relevo y de jubilación parcial) ... 437
XI. Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género ... 438
XII. Conclusiones sobre la jubilación parcial ... 438
XIII. Bibliografía ... 441

Los planes privados de pensiones: luces y sombras de un debate abierto ... 443
Belén del Mar López Insua

1. El impulso de los planes privados de pensiones ... 443
1.1. Seguridad Social y protección social complementaria: evolución y perspectivas de futuro ... 446
1.2. La protección social complementaria: un antes y un después ... 449
2. La protección social complementaria en el ojo del huracán ... 452
2.1. Los distintos modelos de planes privados de jubilación ... 452
2.2. El papel de la protección social ... 455
3. La Recomendación 16 del Pacto de Toledo y la nueva Ley 12/2022 para el impulso de los planes de pensiones de empleo ... 457
4. Bibliografía ... 462

¿Es inevitable la presencia de las pensiones privadas como complementarias de las públicas? Evaluación jurídico-social del modelo constitucional de pensiones en España y su alcance práctico en relación a la reforma de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, respecto de la pensión de jubilación..... 467
Enrique Martín-Serrano Jiménez

1. ¿Qué se espera del sistema público de pensiones? El modelo constitucional de pensiones y sus objetivos..... 468
2. EL sistema de pensiones no es ni generoso ni mezquino. Grado de cumplimiento de los objetivos constitucionales del sistema público de pensiones 470
2.1. Adecuación (art. 50 CE)..... 471
2.2. Suficiencia (art. 41 CE) 478
2.3. Sostenibilidad..... 484
3. El (probable) papel de la Ley 12/2022 de impulso de los planes y fondos de pensiones en nuestro sistema de pensiones..... 489
3.1. Objetivos declarados de la Ley 12/2022..... 490
3.2. Nuevos instrumentos de previsión social complementaria impulsados por la Ley 12/2022..... 491
3.3. Algunos resultados probables de la Ley 12/2022: ¿realmente los planes de pensiones privados pueden ser una alternativa a las pensiones públicas? 493
4. Bibliografía..... 496

El nuevo sistema de revalorización de las pensiones públicas ante el reto de la inflación 499
Gloria María Montes Adalid
Raquel Castro Medina

1. Introducción: situación actual del sistema de pensiones y previsiones futuras..... 499
2. Marco constitucional en materia de suficiencia y adecuación de las pensiones 500
3. La garantía del mantenimiento del poder adquisitivo: la influencia de los Pactos de Toledo..... 502
3.1. La evolución de los Pactos de Toledo..... 503
3.2. Mejora de pensiones ***vs*** el mantenimiento del poder adquisitivo 504
3.3. Los nuevos índices de revalorización y el factor de sostenibilidad..... 505
3.3.1. La situación del sistema de revalorización de pensiones antes de 2013..... 505
3.3.2. La situación del sistema de revalorización de las pensiones posterior a 2013..... 507
4. La erosión de la crisis en la sostenibilidad del sistema 508
4.1. La garantía del mantenimiento del poder adquisitivo..... 508
4.2. La quiebra del mecanismo de revalorización vinculado a la inflación..... 508
4.3. El posible impacto presupuestario de la actualización de las pensiones con el IPC en los años venideros..... 510
5. Conclusiones 511
6. Bibliografía..... 512

El sistema de reparto de las pensiones 515
Fulgencio Pagán Martín-Portugués

1. El factor de sostenibilidad..... 515
2. El mecanismo de equidad intergeneracional 515
3. Una alternativa 516
4. El sistema de reparto 517
5. Sistema en crisis 518
6. Una nota tributaria 520

La reforma del sistema de pensiones y el compromiso de elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social: vidas paralelas 523
Carmen Salcedo Beltrán

1. Introducción 523
2. Notas contextuales del recurrente debate sobre la sostenibilidad de las pensiones 525
3. El sistema de pensiones, *quo vadis*? 529
3.1. Entre fondos de recuperación -*Next Generation EU*- anda el escenario jurídico 529
3.2. El componente 30 del plan nacional de recuperación, transformación y resiliencia: la sostenibilidad del sistema público de pensiones 532
3.2.1. Retos, objetivos y reformas 532
3.2.2. Primeros balances: *sí, pero…* 535
4. El compromiso de esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social: *ubi est*? 536
4.1. El derecho a la Seguridad Social 536
4.1.1. Obligaciones asumidas para un ejercicio efectivo 536
4.1.2. La aplicación de los derechos sociales en situaciones específicas 537
4.2. La delimitación del término *progresividad* y su conformidad con las reformas legislativas 541
5. Reflexiones finales y una propuesta 546
6. Bibliografía 547

Las alternativas de la Seguridad Social a las pensiones de jubilación insuficientes ... 549
Álvaro Javier San Martín Rodríguez

1. Introducción: aproximación a las ultimas reformas 549
2. Cálculos que resultan insuficientes y opciones para su complemento 551
3. Efectos sobre la cuantía de la pensión al retornar a la "pensión plena" tras un periodo de actividad laboral 555
4. Conclusiones 556

Mesa Segunda

Ponencias

La revisión de las jubilaciones anticipadas 559
Marina Fernández Ramírez

1. Cuestiones previas 559
2. La nueva dimensión de la jubilación anticipada tras la reforma 564
2.1. Rompiendo inercias e invirtiendo tendencias 567
2.2. Perspectivas financieras de la reforma de las pensiones y posibles efectos colaterales sobre la jubilación anticipada 570
2.3. Requisitos para acceder a la jubilación anticipada 577
2.4. Penalizaciones y variables 579
3. Modalidades de jubilación anticipada afectadas por la reforma 581
3.1. La jubilación anticipada voluntaria 581
3.2. La jubilación anticipada por cese involuntario en el trabajo o no imputable al trabajador 585
3.3. Jubilaciones anticipadas por razón de la actividad o de la profesión 590
3.4. Jubilación anticipada en caso de discapacidad 593

4. Complemento para mejora de las pensiones de jubilación de los beneficiarios con amplias carreras de cotización que hayan accedido a la jubilación anticipada entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021 ... 595
5. Conclusiones y propuestas finales ... 597
6. Bibliografía ... 599

La jubilación activa y la mejora en el régimen de su compatibilidad con el trabajo ... 603
Xosé Manuel Carril Vázquez

I. La opción metodológica por la jurisprudencia de intereses ... 603
II. Los intereses contrapuestos en la jubilación activa ... 604
III. La formalización de los intereses contrapuestos en la jubilación activa, en los artículos 213 y 214 de la ley general de la Seguridad Social ... 605
IV. Justificación de la mejora relativa a la ampliación del terreno en que juega la jubilación activa plena o total ... 607
V. Justificación de la mejora relativa a la potenciación de las cuotas de seguridad social de solidaridad en caso de jubilación activa plena o total ... 610
VI. Colofón ... 613
VII. Bibliografía ... 614

La jubilación forzosa ordinaria ... 617
Martín Godino Reyes

I. Introducción y precisiones metodológicas ... 617
II. Concepto y límites de la jubilación forzosa ... 618
III. La nueva regulación de la jubilación forzosa ... 621
1. La nueva Disposición Adicional Décima del ET. El régimen común de aplicación ... 621
2. La edad de 68 o más años ... 623
2.1. El derecho a pensión completa de jubilación ... 624
2.2. El relevo generacional como objetivo y la forma de cumplirlo ... 624
3. El régimen excepcional de anticipación de la jubilación forzosa ... 625
4. El régimen transitorio de la nueva disposición transitoria novena ET ... 627
IV. ¿Es posible la jubilación forzosa contractual? ¿Y la jubilación voluntaria "incentivada"? ... 629
1. Las cláusulas contractuales de jubilación forzosa ... 629
2. Los incentivos a la jubilación voluntaria ... 630

Comunicaciones

Jubilación activa y autónomos: luces y sombras ... 631
Aarón Aliane Diez

1. Introducción ... 631
2. Sostenibilidad del sistema público de pensiones y envejecimiento activo (o jubilación activa) ... 633
2.1. Apuesta por la prolongación de la vida laboral como garantía de la sostenibilidad del sistema público de pensiones ... 633
2.2. Evolución normativa de la jubilación activa ... 634
2.3. Régimen jurídico actual de la jubilación activa ... 635
3. Trabajadores autónomos y jubilación activa: constante inseguridad jurídica ... 639
4. Reflexiones finales ... 643

Análisis crítico de los distintos regímenes de compatibilidad de la pensión de jubilación total con el trabajo del pensionista 647
Francisco Javier Arrieta Idiakez

1. Introducción 647
2. La incompatibilidad entre la pensión de jubilación total y el trabajo del pensionista como norma general 647
3. La razón de ser de la norma general de incompatibilidad y su quiebra como fundamento de las salvedades reguladas para con la misma 651
4. Los regímenes de compatibilidad de la pensión de jubilación total con el trabajo del pensionista como salvedades o excepciones a la norma general de incompatibilidad 656
4.1. La jubilación flexible 656
4.2. El trabajo por cuenta propia que no suponga el encuadramiento en la Seguridad Social 657
4.3. El mantenimiento de la titularidad del negocio 660
4.4. El envejecimiento activo 660
4.5. La actividad de creación artística 661
4.6. El régimen de compatibilidad de los funcionarios públicos 663
4.7. Régimen de compatibilidad entre la pensión no contributiva de jubilación y el trabajo 663
5. Conclusiones 664

La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el derecho alemán de la Seguridad Social 665
Alberto Arufe Varela

1. Las fuentes reguladoras del tema 665
2. El requisito de edad relativo a la pensión de jubilación totalmente compatible 666
3. La inexistencia de requisitos relativos al trabajo totalmente compatible 667
4. La regla general relativa al pago de cotizaciones de solidaridad por el trabajo totalmente compatible 668
5. La excepción relativa a la cotización de accidente de trabajo por el trabajo totalmente compatible 669

Análisis jurisprudencial de la jubilación parcial y perspectivas de futuro 671
Aurelia Carrillo López

I. Introducción 671
II. Evolución legislativa 672
III. Concepto y características 674
1. Concepto 674
2. Características generales 675
IV. Ámbito de aplicación 676
1. Trabajadores x cuenta ajena 676
2. La exclusión de los trabajadores a tiempo parcial 677
3. La jubilación parcial de los funcionarios y del personal estatutario 677
4. Los trabajadores autónomos 678
V. Requisitos 678
1. Cotización previa 678
2. Edad 679
3. Antigüedad en la empresa 679
4. Reducción de jornada 679
5. Bases de cotización y reglas transitorias 680
VI. Modalidades de jubilación parcial 681
1. Jubilación parcial anticipada con contrato de relevo 681

2. El contrato de relevo 681
3. Jubilación parcial diferida o sin contrato de relevo 683
4. Jubilación parcial en la industria manufacturera 684
VII. Responsabilidad civil del empresario derivada de sus incumplimientos 685
VIII. Conclusiones 686
IX. Bibliografía 687

Las particularidades de la jubilación parcial en las cooperativas españolas como entidades de economía social 689
Isabel Dólera Sevilla

1. Introducción 689
1.1. Antecedentes históricos 690
1.2. Marco normativo 691
1.3. Entidades de economía social 694
2. Las sociedades cooperativas 695
2.1. Cooperativas españolas de trabajo asociado 696
2.1.1. Sujetos que intervienen en las sociedades cooperativas de trabajo asociado 697
3. La jubilación en las sociedades cooperativas españolas de trabajo asociado 699
3.1. La jubilación en edad ordinaria 699
3.2. Jubilación en su modalidad contributiva 699
3.2.1. Beneficiarios 700
3.3. Distinción entre los socios-trabajadores de la cooperativa y los trabajadores al servicio de la misma 701
3.3.1. Jubilación parcial en las cooperativas. Requisitos para acceso 701
3.3.2. La jubilación flexible 703
4. Conclusiones 703
5. Bibliografía 703
5.1. Informes y literatura jurídica 703
5.2. Normativa 705
5.3. Jurisprudencia 706

Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador y por voluntad del interesado en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios (SETCAA) 707
Elena Lasaosa Irigoyen

1. Introducción 707
2. La jubilación anticipada de los trabajadores por cuenta ajena agrarios 708
2.1. Jubilación anticipada por razón de la actividad 709
2.2. Jubilación anticipada por discapacidad 709
2.3. Jubilación anticipada parcial vinculada a contrato de relevo 709
2.4. Jubilación anticipada de mutualistas 710
2.5. Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador y por voluntad del interesado 710
2.5.1. Ordenación en el RGSS sistema ordinario 710
2.5.2. Regla especial aplicable a los trabajadores del SETCAA 711
3. Conclusiones 714

Early retirement due to long-term unemployment and the termination of the employment contract by means of an agreement, in Portugal 717
Sara Leitão

1. The revocation of the employment contract 717
2. Unemployment as a consequence of a revocation agreement 718
2.1. General rules on the access to unemployment allowance 718

2.2. The revocation agreement as an involuntary form of termination of the employment contract 720
3. Early retirement 721
3.1. Rationale and general rules on early retirement 721
3.2. Applicable limits 723
4. Cited bibliografy 723

Las modalidades de jubilación anticipada tras la reforma de la Ley 21/2021 725
Rubén López Fernández

1. El desafío de sostener un sistema de pensiones digno: factores que lo dificultan 726
2. Medidas operadas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, en aras de la prolongación de la vida laboral 727
3. Medidas sobre las distintas modalidades de jubilación anticipada 729
3.1. Jubilación anticipada por razón de la actividad 729
3.2. Jubilación anticipada por razón de discapacidad 730
3.3. Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador 731
3.3.1. Mantenimiento de ciertos requisitos 731
3.3.2. Aspectos reformados 732
3.4. Jubilación anticipada por voluntad del interesado 733
3.4.1. Mantenimiento de los límites de edad, cotizaciones exigidas e importe 734
3.4.2. Aspectos reformados 734
4. Conclusiones 736
5. Bibliografía 737

La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el derecho francés de la Seguridad Social 739
Jesús Martínez Girón

1. Las fuentes reguladoras y de conocimiento del tema 739
2. Los requisitos relativos a la pensión de jubilación totalmente compatible 740
3. La inexistencia de requisitos relativos al nuevo trabajo totalmente compatible 741
4. Las cotizaciones de Seguridad Social, incluidas las de solidaridad, por el nuevo trabajo totalmente compatible 742
5. Epílogo comparativo 743

Las claves del régimen jurídico de la jubilación en el régimen especial de trabajadores autónomos 745
Francisca Moreno Romero

1. La jubilación en el reta 745
2. Régimen jurídico 746
2.1. Situación protegida 746
2.2. Hecho causante y efectos económicas 746
2.3. Requisitos de acceso a la pensión de jubilación 746
2.4. Cuantía de la prestación 748
3. Tipos de jubilación de los trabajadores por cuenta propia o autónomos 750
3.1. Jubilaciones a edades inferiores (art. 206 y 206 bis) 751
3.2. Jubilación anticipada voluntaria 752
3.3. La Pensión demorada o postergada 753
3.4. Jubilación parcial 755
3.5. Jubilación flexible 756
4. Compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo 756
5. Conclusiones 761

Configuración general del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 años o más: sus aspectos más problemáticos 763
Alejandro Muros Polo

1. Mecanismos de reestructuración empresarial, despidos colectivos, prejubilaciones y su influencia sobre la sostenibilidad de la Seguridad Social 763
2. El convenio especial con la Seguridad Social en procedimientos de despido colectivo: sentido y alcance 765
3. Requisitos para la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 años o más 767
3.1. La empresa no se encuentre incursa en procedimiento concursal 767
3.2. Los trabajadores afectados tengan 55 años o más 769
3.3. Los trabajadores no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 769
4. Procedimiento de suscripción del convenio especial y consecuencias de su incumplimiento 770
5. El reparto de las cargas en el abono de las cuotas para financiar el convenio especial 774
5.1. La cotización a cargo del empresario del convenio especial por despido colectivo 775
5.1.1. La falta de correlación entre el fin de la obligación de aportación empresarial y la edad de acceso a la jubilación anticipada 775
5.1.2. Cuantía, modo de ingreso, derecho al reintegro y regularización de las cotizaciones en caso de actividad del trabajador sujeta a cotización 776
5.1.3. La falta de cumplimiento en la cotización por parte del empresario 779
5.2. La cotización a cargo del trabajador como derecho 782
6. Conclusiones críticas: ¿los principales problemas del convenio especial por despido colectivo están resueltos? 783
7. Bibliografía 784

La modalidad de jubilación anticipada: aspectos jurídico-críticos a modo de proposición 787
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

1. Introducción 787
2. El objetivo de preservar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones 788
3. Descripción normativa sobre la jubilación anticipada 793
4. Balance y perspectivas: conclusiones y propuestas sobre la jubilación anticipada 804
5. Bibliografía 808

El Pacto de Toledo y la jubilación activa por cuenta propia 811
Francisco Miguel Ortiz González-Conde

1. El Pacto de Toledo y el envejecimiento activo 811
2. La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta ajena o cuenta propia 813
3. Dinámicas e incompatibilidades de la jubilación activa 815
4. La contratación de una persona trabajadora por cuenta ajena como vía para un envejecimiento activo responsable socialmente 818
5. Conclusiones 823

Compatibilidad de pensión de jubilación y derechos de propiedad intelectual: jubilados y escritores de libros 825
Raquel Yolanda Quintanilla Navarro

1. Introducción 825
2. Decreto 3262/1970, de 29 de octubre, por el que se establece y regula el régimen de la Seguridad Social de los escritores de libros 826

3. Las políticas de envejecimiento activo en el ámbito de la Unión Europea 828
4. Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social 829
5. La pensión de jubilación y su compatibilidad con la realización de un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia 830
6. Real Decreto-Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía 831
7. Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística 831
8. Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones 832
9. Real Decreto-Ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo 833
10. Últimas novedades 834
11. Bibliografía y webgrafía 835

Puntos críticos en la regulación de la jubilación anticipada por discapacidad: una medida necesitada de reforma 837
José Antonio Rueda Monroy

1. Introducción 837
2. Un acercamiento a la jubilación anticipada en caso de discapacidad 838
2.1. Naturaleza y marco normativo 838
2.2. La delimitación subjetiva de la medida 840
2.2.1. Acceso a la jubilación anticipada por acreditar un grado importante de discapacidad 840
2.2.2. Acceso a la jubilación anticipada por discapacidad reglamentada 841
2.3. El ámbito material de la medida: las fórmulas de adelanto de la edad de jubilación 843
2.3.1. La aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación en el caso de grandes discapacidades 843
2.3.2. La reducción automática en discapacidades reglamentadas 844
3. Un acercamiento a la protección jurídica de la discapacidad 845
3.1. La conceptualización de la discapacidad y su protección internacional 845
3.2. El marco jurídico interno 846
4. Una confrontación entre ambos niveles 847
4.1. Sobre la naturaleza de la medida y la justificación de su razonabilidad 847
4.2. Sobre el "ticket" de acceso a la medida 849
4.3. Sobre los mecanismos de reducción de la edad de jubilación 850
4.4. Otros escollos en la aplicación de la medida 851
4.4.1. Personas con discapacidad sin certificado administrativo de grado de discapacidad o sin actualizar 852
4.4.2. El mantenimiento del 45 % durante el periodo de cotización exigido 852
4.4.3. Reconocimiento de incapacidad permanente tras jubilación anticipada por razón de discapacidad 853
5. Breve recapitulación final 854
6. Bibliografía 854

La jubilación forzosa: análisis de su evolución histórico-normativa 857
José Enrique Ruiz Saura

1. Introducción 857
2. La jubilación forzosa en nuestro ordenamiento jurídico desde sus inicios hasta la ley 21/2021 859

3. La jubilación forzosa en la ley 21/2021: utilidad social y política 862
3.1. Como política de empleo 862
3.2. Para reforzar la sostenibilidad del sistema público de pensiones 866
3.3. Para la igualdad e integración social y económica de las mujeres trabajadoras 867
4. Conclusiones finales 870
5. Bibliografía 871

Análisis de las modificaciones normativas contenidas en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre en materia de jubilación anticipada y por edad reducida 873
Catalina Smintinica

1. Introducción: antecedentes y situación actual de las jubilaciones anticipadas tras la reforma del sistema de pensiones de 2021 873
2. La jubilación anticipada 878
2.1. Notas preliminares de las jubilaciones por edad reducida 879
2.1.1. Jubilación anticipada por razón de la actividad 880
2.1.2. Jubilación anticipada en caso de discapacidad 882
2.2. Jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora o "involuntaria" 883
2.3. Jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada o "voluntaria" 885
2.4. Reglas transitorias sobre jubilaciones anticipadas 887
2.4.1. Jubilación anticipada en extinción: el Mutualismo Laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967 887
2.4.2. Aplicación de la legislación anterior a personas trabajadoras con relación extinguida antes del 1 de abril de 2013 887
3. Nuevo complemento para personas en jubilación anticipada con largas carreras de cotización 889
4. Conclusiones 890
5. Bibliografía 891

Situaciones de compatibilidad entre la pensión de jubilación y la prestación de servicios por cuenta propia y ajena. La jubilación parcial y flexible 893
Diego Velasco Fernández

I. Introducción 893
II. La jubilación parcial 895
III. La jubilación flexible 901
IV. La jubilación activa 904
V. Situaciones de compatibilidad entre jubilación y trabajo excepcionales 905
VI. Conclusiones jurídico-críticas 907
VII. Bibliografía 911

La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el derecho de la Seguridad Social de los Estados Unidos 913
Iván Vizcaíno Ramos

1. Las fuentes federales reguladoras del tema 913
2. Los objetivos perseguidos por el legislador federal al regular el tema 914
3. Los requisitos relativos a la pensión de jubilación totalmente compatible 915
4. La inexistencia de requisitos relativos al trabajo totalmente compatible 916
5. El caso *Hoesli v. Triplett, inc.* (2015) 916

Mesa Tercera

Ponencias

Las prestaciones de viudedad para las parejas de hecho 919
José Gustavo Quirós Hidalgo

I. La pareja de hecho supérstite como beneficiaria de la pensión de viudedad: de su reconocimiento legal a su regulación actual 919
II. Análisis crítico de los requisitos exigidos a la pareja de hecho supérstite para el acceso a la pensión de viudedad 927
1. Relación de afectividad análoga a la conyugal 928
2. Inexistencia de vínculo matrimonial y de impedimento para contraerlo o de pareja de hecho 928
3. Acreditación material de la pareja de hecho: convivencia estable, notoria y prolongada en el tiempo 932
4. Acreditación formal de la pareja de hecho mediante su inscripción en el registro o a través de la constitución en documento público 935
5. La ya derogada dependencia económica 940
III. Los efectos de la disolución de la pareja de hecho en la pensión de viudedad 942
IV. La pareja de hecho y la pensión temporal de viudedad 945
V. A modo de conclusión: hacia la plena equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho legalmente constituida en el acceso a la pensión de viudedad 947
VI. Bibliografía 949

Mujeres y pensiones: la "brecha de género" de las pensiones contributivas 955
Inmaculada Ballester Pastor

I. La brecha de género en las pensiones, en España y en la Unión Europea: panorámica inicial 955
1. Definición y cuantificación de la brecha de género en las pensiones 955
2. Las desventajas y desigualdades laborales de las mujeres 957
3. Los obstáculos del sistema de protección social contributivo 959
II. El carácter poliédrico y la dificultad intrínseca de la implementación de medidas de corrección de la brecha de género en las pensiones 960
III. Las actuaciones que debieron atenderse por el legislador contenidas en la recomendación nº 17º "mujeres y pensiones" del acuerdo de Pacto de Toledo de 2020 964
IV. El camino recorrido y los avances proyectados en materia de igualdad laboral 967
1. Los objetivos implementados en normas internacionales y comunitarias 967
2. Los planes de actuación en España 968
V. Las medidas legislativas minimizadoras de la "brecha de género" tras acuerdo del Pacto de Toledo de 2020 970
1. Las cotizaciones ficticias, una regulación que permanece incólume y que podría evolucionar hacia créditos por cuidado con mayor cobertura 970
2. El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género . 975
VI. El nuevo complemento ¿vulnera el derecho europeo?: Obstáculos actuales 980
VII. La doctrina judicial sobre discriminación por razón de sexo en normas sobre protección social y su impacto en la brecha pensional 982
VIII. Las reformas de seguridad social sobre la brecha de las pensiones: ¿qué se ha hecho y qué se avecina? 985
IX. Bibliografía 987

Comunicaciones

Pensión de jubilación: medidas de acción en relación a la edad de jubilación para eliminar la brecha de género en la negociación colectiva 991
M. Carmen Aguilar Martin

1. Introducción 991
2. Contextualización de la brecha de género en las pensiones de jubilación. Aproximación en cifras. Consecuencias de la discriminación por razón de sexo 995
3. Normativa sobre edad ordinaria de jubilación dentro de la negociación colectiva. Evolución de la disposición adicional décima del estatuto de los trabajadores.... 997
4. Brecha de género según sectores de ocupación. Medidas adoptadas en la negociación colectiva en materia de edad de jubilación de las mujeres 1003
5. Conclusiones 1006
6. Bibliografía..... 1008

La acreditación de la existencia de pareja de hecho en orden a devengar la pensión de viudedad..... 1009
Faustino Cavas Martínez

1. Régimen de acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007 1009
2. Modificaciones en el acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad en la reforma de las pensiones de 2021 1012
3. Inconstitucionalidad del reenvío a la legislación autonómica para regular la consideración y acreditación de las parejas de hecho a efectos de disfrutar de la pensión de viudedad..... 1015
4. Constitucionalidad de los requisitos de previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público 1018
5. La acreditación de la existencia de pareja de hecho, a efectos de la pensión de viudedad, en la jurisprudencia social 1020
6. Jurisprudencia sobre la pareja de hecho y el devengo de la pensión de viudedad en el Régimen de Clases Pasivas 1022
7. Reencuentro de la jurisprudencia contenciosa con la social, Y un apunte crítico..... 1023
8. La necesaria uniformidad en la delimitación de la pareja de hecho a efectos de Seguridad Social..... 1025
9. Bibliografía..... 1026

El tiempo y las normas de las prestaciones y pensiones de la Seguridad Social: Sobre la constitucionalidad del reconocimiento del complemento de aportación demográfica y brecha de género a partir de una determinada fecha 1027
José Jesús de Val Arnal

1. La historia de dos complementos a las pensiones contributivas del 2016 y del 2021 y sus reformas..... 1027
2. El problema constitucional del complemento de aportación demográfica y brecha de género: La fecha de causación de la pensión contributiva..... 1030
2.1. El Derecho a la igualdad en la Ley..... 1034
2.2. De nuevo sobre la estabilidad presupuestaria o el mantenimiento del Sistema de la Seguridad Social..... 1040
2.3. El tiempo y las normas de las prestaciones y pensiones de la Seguridad Social: ¿Retroactividad o irretroactividad limitadora de derechos?..... 1041
3. El restablecimiento del Derecho 1041
4. Conclusiones 1042
5. Bibliografía..... 1043

"Pareja de hecho" y requisitos de la pensión de viudedad: límites de la discrecionalidad judicial 1047
Juan Miguel Díaz Rodríguez

1. La pensión "vitalicia" de viudedad: entre el perfeccionamiento extensivo de su régimen jurídico y la evitación del fraude 1047
2. La contradictoria figura de las "parejas de hecho" 1050
3. Aplicación mecánica del Derecho de la Seguridad Social y ponderación judicial 1052
4. "Parejas de hecho" y pensión de viudedad: certificación de convivencia y certificación de inscripción de la pareja 1053
5. La STS de 7 de abril de 2021, ante unas "especialísimas circunstancias concurrentes" (o "supuesto límite") 1054
6. El caso de la STS 24 marzo 2022: coherencias e incoherencias 1058
7. Conclusiones 1060

La necesaria modificación legislativa de la pensión de viudedad ante el actual contexto social y las nuevas formas de familia 1063
Íñigo Ibáñez Palma

1. Desarrollo de la pensión de viudedad 1063
1.1. Origen de la cobertura 1063
1.2. Ampliación de la cobertura 1065
1.3. Integración de la cobertura en la Seguridad Social 1065
1.4. Desvío en la naturaleza de la prestación 1066
1.5. La prestación en la actualidad 1068
2. Posición jurisprudencia favorable a la flexibilización hermenéutica 1069
3. Posición jurisprudencial contraria a la flexibilización de la literalidad 1071
4. Conclusiones 1072
5. Bibliografía y fuentes 1073
5.1. Autores 1073
5.2. Jurisprudencia 1074

"Aportación demográfica" y "brecha de género" en las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad 1075
Francisco Jiménez Rojas

1. Introducción a la materia objeto de estudio 1075
2. Génesis y cronología de la mutación del complemento: de la aportación demográfica por maternidad a la reducción por brecha de género 1077
2.1. Complemento (contributivo) de pensión por maternidad, vinculado a la aportación demográfica de las "madres" a la Seguridad Social 1077
2.1.1. El origen del complemento de pensión 1077
2.1.2. Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019 (asunto C 450/18): el contenido discriminatorio del precepto legal 1079
3. La brecha de género en las pensiones de las mujeres con respecto a las de los hombres 1081
3.1. La conexión entre los Pactos de Toledo y la aportación demográfica (por maternidad) o el intento de reducción de la brecha de género 1081
3.1.1. El Pacto de Toledo originario (1995) 1082
3.1.2. Primera renovación: segundo Pacto de Toledo (2003) 1082
3.1.3. Tercer Pacto de Toledo: segunda renovación (2011) 1083
3.1.4. El Pacto de Toledo actualmente vigente (2020) 1084
3.2. Régimen jurídico del complemento para la reducción de la brecha de género 1086
3.2.1. La norma extraordinaria y urgente (RD-Ley 3/2021) que sustituye la aportación demográfica por la reducción de la brecha de género 1086

3.2.2. Aspectos esenciales del complemento de pensión contributiva para la reducción de la brecha de género 1088
4. Pronunciamientos judiciales recientes: la resolución de las dudas sobre el complemento de maternidad para la aportación demográfica 1093
4.1. La escasa y reciente doctrina del tribunal supremo en la materia hasta el momento 1093
4.2. Las decisiones adoptadas por la sala social de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas 1094
5. Una consideración final 1097

Digitalización, género y pensiones: una cuenta pendiente en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 1099
Sheila López Vico

1. Introducción 1099
2. Digitalización, trabajo y género: ¿una oportunidad o una trampa? 1101
2.1. Mujer y mercado de trabajo: retos y desafíos para conseguir una plena igualdad de género 1102
2.1.1. Ocupaciones y sectores de actividad en el que se insertan las mujeres en España .. 1106
2.1.2. El contrato a tiempo parcial y temporal: su feminización en el mercado de trabajo español 1107
2.1.3. La brecha salarial en España 1110
2.2. La incidencia de la digitalización en el trabajo desde una perspectiva de género 1112
2.3. La brecha de género en las pensiones 1115
3. Referencias contenidas en el informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo en torno a esta cuestión 1117
4. Conclusiones críticas 1119
5. Bibliografía 1119

La discriminación de las parejas de hecho en el acceso a la pensión de viudedad. Una visión jurisprudencial y doctrinal 1123
María del Carmen Macías García

1. Diacronia de la pensión de viudedad en España 1123
1.1. Antecedentes históricos (1900-1965) 1123
1.2. El nacimiento de la Seguridad Social y su protección a la viudedad 1127
1.3. La constitución de 6 de diciembre de 1978 y posterior desarrollo 1130
2. El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de las parejas de hecho. De la Ley 40/2007 a la Ley 21/2021 1136
2.1. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre 1137
2.2. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre 1139
2.2.1. La eliminación del requisito de dependencia económica del superviviente de la pareja de hecho 1139
2.2.2. La acreditación de la condición legal de pareja de hecho 1140
2.2.3. La prestación temporal de viudedad y las parejas de hecho 1141
2.2.4. Supuestos excepcionales de la pensión de viudedad y parejas de hecho 1141
3. Breves consideraciones finales 1142
4. Bibliografía 1142

La inacabada y errática regulación del complemento por brecha de género: contradicciones normativas y jurisprudenciales a la espera de una revisión institucional integral 1145
María Cristina Polo Sánchez

1. La importancia de (no) llamarse maternidad 1146
2. El secreto de la vida 1147
3. De profundis: el giro jurisprudencial determinante de un nuevo ¿rumbo? normativo 1147

4. La decadencia de la mentira: la nueva regulación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género 1150
5. La importancia de discutirlo todo 1151
5.1. En términos conceptuales 1151
5.2. En materia de filiación 1152
5.3. En relación con el género 1153
5.4. En relación con el número de beneficiarios 1156
5.5. En relación con la responsabilidad penal 1156
5.6. En relación con la cuantía económica 1157
5.7. En relación a la contingencia generadora de la pensión 1158
6. La importancia de no hacer nada 1159
6.1. Controvertida solución transitoria: diversidad doctrinal en el marco jurisdiccional 1160
6.2. El incierto futuro de este mecanismo jurídico 1163
7. Intenciones 1164

El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad 1167
Raquel Poquet Catalá

1. Introducción 1167
2. Evolución legislativa 1168
3. Las parejas de hecho como beneficiarias de la pensión de viudedad 1171
3.1. Relación de afectividad 1171
3.2. Carencia de impedimentos 1171
3.3. Convivencia estable y notoria 1173
3.4. Inscripción de la pareja de hecho 1176
3.5. Dependencia económica 1180
4. Conclusión 1181
5. Bibliografía 1182

La aceptación del estatus de "varón polígamo" en el acceso a las prestaciones de viudedad 1185
Guillermo Rodríguez Iniesta

1. Planteamiento de la cuestión 1185
2. La inicial aceptación de los matrimonios polígamos en la seguridad social española .. 1191
2.1. El reconocimiento inicial de España de los matrimonios polígamos como hábiles al efecto de causar prestaciones de viudedad 1191
2.2. El cambio de postura de la Administración de la Seguridad Social 1191
2.3. La Jurisdicción Social ante la poligamia 1192
2.4. La jurisdicción contencioso administrativa 1195
3. La extensión de la aceptación de la poligamia como hábil a efectos de acreditar el estatus matrimonial exigido para acceso a la protección a la viudedad 1197
4. Conclusiones 1198

La pensión de viudedad de las parejas de hecho registradas y un apunte sobre la reformulación integral de la pensión de viudedad 1203
Guillermo E. Rodríguez Pastor

1. La pensión de viudedad 1203
2. El reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho registradas 1205
3. La nueva regulación de la pensión de viudedad de las parejas de hecho registradas 1208
3.1. La pensión de viudedad de las parejas de hecho registradas 1209
3.1.1. La pareja de hecho registrada debe estar constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal 1209

3.1.2. La pareja de hecho registrada no debe hallarse impedida para contraer matrimonio, ni tener vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho: requisito subjetivo ... 1209
3.1.3. La pareja de hecho registrada debe acreditar una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante: requisito material ... 1211
3.1.4. Debe probarse la existencia de pareja de hecho: requisito formal o *ad solemnitatem* ... 1214
3.2. Pensión de viudedad del superviviente de una pareja de hecho registrada extinguida antes del fallecimiento del causante ... 1216
3.3. Pensión de viudedad de las mujeres víctimas de violencia de género ... 1218
3.4. Prestación temporal de viudedad ... 1218
4. Y un apunte sobre la reformulación integral de la pensión de viudedad ... 1218
5. Bibliografía ... 1221

Los complementos para reducir la brecha de género ... 1223
Mª Fuencisla Rubio Velasco

1. Introducción ... 1223
2. La desigualdad de género en el mercado laboral ... 1225
3. Igualdad de trato y no discriminación ... 1225
4. La falta de exigibilidad de un principio de igualdad salarial entre trabajos de igual valor ... 1228
5. El Real Decreto-Ley 6/2019 ... 1230
6. Complementos para la reducción de la brecha de género ... 1232
6.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ... 1233
6.2. El Real Decreto-ley 3/2021 ... 1236
7. Conclusiones ... 1242

Principales desafíos ante la discriminación por razón de género y su impacto en el sistema de pensiones español ... 1245
José Luis Ruiz Santamaría

1. Cuestiones preliminares: las insuficiencias en materia de genero y la brecha pensional ... 1246
2. Los referentes en el plano internacional ... 1246
2.1. La perspectiva global de la ONU ... 1246
2.2. La lucha de la OIT contra las disparidades de género en el trabajo y su incidencia negativa en el sistema pensional de la mujer ... 1247
2.3. Actuaciones de la UE ante la brecha de género: la brecha pensional y otras conexas 1251
3. El impacto de la brecha de género en el sistema pensional español: aproximación a la realidad actual ... 1253
3.1. El punto de partida: las cifras de la brecha en el mercado laboral y salarial ... 1253
3.1.1. Datos estadísticos sobre la brecha en el mercado de trabajo español ... 1253
3.1.2. Datos estadísticos sobre la brecha salarial en España y medidas urgentes para su mejora ... 1255
3.2. La brecha pensional en España ... 1256
3.2.1. Pensiones contributivas ... 1256
3.2.2. Pensiones no contributivas ... 1257
4. Las respuestas jurisprudenciales a los problemas de la brecha pensional: reflexiones y aspectos críticos destacables ... 1258
4.1. La perspectiva de géneno *versus* enfoque de justicia relacional en el análisis jurisprudencial del ámbito pensional ... 1258
4.2. Breve reseña sobre la discriminación directa por razón de género en materia pensional: a propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, asunto C-450/18 ... 1261
5. Reflexiones finales a modo de conclusión ... 1263

6. Bibliografía 1264

La jubilación de los trabajadores autónomos portugueses 1269
Mário Silveiro de Barros

1. Las fuentes reguladoras en Portugal de la jubilación de los trabajadores autónomos ... 1269
2. La relevancia de la distinción entre trabajadores autónomos y trabajadores autónomos económicamente dependientes, desde el punto de vista de la cotización a la seguridad social portuguesa por riesgos comunes 1270
3. Los requisitos ordinarios impuestos a los trabajadores autónomos portugueses, sean o no económicamente dependientes, para acceder al cobro de la pensión de jubilación 1271
4. Los requisitos especiales impuestos a los trabajadores autónomos portugueses, sean o no económicamente dependientes, para acceder al cobro de la pensión de jubilación 1272
5. El contencioso de la pensión de jubilación de los trabajadores autónomos portugueses, sean o no económicamente dependientes 1272
6. Bibliografía 1274

La "pareja de hecho" por el rito gitano y la pensión de viudedad; ¿discriminación por indiferenciación? 1275
Susana Torrente Gari

1. Aproximación 1275
2. La pareja de hecho y la pensión de viudedad 1277
2.1. Cuestiones generales 1277
2.2. La interpretación de la jurisdicción contecioso-administrativa 1278
3. El matrimonio por el rito gitano y la pensión de viudedad 1280
3.1. El caso Muñoz Díaz 1280
3.2. La sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021 1282
4. La discriminación por indiferenciación 1284
5. El matrimonio gitano, la pensión de viudedad y discriminación 1286
6. La validez prestacional de "algunos" matrimonios no inscritos 1289
6.1. Los matrimonios religiosos no inscritos 1289
6.2. Los casos de poligamia 1290
7. Valoración 1292
8. Bibliografía 1293

Un análisis de la brecha de género desde la perspectiva judicial. Cómo los tribunales interpretan la discriminación positiva y el derecho a la igualdad 1295
Andrés Urbano Medina

1. La lucha por la eliminación de la brecha de género y su positivización en el derecho de la Seguridad Social 1295
2. Una historia judicial del complemento de maternidad 1298
2.1. Antecedentes en la jurisprudencia europea 1299
2.2. La sentencia de 12 de diciembre de 2019 1299
2.3. La sentencia de 13 de septiembre de 2021, del Tribunal Constitucional 1301
2.4. La sentencia de 16 de febrero de 2022 1302
3. El RDL 3/2021 y el nuevo artículo 60 LGSS 1304
4. La nueva interpretación del artículo 60. Criterios del INSS y posibles dificultades futuras 1305
5. Bibliografía 1307

La deficiente perspectiva de género en la reforma del sistema de pensiones 1309
Raquel Vela Díaz

1. Introducción 1309
2. La reciente recomendación del Pacto de Toledo sobre mujeres y Seguridad Social 1311
3. Principales medidas incluidas en la última reforma del sistema de pensiones desde un enfoque de género 1313
3.1. Medidas para superar la segregación ocupacional por género en los supuestos de jubilación ordinaria forzosa contenidos en los Convenios Colectivos 1313
3.2. Reconocimiento de los periodos del servicio social femenino obligatorio 1315
3.3. Equiparación de los requisitos de acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad 1315
4. La imperiosa necesidad de reducir la brecha pensional: ¿son suficientes las medidas adoptadas en la reforma del sistema de pensiones de 2021? 1317
5. Algunas consideraciones finales 1318
6. Bibliografía 1320

Mesa Cuarta

Ponencias

Seguridad Social, Relaciones Laborales y Agentes Sociales /hay una linea trazada 1323
Francisco González de Lena

I. Una aproximación a la conexión entre la materia laboral y la de Seguridad Social 1323
II. La dimensión jurídica de la relación entre regulación laboral y de Seguridad Social .. 1325
1. Delimitación de la aplicación de la regulación de la LGSS a partir del contrato de trabajo 1325
2. Obligaciones laborales relacionadas con regulaciones de la LGSS 1326
3. Regulaciones del Estatuto de los Trabajadores relacionadas con la LGSS 1326
4. La regulación de seguridad social durante la ejecución del contrato de trabajo 1327
5. Seguridad Social y Prevención de riesgos laborales 1329
6. Política de empleo desde la Seguridad Social 1329
7. Relaciones laborales colectivas 1330
8. Participación laboral en la gestión del Sistema 1330
9. Lo laboral en la previsión social complementara 1330
10. La Seguridad Social en la actividad de las ETT 1331
11. Control de normas laborales y de Seguridad Social I 1331
III. Los agentes sociales y el dialogo social en la LGSS 1332
IV. Un ejemplo significativo de la relación entre regulación laboral y de seguridad social: la prolongación de la edad de jubilación 1333
V. Uniendo los trazos 1334

La gestión de la Seguridad Social. Hacia una agencia de la Seguridad Social 1337
Andrés Ramón Trillo García

1. Los antecedentes de la gestión de la Seguridad Social 1337
2. El modelo postconstitucional 1337
3. El nuevo modelo de gestión y el cuento de nunca acabar 1339
4. Los modelos de gestión 1340
4.1. Organismos públicos 1341
4.2. Agencias estatales 1342
5. La agencia de la Seguridad Social 1348

Comunicaciones

Las idas y vueltas del Pacto de Toledo. Impacto en los grupos de exclusión social .. 1351
María del Carmen Burgos Goye

1. Consideraciones previas 1351
2. Recomendaciones adicionales 1354
2.1. Reforma de 2003 1354
2.2. Impacto de la Reforma de 2011 en los grupos de exclusión social 1356
2.2.1. Mujeres 1357
2.2.2. Discapacitados 1358
2.2.3. Inmigración 1359
2.3. Reforma de 2020 1364
2.3.1. Mujeres 1365
2.3.2. Inmigrantes 1366
2.3.3. Discapacitados 1367
2.3.4. Jóvenes 1368
3. Conclusiones 1368
4. Bibliografía 1370

La gestación parlamentaria de la ley de impulso de los planes de pensiones de empleo (o el valor del criterio histórico para entender las normas) 1373
Juan José Fernández Domínguez
Cristina González Vidales
Ana María Castro Franco

1. Presentación 1373
2. La urgencia como protagonista y sus derivas subsiguientes 1374
3. La celeridad en la tramitación parlamentaria con tres momentos destacados en el congreso para una interpretación histórica 1378
3.1. Del error en la votación a favor de la enmienda presentada por los socios en el gobierno al voto particular que escenifica la alianza con un grupo de la oposición 1379
3.2. Las bases para el acuerdo que permitió alumbrar la norma 1380
3.2.1. El acuerdo sobre incentivos fiscales 1380
3.2.2. El perfil más acabado de la Comisión de Control Especial (y la revisión de la estrategia de inversión) 1383
3.3. La denominada tasa Tobin como concesión al apoyo del grupo vasco (EAJ-PNV) ... 1383
3.4. Compromisos en la norma y al margen de la norma como condición para la abstención del grupo Euskal Herria Bildu 1384
3.4.1. La financiación de la reducción de cuotas empresariales por contingencias comunes en relación con su incremento derivado de contribuciones a los planes de pensiones de empleo 1385
3.5. Los aspectos sociales y ambientales en la inversión de los fondos de pensiones 1387
3.6. Los acuerdos, tras las diferencias iniciales, con el socio de gobierno 1388
3.7. Dos matices importantes introducidos por el gobierno en sede parlamentaria 1389
4. Conclusión 1390
5. Bibliografía 1390

La agencia Española de Seguridad Social: Un punto de apoyo para la sostenibilidad del modelo 1393
Octavio Granado Martínez

1. Introducción 1393
2. El contexto histórico 1394
3. Los esfuerzos contemporáneos 1395

4. La creación de la Agencia Estatal de la Seguridad Social, una respuesta a una situación perentoria ... 1396
5. Concepto y experiencias de partida ... 1398
6. Una Agencia pensada como punto de apoyo desde el que lanzar una serie de reformas para garantizar la sostenibilidad del sistema ... 1399
7. Una revisión del Texto Refundido sin los problemas de la perspectiva prestacional ... 1399
8. Una definición de las actividades económicas que impida que se generen lagunas y que se adecúe a las tendencias futuras ... 1400
9. Los niveles contributivo y no contributivo ... 1400
10. La redefinición de lo que se considera estructuralmente Seguridad Social ... 1401
11. Una política de personal que permita una carrera y un reconocimiento social de los principales colectivos de trabajadores ... 1402
12. Una política patrimonial que haga real en el patrimonio la separación de fuentes de financiación ... 1403
13. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social que necesitaría la Agencia ... 1403
14. Y al final, una conclusión ... 1404

Los empleados de ETT y las mejoras de Seguridad Social en la empresa usuaria. Entre la jurisprudencia clásica y las nuevas interpretaciones doctrinales.. 1407
Raúl López Baelo

1. Contexto y evolución legislativa en el derecho a la igualdad retributiva de empleados de ETT ... 1407
2. Asimilación por los órganos judiciales de la evolución normativa sectorial ... 1409
2.1. Tesis clásica: la igualdad de trato no engloba las mejoras de seguridad social ... 1410
2.2. Tesis extensiva de derechos: la equiparación retributiva no debe excluir, per se, ningún concepto ... 1411
3. Reflexiones finales ... 1413

La mejora de la estabilidad del sistema de pensiones, a través del ahorro privado y colectivo ... 1415
Carlos José Martínez Mateo

I. Introducción ... 1415
1. La situación de las pensiones en España ... 1416
1.1. La dificultad de obtención del derecho a pensión y prestaciones complementarias .. 1416
1.2. La necesidad de reforma del sistema actual y las recomendaciones del la UE, BCE, y OCDE ... 1418
2. El camino a la sostenibildiad ... 1418
2.1. Estrategias para una futura viabilidad ... 1418
3. El objetivo: un sistema de previsión más asequible al trabajador ... 1419
3.1. Los planes privados de pensiones ... 1419
4. La gran alternativa: la ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de planes de pensiones de empleo ... 1421
4.1. Las medidas de impulso de los sistemas complementarios de pensiones ... 1422
4.2. Los fondos de pensiones de empleo de promoción pública ... 1424
4.2.1. La comisión promotora y de seguimiento ... 1425
4.2.2. Órganos gestores ... 1425
4.2.3. La comisión de control especial ... 1426
4.3. Los planes de pensiones de empleo simplificados ... 1427
4.3.1. Notas características y requisitos más significativos que deberán cumplir los planes de empleo simplificados ... 1427
5. Conclusiones ... 1428
6. Bibliografía ... 1429
7. Webgrafía ... 1430

8. Legislación 1430

Conferencia de clausura

Ponencia

Pensions law and employment law in a common law system 1431
David Cabrelli

I. Overview of Pensions Law in the UK 1431
1. Applicable Law: 1431
2. Types of Pension Scheme in the UK 1431
3. Structure of Pension Schemes in the UK 1433
4. Winding-Up Pension Schemes 1435
5. The Regulation of Pensions in the UK 1436
6. The Interaction Between Employment Law and Pensions Law in the UK 1437
II. Further Reading 1438

PRÓLOGO

"La concepción actual de la ciencia, esencialmente basada en la autonomía de la razón, interpretando las realidades objetivas, excluye incuestionablemente de su dominio una disciplina puramente autoritaria, que dominada por textos infringibles, se limitara solamente a reconocer el contenido, añadiendo a él a lo sumo, una acción puramente lógica por procedimientos mecánicos. De todos modos, cuantos hoy quieren hacer lugar al Derecho en el cuadro de la ciencia contemporánea, se esfuerzan en sujetar a ella la crítica legislativa, poniendo las soluciones positivas bajo la égida de los principios sociales que las dominan"

François Gény[1]

1. El libro que tiene el lector ante sí, refleja la riqueza de planteamientos de Conferencias, Ponencias y Comunicaciones (no siempre convergentes sus direcciones de pensamiento crítico, pero todas ellas elaboradas con gran rigor técnico) presentadas y debatidas en el *VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de AESSS (20 y 21 de 2022),* dedicado específicamente al estudio en profundidad de la *"La Encrucijada de las pensiones del Sistema Español de Seguridad Social (El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo)"*.

Cuando por iniciativa de la Junta Directiva en la Asamblea General de la AESSS se propuso este tema y se diseñó el temario del Congreso AESSS, hubo un consenso absoluto, sin ninguna oposición ni discrepancias, teniendo en cuenta la importancia permanente y manifiesta de esta materia y atendiendo a la transcendencia jurídico-práctica del Sistema global de Pensiones en España y a la realidad extremadamente complejidad y litigiosa de las arduas controversias

[1] Gény, F.: *Métodos de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico jurídico de Gény" (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, p. 531.

jurídicas y de política del Derecho que se suscitan. Y ello en un marco normativo complejo e inevitablemente dinámico para dar cuenta de las transformaciones en curso; y, por tanto, necesitado de una reforma totalizadora que le confiara coherencia sin perder de vista la lógica de la "justicia social" que ha de informar a todo el sistema jurídico e institucional del Sistema Global de Pensiones.

2. Por otra parte, asumiendo como propia esta problemática, la AESSS da muestras de su dinamismo y capacidad de respuesta reflexiva, desde la política del Derecho y de la técnica jurídica, que son las dos caras -las dos dimensiones- necesarias del estudio científico de cualquier institución jurídica. Ese dinamismo es visible en los intensos debates que suelen caracterizar a los Congresos de la AESSS (expresamente internacionales y nacionales). En este Congreso se han constituido varias Mesas sobre aspectos concretos y con una composición deliberadamente plural en sus ponentes y moderadores. Por lo demás, la calidad de las Conferencias, Ponencias y Comunicaciones presentadas garantizaban ya el éxito del Congreso de la AESSS, con esa vitalidad y pluralismo crítico que le caracteriza; como auténtico punto de encuentro, de diálogo y debate sobre las distintas dimensiones y ámbitos de la Salud y Seguridad Social; y asimismo desde el rigor, la seriedad, y el máximo respeto a los diversos enfoques pluralistas que nos enriquecen a todos los que estamos implicados en esta lucha por el derecho a la Salud y a la Seguridad Social y por el mantenimiento y mejora de todas las "ramas de prestaciones" que le son inherentes, al margen de su instrumentalización y materialización institucional.

3. En esta obra colectiva no sólo se revisita este tema y su consideración clásica, sino que, además, se expone el estado actual de los problemas que se suscitan desde el punto de vista de la política del Derecho y de la técnica jurídica, de manera que se registran las novedades, se realiza un análisis crítico, se formulan replanteamientos de *lege ferenda;* proponiéndose, en definitiva, nuevos rumbos y caminos a seguir. Estamos, ciertamente, ante una situación caracterizada por transformaciones cualitativas: una nueva fase histórica de importantes cambios estructurales, transformaciones de la organización y cambios tecnológicos disruptivos, donde se produce una inflexión de envergadura en la "sociedad del trabajo" en el marco de la "sociedad del riesgo", con nuevos riesgos emergentes, nuevas exigencias de tutela en el sistema de necesidades sociales y en la misma orientación de las políticas públicas de gobierno y racionalización de la cobertura dispensada por los Sistemas Salud y de Seguridad Social y, en general, de los modelos de protección social pública. Es en este contexto, donde se evidencia que hay que renovar desde la Seguridad Social -como disciplina científica- las "herramientas" científico-jurídicas de comprensión explicativa de la realidad social y de sus instituciones fundamentales.

En este contexto las Pensiones Públicas del Sistema de Seguridad Social y los Sistemas Privados Complementarios se encuentran realmente en la encrucijada. Eso sí, actualmente se dispone de un nuevo Pacto de Toledo y de un importante desarrollo legislativo, que se hace acompañar de un amplio consenso parlamentario y de concertación social con los interlocutores sociales más representativos.

Debe destacarse la oportunidad de la elección del tema, pues después de la Pandemia COVID-19, la crisis sanitaria devenida también en crisis económica y de empleo y la "guerra de Ucrania" y sus gravísimas consecuencias persistentes, sobresale con luz propia la envergadura extraordinaria de los desafíos y problemas estructurales que ha de afrontar el Sistema Global de Pensiones en nuestro país, sobreañadidos a los problemas de carácter coyuntural, pero también cuantitativa y cualitativamente importantes en sí mismos para la sostenibilidad económico-financiera y social del Sistema Público de Pensiones (señaladamente, la entrada en el Sistema protector de la generación *baby boom*). Estamos ante una crisis multidimensional que ha sido

objeto de tratamiento en las diversas Conferencias (inaugural y de clausura), Ponencias y Comunicaciones presentadas.

4. Este libro puede contribuir a encontrar soluciones viables y basadas en la idea de "justicia social" a una cuestión de tanta centralidad como es la reforma del sistema global de pensiones en España. El tratamiento de esta temática ha exigido llevar a cabo un enfoque necesariamente nacional y europeo. No sólo por la misma realidad geopolítica de la integración de la Unión Europea, sino también más específicamente porque el Gobierno español ha comprometido reformas estructurales del Sistema de Pensiones en el Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia presentado a la Unión, dedicando un amplio y profundo "Componente 30" a la Sostenibilidad a largo plazo del Sistema Público de Pensiones en el marco del Pacto de Toledo.

Se puede inferir de este Congreso la necesidad de iniciar un proceso de reflexión y de reforma *permanente, dinámica y actualmente urgente* dentro y fuera del proceso político-jurídico y sociopolítico del Pacto de Toledo, que requiere de un planificado -y por tanto más meditado- reajuste y de una racionalización en profundidad con arreglo a los fines garantistas a alcanzar, como se impone deducir de los artículos 41 y 50 de la Constitución (ejes del grupo normativo regulador de la Seguridad Social, y en particular del subsistema de pensiones públicas, en nuestra Norma Fundamental en conexión con la tutela garantista multinivel abierta principalmente por el artículo 10.2 de la misma, en relación con los artículos 93 a 96 del mismo Texto constitucional). Y ello se ha de realizar a través de una técnica depurada y de una ordenación normativa precisa y coherente.

Obvio es decir que en este libro -que lo es de "Actas" del Congreso- se realizan importantes aportaciones útiles *de lege data* y *de lege ferenda,* esto es, en el plano de la política del Derecho para mejorar el marco normativo vigente buscando un necesario equilibrio indisociable entre la racionalidad social (justicia social y sostenibilidad social) y la racionalidad económica (sostenibilidad económico-financiera) del Sistema.

5. Todo esto, en un libro cuya estructura hace visible el discurso jurídico -sana y enriquecedoramente plural-, en donde se traza y se desmenuza todo un recorrido sobre el tema objeto de estudio y se tratan todas las cuestiones fundamentales prácticamente sin excepciones u omisiones significativas. Preside a lo largo de sus páginas una preocupación por realizar un enfoque jurídico interdisciplinar y asimismo la necesidad de vincular el marco jurídico ordenador con la praxis social y la experiencia de aplicación judicial, enlazando teoría y práctica del sistema de tutela de las personas trabajadoras que sufren los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En tal sentido, se reproduce fielmente lo que ha sido la estructura sistemática del programa del *VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de AESSS*:

— La Conferencia inaugural, *"El Modelo de pensiones tras la reforma: público y privado, entre sostenibilidad y equidad",* impartida por José Luis Monereo Pérez (Presenta Antonio Ojeda Avilés).

— La Mesa Primera: "*Certidumbres del sistema para con los pensionistas y la sociedad. Respuestas a las exigencias demográficas y económicas*". Con las intervenciones de Amparo Esteve Segarra, José Luis Tortuero Plaza, Rocío Gallego Losada; Presenta y Modera Carlos García de Cortázar y Nebreda.

— Conferencia Extraordinaria. "*Las pensiones del futuro*", impartida por Luis Enrique de la Villa, todo un clásico en la investigación en materia de Seguridad Social. Presenta José Luis Monereo Pérez.

— La Mesa Segunda: "*El nuevo marco de la jubilación flexible y forzosa*". Con las intervenciones de Marina Fernández Ramírez, Xosé Manuel Carril Vázquez, Martín Godino Reyes; Presenta y Modera Carolina San Martín Mazzucconi.

— La Mesa Tercera: *"Las Recomendaciones 13 y 17 del Pacto de Toledo"*. Con las intervenciones de José Gustavo Quirós Hidalgo, Inmaculada Ballester Pastor. Presenta y Modera Concepción González Fernández.

— Mesa Cuarta: "*Los agentes sociales ante las medidas de refuerzo y sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*". Con las intervenciones de Olimpia del Águila Cazarla, Carlos Bravo Fernández, Teresa Díaz de Teherán, Cristina Estévez Navarro, Francisco González de Lena, Andrés Trillo García. Modera y Presenta Juan García Blasco.

— Conferencia de Clausura: "*El futuro de las pensiones en el Reino Unido*", a cargo de David Cabrelli. Presenta Antonio Márquez Prieto.

— Intervención de la Relatora General: El Congreso culminó con la exposición de las *Conclusiones generales*, siendo relatora-ponente Sara Alcázar Ortiz.

— Se comunicó el *fallo de premios* a las Comunicaciones presentadas, emitido por el Comité Científico del Congreso, tras las deliberaciones correspondientes.

— Y se procedió a la *Clausura del Congreso* con las intervenciones de Joaquín Pérez Rey, Secretario de Estado de Empleo y Economía Social y José Luis Monereo Pérez, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

6. Pero este Prólogo no puede cerrarse sin hacer mención a los denodados esfuerzos y el buen hacer de los que han asumido, en esta ocasión, la *Coordinación,* activa y efectiva, de las arduas tareas principales que conlleva la realización de este *VI Congreso Internacional y XIX Nacional* y la publicación de sus resultados en este excelente y completo libro. Me refiero, naturalmente, a Francisco Ortiz Castillo (Abogado, Director de la Editorial Laborum y Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Murcia), Guillermo Rodríguez Iniesta (Secretario General la AESSS, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Magistrado (supl.) del TSJ de Murcia), a Belén del Mar López Insua (Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, Tesorera y Responsable de redes sociales y de la organización académica de la Página Web de la AESSS), y señaladamente, Miguel Ángel Gómez Salado (Profesor Ayudante de la Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga).

También quiero dejar constancia de la labor efectiva y rigurosamente realizada por todos los miembros integrantes del Comité Científico del *VI Congreso Internacional y XIX Nacional* de la AESSS (José Luis Monereo Pérez, Joaquín García Murcia, Lourdes López Cumbre, Juan Pablo Mugñolo, Pilar Rivas Vallejo, y Fabio Tullio Barroso). Vaya por delante mi agradecimiento y reconocimiento, en nombre la AESSS y en el mío propio, a la excelente labor realizada por todos ellos. Con un equipo de personas de esta calidad, disposición y entrega, todo resulta más fácil y se pueden alcanzar los mejores resultados posibles.

Igualmente, quiero dejar constancia de mi gratitud, en el nombre de la Asociación y en el mío, a la Tesorería General de la Seguridad Social, por todas las facilidades que nos ha dado para celebrar las sesiones de este Congreso de la AESSS en sus instalaciones y en general de la amable acogida y disposición en todo. Personalizar esa gratitud institucional en Andrés Harto Martínez, Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social; y en María del Carmen Armesto

González-Rosón, Directora General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por su apoyo incondicional. Y, en relación a ello, agradecer asimismo las gestiones realizadas -con la eficacia que le caracteriza en todo- por Andrés Trillo García y la difusión del Congreso entre el cuerpo de Letrados de la Administración de la Seguridad Social (Vicepresidente de la AESSS y *Letrado Jefe de los Servicios Jurídicos Centrales del INSS).*

En nuestro Congreso hemos tenido el honor de contar con la presencia e intervención de Borja Suárez Corujo, *Secretario de Estado de la Seguridad Social y Pensiones,* Ricardo Gabaldón Gabaldón, *Presidente del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales de España* (*colectivo profesional con el que la rama social del Derecho está íntimamente vinculada*) *en el Acto Inaugural; y la presencia e intervención en el Acto de Clausura, de Joaquín Pérez Rey, Secretario de Estado de Empleo y Economía Social.*

Por su parte, el *Comité Organizador* del Congreso, estuvo integrado por José Luis Monereo Pérez, Juan José Fernández Domínguez, Carlos García de Cortázar y Nebreda, Cristina Sánchez-Rodas Navarro, José Luis Tortuero Plaza, Andrés Trillo García, Guillermo Rodríguez Iniesta, Belén del Mar López Insua, Francisco Ortiz Castillo, María del Carmen Armesto González-Rosón, Ricardo Gabaldón Gabaldón, Andrés Harto Martínez.

Finalmente, el *Comité Científico,* estuvo integrado, a su vez, por José Luis Monereo Pérez, Carlos Alfonso Mellado, Susana Barcelón Cobedo, Paola Bozzao, Diana del Pilar Colorado Acebedo, Juan José Fernández Domínguez, Joaquín García Murcia, Lourdes López Cumbre, Juan Pablo Mugñolo, Pilar Rivas Vallejo y Fabio Tullio Barroso.

La *Clausura del Congreso*, como se indicó, estuvo a cargo de Joaquín Pérez del Rey, Secretario de Estado de Empleo y Economía Social, y José Luis Monereo Pérez, Presidente de la AESSS.

8. Deseo terminar este Prólogo agradeciendo la colaboración desinteresada de la Editorial Laborum, que ha realizado, como es habitual, una edición de excelente calidad -como en todas las que le han precedido-, a pesar de la premura del tiempo del que ha dispuesto para su publicación. Y quiero hacerlo, de nuevo, en la persona excelente de Francisco Ortiz Castillo (Director Editorial, pero también, significativamente, Vocal del Comité Ejecutivo de la AESSS).

Este libro de publicará al mismo tiempo en un doble formato: en soporte de papel y *online* en abierto. Ello facilitará su difusión en el ámbito nacional e internacional.

Animo encarecidamente al lector a adentrarse en el interior de esta obra colectiva, densa y exhaustiva, cuya lectura atenta estoy seguro que enriquecerá las perspectivas de comprensión del tratamiento del Sistema global de pensiones en nuestro país en el contexto de la Unión Europea; y hacerlo desde un enfoque de presente y en una proyección hacia ese incierto futuro. No se trata sólo de aportar soluciones útiles y viables -que siempre legítimamente pueden ser discutidas-, sino también de plantear nuevos interrogantes y de abrir nuevos caminos para la reflexión científica y la acción jurídico-institucional.

José Luis Monereo Pérez
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada

Conferencia Inaugural

PONENCIA

El modelo de pensiones tras la reforma: público y privado, entre la sostenibilidad y equidad

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada

I. Planteamiento general: desvelar el espacio de "los posibles"

> *"La teoría económica no proporciona apoyo irrefutable en favor de posiciones neoliberales y privatizadoras como con frecuencia intentan hacernos creer quienes hacen gala de mantener el debate sobre la protección social en el ámbito de la economía positiva sin interferencias ideológicas espurias".*
>
> JULIO SEGURA[1]

El tema objeto de análisis incorpora cuatro elementos interrelacionados y comunicables: En primer lugar, debe señalarse la condición "vulnerable" de la personas mayor, siendo así con carácter generalizable, pues tal condición preside a la inmensa mayoría de este amplísimo colectivo de personas en creciente expansión. Colectivo muy numeroso al que es de esperar que todos lleguemos.

[1] SEGURA, J.: "La reforma de la protección social. La reforma financiera del sistema español de Seguridad Social en 1989", Ponencia de Síntesis, en *Seminario Europeo sobre la financiación de la Seguridad Social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 393.

En según lugar, la "pensión" materializa un derecho social fundamental de las personas de edad avanzada, cuando se actualiza el hecho causante de la pensión de que se trate (aquí me ocuparé, ante todo, de la pensión de jubilación; pero ya se sabe que actualmente existe un "derecho común regulador de las pensiones públicas", que, por tanto aunque con peculiaridades o singularidades, es aplicable a todas ellas[2]). El derecho a las pensiones públicas es instrumental al objetivo -finalidad última- de protección e integración de las personas mayores en una sociedad democrática e inclusiva.

En tercer lugar, dejar constancia aquí, ya inicialmente, de que estamos ante un verdadero derecho fundamental en el ciclo vital y en la carrera de aseguramiento de una vida activa del que están llamados a disfrutar en el futuro los jóvenes de hoy en el marco del "pacto intergeneracional de solidaridad" públicamente organizada (mutualización estatal del riesgos de envejecimiento): este Pacto intergeneracional es el que subyace a la garantía de la supervivencia del sistema de pensiones públicas de reparto entre generaciones. De ahí que la cuestión social de las pensiones públicas no sea un "asunto de viejos" (ni, por supuesto, de "ancianos", porque la mayoría de las personas jubiladas inicialmente no tienen esa condición de "ancianidad", sino de "longevidad", que es una condición bien distinta). En la *perspectiva del ciclo vital*[3] es una cuestión social compartida por toda la ciudadanía, porque se involucra a jóvenes y mayores, *desde la misma construcción del modelo de pensiones*[4]. Y esto es muy importante que se comprenda tanto por los jóvenes como

[2] Cfr. Art. 3.1 ("Hecho causante de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva") del Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica de ingreso mínimo vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión.

[3] Para el diseño y presupuestos de política del Derecho social de esa perspectiva y enfoque de "ciclo vital" en la planificación de las políticas sociales y de Seguridad Social, véase Monereo Pérez, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *RMTAS*, Número Extraordinario (2008); Monereo Pérez, J.L.: "El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008; Monereo Pérez, J.L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global del proceso reformista", en VV.AA.: *La pensión de Jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma,* Monereo Pérez, J.L. y López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

[4] Y la preocupación por el *principio de confianza legítima de los jóvenes sobre el futuro de las pensiones* ha tenido un impacto y referencia expresa -aunque ciertamente tardía- en el último Informe del Pacto de Toledo de 2020. En particular en la *Recomendación 17 bis: Juventud y Seguridad Social.* Es lo cierto que antes de la Reforma del Pacto de Toledo de 2020, los jóvenes no hayan sido objeto de atención específica por parte de la Comisión del Pacto de Toledo. Reconoce la Comisión las dificultades de los jóvenes en el acceso al empleo y la escasa protección social que reciben del sistema, dadas las condiciones de trabajo precarias en las que se encuentran. Los jóvenes se ven especialmente perjudicados por la precariedad y el subempleo, lo que dificulta generar amplias carreras continuas de cotizaciones. Además, esto preocupa, dichas circunstancias determinan el descrédito de nuestro sistema de seguridad social entre la juventud. Un objetivo básico es que los jóvenes recuperen la confianza en el sistema.
Llama la atención la contundencia con la que se expresa la *Recomendación 17 bis* ("Juventud y Seguridad Social"), a saber: "Los datos de ocupación por tramos de edad ponen de relieve las crecientes dificultades que las personas jóvenes encuentran para ocupar y conservar un puesto de trabajo. La Comisión es consciente de las negativas consecuencias que ello comporta para las futuras pensiones que corresponderán a quienes hoy son jóvenes. En línea con lo anterior, la Comisión advierte de las dificultades de los jóvenes para acceder a un empleo y de su escasa protección social, como consecuencia de unas *condiciones de trabajo precarias*. El fracaso escolar, el abandono prematuro del sistema educativo y el alargamiento excesivo de los períodos formativos, dificultan o retrasan la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo y disminuyen, también, sus años de cotización. Por ello, se requiere el impulso de políticas que faciliten la transición del sistema educativo al mercado de trabajo, especialmente con el impulso de la formación profesional y de la interrelación universidad-empresa, así como una mejora del marco de las relaciones laborales que permita combatir las condiciones de precariedad que las mujeres y los hombres jóvenes soportan en la actualidad. En concreto, las altas tasas de temporalidad, parcialidad y elevados índices de rotación, así como los contratos de escasa duración, situaciones de subempleo o exceso de horas extraordinarias de realización obligatoria -en ocasiones sin

por las personas de edad avanzada (sea en situación de trabajadores en activo, o sea en situación de "trabajadores pasivos" o pensionistas). Las jóvenes trabajan en una carrera de seguro y tendrán derecho a una pensión contributiva digna cuando se cumpla el hecho causante de la pensión. Por eso es tan importante no sólo el equilibrio financiero y la equidad intergeneracional, sino el factor de legitimidad que proporciona el *principio de confianza legítima* de que existe futuro para nuestro sistema de pensiones y que, así, los trabajadores en activo de hoy tengan la seguridad plena de que el sistema jurídico e institucional de garantía de las pensiones públicas responderá con el *reconocimiento* de una pensión contributiva digna, en la lógica de sustitución de rentas de activo y sometida a la garantía de suficiencia contributiva a través de la correspondiente revalorización. Y la garantía de todo el sistema público de pensiones (de reparto, contributivo y de prestación definida, en el sentido de que la cuantía de la pensión se calcula aplicando las reglas de cálculo del Sistema al historial profesional de la persona trabajadora, sin tener en cuenta necesariamente ningún otro factor externo unilateral sobreañadido a los parámetros del Sistema, como sería el caso paradigmático de la esperanza de vida de los mayores) corresponde a los poderes públicos (como se impone deducir del grupo normativo regulador formado por los artículos 40 y 50, en conexión necesaria con los artículos 93 a 96 y la cláusula hermenéutica de apertura constitucional establecida, con carácter imperativo, en el artículo 10.2 de nuestra Norma Fundamental, cláusula hermenéutica que nos remite, paradigmáticamente, al artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada y la Convenio OIT, núm. 102 de la OIT).

Por último, las reformas estructurales (y en gran medida también las de carácter coyuntural) en materia de pensiones son de *ciclo largo y discontinuo*; y en nuestro país se trata mayormente de reformas pactadas tanto en el sistema de particos como en los procesos de concertación y diálogo social con los interlocutores sociales. En todos estos caso, la toma de decisiones de textura abierta se materializan en una declaración de política del Derecho social emanada de nuestros órganos de representación parlamentaria.

En el ámbito de la realidad y de "lo común", cabe realzar el problema social -la nueva cuestión social de las pensiones- derivado del factor estructural de la evolución demográfica[5] (elevada esperanza de vida y bajas tasas de natalidad), el factor coyuntural de la crisis económica y del

remuneración- suponen un impedimento para la acumulación de carreras de cotización mínimamente prolongadas, perjudicando sus cotizaciones y, en consecuencia, sus futuras pensiones. Dentro del marco descrito, la Comisión advierte también *del descrédito que sufre nuestro sistema de Seguridad Social entre la juventud: Muchos jóvenes están convencidos de que no accederán a una pensión pública o de que ésta no será suficiente para poder vivir dignamente.* Por eso, ellos deben ser protagonistas esenciales del fortalecimiento del sistema de pensiones y del principio de solidaridad intergeneracional, como elemento clave del contrato social. Es imprescindible que recuperen la confianza perdida en aquél, lo cual exige la adopción de medidas que les hagan partícipes de la necesidad de la preservación del sistema y de sus virtudes. Debe reforzarse la confianza de este colectivo en el Estado del Bienestar. Por otro lado, la Comisión considera que se deben seguir adoptando medidas legislativas definitivas encaminadas a garantizar y a mejorar la protección social del colectivo de becarios; sin perjuicio de lo anterior, la Comisión es consciente de la débil posición de los becarios, por lo que exige una legislación que mejore su protección social y garantice el derecho constitucional a una carrera profesional adecuada y justa, junto a una programación de las actividades inspectoras encaminadas a evitar abusos que oculten relaciones laborales fraudulentas".
Como Recomendación concreta está la petición de una legislación garantista que mejore la protección de los becarios y una programación de las actividades inspectoras encaminadas a evitar abusos en las relaciones laborales fraudulentas de los mismos. Véase Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 25, 4.º Trimestre (2020). Sobre el principio de confianza legítima, vinculado a la legitimación del sistema, pero también a la seguridad jurídica de que la expectativa del derecho futuro a la pensión se cumplirá en los términos racionalmente previsibles durante la carrera de seguro, véase Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014.

[5] Sobre la Proyección de la población española para los próximos años y décadas, véase el Informe del Pacto de Toledo, pp. 56-59. Informe del Pacto de Toledo 2020 aprobado por el congreso de los diputados bocg-14-d-175.pdf

desempleo masivo (acentuado por las políticas de austeridad de orientación neoliberal), la tensiones económicas que pesan sobre la reducción del gasto público social impulsada desde la Unión Europea. Esa realidad "objetiva" y "construida" por las opciones de política del Derecho de carácter liberalizador constituye el entramado subyacente al proceso de reforma de las pensiones y las dificultades de llevarlas a cabo a través del diálogo y de la concertación social entre las fuerzas políticas y sociales mayoritarias.

Con la reforma unilateral de la pensiones de 2012/2013 se ha producido una ruptura del modelo consensuado en la esfera político-jurídica y social de reforma de las pensiones.

Especialmente desde el Pacto de Toledo de 1995 ha existido una generalizada convicción y una práctica política y sindical de búsqueda de un amplio consenso entre las fuerzas políticas y las organizaciones profesionales para llevar a cabo reformas en materia de pensiones. En tal sentido, la realización de reformas concertadas o pactadas ha contribuido a crear un sentimiento persistente de confianza relativa sobre la capacidad del sistema público de responder a los retos estructurales y coyunturales a los que se enfrenta en cada momento histórico. Así, se ha reforzado la adhesión de todos los actores y grupos implicados hacia la búsqueda de soluciones que se presentan (o son presentadas oficialmente) como razonables y equitativas desde el punto de vista de la financiación y de la justicia social. En esa lógica se ha venido afirmando que las reformas pretendían garantizar la conciliación entre el principio de eficiencia y el principio de justicia social. Cuestión ciertamente distinta es que ese equilibrio siempre se haya conseguido efectivamente.

(a) La secuencia de Acuerdos políticos y político-sociales en esta materia acreditan la realización de esta práctica durante más de veinticinco años en los cuales se han pactado las bases fundamentales de las reformas. Así, al menos, hasta la última plasmación en la reforma pactada de 2011. El propio Consejo Económico y Social (en adelante, CES), que es una manifestación institucionalizada del diálogo social y político (sociopolítico), ha intervenido ampliamente en todos los procesos de reformas legislativas de las pensiones (Paradigmáticamente, el Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora del Factor de sostenibilidad (Dictamen 7/ 2013, de 26 de septiembre de 2013).

El art. 41 CE contiene la garantía constitucional (que comprende el derecho a la Seguridad Social y la garantía de las instituciones que lo materializan y pone los medios necesarios para su disfrute) del mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social como uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho. Dicho precepto consagró el principio de la protección de todos los ciudadanos ante las situaciones de necesidad y el principio de la suficiencia de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social frente a tales situaciones de necesidad social y políticamente relevantes en cada momento histórico. De ahí la trascendencia del mandato constitucional contenido en el art. 50 CE, que impone a los poderes públicos "garantizar mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad".

La reforma de la Seguridad Social y del sistema de pensiones en particular ha sido una característica permanente de los modelos europeos y del propio modelo español. Ciertamente, se han realizado constantes y profundas modificaciones estructurales y de adaptación de las instituciones del Sistema de Seguridad Social, en parte como respuesta y en parte como adaptación a las transformaciones sociales, económica y demográficas, se han venido produciendo a lo largo de las últimas décadas. Se ha tratado de buscar y alcanzar un equilibrio satisfactorio entre el principio de eficiencia (en términos de sostenibilidad económico-financiera) y el principio de justicia social (respecto a las condiciones de acceso y a la "calidad" de la pensión). Hasta hace poco tiempo esas políticas han sido principalmente de carácter racionalizador y "modernizador".

En España el *proceso permanente* de reforma de las pensiones ha tratado de conseguir un consenso de los partidos políticos y de las fuerzas sociales respecto del sentido político jurídico de los cambios en curso y la adopción de las correspondientes medidas reformistas en esta materia. Se trata de identificar un diagnóstico común -o al menos compartido- sobre la situación y asimismo sobre los objetivos a perseguir mediante un conjunto de Acuerdos sociopolíticos, que han reforzado la legitimidad social y la efectividad jurídico-política de las medidas adoptadas.

Ese enfoque no resulta enteramente nuevo y es incluso anterior al Pacto de Toledo. En efecto, es paradigmático al respecto -aparte de los Pactos de la Moncloa[6] y de las primeras reformas pactadas de la transición política- el *Acuerdo Económico y Social (AES) de 1984*, que en el marco de los "Acuerdos Tripartitos" (Título I), se contiene un capítulo IV relativo a la "Seguridad Social y seguridad e higiene en el trabajo", capítulo 11 a 13. En este capítulo se regula la reducción de cotizaciones sociales a las empresas (art. 11), la revalorización de pensiones de la Seguridad Social (art. 12) y se crea una Comisión Tripartita para la reforma de la Seguridad Social (art. 13). Lo que se indica resulta harto significativo en 1984: "Las partes firmantes coinciden en la necesidad de afrontar cuanto antes un proceso de reformas en el actual sistema de Seguridad Social, de modo que puedan eliminarse las incertidumbres surgidas, y se definan bases firmes sobre las que asentar su futuro. Entienden también las partes firmantes que ese proceso de reformas, que debe contemplar las oportunas normas transitorias, es una condición necesaria para asegurar el sistema de Seguridad Social en el futuro. A tal fin, y en atención a las repercusiones económicas y sociales que entrañará la reforma de la Seguridad Social, se acuerda constituir, dentro de quince días, a partir de la firma de este Acuerdo, una Comisión tripartita que, en el plazo de tres meses, proceda a un examen de conjunto del actual sistema de Seguridad Social y que formule las propuestas correspondientes, sean comunes o específicas, de cada una de las partes. Con objeto de efectuar dicho examen conjunto y presentar propuestas, el Gobierno aportará la documentación oportuna y los correspondientes borradores normativos. A la mayor brevedad posible, las partes firmantes nombrarán sus representantes en la Comisión tripartita, la cual, en su primera reunión, fijará el calendario y método de trabajo. La Comisión será presidida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o persona en quien delegue" (art. 13). Como se aprecia se asume aquí un método de diálogo y concertación social que conduciría a una legislación negociada sobre la reforma de la Seguridad Social.

Interesa subrayar que esa dinámica de potenciación del diálogo y la concertación social en los procesos de reformas de adaptación y de carácter estructural de la Seguridad Social (y más ampliamente del Sistema de Protección Social Pública) ha venido presidiendo hasta hace poco tiempo la práctica reformista de nuestro país, incluso más allá de la orientación político-ideológica de los distintos gobiernos sucesivos. En esa perspectiva evolutiva se puede afirmar que los procesos reformistas que han incidido en materia de Seguridad Social -con mucha mayor continuidad y persistencia, desde luego que en materia laboral- se han caracterizado por su carácter negociador y político-contractual en clave sociopolítica, pues las organizaciones de intereses más representativas de trabajadores y empleadores han llevado a cabo prácticas típicas de negociación e "intercambio político" con los respectivos gobiernos con carácter previo a la utilización de su iniciativa legislativa en esta materia (normalmente impulsando Proyectos de Ley de reforma, aunque en no pocas ocasiones recientemente se ha utilizado también el instrumento normativo alternativo del real decreto-ley).

[6] Monereo Pérez, J.L.: "Enrique Fuentes Quintana (1924-2007): La transición democrática desde los "Pactos de la Moncloa" hasta la Seguridad Social postconstitucional. Los presupuestos socio-económicos de la Seguridad Social en el Estado democrático", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 25 (2020), pp. 269-298. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/441/481

Con el Pacto de Toledo de 1995 se institucionalizó el consenso político de las fuerzas parlamentarias mayoritarias en relación a las recomendaciones del Pacto de Toledo. A partir del Pacto de Toledo y tanto más en la coyuntura de la crisis actual se ha dado lugar a una abundante "legislación motorizada" y aluvional de reforma de la Seguridad Social y en particular de las pensiones[7]. En esa estela se enmarca la intervención de los interlocutores sociales, mediante sucesivos acuerdos pactados con los Gobiernos en la dinámica del diálogo y de la social, que han precedido a la inmensa mayoría de las reformas que se han puesto en práctica[8].

[7] Sin duda en ese acercamiento al proceso de reformas existe el riesgo de que ese conjunto normativo, amplio y heterogéneo, que constituye esa legislación motorizada que es la legislación de Seguridad Social no nos permita ver el trasfondo de los problemas esenciales y la trayectoria real en el modelo de regulación de las pensiones. El hecho es que se opera desde el la lógica de los "medios" (la centralidad del equilibrio financiero (en lo que se resuelven las llamadas políticas de "racionalización" y de contención del gasto público); devaluando, sino desplazando, la lógica del fin social por la lógica económica de contención del gasto público) y que se actúa por "ramas" de protección (algunas de ellas han quedado -deliberadamente- fuera del Pacto de Toledo, como las prestaciones por desempleo, las prestaciones sanitarias, las correspondientes a los regímenes funcionariales y, llamativamente también, toda la problemática de las rentas mínimas de inserción bajo la discutible "justificación" política de la descentralización en favor de las Comunidades Autónomas). Todo ello no hace sino dificultar y desdibujar la perspectiva de conjunto y el sentido jurídico y político más profundo de los cambios en curso. En realidad, ninguna reforma parcial o sectorial podría hacer frente, al tiempo, a los desafíos de la Seguridad Social en las sociedades complejas. Porque verdaderamente se está en una situación de transición de ciclo largo hacia un nuevo modelo de Seguridad Social de mínimos y más asistencialista y ante un lento camino hacia la privatización progresiva de ámbitos funcionales de los regímenes contributivos profesionales de Seguridad Social (que se suma al creciente proceso de privatización de la gestión). Una situación de transición de modelos dónde convive "lo clásico" y "lo nuevo", en el cuadro de una legislación "motorizada", no siempre coherente. Y es posible que en la fase final de la reforma, aliada con el anhelo hacia lo desconocido, tales regímenes se acaben privatizando íntegramente para cerrar el ciclo con la instauración de una Seguridad Social Asistencial de mínimos de intensidad protectora. Esta es la primera tesis -o conclusión mantenida por razonamientos- de transformación radical del modelo de Seguridad Social que subyace a este estudio. Por otra parte, la "legislación motorizada" de reforma social se ha convertido en un fenómeno "normalizado" por su frecuencia: se ha aceptado que la reforma estructural de la Seguridad Social será gradual y de larga duración, sin perjuicio de las reformas de adaptación que también se vayan realizando con carácter coyuntural atiendo a variable vinculadas a la coyuntura económica, demográfica y del empleo. Cfr. Monereo Pérez, J.L.: "El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: Significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual", en VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio Sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social,* Madrid, Ed. La Ley, 2008, pp. 19 y sigs.

[8] Sobre el papel del diálogo y concertación social en la reforma de las pensiones, véase Monereo Pérez, J.L.: "El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008. Monereo Pérez, J.L.: "La reforma concertada de las pensiones: el Acuerdo social y económico de 2011 y su desarrollo legislativo", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 25, 2011; Monereo Pérez, J.L.: "La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: la fase actual de la construcción de un "nuevo" sistema de pensiones", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. Dirs.): *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011; Monereo Pérez, J.L.: "La reforma concertada de las pensiones: el Acuerdo Social y Económico de 2011 y su desarrollo legislativo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 25, 2011. Monereo Pérez, J.L.: "Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso sociopolítico al dirigismo político?", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014; Monereo Pérez, J.L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global del proceso reformista", en VV.AA.: *La pensión de Jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma,* Monereo Pérez, J.L. y López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015; Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *La concertación social en España: Una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos,* R. Álvarez Gimeno, Á.L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida, R. Muñoz De Bustillo Llorente, Madrid, Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015. También en esa perspectiva más amplia, Monereo Pérez, J.L.: "La participación de los sindicatos en el diseño y gestión de las políticas públicas y la concertación social", en Sanguineti Raymond, W. y Cabero Morán, E. (Coords.) *et altri: Sindicalismo y Democracia. El "Derecho Sindical Español" del Profesor Manuel Carlos Palomeque López treinta años después (1986-2016),* Granada, Comares, 2017, pp. 323-349.

Es lo cierto, que prácticamente todas las revisiones y adaptaciones del modelo de regulación de las pensiones han ido precedidas de Acuerdos sociales condicionantes del alcance y contenido de las decisiones legislativas. Así, el Acuerdo suscrito el 9 de octubre de1996 por el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal se reflejaría en la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social que, entre otras medidas (que estableció la separación de fuentes de financiación, la obligación de constitución de reservas con cargo a excedentes e introdujo en el texto de la Ley General de la Seguridad Social la *revalorización automática* de las pensiones con arreglo a la variación anual de los precios). A él le siguió el Acuerdo del 16 de septiembre de 1999 entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas de ámbito estatal sobre mejora de las pensiones (el cual se dirigía preferentemente al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, se plasmó en la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000. En el marco de una lógica de intercambio negocial sociopolítico y respetando las previsiones trazadas por el Pacto de Toledo, se firmó el Acuerdo para la mejora del sistema de protección social de abril de 2001 entre el Gobierno, CCOO, CEOE y CEPYME (el cual avanzaba en el cumplimiento de las recomendaciones del Pacto de Toledo, mediante una serie de medidas origen, entre otros desarrollos normativos, de la Ley 35/2002, de 12 de junio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible).

En esta dirección se sitúa igualmente el Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia, suscrito por el Gobierno, CCOO, UGT, CEOE y CEPYME en diciembre de 2005, que conduciría a la Ley 39/2006, de Promoción de la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia. Esta secuencia diacrónica de pactos -y lo que subyace de política de consenso sobre las reformas de la Seguridad Social-[9] prosigue con el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, estuvo asimismo en el origen de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En una fase importante del ciclo de reformas pactadas se insertó el Acuerdo Social y Económico de 2011. El contexto había cambiado cualitativamente con la grave coyuntura de la crisis económica y sus secuelas negativas. Después de aprobarse las recomendaciones del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los diputados el 25 de enero de 2011, se celebró el Acuerdo Social y Económico suscrito por el Gobierno y las Confederaciones empresariales (CEOE y CEPYME) y sindicales (CCOO y UGT) más representativas de ámbito estatal. Elemento central del mismo fue el Acuerdo para la Reforma y Fortalecimiento del Sistema Público de Pensiones. El Acuerdo incorporó un conjunto de reformas importantes que se consideraban necesarias para garantizar la sostenibilidad financiera y la viabilidad futura del sistema de Seguridad Social (Se pactaron, entre otras materias, las relativas a la edad de jubilación, forma de cálculo de la pensión, incentivos a la prolongación voluntaria de la vida laboral. Debe destacarse que con la finalidad de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, se acordó que a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión, y la esperanza de vida a los 67 años en 2027).

[9] Que el carácter del proceso reformista es diacrónico, y no sincrónico, lo confirma la inexistencia de acuerdos en la reforma de las pensiones de 1985 y en la también impuesta del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, convalidado modificativamente por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, y sin perder su carácter restrictivo de derechos prestacionales preexistentes.

Gran parte de las previsiones de este Acuerdo social, incluyendo la previsión a futuro del factor de sostenibilidad, fueron recibidas en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social[10], la última gran reforma del sistema, que entraría en vigor en 2013. En condiciones especialmente adversas, las organizaciones de intereses sociales -en una lógica eminentemente defensiva- a través de dicho Acuerdo ponen a disposición del Estado su poder político indirecto favoreciendo el consenso social, asegurando así una mayor legitimidad y efectividad social de la función directiva del poder público. Lo cual resulta palpable en los contenidos visiblemente ambivalentes del Acuerdo, más propio de una *negociación "concesiva" e intercambio político defensivo,* ya que se acepta la imposición de la lógica del equilibrio financiero interno del sistema público de pensiones y la ampliación de la edad de jubilación ordinaria e incluso se asume -aunque genéricamente- el "factor de sostenibilidad" de las pensiones públicas y su aplicación a partir de 2027. Y es que esta Ley 27/2011, continúa todavía centrada, en gran medida, en la senda sombría de centralidad del equilibrio financiero "interno" al Sistema público de pensiones sobre el principio social de suficiencia contributiva de las pensiones públicas y abrió, además, la puerta hacia la realización de reformas estructurales no paramétricas. Con ella se avanzaba, pues, hacia la des-construcción del modelo de pensiones expansivo propio del Estado Social y su sustitución gradual por un modelo de pensiones de orientación "residual" correspondiente a una forma de Estado de tipo neoliberal (pensiones minimalistas, incremento de la contributividad -con su consiguiente efecto reductor y expulsivo- y potenciación de los sistema privados de pensiones).

Con posterioridad, tras la STJUE de 22 de noviembre de 2012 y de la STC de 14 de marzo de 2013, se firmó el Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, pactado en julio de 2013 por el Gobierno y las Confederaciones empresariales (CEOE y CEPYME) y sindicales (CCOO y UGT), que precedió a la aprobación de las necesarias modificaciones de la normativa de Seguridad Social, incorporadas a través del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Con todo, la Ley 27/2011 que recogió la mayor parte de las medidas previstas en el Acuerdo para la reforma y fortalecimiento del sistema público de pensiones e incorporó parte de las recomendaciones adoptadas en la reformulación del Pacto de Toledo en 2010. Esta Ley introdujo cambios sustanciales orientados a reforzar la capacidad de respuesta del sistema a los cambios socioeconómicos, en un marco financiero estable, que garantice la acción protectora y su suficiencia a las generaciones futuras en el largo plazo.

El proceso reformista se intensificó ante la respuesta de signo liberalizador del Gobierno. Así, se promulgó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en concreción de las previsiones del art. 135 de la CE, reformado el año anterior, establece en su artículo 18 que el Gobierno, en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011. Hay que tener en cuenta que en la

[10] El art. 8 ("Factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social") de la Ley 27/2011, introduce una nueva disposición adicional, la quincuagésima novena, en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con la siguiente redacción: «Disposición adicional quincuagésima novena. Factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social. Con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada 5 años, utilizando a este fin las previsiones realizadas por los organismos oficiales competentes.»

recomendación del Consejo de la UE sobre el Programa Nacional de Reformas (PNR) de 2012 de España, tras una valoración globalmente positiva (el Consejo de la UE adoptó una posición fundamentalmente conservadora) de la reforma de las pensiones de 2011, se señalaba que el deterioro de las perspectivas de la economía española estaba limitando los efectos de la reforma sobre la previsión de gastos públicos, por lo que recomendaba, entre otras cuestiones, acelerar la introducción del factor de sostenibilidad. Posteriormente, en la recomendación referente al PNR de 2013, la Comisión volvía a incidir en esta cuestión y señalaba la necesidad de culminar la regulación del factor de sostenibilidad a finales de 2013.

El Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, en virtud de su disposición adicional 9ª, encomendó al Gobierno la creación de un "Comité de Expertos Independientes" para la elaboración de un informe sobre el factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, para su remisión a la Comisión del Pacto de Toledo. Tras la presentación por parte del Gobierno de un Informe de base sobre el factor de sostenibilidad en el sistema de la Seguridad Social, se acordó por Consejo de Ministros de 12 de abril de 2013 la creación de dicho Comité de expertos, cuyo Informe fue presentado el 7 de junio de 2013. La Exposición de Motivos de dicho real decreto-ley se hacía eco del enfoque de la Comisión Europea en el "Libro Blanco 2012: Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles", Libro Blanco completado con otros instrumentos como el "Informe de envejecimiento 2012" o "Adecuación de las pensiones en la UE 2010-2050". Ya es significativo que en su Exposición de Motivos se hiciera constar que "las medidas adoptadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, resultaban insuficientes para garantizar la viabilidad del sistema en el largo plazo, al permitir una alejamiento paulatino entre la edad legal de jubilación y la edad a la que es posible acceder a una jubilación anticipada, y favorecer, en determinadas ocasiones, las decisiones de abandono temprano del mercado laboral".

Dicho Informe sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones, proponía un factor de sostenibilidad con dos componentes: el Factor de Equidad Intergeneracional (FEI), que respondería en rigor al desarrollo del mandato de la Ley 27/2011 y supone la adecuación de la pensión inicial a la evolución de la esperanza de vida, previéndose su aplicación únicamente a los nuevos pensionistas; y el Factor de Revalorización Anual (FRA) -que no estaba previsto en dicha Ley-, afectaría a todas las pensiones y sustituiría la revalorización actual basada en la evolución del IPC, por un factor que tiene en cuenta diferentes variables relacionadas con la situación financiera del sistema, como son la evolución de los ingresos, el número de pensionistas, el efecto sustitución y la diferencia entre ingresos y gastos del sistema a lo largo del ciclo económico. El informe indicaba además la necesidad de adelantar la aplicación del factor de sostenibilidad a 2014, en lugar de 2027 como establecía la Ley 27/2011 y, en cualquier caso, dentro del periodo 2014-2019. Dicho Informe sería remitido a los interlocutores sociales así como a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, iniciándose el 18 de junio un periodo de comparecencias en el seno de dicha Comisión (tanto de los miembros del Comité de Expertos que habían elaborado el informe como de diferentes expertos en la materia, y de los interlocutores sociales). Cabe recordar que el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2010, en su segunda recomendación, "defiende el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, su garantía por Ley y su preservación mediante la adopción de medidas encaminadas a asegurar el equilibrio financiero del sistema de pensiones en el futuro". Además, señalaba la conveniencia de "estudiar (para su posterior análisis y valoración por la Comisión) la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía y el comportamiento de las cotizaciones a la Seguridad Social, siendo recomendable que se tengan en cuenta los efectos que dichos índices han tenido sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones en los países de nuestro entorno".

En una coyuntura marcada por la agudización de la crisis económica en 2012, se adoptó una *nueva vuelta de tuerca* en los recortes de las pensiones públicas, aprobándose al efecto el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, que dejó sin efecto para 2012 la actualización de las pensiones (excepto para las pensiones mínimas del sistema, las del SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas), y la no actualización de las mismas en función de la desviación producida entre el IPC previsto y el real en 2013.

Pues bien: esa dinámica de *contractualización sociopolítica racionalizadora y de reducción del gasto público* de las reformas de la Seguridad (y muy en particular de las pensiones) se rompió en el mismo proceso de elaboración de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, Reguladora del Factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social, que fue una Ley de reforma estructural impuesta y llevada a cabo a espaladas de las organizaciones más representativas de trabajadores y empresarios. En cambio, rechazada la negociación previa por las fuerzas sociales representativas, la Ley -como antes el Proyecto de Ley impulsado por el Gobierno- hace reclamo de una "legitimación" típicamente tecnocrática, a saber (de pretendida "ingeniería" económica y jurídica aplicada a "lo social"): el Informe de un Comité de Expertos, cuya composición era ya nítidamente favorable a soluciones neoliberales y restrictivas de reforma y revisión del sistema de pensiones. Resulta, en tal sentido, significativo que la Exposición de Motivos no aluda en absoluto ni siquiera a procesos previos de diálogo y negociación previa con las fuerzas sociales, porque sencillamente nunca el Gobierno que la impulsó pretendió tal cosa. Lo único que se reclama (aparte del art. 8 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, que añade una nueva disposición adicional quincuagésima novena al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la cual introduce en nuestro sistema la figura del factor de sostenibilidad), son las anteriores previsiones de la renovación del Pacto de Toledo, a saber: "al hilo de similares consideraciones en el ámbito europeo, la recomendación segunda contenida en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Plano del Congreso de los Diputados, en su sesión de 25 de enero de 2011, planteaba la conveniencia de estudiar, para su posterior análisis y valoración por la Comisión de dicho Pacto, la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el cómputo de las cotizaciones a la Seguridad Social, siendo aconsejable que se tengan en cuenta los efectos que dichos índices han tenido sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones de los países de nuestro entorno. Haciéndose eco de la citada recomendación del Pacto de Toledo, el capítulo II de esta ley regula el índice de revalorización, que vendría a sustituir, a partir del día 1 de enero de 2014, el índice de referencia que se aplicaba desde 1997. En consecuencia, el índice de revalorización de las pensiones tiene como objetivo la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, garantizando, además, la suficiencia de las mismas tal y como se exige en el artículo 50 de la Constitución Española".

Y sin embargo, la reforma que se introduce es de carácter cualitativo, pues cabría configurarla como un giro radical en el modelo de pensiones: como expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley 23/2013, "la introducción del factor de sostenibilidad constituye una medida cualitativamente distinta a las medidas reformadoras llevadas a cabo con anterioridad, por cuanto lo que se implanta no es un cambio concreto, sino un instrumento de reequilibrio o de ajuste automático de las mismas, en función de la evolución de la esperanza de vida, hasta ahora inexistente. Por tanto, el factor de sostenibilidad es un parámetro adicional a los ya existentes para el cálculo de la pensión de jubilación inicial, que ayuda a conseguir una cuantía media de las pensiones compatible con el nivel de gasto total destinado a esas pensiones y a mantener el equilibrio financiero del sistema a medio y largo plazo".

La *fundamentación* de esa praxis de consenso político, concertación y diálogo social estriba, con la excepción de reformas realizadas en el bienio 2012/2013, en entender que en esta materia debería existir un "gran pacto de Estado" para proteger uno de los elementos esenciales del Estado Social de Derecho e instrumentalmente para hacer más asumibles los sacrificios que incorporan las reformas: las Pensiones en una sociedad cada vez más envejecida. Se trataba de substraer de la dinámica habitual de la confrontación política -no así, desde luego, del intercambio político- y social las reformas estructurales y coyunturales de largo alcance que se consideraban en cada momento necesarias para la viabilidad de un sistema de pensiones dignas y garantizadas. Aquí se ha de subrayar que el derecho a las pensiones dignas no puede sino conectarse teleológicamente con la dignidad de la persona, como eje de todos los derechos fundamentales[11].

En este sentido son expresivas las declaraciones recogidas en el propio Pacto de Toledo desde su versión originaria de 1995, donde se realza "el elevado consenso político al que se ha llegado sobre el futuro de la previsión social en España, que, sin duda alguna, constituye uno de los mejores legados que se puedan dejar a las futuras generaciones"[12]. Hasta tal punto es así, que en el *Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social*, suscrito el pasado 9 de abril de 2001 entre el Gobierno, CCOO, CEOE y CEPYME, lleva un epígrafe harto significativo: "El pacto de Toledo como *fuente de Acuerdos Sociales".* Se indica que "En orden a llevar a la práctica medidas concretas que desarrollen las Recomendaciones del Pacto de Toledo, el Gobierno consideró desde un principio que el vehículo idóneo para cumplir esa labor era el *consenso social.* La experiencia ha demostrado en multitud de ocasiones que la participación activa de los interlocutores sociales, en cuantas reformas se considere oportuno introducir en materia de protección social, contribuye decisivamente a la aceptación general de las mismas [instrumentalidad del consenso social]. De lo anterior se deduce que no basta solamente con el pacto político, con ser éste importante, sino que es conveniente que la concreción práctica de las medidas que deban adoptarse cuente con el refrendo social más amplio posible en cada momento. A tal fin *se inicia la primera etapa de diálogo con las Organizaciones Sociales,* la culminó el 9 de octubre de 1996, con la firma del *Acuerdo sobre consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social*[13]. Las medidas que recoge este Acuerdo se formalizaron a través de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. La etapa de reformas continúo con el Acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad, suscrito entre el Gobierno y las Organizaciones sindicales CCOO y UGT, el 13 de noviembre de 1998, el Acuerdo sobre revalorización de las pensiones mínimas del Sistema de Seguridad Social para el año 2000, celebrado entre el Gobierno y las Organizaciones sindicales CCOO y UGT 16 de septiembre de 1999, el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001, etcétera.

Igualmente, en el Documento de "Renovación del Pacto de Toledo" de 2003, se hacía referencia explícita a "la Seguridad Social *Pactada*". En el mismo se indicaba que "la evolución del sistema de Seguridad Social de España presenta en la última década una triple característica: de un parte, la introducción de reformas que posibiliten la adaptación de aquél a las nuevas realidades

[11] Puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, espec., Capítulo I ("La dignidad de la persona: Significación fundante y su fuerza normativa en el sistema multinivel de garantía de los derechos y capacidades humanas. La dignidad de la persona como fundamento de los principios de libertad, igualdad y solidaridad"), de carácter más general, pp. 9-159.

[12] *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,* (1995) Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1996, Introducción, p. 10.

[13] *Acuerdo para la Mejora y el desarrollo de sistema de protección social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

sociales y a la cobertura de las cambiantes demandas sociales; a su vez, que la implantación de tales reformas se han llevado a cabo de forma progresiva, de modo que aquél mostrara sus efectos gradualmente, sin que, de otra parte, se pusiera en peligro el equilibrio económico del sistema, *y, por último -y tal vez sea la característica más destacable-, que las reformas han sido precedidas de amplios acuerdos políticos y sociales, muestra indudable de la imbricación del sistema en el seno de la sociedad española*". Se observa que "esta etapa de la *contractualización* de la Seguridad Social se inicia con el denominado *Pacto de Toledo,* suscrito en abril de 1995 con la práctica unanimidad de las distintas representaciones parlamentarias presentes en aquel momento en el Congreso de los Diputados, mediante el que se efectúa una decidida apuesta por el mantenimiento del sistema público, conformado durante décadas por la sociedad española, al tiempo que se considera conveniente la introducción de las reformas precisas para asegurar su sostenibilidad y su eficacia protectora. En tal orientación se recogen una serie de recomendaciones dirigidas a incrementar la cobertura protectora en un marco económico-financiero de estabilidad. Para incorporar al ordenamiento jurídico las medidas de desarrollo de las recomendaciones del Pacto de Toledo, *el acuerdo político se completó con determinados acuerdos sociales, dada la convicción del Gobierno de que la participación social, a través de las representaciones institucionales, constituye un elemento básico para la aceptación general de las reformas, principio que ha pasado a recogerse en las orientaciones europeas sobre conseguir unos sistemas de pensiones seguros y viables en el marco del método abierto de coordinación de los mismos.* Este acuerdo social cristalizó en el denominado *Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social,* suscrito, con fecha de 9 de octubre de 1996, entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas, cuyos contenidos, en lo esencial, fueron recogidos en la Ley 24/1997, de 15, de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social…"[14].

Es de realzar que ese intercambio sociopolítico entre las organizaciones profesionales y el Gobierno se instrumenta y materializa ulteriormente a través de una *típica legislación negociada o prenegociada* con los interlocutores sociales más representativos.

En estas coordenadas de política del Derecho Social, debe subrayarse que constituye un elemento central en el modelo sindical europeo (y, por supuesto, en España) la concertación social (permanente, aunque ha estado sujeta a "ciclos" diacrónicos). Con independencia de que no aparezca explícitamente entre las funciones atribuidas a los sindicatos más representativos ex art. 6.3 de la LOLS, es manifiesto que el sindicato en su condición de sujeto político (art. 7 CE) encuentra una forma privilegiada de expresión en la concertación social en sus diversas manifestaciones. El modelo promocional de la mayor representatividad sindical está preordenado a la realización de esta actividad sustancialmente política. Se puede captar y estudiar separadamente el poder normativo del Estado y el poder jurídico-social de la autonomía colectiva, sin embargo, en la dinámica del sistema de relaciones laborales (que, recuérdese, implica a los agentes sociales entre sí y con el poder público, central y descentralizado) se producen con extraordinaria frecuencia muchos puntos de contacto y de encuentro deliberativo (punto de encuentro de poderes), y no sólo por la funciones respectivas de apoyo y complementación, sino también porque, y esto es lo que más interesa ahora, existen distintas formas de integración de estos dos grandes poderes operantes en el marco de aquel sistema. Formas que, en algunos casos, encuentran una expresión formal en un instrumento de naturaleza jurídico-política, como es el caso significativo de los llamados Pactos sociales (tripartitos). El fenómeno de la concertación social es un rasgo tipológico del corporativismo o neocorporativismo democrático ("fuerte" o "débil") como modelo de gobierno del sistema de relacionales laborales. Entre los distintos instrumentos de neocorporativismo democrático (institucional, formal, e informal), la concertación social (al menos en el "modelo

[14] *Renovación del Pacto de Toledo (Informe de Evaluación de los resultados del Pacto de Toledo* (2003), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2013, pp. 11-12.

mediterráneo" de relaciones laborales) es típicamente un instrumento cooperativo de *tripartismo informal*, donde el pacto tripartito alcanzado en sí suele tener carácter sustancialmente político-programático, careciendo eficacia normativa directa. De manera que los acuerdos político-sociales logrados requieren de ulteriores plasmaciones en instrumentos propiamente normativos (normas públicas, comunitarias o estatales, -legislación o reglamentación "prenegociada"- y normas pactadas colectivas -Acuerdos Marco y Convenios Colectivos "prefigurados").

La concertación social supone una atracción de los agentes sociales hacia el ámbito propio de la elaboración de la política pública (los agentes sociales influyen en ella, pero también la legitiman adicionalmente), y al mismo tiempo un mecanismo que permite a los poderes públicos influir y condicionar la práctica sindical y la estrategia de la negociación colectiva. De ahí que en el plano de la teoría política las formas más evolucionadas de concertación social han dado lugar al llamado necorporativismo democrático, como forma de gobierno sociopolítico de las sociedades complejas y altamente desarrolladas, que son las propias del capitalismo avanzado, esto es, un sistema representativo y de gobernabilidad político-social. El Convenio OIT núm. 150, sobre administración del trabajo (1978), destaca la importancia del diálogo social y de la concertación tripartita en la orientación y gestión de las políticas sociolaborales. Lo mismo cabe decir del sistema de los Tratados de la Unión Europea, que ha institucionalizado la concertación social, el diálogo social y la función de colaboración legislativa de las organizaciones de intereses profesionales[15].

En este orden de ideas, la concertación social aparece como un mecanismo de adopción tripartita de grandes decisiones relativas a problemas sociales y económicos en un nivel general o de ámbito inferior. En el proceso de concertación se produce una negociación o consulta político-social entre los agentes sociales (organizaciones sindicales y empresariales más representativas) y los poderes públicos. El método de la concertación es en sí sustancialmente político, pues de lo que se trata es, en el fondo, de hacer partícipes a las grandes organizaciones profesionales en la gestión de la política social y económica y asimismo de corresponsabilizarlas, de algún modo, en las correspondientes decisiones del Poder político. En esta práctica política se conjugan los intercambios políticos entre los actores intervinientes en el proceso, los procesos de toma de decisiones consensuadas y, a veces, la delegación a los interlocutores sociales de ámbitos de autoridad y responsabilidad que les convierte en sujetos potenciales de naturaleza "semi-pública" (pero sin alcanzar a la publificación completa del actor colectivo en sí mismo considerado, pues de ser así se convertirían en estructuras jurídico-públicas, sometidas al Derecho público, dejando de ser sujetos sindicales, esto es, asociaciones profesionales de naturaleza jurídico-privada). La concertación social no puede confundirse con la negociación colectiva (bilateral, por naturaleza), ni con la simple participación institucional (presencia de los agentes sociales representativos en las instituciones y organismos públicos vinculados a la defensa de los intereses sociopolíticos de la comunidad representada; Servicios Públicos de Empleo (estatal y autonómico, que sustituyeron al INEM), INSS, INSALUD -actualmente Instituto Nacional de Gestión Sanitaria-, INSERSO, en cierto modo también el CES, etc.). Sin embargo, el concepto político de corporativismo o neocorporativismo democrático comprende la concertación, la participación institucional y la negociación "concertada" vinculada a los acuerdos de concertación social.

[15] Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Lex Nova, 1999; Moreno Vida, M.N.: *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo,* Granada, Ed. Universidad de Granada, 1989; Moreno Vida, M.N.: "Los acuerdos de concertación social, con especial atención al Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía", en *Temas Laborales,* Monográfico sobre los efectos de las reformas laborales en la negociación colectiva, núm. 120 (2013), pp. 85 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: «Mayor representatividad sindical y sistema de relaciones laborales (I y II)», en *Trabajo y Derecho*, núm. 16 y 17 (2016); Lahera Forteza, J.: "Representación y representatividad sindical: puntos críticos y propuesta de reforma", en *Papeles de economía española*, núm. 156 (2018) (monográfico sobre «Los problemas del mercado de trabajo y las reformas pendientes»), pp. 18-27, y la bibliografía allí citada, que excusa su cita aquí.

La concertación social tripartita no se rige por procedimientos formalizados, y todas los actores en presencia lo son como «partes», incluido el Gobierno que asume una responsabilidad política en el cumplimiento de los términos del acuerdo tripartito en cuestión (véase SSTC 9/1986, 21 enero, 39/1986, 31 marzo). La concertación puede concretarse en formas de «legislación negociada» (prefigurando el sentido y los contenidos de la legislación pública), o puede también plasmarse en un texto firmado por los tres grandes actores (y artífices) del sistema de relaciones laborales (Gobierno, sindicatos y asociaciones empresariales más representativas): el Pacto Social o acuerdo tripartito. El Pacto Social opera, en términos generales, una doble función: actúa como base que prefigura la política social y económica impulsada por el Gobierno (central o autonómico, o local) que lo ha firmado y el contenido de ciertas leyes futuras de nueva planta o de reforma de las ya existentes; y sirve de base para establecer los contenidos y límites que van a determinar el sistema de negociación colectiva sobre el cual incida el Pacto Social (hasta tal punto es así que algunos Pactos Sociales han incluido en su interior -en su equilibrio interno- un verdadero acuerdo bilateral Marco de la negociación colectiva en los términos del art. 83 ET; los Acuerdos Marco). En España la concertación social ha presidido la construcción del sistema democrático de relaciones laborales y las reformas del Sistema de Seguridad Social desde la misma transición política (1975-1978), reflejándose formalmente en acuerdos tripartitos de ámbito nacional y autonómico (ámbitos regionales cualificados por el reconocimiento de poderes legislativos según el principio de distribución de competencias)[16].

En definitiva, como puede comprobarse de la descripción y «cronologización» de los grandes acuerdos sociales en la experiencia de los países europeos, su desarrollo y «fases» son esencialmente «diacrónicas», porque dependen de la correlación de fuerzas entre los actores sociales y políticos implicados y, asimismo, de la coyuntura *político* y económico-social de cada momento histórico. De ahí el *carácter oscilante* de los procesos de concertación, pero también de sus modelos operativos. La negociación política está al servicio de las exigencias en cada momento de los Actores Sociales y Políticos. No obedece a exigencias "ontológicas", sino pragmáticas. La experiencia muestra que, no obstante ese carácter contingente de los modelos, que la concertación en sus distintas manifestaciones parece, por el momento, ser necesaria para la gobernabilidad del sistema de relaciones laborales en su conjunto y como mecanismo de «contención» y racionalización de la conflictividad laboral. Lo que ha cambiado en la etapa actual ha sido el modelo de concertación social, que lejos de hacer prevalecer la concertación nacional «en la cumbre» y con carácter general y centralizado (respecto a un conjunto muy amplio de materias), hoy se tiende a una concertación social más monográfica (sobre materias concretas o específicas, como se puede comprobar de lo hasta aquí dicho) y descentralizada (es un hecho la persistencia, en todo momento, de un ámbito de concertación social en el marco de las comunidades autónomas; señaladamente en el País Vasco, Andalucía, Cataluña, Madrid, etc.). Se puede afirmar, con todo, que la concertación social de los últimos años se ha convertido en un instrumento político-social más flexible de organización del sistema de relaciones laborales (incluido, evidentemente, el ámbito del sector público) y de los requerimientos de consenso social adicional indispensable para su buen funcionamiento (vale decir, «pacífico»). Pero, en cualquier caso, se pone de relieve que la concertación social se ha convertido en un instrumento permanente (aunque de desarrollo discontinuo) y dinámico para la gobernabilidad política del sistema de relaciones laborales. En España, como en otros países europeos que ha realizado estas prácticas, se ha consumado, por el momento, un Modelo flexible y descentralización de concertación social. La negociación en la

[16] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Lex Nova, 1999; Moreno Vida, M.N.: *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo,* Granada, Ed. Universidad de Granada, 1989; Moreno Vida, M.N.: "Los acuerdos de concertación social, con especial atención al Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía", en *Temas Laborales,* Monográfico sobre los efectos de las reformas laborales en la negociación colectiva, núm. 120 (2013), pp. 85 y sigs.

cúspide se reserva sólo para ciertas materias monográficas o, en su caso, para establecer objetivos programáticos que orienten las prácticas negociadoras y políticas de los actores en presencia. En los métodos y en los contenidos (de la macro-concertación centralizada y generalista a la concertación descentralizada y más monográfica). Actualmente existe un *modelo mixto* que combina grandes acuerdos monográficos con una multiplicidad de acuerdos descentralizados atendiendo al espacio político de referencia (donde tiene una particular relevancia la emergencia de marcos autonómicos de relaciones laborales, especialmente en los "Estados Compuestos" como el nuestro). El sistema político europeo -y naturalmente español- no ha conseguido una mejor instancia de intermediación y agregación de intereses. No se olvide que la concertación es un método de legitimación de la acción política. El sindicato como institución del sistema político democrático e instancia de identidad colectiva del trabajo y de los trabajadores "activos" y "pasivos" (institución primero reactiva y después racionalizadora respecto al capitalismo como sistema social) se sitúa en la lógica contradictoria entre la razón social y la racionalidad económica del sistema en el proceso de reforma social (De ahí también los límites intrínsecos de la conciencia sindical).

La concertación social se aduce como un proceso de legitimación social adicional de la acción política, pero puede plantear ciertas tensiones respecto al principio de democracia parlamentaria. Las grandes organizaciones sindicales pueden pretender condicionar -e incluso completar-, pero nunca sustituir a las instancias representativas legítimas propias de la democracia parlamentaria. La influencia que se obtiene a través de la concertación social se debe hacer compatible con una real capacidad de autónoma decisión política por parte de las instancias propias de la democracia parlamentaria.

Partiendo de este marco institucional, se ha ido elaborando en nuestra realidad socio-jurídica un modelo de sindicalismo típico de las sociedades industriales en crisis. En este sentido, como se dijo, el art. 7 CE constituye un apoyo para la implantación de una diversidad de modelos sindicales, y, por supuesto, para la instauración de un modelo neocorporativo, o de corporativismo negociado; y la representatividad sindical el instrumento, típicamente promocional, adecuado para ponerlo en práctica. El sistema sindical español, articulado fundamentalmente en torno a la representatividad sindical, ha estado relativamente bien instalado en la práctica de las relaciones sindicales. No obstante, se han venido produciendo transformaciones importantes que han supuesto una revisión del papel de los sindicatos y que, como ha puesto de relieve la doctrina, han planteado la posible crisis -o al menos, como se ha dicho, han puesto "en duda"- el sistema de representatividad sindical, o más globalmente el propio sistema sindical.

Las reformas de las pensiones sobre todo desde el inicio del presente siglo han estado construidas desde el prisma de la "Gobernanza" como nueva forma de toma de decisiones en materia de políticas públicas. Esta "Gobernanza" no ha desplazado por competo a las técnicas y procedimientos clásicos (práctica de gobierno y diálogo y concertación social), sino que más bien las ha modulado y adaptado para construirse y forjarse en ellas. En gran medida constituye una nueva plasmación -con independencia de que esto sea explicitado o no desde el campo de la ciencia política y del Derecho- del neocoporativismo democrático ya conocido.

El diálogo social comprende un amplio conjunto de relaciones dinámicas entre los actores del mundo del trabajo que no comportan en sí conflicto abierto, de manera que permite abarcar en sus distintas manifestaciones los procedimientos de consulta, negociación, concertación social, participación, etcétera. Es así que el diálogo social supone la localización de puntos de encuentro entre los agentes sociales, el intercambio de informaciones, ideas y opiniones convergentes sobre cuestiones percibidas como de interés común por las partes intervinientes. La concertación social, como forma específica y cualificada de diálogo social, es una forma de intercambio político (o si

se quiere de negociación política) entre el poder público y los interlocutores sociales en virtud de la cual las grandes organizaciones de intereses intervienen en el proceso de toma de decisiones políticas. La concertación "se puede definir como un modo singular de formación de la política en virtud de la cual las grandes organizaciones de intereses intervienen en el proceso de adopción de decisiones de gobierno"[17].

La potenciación del diálogo social europeo -bilateral y tripartito- *se inserta* actualmente en la nueva dirección de lo que se ha dado en llamar "gobernanza" como nueva forma de gobierno caracterizada por un proceso de toma de decisiones públicas y colectivas basadas en una incorporación sistemática de los interlocutores sociales, dando lugar a prácticas propias de una democracia deliberativa en sentido débil[18]. Este es el enfoque que se visualiza en Libro Blanco "La Gobernanza Europea" de la Comisión Europea, e 25 de julio de 2001, donde se postula un nuevo modelo de gestión del poder en la Unión Europea y en los Estados miembros sobre la base de procesos participativos en la toma de decisiones públicas y colectivas, en cuyo marco se insertarían las políticas de fomento del diálogo y concertación social. Tales procedimientos comunicativos permitirían alcanzar los consensos necesarios para garantizar la gobernabilidad de los sociedades del capitalismo tardío (Así, Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece una Cumbre Social tripartita para el crecimiento y el empleo [2002/0136 (CNS)]; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Trabajar juntos, trabajar mejor - Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea/COM/2005/0706 final; y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Comunicación de la Comisión- Trabajar juntos, trabajar mejor: Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea, de 20 de abril de 2006 [COM (2005) 706 final]]. Ese enfoque ha sido aplicado en el marco del Método Abierto de Coordinación Comunitaria de las políticas de crecimiento, empleo y un amplio conjunto de políticas sociales como las políticas de pensiones y exclusión social. Pero también en la llamadas políticas de flexiseguridad, Libro Verde "Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del Siglo XXI"; Comisión Europea, Bruselas, 22 de noviembre de 2006, COM (2006) 708 final); Comunicación de la Comisión Europea sobre "Los principios comunes de la flexiseguridad, "Hacia los principio comunes de flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad", de 4 de julio de 2007 [COM (2007) 359 final][19]. Pero estos últimos instrumentos de la Comisión Europea asumen una lógica individualizadora que relega

[17] Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Ed. Lex Nova, 1999, pp. 15 y sigs., en particular p. 22; Moreno Vida, M.N.: "Concertación y diálogo social", en VV.AA.: *A treinta años e la adopción del Convenio Nº. 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*, Granada, Ed. Comares-OIT/Departamento de Derecho del Trabajo, 2010, pp. 225 y sigs., y en la misma obra colectiva, Villasmil Prieto, H.: "Administración del Trabajo y Diálogo Social: Unas líneas introductorias en perspectiva latinoamericana, a propósito de una conmemoración", pp. 251 y sigs., Fernández Avilés, J.A.: "La integración del diálogo social en la Administración del Trabajo: significado actual y desafíos", pp. 263 y sigs.; Valdés Dal-Ré, F.: "Concertación social y mercado de trabajo", en *RL,* núm. 12 (2006), pp. 1-12.

[18] Puede consultarse *in extenso,* Monereo Pérez, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, capítulo IV, pp. 333 y sigs., en particular pp. 413 y sigs. ("Las nuevas políticas de 'buena Administración' y la vigencia de la racionalidad administrativa instrumental: la idea de gobernanza"); Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: "Gobernanza y políticas de buena administración: El Estatuto Básico del Empleado Público", en VV.AA.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de* 2008, Granada, Ed. Comares, 2008, pp. 12 y sigs.; Graña, F.: *Diálogo social y gobernanza en la era del "estado mínimo*". Montevideo, OIT/Cinterfor, 2005 (Papeles de la oficina técnica, 16).

[19] Moreno Vida, M.N.: "Concertación y diálogo social", en VV.AA.: *A treinta años e la adopción del Convenio Nº. 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*, Granada, Comares-OIT/Departamento de Derecho del Trabajo, 2010, p. 230 y 232.

precisamente el papel del diálogo social y la estrategia de gobernanza que se había postulado por la propia Estrategia de Lisboa.

Sin embargo, como se verá más adelante, en las últimas décadas se ha producido un giro cualitativo que pone en valor el papel del diálogo y la concertación social tanto a escala de la Unión Europea con en los procesos de implementación nacional de las estrategias comunitarias, en material laboral y de protección social pública. Paradigmáticamente, el Pilar Europeo de Derechos Sociales y sus desarrollos en instrumentos normativos y también de "soft law" comunitario[20]; y más recientemente el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado por el Gobierno el 16 de junio de 2021, que es uno de los planes nacionales que han elaborado los Estados miembros de la Unión Europea para acogerse al Plan de Recuperación para Europa *NextGenerationEU* y que tiene el triple objetivo de apoyar a corto plazo la recuperación tras la crisis sanitaria, impulsar a medio plazo un proceso de transformación estructural y llevar a largo plazo un desarrollo más sostenible y resiliente desde el punto de vista económico-financiero, social, territorial y medioambiental. En ésta "planificación" europea del desarrollo sostenible se valoriza la función de los interlocutores sociales en el proceso de elaboración y aplicación de las políticas públicas en general y en particular en materia de reformas laborales y de Seguridad Social (señaladamente, en la cuestión social de la reforma de las pensiones[21].

En una valoración general de la reforma de 2011, se puede decir que necesariamente es ambivalente, tiene luces y sombras[22]. De esta nueva fase en el desarrollo del Pacto de Toledo hay que valorar tanto lo que dice (y prevé) expresamente, como lo que no dice (y no ha previsto) explícitamente. *El hecho de que la reforma sea negociada constituye un valor en sí para caminar hacia una reforma ordenada y socialmente aceptada; que se incentive la prolongación voluntaria de la vida laboral es positivo; también lo es que se mantenga el régimen financiero de reparto y que no se haya optado por una reducción de las cotizaciones sociales*. Pero en su contra está el haber introducido con carácter quizás prematuro -y no suficientemente meditado- la elevación de la edad de jubilación a los 67 años y el no haber adoptado medidas más severas y restrictivas respecto

[20] https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:914b1a2e-a293-495d-a51d-95006a47f148/EPSR-booklet_es.pdf
El principio 8º del Pilar de Derechos Sociales es nítido al respecto: *Diálogo social y participación de los trabajadores*:
a. Se deberá consultar a los interlocutores sociales sobre el diseño y la aplicación de políticas sociales, económicas y de empleo, de acuerdo con las prácticas nacionales. Deberá animárseles a que negocien y celebren convenios colectivos en asuntos de su incumbencia, respetando su autonomía y su derecho a la acción colectiva. En su caso, los acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales deberán aplicarse a nivel de la Unión y de sus Estados miembros. b. Los trabajadores o sus representantes tienen derecho a ser informados y consultados oportunamente sobre asuntos de interés para ellos, en particular sobre la transferencia, reestructuración y fusión de empresas y sobre despidos colectivos. c. Deberá fomentarse el apoyo para aumentar la capacidad de los interlocutores sociales para promover el diálogo social.
Por otra parte, el art. 152 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que la Unión debe reconocer y promover el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales, y ha de facilitar el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía.
Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social, en *Lex Social. Revista de los derechos sociales*, 8(2), 2018 Recuperado a partir de https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3493. Asimismo, Sánchez-Rodas Navarro, C.: *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la Unión Europea y Monetaria y el Pilar Europeo de Derechos Sociales,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

[21] Véase COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL: "Principales conclusiones del Informe sobre la adecuación de las pensiones de 2021 del Comité de Protección Social y la Comisión Europea"-Refrendo. El Informe completo, elaborado conjuntamente por la Comisión Europea (DG EMPL) y el Comité de Protección Social, figura en los documentos 9145/21 ADD I y ADD 2. Bruselas, 4 de Junio de 2021 (OR. En). SOC 356. EMPL 266. ECOFIN 509.

[22] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El modelo legal de pensiones privadas: orientaciones y propuestas de reforma en clave progresista", en VV.AA.: *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*, Frades, J. (Coord.), Madrid, Fundación Largo Caballero, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011, pp. 382-471. http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/fflc-sistema-01.pdf

a la expulsión prematura de trabajadores mayores por un amplio repertorio de vías todavía plenamente disponibles (Prejubilaciones, bajas incentivadas, jubilaciones anticipadas a los 61 años, jubilaciones forzosas por razón de la edad pactadas en convenio colectivo, etcétera)[23], que producen una verdadera sangría de pérdidas de empleo de los trabajadores mayores, difícilmente justificables tanto desde el punto de vista estrictamente laboral como desde la perspectiva de la viabilidad del sistema de pensiones y de las políticas de fomento de la permanencia en activo y prolongación de la vida laboral de las personas mayores. En todo caso, se trata de una reforma de envergadura y de largo alcance.

Dentro del contexto de reforma de ciclo largo del Sistema de Seguridad Social, el Acuerdo Social y Económico de 2011 plantea un doble objetivo: Equilibrar las cuentas en el Gasto Público, y garantizar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones. Es de realzar que la Comisión del Pacto de Toledo ha realizó una labor excelente y muy rigurosa, reflejada en su Informe final ("*Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*" de 2010; en adelante, IPT, 2010), aprobado en el Congreso el día 25 de Enero de 2011. En él se atiende a los grandes desafíos que se plantean respecto a los sistemas de pensiones, en una coyuntura donde se produce un doble movimiento de presión hacia la expansión de la protección social en tiempos de crisis y la contención y reducción del gasto público social. Desde el Pacto de Toledo de 1995 se viene asistiendo a una transformación estructural progresiva del modelo de Seguridad Social y, en particular, del modelo normativo vigente de regulación de las pensiones. No se trata de un simple proceso de "adaptación" a las transformaciones en curso. Se está construyendo paulatinamente un modelo menos expansivo de Seguridad Social. Interesa recordar que el mandato constitucional ex art. 50, que encomienda a los poderes públicos "garantizar mediante pensiones adecuadas y periódicas actualizada, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad". Con ese condicionante constitucional, el proceso reformista del Pacto de Toledo y sus adaptaciones continúas a las transformaciones en curso determinan el tiempo y la orientación de las medidas reformistas. En lo principal, se produjo en 2011, nuevamente, un consenso en el seno de la Comisión no permanente del Pacto de Toledo y una asunción matizada de sus propuestas en el Acuerdo Social y Económico de 2011, que constituye típicamente un Pacto Social de carácter tripartito entre el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Esta política concertada confiere un plus de legitimidad social al cuadro de medidas adoptadas. En términos de conjunto, las medidas adoptadas se ajustan a las directrices marcadas por las instituciones políticas de la Unión Europea, que tratan de responder a las variables demográficas, económicas y la evolución del ciclo vital de las personas. La Comisión Europea se orienta hacia la realización de reforma de las pensiones en tres direcciones fundamentales: establecer condiciones de accesibilidad más duras y estrictas para una pensión pública (con el aumento de la edad de jubilación, acceso restringido a la jubilación anticipada y mayor presencia y participación de los trabajadores mayores en la vida activa); garantizar pensiones públicas menos generosas (con una reducción significativa de la cuantía de la pensión que no debería suponer un desplazamiento hacia otras partidas de gasto público social); y, por último, el fomento de la provisión privada de las pensiones, pero reforzando las garantías de los ahorros privados para la edad pensionable. Y estas orientaciones han influido en las políticas nacionales de reforma de las pensiones.

En el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (IPT 2010, apartado IV, pp. 39 ss.) se insiste en la evolución demográfica prevista para España, poniendo de manifiesto la mayor esperanza de vida en varones y mujeres, con importantes consecuencias para las cifras relativas al número de pensiones previsto en las próximas décadas. El mundo envejece y la transición demográfica plantea un desafío para las políticas de pensiones. A ese envejecimiento

[23] Véase, no obstante, el cuadro de medidas adoptadas en el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

de la población se une la caída de natalidad. La Exposición de Motivos de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, realza el hecho de que las tendencias demográficas, con el incremento de la esperanza de vida y la disminución prolongada de las tasas de natalidad suponen un desafío para el sostenimiento financiero del sistema de Seguridad Social. Pero no es solo la tendencia demográfica el único factor que aconseja realizar reformas en el sistema de pensiones. Entre otros, la falta de equilibrio o de correspondencia entre las cotizaciones y las pensiones que derivan de éstas. Se aprecia un desequilibrio actuarial de los ingresos que el sistema percibe en forma de cuotas y de los gastos que el sistema reconoce en forma de pensiones. El esfuerzo contributivo de los trabajadores activos durante su vida laboral no guarda, actualmente, la relación adecuada con las prestaciones reconocidas a los pensionistas. Se destaca, al respecto, que el sistema de Seguridad Social español ha asistido últimamente a una progresiva *disminución del período de actividad laboral en dos sentidos:* a). por un lado, los años de formación y de estudio de los jóvenes se han prolongado y su acceso al mercado de trabajo, por esa razón, se ha retrasado en relación con la edad a la que era habitual su incorporación en pasadas generaciones. B) por otro lado, la tasa de participación de la personas mayores de 50 años en el mercado laboral ha ido descendiendo a causa del uso no siempre adecuado de las posibilidades que ofrecían las distintas fórmulas de jubilación anticipada. En España, además, los efectos de la situación descrita son mayores debido precisamente al rápido incremento de la población y de su esperanza de vida y a los *incentivos y estímulos a la jubilación anticipada que presentaba nuestra legislación, concebidos para momentos históricos muy distintos a los actuales*.

En realidad, la reforma que se llevaría a cabo atendiendo al Informe del Pacto de Toledo de 2010 y al Acuerdo Social y Económico y a la Ley 27/2011) mantendría en la misma dirección que las revisiones precedentes, el carácter racionalizador, dando un paso más hacia la redefinición más restrictiva de la acción protectora del sistema público de pensiones.

La Comisión Europea ha insistido desde hace tiempo en el hecho de que el envejecimiento demográfico es uno de los retos principales que ha de afrontar Europa ("Libro Verde. En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros" (SEC(2010)830. Bruselas, 7.7.2010.COM(2010) 365 final). Entiende que "ahora estamos llegando a una fase crítica en la que las primeras cohortes del *boom* de natalidad se están acercando a la edad de jubilación; está previsto que la población europea en edad de trabajar comience a reducirse a partir de 2012". En este sentido, los pronósticos demográficos relevan que para 2060 podría producirse un aumento de unos siete años en la esperanza de vida en la UE. Por lo demás, "los mercados de trabajo presentan otras tendencias que vienen de largo: la vida laboral a tiempo completo comienza más tarde debido a las mayores necesidades de formación y la jubilación llega antes a causa de la gestión de la edad en el mercado laboral y de las políticas predominantes. Aunque la tendencia de la jubilación anticipada -en el sentido amplio de esta noción- ha empezado a invertirse, la mayoría de las personas, y en particular las mujeres, siguen abandonando el mercado de trabajo mucho antes de los sesenta y cinco años, la edad típica de jubilación, lo cual pone en evidencia el elemento de género [que, por cierto, también se contempla en el último Informe de la Comisión del Pacto de Toledo]". En este contexto problemático, la Comisión considera que "con las tendencias actuales, la *situación es insostenible. A no ser que, puesto que se vive más tiempo, también se trabaje más tiempo*, es probable que la adecuación de las pensiones se deteriore, o puede que el gasto en pensiones aumente de manera insostenible. El impacto del reto demográfico, agravado por la crisis, tenderá a reducir el crecimiento económico y a ejercer presión sobre las finanzas públicas. El Informe de 2009 sobre el envejecimiento [Informe de 2009 sobre el envejecimiento: pronósticos económicos y presupuestos para los veintisiete Estados miembros de la UE (2008-2060)] puso de manifiesto que, teniendo en cuenta la reducción de la

mano de obra, la única fuente de crecimiento para 2020 será la productividad del trabajo…" (p. 4). Pero es ya significativo que la Comisión ponga de manifiesto que el problema afecta también -aunque en distinto modo- a las pensiones en régimen de capitalización: "Las pensiones de capitalización también podrían verse afectadas por el envejecimiento demográfico. Las *sociedades envejecidas* reducirán la tasa potencial de crecimiento económico y ello implicaría unas menores tasas reales de rendimiento, lo cual podría afectar a los precios de los activos financieros. Esa posible reducción de los rendimientos de las inversiones en fondos de pensiones puede hacer que suban las cuotas, disminuyan las prestaciones de jubilación, aumenten las salidas de capital hacia mercados emergentes o se incrementen los riesgos asumidos" (p. 5).

Este contexto desfavorable (donde se superponen y en cierto sentido se retroalimentan las transformaciones estructurales y la coyuntura de gravísima crisis financiera y económica) está suponiendo la introducción de un conjunto de cambios en los sistemas de pensiones en los Estados miembros. En particular, se subraya que "la crisis tendrá también graves repercusiones sobre las futuras pensiones, pues muchos trabajadores habrán perdido su empleo y habrán estado en paro durante un cierto tiempo y otros puede que hayan tenido que aceptar una redistribución más baja o un horario de trabajo reducido. Uno de los retos será mantener unos niveles adecuados de pensiones incluso en estas situaciones. Así pues, la crisis ha añadido los siguientes aspectos al plan de reforma preexistente: -una necesidad más imperiosa de resolver las deficiencias de adecuación (detectadas); -la *necesidad de replantearse la reglamentación de los sistemas de pensiones capitalizados* para que sean eficaces y sigan siendo seguros tras producirse crisis financieras relevantes, asegurándose al mismo tiempo de que la reglamentación es proporcional y no lleva a los empleadores a la insolvencia ni los induce a abandonar los planes de pensiones; -la necesidad de asegurarse de que la regulación de los mercados financieros es eficaz e inteligente, dado el papel cada vez más importante de los fondos de pensiones" (p. 8).

La Comisión apuesta por marcar un conjunto de *prioridades respecto a la "modernización"* de la política de pensiones en la UE. En tal sentido "los objetivos globales de las reformas de las pensiones son la adecuación y la sostenibilidad de los sistemas", dentro de "la estrategia tridimensional de Estocolmo", a saber: a). Objetivos globales: adecuación y sostenibilidad; b). Alcanzar un equilibrio sostenible entre el tiempo de trabajo y el tiempo de jubilación (prolongación de la vida laboral y el momento de la jubilación se posponga, lo que exige un conjunto articulado de medidas encaminadas a mejorar la empleabilidad efectiva y aumentar las tasas de empleo de las personas. Los Estados miembros ya están tomando medidas en apoyo de unas vidas laborales más largas); c). Eliminar los obstáculos a la movilidad en la UE (reforzar el mercado interior de las pensiones; movilidad de las pensiones); d). Pensiones más seguras y transparentes, con mejor concienciación e información (resolver las carencias de la reglamentación de la UE; mejora el régimen de solvencia para los fondos de pensiones, atendiendo a la Directiva sobre los fondos de pensiones de empleo, y a la Directiva Solvencia II -cuya entrada en vigor se producirá en 2012-; abordar el riesgo de insolvencia del empleador, avanzando más allá de la Directiva sobre insolvencia -Directiva 2008/94/CE, que establece la protección de los derechos de los empleados a pensiones de empleo complementarias en caso de insolvencia de su empleador-; facilitar la toma de decisiones con conocimiento de causa); e). En el plano instrumental se trata de mejorar las estadísticas de pensiones de la UE; f). Mejora de la Gobernanza de la política de pensiones a escala de la UE (pp. 9-20)[24].

Esto supone cambios radicales, no ya sólo en la imagen social de la "vejez", sino en las propias fuentes reguladoras. Una premisa obligada en este proceso de reforma concertada de

[24] "Libro Verde. En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros" (SEC(2010)830. Bruselas, 7.7.2010.COM(2010)365 final.

las pensiones es partir de una nítida manifestación de los objetivos y de las consecuencias de las medidas acordadas. El Acuerdo Social y Económico de 2011[25] no se puede considerar sin más, en términos absolutos, como una reforma de "progreso social". Hay complejidad y ambivalencia en el proceso reformista bajo la "presión de los mercados" en un contexto de grave crisis económica y el establecimiento de medidas de ajuste y contención del gasto público social.

Un elemento relevante en la evolución a tener en cuenta lo constituye la transición hacia un modelo de Seguridad Social más asistencialista, con una amplia liberación de espacios hacia la iniciativa privada en el campo de la protección social. Se incrementa, pues, el papel del mercado de la previsión en el cuadro de una innegable estrategia privatizadora de ámbitos funcionales antes proporcionados por el sistema público, que atiende, en términos relativos, al método practicado de los *"vasos comunicantes"* en el diseño del modelo e pensiones entre los espacios existentes entre lo público y lo privado. Se facilitan los mecanismos privados por un doble cauce: por un lado, la creciente insuficiencia del sistema público (la pérdida de calidad en la intensidad de la protección), y por otro, la política promocional directa a través del otorgamiento de subvenciones fiscales. Las políticas de recortes llevada a cabo en la provisión pública de las pensiones en Europa vienen dejando un vacío que los proveedores privados pretenden cubrir. Pero esa reducción difícilmente será compensada o sustituid por la acumulación de los fondos privados de pensiones (los fondos de pensiones son especialmente sensibles a la turbulencia de los mercados y precisamente el escenario de las próximas décadas estará marcado o presidido por la economía de la turbulencia global.

El retroceso de los sistemas públicos está incrementando el espacio de la previsión privada (la protección social complementaria desarrollada en términos privatizadores). El modelo se inclina cada vez más hacia un *modelo de pensiones centrado sobre la máxima valorización del mercado y de la libertad de iniciativa económica.* Ese esquema "mercantil" se proyecta respecto al sistema de pensiones, respecto del cual se produce una serie de intervenciones legislativas promocionales o de fomento. Desde el Pacto de Toledo se viene apostando por la potenciación de los sistemas complementarios privados (Recomendación 14ª). En el marco de las orientaciones o directrices establecidas por las instituciones comunitarias destaca la de garantizar un marco jurídico y económico adecuado para el fortalecimiento de las pensiones complementarias. Se aboga por la intensificación en las políticas públicas que permitan avanzar hacia un sistema complementario de asistencia y prestaciones, *externo* a la Seguridad Social, de carácter voluntario y financiado con aportaciones privadas, que sirva de complemento, integración o mejora de las prestaciones de la Seguridad Social. En este sentido se adaptan medidas que permitan la extensión de los planes de pensiones del sistema de empleo, para lo cual la negociación colectiva se convierte en una vía estratégica de extensión de la previsión empresarial -incluido el sector público-, pero teniendo en cuenta las particulares de las pequeñas y medianas empresas. La negociación colectiva es un cauce idóneo para articular una estrategia de extensión de la previsión complementaria de base profesional. Se ha venido realizando en los últimos años una política selectiva de incremento de los beneficios fiscales otorgados a los planes de pensiones privados para facilitar su implantación tanto en España como el resto de los países europeos (En España se ha incentivo fiscalmente a los sistemas privados de pensiones, muy especialmente a partir del año 1995, coincidiendo con la posición político-social de fomento expresa en el Pacto de Toledo). En definitiva, prevalece la preocupación, desde la lógica de la racionalidad económica, por las consecuencias que pueda tener la falta de una correcta coordinación en el funcionamiento flexible del mercado de trabajo y, en particular, en el principio de libre circulación de trabajadores.

[25] "Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones", suscrito por el Gobierno, la CEOE, CEPYME, CCOO y la UGT.

Desde un punto de vista general se puede afirmar que se han producido "fisuras" en el Modelo de ciclo ternario clásico: *descronologización* por una multiplicidad de razones (estructurales y coyunturales) y detectan las dificultades de las políticas de Seguridad Social para hacer frente a los nuevos ciclos vitales, laborales y familiares, emergentes. El ciclo vital se ha ido descronologizando, se ha ido alargando y se ha vuelto más complejo. La emergencia de la "Sociedad del Riesgo" (en la cual juega más el elemento de la Incertidumbre que el elemento de "Previsibilidad"). Ciertamente, los ciclos de edad, concretamente, están presentes en la construcción y evolución dinámica del Sistema público de pensiones. Es lo cierto que en cada período histórico de funcionamiento de los regímenes conviven tres generaciones, que forman una asociación solidaria de tres generaciones, vinculadas por lazos de solidaridad, de manera que el bienestar de todas ellas es interdependiente ("equidad intergeneracional"). La política de pensiones tiene garantizar un equilibrio satisfactorio entre los intereses de las diversas generaciones, a riesgo de que se produzcan conflictos intergeneracionales potencialmente desestabilizadores para el propio sistema público de pensiones, pudiendo cuestionar su legitimidad ante la comunidad política. El peligro de que esto se produzca es cada vez mayor ante la complejidad de las transiciones entre las distintas edades del ciclo vital de las personas y los desequilibrios que pueden suponer algunas medidas de reforma que reduzcan las expectativas de pensiones de los más jóvenes y trabajadores en activo. Ello implica una desestadarización y las consiguientes dificultades para la planificación de la política contemporánea de Seguridad Social. En relación a ello se abren nuevas perspectivas futuras de la cobertura de la Seguridad Social, pues la falta de adaptación de la misma a la evolución de las necesidades sociales de protección pública provoca una creciente desprotección. La Seguridad Social tiene que desarrollarse para satisfacer las necesidades cambiantes de cada generación. Es necesario construir una política transversal que atraviese todos los sectores, e integral que incluya tanto a la población anciana de hoy como a la del mañana, y con propuestas para que la población se prepare para el envejecimiento. La política de envejecimiento y vejez debe combinar acciones para el presente y para el futuro. Debe ser una política de corto, mediano y largo plazo. Es necesario articular las políticas de empleo con las políticas de protección y seguridad social.

Es necesario acomodar el Sistema de pensiones a la evolución del ciclo vital de las personas y a las transformaciones en cursos. El inconveniente es que los sistemas de Seguridad Social se siguen basando con frecuencia en un modelo de vida activa de tipo "fordista", el de un trabajador varón que trabaja a tiempo completo y se hace cargo de la familia. En este modelo, no todos los trabajadores llegaban a la edad de jubilación y aquéllos que la alcanzaban tenían una esperanza de vida, por lo general, breve (habitualmente de tres años después de jubilarse). El coste de las pensiones de jubilación era escaso en comparación con las rentas de actividad. Cabe decir que en el momento presente, el vínculo entre Seguridad Social y Empleo se ha distendido mucho. Las formas de empleo se han diversificado. Con el incremento del trabajo de las mujeres y de los pensionistas de jubilación, el número de personas adultas a cargo de los trabajadores ha disminuido. En cambio, el paro se ha convertido en estructural y de larga duración; se concentra en grupos particulares de la población: los jóvenes, los mayores de cincuenta años, los inmigrantes y las personas sin cualificación. Muchos de estos grupos no han podido adquirir derechos plenos a la Seguridad Social porque el paro, o la naturaleza precaria de sus empleos, no les permiten cotizar suficientemente.

Es innegable que las dificultades de adaptación y de los desequilibrios del Sistema de Seguridad Social derivan también de la prolongación de la esperanza de vida después de la jubilación, que ha pasado de ser de entre tres y cinco años a entre veinticinco y treinta años, con una proyección aún superior hacia el futuro. He aquí que los planes de jubilación se hayan encontrado frente a unos niveles de pago que no se habían previsto cuando se establecieron. Esa prolongación es un

hecho *social* en sí (vinculado al proceso de civilización de los países desarrollados y los avances en el bienestar consiguientes), el cual sobredetermina una situación propiamente biológica (envejecimiento y fenómeno del "envejecimiento del envejecimiento"). Por tanto es una etapa del ciclo vital de las personas mediatizada por las instituciones sociales (incluidas las políticas y jurídicas).

En ese contexto de mutaciones e incertidumbres, las distintas ramas de la Seguridad Social han realizado reformas en gran medida análogas en los países de Europa. En primer lugar, las prestaciones familiares y la cobertura por enfermedad adquieren un carácter universal y están, por tanto, desvinculadas del empleo, lo cual ha supuesto el remedio (o, al menos, la atenuación) a ciertas deficiencias de la protección social de los trabajadores atípicos. En segundo lugar, la evolución del sistema de pensiones de jubilación tiende a un fortalecimiento del carácter contributivo y, en consecuencia, la vinculación con el empleo, lo cual comporta una reducción de las oportunidades de los trabajadores atípicos (precarios) de poder beneficiarse de una pensión completa. Lo que se viene produciendo es una adecuación del sistema de protección social a las nuevas formas de empleo y ciclos vitales de la población activa, *sobre todo teniendo en cuenta que emerge una "sociedad del envejecimiento"*. Todo ello implica gobernar y controlar las transiciones de los trabajadores de edad avanzada del trabajador a la jubilación en España. Esto se ha traducido en la creación de *mínimos sociales*, que actúan funcionalmente como red de protección a las personas que ocupan dichos empleos (*v.gr.*, implantación de un sistema subsidiario de prestaciones no contributivas). En correspondencia con las tendencias que emergen de la Unión Europea, se constata que el sistema español de Seguridad Social presenta varios rasgos significativos, que arrancan desde el Pacto de Toledo y se profundiza en sus versiones actualizadoras posteriores: a) el reforzamiento del principio de contributividad con el endurecimiento de las condiciones de contributividad, y el efecto de dificultar el acceso a las prestaciones contributivas de un gran número de personas con ciclos de vida laboral diacrónica y más corta. b) El aumento creciente de las prestaciones de asistencia universal, con la paulatina asistencialización del conjunto del sistema protector público. c) La separación de las fuentes de financiación de las prestaciones contributivas (cotizaciones sociales) y de las no contributivas o asistenciales (aportaciones del Estado). Estas reformas del sistema público se vienen realizando a través de políticas de concertación social, lo que ha facilitado su implantación "pacífica", en la lógica de proporcionar una legitimidad adicional a las decisiones de política legislativa.

Una tendencia persistente, encadenada funcionalmente a la anterior, se orienta a potenciar expresamente a través de medidas de apoyo institucional (especialmente a través de medidas fiscales) los sistemas privados de pensiones. Estos planes de pensiones tienen un carácter subjetivamente selectivo (no tiene el rasgo de la generalidad, sino que de ellos se benefician las rentas medias y altas). El espacio liberado por los sistemas públicos favorece el espacio privado asumido por el mercado de la previsión. La tendencia se sitúa en la línea de una progresiva privatización de espacios funcionales antes asumidos por el sistema público de pensiones. En el propio Documento del Gobierno español sobre la Revisión del Pacto de Toledo, de 29/01/2010, se abogaba expresamente por reforzar el papel de la previsión social complementaria, "que no solo debe articular sus funciones en relación con la prestación por jubilación, sino que puede ayudar a los contribuyentes a mejorar su protección social, reforzando la sostenibilidad del conjunto del sistema". En esa dirección se afirma que "desde el punto de vista del sistema de protección social de reparto, *la previsión social complementaria es una parte importante del sistema*. Los límites de la acción protectora, que lógicamente afectan más a los colectivos menos vulnerables (colectivos autoasegurados, pensión máxima, situaciones de pluriempleo, etc…) pueden verse así superados para garantizar durante la parte de nuestra vida con menor actividad el nivel de ingresos que queremos mantener. De ahí el *apoyo fiscal del Estado*, y la defensa que es razonable hacer de esta

forma de previsión, imprescindible para un sistema público, ya que de no existir acumularía demandas de muy difícil satisfacción".

No obstante la trascendencia de los factores estructuras de envejecimiento de la población, reducción de la tasa de natalidad, flexibilización de los mercados de trabajo y desestandarización de los ciclos vitales de las personas, y el factor coyuntural de la crisis económica actual, es necesario de decir que la viabilidad del sistema de pensiones no está comprometida a corto plazo si, como es obvio, se realizan las políticas correctas en términos de eficiencia y de justicia social. La situación continúa siendo de superávit y el Fondo de Reserva pretende hacer frente a los desequilibrios planteados por dichos factores y las situaciones cambiantes en el ciclo económico. Por lo tanto, las medidas que se pueden adoptar a corto, medio y largo plazo pueden hacerse con la serenidad y la prudencia que aconseja la planificación de una materia tan importante para toda la sociedad democrática. El consenso político y social sobre la reforma de las pensiones alrededor del Pacto de Toledo y su continuada renovación es fundamental para garantizar el clima necesario para realizar un proceso de adaptación permanente del Sistema de Seguridad Social y, en particular, de las pensiones. Es relevante que, como premisa de su Dictamen, el CES valore favorablemente el Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, en la medida en que traslada de forma adecuada al ordenamiento laboral y de Seguridad Social buena parte de las medidas del Acuerdo para la Reforma y Fortalecimiento del Sistema Público de Pensiones, pieza sustancial del Acuerdo Social y Económico suscrito a comienzos de 2011 por el Gobierno y las Confederaciones empresariales (CEOE y CEPYME) y sindicales (CCOO y UGT).

No deja de ser sorprendente la buena respuesta de nuestro Sistema público a pesar las variables demográficas y de la coyuntura de crisis económica. La situación de los superávits se ha producido esencialmente por el comportamiento del mercado de trabajo que en los últimos años había seguido una senda ascendente, aunque con una contención en su crecimiento desde el año 2007, contención que se ha mantenido también para el año 2008 y con una disminución durante el año 2009. (La recuperación de los niveles de crecimiento potencial no se ha producido, en lo esperado, en el 2010, y no es previsible que se produzca en lo que resta del año 2011). En todo caso, los resultados globalmente positivos de los últimos años han permitido incrementar las dotaciones al Fondo de Reserva. Con carácter provisional está garantizada la sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones.

Lejos de un compartimiento negativo, la Seguridad Social está contribuyendo decisivamente a atenuar, neutralizar y contrarrestar las consecuencias de la crisis sobre las personas, el empleo y la reestructuración de las empresas. Desde esta perspectiva, la Seguridad Social es un "Activo", no una "Carga" económica para una sociedad democrática, abierta y en transformación permanente: ha protegido a las personas y ha sido, al mismo tiempo, un instrumento eficiente de regulación institucional de la economía[26].

Es pertinente recordar que la viabilidad/sostenibilidad del sistema de pensiones no está comprometida a corto plazo. La situación actual ha sido hasta hace poco de superávit, lo cual pone de manifiesto la extraordinaria capacidad de adaptación del sistema público a las fluctuaciones económicas y de los mercados. En lo que se refiere al manteniendo de esa política se impone

[26] En este sentido, explícitamente, por contraposición al enfoque de los derechos y a la idea de inversión social, Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524, en particular pp. 1497-1498. Para una muy útil y rigurosa exposición de la jurisprudencia constitucional sobre la Seguridad Social, véase Valdueza Blanco, M.D.: *La Seguridad Social en la Jurisprudencia constitucional (1981-2020),* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

deducir que en ningún caso debe procederse a la rebaja de las cotizaciones sociales[27], a riesgo de que en caso contrario se ponga en grave peligro el futuro del sistema público de pensiones. Esa reducción de las cotizaciones daría lugar a una importante reducción de los ingresos del sistema de Seguridad Social y, posteriormente, a la entrada en déficit del mismo, de forma que se justifique la futura reducción de las pensiones para mantener el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social. Es un aspecto positivo del Pacto de Toledo y de sus revisiones (2003 y 2010-2011) el no cuestionar el régimen de financiación "interna" del sistema de pensiones. Un elemento a tener en cuenta es el relativo a la previsión sobre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en el Acuerdo de 2011. Se trata de propiciar el ajuste de las cotizaciones profesionales en un contexto compatible con las necesidades de la coyuntura económica. Ello puede suponer una posible reducción de cotizaciones empresariales indiferenciadas (sin tener en cuenta los índices de siniestralidad). En la reforma legislativa, "Disposición adicional decimocuarta.- Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales" del Proyecto de Ley, se dice que "Durante el período de 5 años a partir de la vigencia de la presente Ley se procederá a una evaluación anual de los costes de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, así como de los costes de gestión, *de forma que ello propicie el ajuste de las cotizaciones profesionales en un contexto compatible con las necesidades de la coyuntura económica*". Por otra parte, en dicha disposición se afirma que las Mutuas y el Instituto Nacional de la Seguridad Social "desarrollaran programas y criterios de colaboración a fin de controlar más eficazmente los costes empresariales derivados de los procesos de Incapacidad Temporal de duración inferior a 15 días".

Es innegable que, en todo caso, *no hay que absolutizar las exigencias del "equilibrio interno"* del sistema de pensiones. Por lo pronto, hay que tener en cuenta que en varios países la fiscalización de las pensiones se inscribe en un contexto que pretende la reducción del coste del trabajo. Ello no obstante, si fuese necesario el incremento se podría proceder a utilizar la fiscalidad general con carácter extraordinario, y por consiguiente a corto plazo; quizás para incrementar por vía fiscal incluso el Fondo de Reserva. (No se puede desconocer que el número de afiliados a la Seguridad Social ha caído a niveles anteriores a la crisis económico-financiera). El efecto de esas medidas sobre el empleo depende de hipótesis discutidas sobre la sustituibilidad de los factores de producción y, en todo caso, no existe evidencia empírica que permita concluir una influencia positiva en el empleo de la reducción de las cotizaciones basadas en los salarios. Lo que sí se puede producir es un derrumbe de la política social si el Gobierno accede a la reducción de las cotizaciones sociales que en el próximo futuro justifique una reducción de las pensiones y, con ello, se extienda la pobreza entre las personas mayores. Afortunadamente, ha quedado fuera de las propuestas a corto plazo, al menos.

En la perspectiva de tutela de los sujetos protegidos por el Sistema público de pensiones, las pensiones públicas (especialmente en el ámbito no contributivo) deben contar con otras fuentes de financiación además de los ingresos por cotizaciones. De manera que será preciso aumentar las aportaciones públicas para garantizar la viabilidad y suficiencia financiera del Sistema público

[27] La CEOE-CEPYME apuesta, sin embargo, por la reducción de las cotizaciones "que actualmente soportan las empresas para poder determinar el montante que deberían tener en el futuro, reduciéndolas, con el objeto de mejorar la competitividad y no afectar a su viabilidad. En este sentido es preciso que tal valoración no se haga en términos de tipos medios de cotización (como hace el Gobierno en su Documento sobre revisión del Pacto de Toledo), sino de participación de los costes por cotizaciones calculados sobre el PIB". Cfr. CEOE-CEPYME: *Aportaciones de CEOE y CEPYME al Documento sobre Revisión del Pacto de Toledo,* Madrid, 15 de septiembre de 2010, p. 31. Este planteamiento olvida, por otra parte, que las cotizaciones sociales más que coste de la empresa propiamente dicho (que repercutiría, en cualquier caso, sobre el mercado de productos o servicios) constituyen ahorro legal forzoso de una parte de las rentas del trabajo asalariado. Desde el punto de vista económico -aunque no desde el punto de vista estrictamente jurídico ex art. 26 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RD.-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo)-, las cotizaciones sociales pueden ser consideradas en gran medida como *"salario diferido"* de los trabajadores.

de pensiones, y en general del Sistema de Seguridad Social en su conjunto. Hay que tener en cuenta que las aportaciones públicas a la financiación de la protección social en España son de las más bajas de la Unión Europea (la aportaciones públicas en España a la financiación de la protección social en la Unión Europea, en % del PIB, es de un 7,8, por detrás de Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Finlandia, Portugal, Italia, Chipre, Irlanda, Alemania, Francia, Hungría, Austria, Luxemburgo, Bélgica y Grecia).

El proceso de reforma *se enmarca dentro de las directrices liberalizadoras de la Unión Europea*. Necesario atender a la adecuación y viabilidad de las pensiones en la política de coordinación de la Unión Europea (El Método Abierto de Coordinación). Es harto significativo el diagnóstico y las recomendaciones que ofrecen las instituciones de gobierno de la Unión (En lo principal: la preferencia en la reducción del gasto público social, el equilibrio financiero *interno* de las pensiones del Sistema de Seguridad Social y la potenciación de los sistemas privados de pensiones).

Cabe señalar que al reto demográfico se une la coyuntura de una crisis económica que presumiblemente parece de larga duración. Un sistema de reparto es particularmente sensible al crecimiento de paro forzoso. Es preciso buscar un equilibrio entre ingresos por cotizaciones y gastos por prestaciones sociales. En tal sentido, aunque el sistema tiene que priorizar los ingresos por cotizaciones, pudiera ser necesaria la utilización de otras fuentes de ingresos, señaladamente por vía de fiscalidad general. El Pacto de Toledo de 1995 había recomendado que se estudiaran nuevas fuentes de financiación de la Seguridad Social, entre las cuales se hacía referencia a aplicar una "contribución universal sobre todas las rentas (ahí está, por ejemplo, la "Contribución Social Generalizada" en Francia). En caso necesario, deberían estudiarse -ahora que se está a tiempo- otras fuentes adicionales alternativas (no sustitutivas) de financiación de las pensiones públicas. En tal sentido, las cotizaciones sociales no fueren suficientes, el Estado tendrá que responder para garantizar las protección social de las personas en situación objetiva de necesidad.

En esta nueva revisión-actualización del Pacto de Toledo se mantiene en la lógica de financiación exclusivamente "interna", renunciando, por el momento, a hacer reclamo de otras fuentes de financiación. Así se refleja nítidamente en la Recomendación 4 del IPT de 2010 ("Financiación, simplificación e integración de regímenes", pp. 50-51).

Téngase en cuenta que la fusión o, mejor, colaboración instrumental entre el reparto y la capitalización se ha tratado de conseguir parcialmente a través de la figura del Fondo de Reserva. El Fondo de Reserva constituido en un cierto número de Estados miembros de la Unión Europea para hacer frente al futuro aumento del gasto en pensiones *tiene en común con la capitalización el que dan lugar a una prefinanciación de los sistemas de reparto*. Vienen siendo financiados por el excedente de las cotizaciones en relación con el gasto en pensiones, siendo escasamente previsible que con la presión derivada del Pacto de Estabilidad y el Crecimiento vayan a ser objeto de provisión por la fiscalidad general. La Recomendación 2ª del Pacto de Toledo; art. 91.1 LGSS. El Fondo de Reserva se dota a cargo de los excedentes de los ingresos que financian las prestaciones definidas como contributivas por el art. 86.1,b), c) d) y e) LGSS y su finalidad sería la de atender las necesidades futuras del sistema de Seguridad Social.

Resulta imprescindible que en el proceso de reforma se continúe aumentando los recursos del Fondo de Reserva, como mecanismo adicional de capitalización pública para atenuar las fluctuaciones en el ciclo económico y su incidencia en las pensiones. Aunque a largo plazo no puede desplazar a otras reformas necesarias situadas en la lógica contributiva. La estrategia de la constitución de reservas no es un método adecuado *a largo plazo* para afrontar las exigencias del gasto en pensiones derivado del envejecimiento, que demanda un incremento continuado y

estable de los recursos conforme al aumento del gasto. A lo sumo puede permitir una suavización temporal del incremento de las cotizaciones, cuya duración dependerá de su magnitud.

Adviértase, además, que cuando el gasto en pensiones aumente sustancialmente por el envejecimiento demográfico, el Fondo de Reserva sólo permitirá demorar brevemente la adopción de las decisiones normativas, sea en orden a la reducción de las pensiones iniciales, la demora en la edad ordinaria de jubilación o el incremento de las cotizaciones. Al tiempo será necesario buscar nuevas fuentes de ingresos o la aportación de recursos al Fondo de Reserva con cargo a la fiscalidad general. La Ley 28/2003, de 29 de septiembre, regula el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, y el RD. 337/2004, de 27 de febrero, por el que se desarrolla esta Ley. En cuanto a los recursos económicos del Fondo de Reserva, con arreglo al art. 1 de la Ley reguladora, el Fondo se nutre con los *excedentes de los ingresos que financian las prestaciones de carácter contributivo, el exceso de excedentes derivado de la gestión por parte de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes y los rendimientos de cualquier naturaleza que genere el Fondo de Reserva*. Por otra parte, la Comisión del Pacto de Toledo, en su Informe de 2010, realza que "los excedentes de la Seguridad Social, sin límite alguno, deben seguir incrementando la dotación total del Fondo de reserva. En este sentido, la Comisión entiende que deben evitarse demoras en la incorporación de los excedentes y, por consiguiente, que debe materializarse inmediatamente la incorporación al Fondo de Reserva de los excedentes pendientes. La gestión del Fondo de reserva ha estado presidida por criterios de seguridad y solvencia. Dichos criterios deben orientar cualquier modificación de las normas que regulen su gestión (IPT, 2010, p. 49).

Un criterio racionalizador coherente, debe partir de que, al tiempo, en el proceso de reforma se mantengan los ingresos en base a cotizaciones. Efectivamente ello exigirá elevar -en su momento y una vez superada la crisis económica actual- su cuantía, pero podrá ser de forma progresiva, de acuerdo con la evolución del envejecimiento. Ni por razones estructurales (mantenimiento coherente del nivel contributivo con cargo a cotizaciones), ni por motivos coyunturales (crisis económica actual) es aconsejable una política de reducción o rebaja de las cotizaciones sociales. Ello comprometería gravemente la viabilidad del sistema público de pensiones. En tal sentido la Recomendación núm. 2ª del IPT, 2010, manifiesta la necesidad del "mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones". Aquí se contempla una recomendación especialmente positiva para la instrumentación de las medidas garantizadoras, a saber: "considera que la sostenibilidad del sistema exige que sólo se financie con cargo a los recursos de la Seguridad Social los gastos correspondientes al estricto mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, y que toda subida por encima del IPC (o del índice que, en su caso, pudiera adoptarse) sea sufragada con cargo a otros recursos financieros. El vigente sistema de revalorización ha dado lugar, en anteriores ejercicios, a desviaciones entre el IPC previsto y el IPC real, con la consiguiente desvirtuación de su finalidad de conservación del poder adquisitivo; a partir de ahora deberá proponerse para cada desviación que haya ocasionado subidas en las pensiones por encima del IPC real, un tratamiento específico: ya sea como mejora que, total o parcialmente, se consolida y absorbe permanentemente por el sistema, ya sea como mejora cuyo exceso no se consolida…". Pero, además, el IPT contiene una crítica a la última "congelación de las pensiones": "La Comisión considera que el RD-Ley 8/2010 -adoptado en un contexto de medidas de ajuste fiscal y presupuestario- en el que se contempla la suspensión, durante 2011, de la revalorización de las pensiones, con la excepción de las pensiones mínimas y las no contributivas, no se ha realizado de acuerdo con las Recomendaciones del Pacto de Toledo. Por ello, la Comisión considera que este tipo de medidas no puede adoptarse sin la consulta y el debate previos en el ámbito del Pacto de Toledo, teniendo en cuenta su recomendación núm. 2" (IPT, 2010, pp. 48-49).

Al propio tiempo, la *Recomendación núm. 15,* pretende mantener y reforzar la "Solidaridad y garantía de suficiencia". En esa dirección, la Comisión está a favor del mantenimiento del principio de cuantías mínimas para las diferentes modalidades de pensión de nuestro sistema de Seguridad Social. Las mejoras que se establezcan para hacer efectivo el *principio de suficiencia* económica de las prestaciones (art. 41 CE) deberá financiarse básicamente con cargo a la imposición general, como expresión de la solidaridad social". Es pertinente subrayar que para Comisión "deben reforzarse los instrumentos para hacer efectivos los principios de suficiencia y de solidaridad, *incorporando* -en función de las posibilidades del país- *recursos adicionales para incrementar la cuantía de las pensiones mínimas"* (IPT, 58). En particular, respecto a los *complementos a mínimos*, es necesario articular las fórmulas oportunas que determinen que, en ningún caso, la cuantía de tales complementos pueda ser superior a la cuantía de las pensiones no contributivas vigentes en cada momento" (p. 59). Previsión que incorporó el Proyecto de Ley de 2011. Debe llamarse la atención es el dato positivo del compromiso que se asume para la garantía de las pensiones mínimas y la recomendación de extraer recursos adicionales para incrementarlas. Interesa poner de relieve la *crítica del Dictamen del CES* a esta reguladora se produce en un doble plano: a). De coherencia política: "El art. 1 establece una limitación a la cuantía de los complementos a mínimos de las pensiones contributivas, que no podrán superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva; cuestión que, en opinión del CES, excede del contenido del Acuerdo para la Reforma y Fortalecimiento del Sistema Público de Pensiones suscrito por el Gobierno y las Confederaciones empresariales y sindicales. Aun cuando la fijación de dicho límite a los complementos a mínimos pudiera responder parcialmente a la Recomendación 15ª del Pacto de Toledo, sobre Sostenibilidad y garantía de suficiencia, el CES considera que la inclusión de este precepto no aparece suficientemente justificada en las memorias explicativas que acompañan al Anteproyecto". b). En la perspectiva de la imprevisión de sus efectos jurídico-sociales: "al tiempo que no se recoge estudio de evaluación de impacto, ni se contempla gradualidad alguna en su implementación. Al respecto, el CES desea llamar la atención sobre el posible impacto de género que pudiera ocasionar esta medida, atendiendo a las peculiaridades de las carreras laborales de las mujeres, así como su mayor incidencia en determinados regímenes especiales de la Seguridad Social en los que mayor es la proporción de altas de pensiones con complementos a mínimos. La limitación a los complementos a mínimos contemplada en este artículo se realiza mediante la inclusión de un nuevo apartado en el art. 50 de la LGSS, el apartado segundo, manteniéndose, como apartado primero, la redacción actual del art. 50 del TRLGSS, según el cual, los beneficiarios de pensiones del sistema de Seguridad Social, en su modalidad contributiva, tendrán derecho a percibir, bajo determinadas circunstancias, los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen. En opinión del CES, ambos apartado entrarían en contradicción, puesto que, podría darse el caso de que, bajo la limitación contemplada en el apartado segundo, la cuantía de una pensión con complemento a mínimo no llegara a alcanzar la pensión mínima establecida legalmente, contradiciendo, por tanto, lo establecido en el apartado primero. En consecuencia, el CES entiende que debería mejorarse la redacción del art. 1 del Anteproyecto en aras de una mayor concordancia técnica entre los apartados primero y segundo del art. 50 de la LGSS" (Dictamen CES, p. 26).

No es irrelevante anotar que el CES en su Dictamen no avala íntegramente la reforma de las pensiones impulsada por el Gobierno no sólo por razones de fondo sino también por razones de democracia procedimental y deliberativa, esto es, por la falta de consenso político y señaladamente de diálogo social. El Pleno del CES estima "más adecuado" llevar a cabo en el marco del diálogo social y de la Comisión del Pacto de Toledo una "profunda reflexión" en torno a la posibilidad de estudiar "vías alternativas de financiación del sistema que contribuyan a su

sostenibilidad y suficiencia". También se considera necesaria la "recuperación" del diálogo social y el consenso político para impulsar las reformas en materia de pensiones[28].

¿Qué es lo que cambió esta senda de consenso a través de un intercambio político y social? Cambió no sólo los equilibrios políticos (mayoría absoluta de un partido neoliberal gobernante…), sino también la pérdida de poder de las clases trabajadoras y de la subjetividad política y sindical del trabajo (crisis de representatividad sindical incluidas). Pero también debe hacerse notar la presión de las grupos de intereses económicos y la redefinición de la forma de Estado del Estado Social al "Estado-mercado", lo que marca otras prioridades de la política económica y social y permite articular estrategias de acumulación privada por desposesión de lo público[29] (reducción selectiva del gasto público que se orientada sobre todo en la reducción del gasto social, reducción de las pensiones públicas y su creciente re-mercantilización con las tendencias expulsivas de ámbitos funcionales del sistema público: de ahí la creciente pérdida de poder adquisitivo -de calidad- de las pensiones públicas, y el deliberado incremento del espacio de las pensiones privadas siguiendo la lógica disfuncional de los "vasos comunicantes")[30].

Es lo cierto que con estos parámetros el gobierno fuerte ha podido eludir el acuerdo previo con las organizaciones profesionales. Y el intento de "recuperar" el diálogo social de 16 de mayo de 2014 no se llegó a traducir en un gran pacto de Estado, como pretendían los sindicatos y los partidos de la oposición, recuperando la senda trazada del Pacto de Toledo y de sus sucesivas renovaciones o revisiones (2003, 2006, 2011) que había sido rota unilateralmente por Gobierno actual. El 13 de septiembre el Gobierno aprobó una reforma de las pensiones desligándolas del IPC y el 19 de diciembre el Congreso aprobó definitivamente el proyecto de ley de reforma de las pensiones sin lograr concitar el consenso de la oposición ni el respaldo de los sindicatos y empresarios.

En un contexto donde se podía entrever la recuperación de la crisis económica de 2008 (el "crack de 2008") se retoma el ciclo de reformas pactadas. En efecto, después de nueve años (versión del Pacto de Toledo de 2011) el 19 de noviembre de 2020, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo"[31]. Este pacto -como los anteriores consensuados- refleja lo que se podría denominar "Gobernanza Horizontal". El «Acuerdo Social sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», firmado el 1 de julio de 2021, incide muy especialmente en esta materia con un conjunto de medidas que tienen como objetivo, en cumplimiento de la Recomendación 12.ª del Pacto de Toledo, seguir impulsando el proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad ordinaria. Estas medidas se

[28] Véase Dictamen del CES 7 2013. Sesión Ordinaria del Pleno de 26 de septiembre de 2013, "Sobre el Anteproyecto de Ley reguladora del Factor de Sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social.

[29] Para este fenómeno de las políticas neoliberales de privatización del patrimonio social y colectivo, véase Harvey, D.: *El nuevo imperialismo,* trad. J. M. Madariaga, Madrid, Ed. Akal, 2007, pp. 111 y sigs.

[30] Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *Gestión pública y gestión privada de las pensiones. La racionalidad jurídica de los sistemas privados de pensiones,* en VV.AA.: *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social,* Murcia, Ed. Laborum, 2013, pp. 383 a 436.

[31] Un análisis de esta última versión del Pacto de Toledo, en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* nº 25, 4º Trimestre 2020; Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* núm. 3 (2021), pp. 21-84. https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13533/13777. Un estudio completo, en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

materializaron, en una primera fase, en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, *de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones; y en lo que se refiere a la protección complementaria de las pensiones (y en particular de la pensión de jubilación)*, la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

En contexto ha cambiado, pues junto a los factores típicamente coyunturales (la crisis económica de 2008, la Pandemia[32], y la presente "guerra de Ucrania"), persisten los factores estructurales como el desequilibrio demográfico, los cambios estructurales en las formas de empleo (que han desestandarizado el mundo del trabajo y son proclives a la implantación de forma precarias de empleo)[33], las transformaciones tecnológica el impacto de la era digital, etcétera. En el impacto en la Seguridad Social de la economía digital no debe menospreciarse. En este sentido resulta significativa la inclusión la Recomendación 19 bis del Pacto de Toledo de 2020, cuyo contenido merece la pena una mínima atención en esta investigación[34]. En esta

[32] La pandemia es típicamente un "hecho social total" que incide prácticamente en todos los ámbitos de la vida. Reflexionando expresamente en este sentido (cuya origen teórico está en las aportaciones del sociólogo y antropólogo M. Mauss), véase Monereo Pérez, J.L.: "La pandemia COVID-19 como «*Hecho social total*» y su impacto en el Derecho Social", en Barrios Baudor, G.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) *et altri: Derecho Vivo de la Seguridad Social. IV Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2019,* Murcia, Laborum, 2020, pp. 169-232.

[33] Sobre los cambios en curso y las tendencias evolutivas en la larga duración: del Derecho Social del Trabajo clásico (garantista) al Derecho Flexible del Trabajo actual, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, espec., capítulos I, III y IV.

[34] *Recomendación 19 bis.* ("*Seguridad Social y Economía Digitalizada*"). El acelerado e imparable proceso de digitalización de la economía está transformando profundamente el entorno productivo con la intensificación de la robotización, el desarrollo de la inteligencia artificial y el surgimiento de la economía de plataformas digitales. Estos fenómenos económicos afectan de forma directa a la organización del trabajo y a la ordenación de las relaciones laborales. Se trata de cambios trascendentales en su configuración que no deben poner en riesgo la centralidad de la actividad laboral. Pero conviene no olvidar que, más allá del mundo del trabajo, tales transformaciones también se proyectan sobre nuestro sistema de Seguridad Social. Las novedosas formas de economía digitalizada abren grandes posibilidades y oportunidades para empresas y trabajadores que han de redundar en el conjunto de la sociedad. Sin embargo, no deben pasarse por alto las consecuencias que esta transformación productiva podría tener en términos de desigualdad y de debilitamiento de la cohesión social ante el surgimiento de nuevas formas de empleo atípico y de autoempleo. Será necesario, por tanto, llevar a cabo las adaptaciones normativas que permitan la identificación y atención de nuevas necesidades sociales y colectivos vulnerables, al tiempo que se preservan las señas de identidad de nuestro modelo de protección social. Como aproximación inicial a este importante desafío para la Seguridad Social, la Comisión quiere llamar la atención sobre los siguientes aspectos: En primer lugar, el nuevo entorno digital afecta directamente al encuadramiento de los trabajadores y trabajadoras dentro de la Seguridad Social en varios sentidos. Muchas actividades desarrolladas a través de plataformas digitales se caracterizan por ser esporádicas o marginales en función del tiempo de trabajo; resulta clave favorecer su inclusión dentro del sistema, como fórmula para combatir la economía informal y garantizar la protección ante situaciones de necesidad. Igualmente, en línea con la doctrina del Tribunal Supremo (STS 805/2020, de 25 de septiembre, Sala de lo Social) es imprescindible luchar contra el recurso a la figura del falso autónomo, y una reflexión específica acerca del trabajo autónomo económicamente dependiente (TRADE). Por otro lado, se hace necesario analizar y, en su caso, revisar el tratamiento que merecen las situaciones de pluriempleo y pluriactividad. En segundo término, las características de las actividades desarrolladas a través de plataformas digitales pueden generar tensiones en la aplicación del tradicional esquema protector basado en el empleo estable y a tiempo completo. En concreto, la trazabilidad de la actividad desarrollada en el entorno digital -el ajuste del tiempo de prestación de servicios-, la intermitencia o incluso el carácter esporádico de esta modalidad de trabajo atípico pueden plantear un problema serio de 'infra cotización' y, como consecuencia de ello, de insuficiencia protectora. En el plano individual, este anómalo funcionamiento del sistema podría traducirse en prestaciones incapaces de garantizar suficiencia y adecuación; en el plano colectivo, tal insuficiencia amenaza con socavar las bases de la legitimidad del sistema de reparto, con sus efectos inmediatos en la solidaridad en que se basa ese mismo sistema. Por ello, la Comisión subraya la importancia de impulsar actuaciones normativas en un doble sentido. Ante todo, se trata de redefinir la centralidad del trabajo -asalariado o autónomo- garantizando unas condiciones, laborales o de actividad, dignas y suficientes, que eviten la precariedad. Y, como segundo paso, hay que reforzar los mecanismos no contributivos, típicamente

Recomendación 19bis, muy rica en contenido y reflexiones de dimensiones estructurales, se alcanza la conclusión general (los otros aspectos y matices se forman anteriormente en ella misma) de que "si la revolución tecnológica implica un incremento de la productividad, pero no necesariamente un aumento del empleo, el reto pasa por encontrar mecanismos innovadores que complementen la financiación de la Seguridad Social, más allá de las cotizaciones sociales. Se reforzaría así la estructura financiera del sistema a través de la diversificación de las fuentes de ingresos del sistema, como un aspecto clave para garantizar su sostenibilidad económica y social".

Es cierto que existe un rasgo inherente a la Seguridad Social, que no es otro que el carácter permanente de su reforma, frecuentemente con carácter aluvional.

Importa subrayar que la Seguridad Social -y en particular su subsistema de pensiones públicas- viene respondiendo perfectamente a estos retos tanto de carácter coyuntural como de índole estructural. Su capacidad de respuesta, adaptación y creatividad ha sido sencillamente impresionante (el ejemplo de las medidas adaptadas durante el periodo de la Pandemia resulta paradigmático, sin que sea necesario entrar aquí en ello descendiendo a detalles[35]).

En este contexto la Unión Europea ha relajado la exigencia de control del déficit público (dejando en suspenso, en la práctica, el artículo 135 de la Constitución; que fue introducido previamente -en el marco de la crisis de 2008- como una imposición de las instituciones políticas de la Unión) y además se previeron y se están concediendo en fases sucesivas fondos de recuperación.

No es baladí hacer notar que nuestro país ha ratificado la Carta Social Europea (revisada en 1996)[36], un instrumento normativo de Derecho Internacional Regional Europeo que se inserta en la tradición del constitucionalismo democrático social, como también los instrumentos normativos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Lo cual supone un reforzamiento de las garantías jurídicas e institucionales y del sistema de control de los derechos sociales

solidarios, del sistema: Sin cuestionar la lógica que subyace en la obligación de cotizar, se trata de compensar el riesgo de inestabilidad de las carreras profesionales mediante mecanismos que preserven la adecuación de las prestaciones, una necesidad más acuciante, si cabe, ante la tendencia al reforzamiento de la contributividad. Por último, es cierto que en este contexto de digitalización la previsible pérdida de peso del trabajo en la actividad productiva no parece anticipar una caída de los niveles de riqueza. Sin embargo, afectar a los ingresos por cotizaciones de la Seguridad Social. El compromiso de esta Comisión con el sistema de reparto basado en la solidaridad intergeneracional nos lleva a alertar, en línea con recomendaciones anteriores, sobre la necesidad de corregir una excesiva dependencia de las cotizaciones sociales en un contexto productivo y demográfico muy distinto al de las últimas décadas del siglo XX. Si la revolución tecnológica implica un incremento de la productividad, pero no necesariamente un aumento del empleo, el reto pasa por encontrar mecanismos innovadores que complementen la financiación de la Seguridad Social, más allá de las cotizaciones sociales. Se reforzaría así la estructura financiera del sistema a través de la diversificación de las fuentes de ingresos del sistema, como un aspecto clave para garantizar su sostenibilidad económica y social.

[35] Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, P., Moreno Vida, M.N., Vila Tierno, F. y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.) *et altri*: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19,* Fernández Ramirez, M. y Pedrosa Alquézar, S.I. (Coords.), Cizur Menor (Navarra), Thomsom-Aranzadi, 2001, Tomo I, 1836 pp., Tomo II, 1068 pp. Asimismo, véase Monereo Pérez, J.L.: "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* núm. 1 (2020) (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre la COVID-19), pp. 16-83; *Ibid.,* "La pandemia COVID-19 como «*Hecho social total*» y su impacto en el Derecho Social", en Barrios Baudor, G.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) *et altri: Derecho Vivo de la Seguridad Social. IV Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2019,* Murcia, Laborum, 2020, pp. 169-232; Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la Pandemia del COVID-19: Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", en *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 3 (2021), pp. 119-177.

[36] https://www.boe.es/buscar/pdf/2021/BOE-A-2021-9719-consolidado.pdf. Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

fundamentales entre los que se encuentre precisamente el derecho a la Seguridad Social y dentro de ella el derecho a la pensión[37].

El Comité de Protección Social del Consejo de la Unión Europea, en su Informe sobre la adecuación de las pensiones de 2021[38], subraya que el Principio 15 del Pilar Europeo de Derechos Sociales promueve el derecho a pensiones y prestaciones de vejez. Tal como indica el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, el Informe sobre la adecuación de las pensiones de 2021, elaborado conjuntamente por el Comité de Protección Social y la Comisión Europea, apoya los esfuerzos nacionales para garantizar unas pensiones adecuadas y una renta mínima mediante el análisis de la adecuación de las pensiones actuales y futuras, es decir, la manera en que estas ayudan a mantener los ingresos de hombres y mujeres durante toda la jubilación y evitar la pobreza en la vejez. La longevidad creciente y la disminución de la población en edad de trabajar ejercerán una presión sobre los sistemas de pensiones europeos en los próximos decenios. Y observa que tras una década de mejora, no se han producido nuevos avances en la reducción del riesgo de pobreza o exclusión social de las personas mayores en la Unión Europea. Considera que mantener un nivel de vida adecuado durante toda la jubilación sigue siendo un reto, en particular para las mujeres (las desigualdades de género se acentúan en la vejez; el riesgo de pobreza en la vejez entre las mujeres aumenta a partir de los 75 años, ya que las mujeres tienen una esperanza de vida más larga y a menudo están sin pareja. Las pensiones de supervivencia contribuyen a redistribuir los ingresos entre las mujeres de edad avanzada, pero no son suficientes para compensar las desigualdades durante la vida profesional, etcétera); las desigualdades de renta entre las personas de edad avanzada persisten, aunque las políticas fiscales y de pensiones pueden contribuir a mitigarlas; las carreras profesionales futuras deberán ser más largas para mantener pensiones adecuadas; los sistemas de pensiones evolucionan en un contexto de cambios en la economía y el mercado laboral, y mantener su adecuación puede exigir que se reconsideren las fuentes de financiación (aunque muchas reformas han seguido promoviendo la prolongación de la vida laboral, varios Estados miembros también han tomado medidas para mejorar la adecuación de las pensiones; el gatos en prestaciones de vejez representa una parte importante del PIB y del gasto total en protección social y se mantuvo prácticamente sin cambios a escala de la UE entre 2005 y 2018; el diseño de los sistemas fiscales y las cotizaciones sociales, incluidos los criterios de admisibilidad y progresividad, afecta a la base de financiación de los sistemas de pensiones y a su resilencia en una economía y un mercado laboral cambiantes; a la luz de estas observaciones, el Comité de Protección Social considera que es necesario redoblar los esfuerzos para aplicar los principios pertinentes del Pilar Europeo de Derechos Sociales, como también se pide en el Plan de Acción; el Comité de Protección Social pide un debate amplio y abierto sobre la manera en que los sistemas de pensiones, junto con unas políticas sociales, de empleo y fiscales más amplias, pueden apoyar unos ingresos de jubilación adecuados en un contexto de envejecimiento de la población y de cambios en el mercado de trabajo; la adecuación de las pensiones y las desigualdades requieren un seguimiento y un análisis continuos. Por consiguiente, el Comité de Protección Social y la Comisión tiene la intención de preparar el quinto Informe sobre la adecuación de las pensiones para su adopción en 2024).

Al tiempo lo que se constata es que el envejecimiento es un proceso que comprende todo el ciclo vital de las personas; y de suyo exige -en un sistema de reparto- un Pacto de solidario

[37] Monereo Pérez, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis,* Murcia, Laborum, 2021, y bibliografía allí citada.

[38] COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL: "Principales conclusiones del Informe sobre la adecuación de las pensiones de 2021 del Comité de Protección Social y la Comisión Europea"-Refrendo. El Informe completo, elaborado conjuntamente por la Comisión Europea (DG EMPL) y el Comité de Protección Social, figura en los documentos 9145/21 ADD I y ADD 2. Bruselas, 4 de Junio de 2021 (OR. En). SOC 356. EMPL 266. ECOFIN 509.

intergeneracional, que contribuye a crear confianza sobre el cumplimiento de los compromisos para todas las generaciones.

Por otra parte, el derecho a la pensión se inserta en el marco más amplio del sistema internacional multinivel de garantía de los derechos de las personas mayores. Los nuevos derechos de las personas mayores (que en gran medida son prolongación, ampliación y desarrollo evolutivo a las nuevas necesidades de los mayores), podrían globalizarse en el *derecho a envejecer* (dignamente o con dignidad) como un derecho fundamental que debe ser incluido en las políticas públicas[39]. Hay que tener en cuenta el contexto sociodemográfico en el que las sociedades evolucionan, y evolucionarán previsiblemente en las próximas décadas. Es necesario ofrecer claves para el análisis del envejecimiento demográfico y los derechos ciudadanos; por ello *el concepto de ciudadanía aplicada al proceso de envejecimiento ha de ser una cuestión central* junto con los relativos al envejecimiento y los modelos que se plantean como son el envejecimiento activo, el saludable, el exitoso o el productivo (El envejecimiento no es una fase concreta, definida y menos todavía estática. En realidad hay que hablar de "proceso de envejecimiento"). De ahí que haya de insistirse en aspectos como el desinterés y el abandono sobre el envejecimiento, o los marcos analíticos en los que se encuentran las preguntas acerca del envejecimiento demográfico.

Esto se enmarca en la evolución hacia una Carta de Derechos de las Personas Mayores. Paradigmáticamente, se hace referencia al derecho de toda persona a la protección especial durante su ancianidad (Organización de los Estados Americanos, "Protocolo de San Salvador" de 1988; Carta de los principios a favor de las personas mayores [ONU, Resolución 216/1991 de la Asamblea General]; Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, adoptada en la tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 8 al 11 de mayo de 2012). La Carta de los Principios a favor de las Personas Mayores (Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991) es bien significativa del enfoque, tanto más teniendo en cuenta su relevancia en el actual proceso de elaboración de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas mayores, otorgando más visibilidad a los problemas y derechos de las personas mayores. En ella (que pretende consagrar un estándar mundial respecto de la tutela de los derechos y capacidades de las personas mayores) se establece un conjunto de derechos que tienen la virtualidad de vincular funcional y teleológicamente capacidades y derechos de las personas mayores.

II. La garantía constitucional del modelo global de pensiones. El proceso político jurídico del Pacto de Toledo y sus desarrollos

El más reciente Pacto de Toledo de 2020, se configura como un *proceso dinámico en permanente construcción* (*y llegado el caso, también de re-construcción y posible rectificación*). Ha venido seguido de un Acuerdo de Concertación Social para su desarrollo y ejecución. Distinguiendo dos grandes "fases", a saber: una Primera fase de desarrollo del Pacto de Toledo y del Acuerdo de Concertación Social: La centralidad de la Ley 21/2021; y una Segunda fase de desarrollo del Pacto de Toledo en el marco de la concertación social dinámica: El Mecanismo de Equidad

[39] En este sentido, ampliamente, y desde un enfoque integrador de la protección de los trabajadores mayores, Monereo Pérez, J.L.: "El sistema multinivel de protección de las personas mayores", en Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F.: *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 15-76 (obra colectiva que contiene otras trabajos de gran interés sobre la protección de seguridad social de los mayores); y antes, en el mismo sentido, *Ibid., Ciudadanía y derechos de las personas mayores,* Granada, Comares, 2013; Monereo Pérez, J.L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada,* Albacete, Bomarzo, 2019.

Intergeneracional (MEI), la cotización de los trabajadores autónomos o por cuenta propia y otras medidas de reforma.

Pero este nuevo Pacto de Toledo de 2020 se inserta en una ya larga senda de planificación de las políticas de Seguridad Social y del sistema de pensiones en particular. Sin una referencia a ella no se puede comprender la lógica del proceso político del Pacto de Toledo y comprender, así, cuál es el tipo de respuesta y las opciones de política de reforma social que se conducen y sirven de hilo conductor al proceso mismo en toda su innegable extraordinaria complejidad; complejidad que se acreciente porque las respuestas están marcadamente condicionadas por factores causales cambian en cada momento histórico bajo circunstancias de riesgos y desafíos previsibles, pero también imprevisibles y como tales presididos por la incertidumbre. Aquí se plantean límites intrínsecos a la previsibilidad y calculabilidad de los riesgos sociales (y con ellos nacieron los seguros sociales devenidos después en sistemas de previsión social, primero y más adelante en sistemas de Seguridad Social propiamente dichos), porque las políticas de Seguridad Social tienen que hacer frente a riesgos o situaciones de peligro imprevisibles o muy difícil de prever (es lo que caracteriza a la "sociedad del riesgo" e incertidumbre generalizada en la que se mueven las políticas de Seguridad Social y su subsistema de pensiones públicas; pero también los sistemas privados de provisión de las pensiones). Esto conduce a que las políticas de reforma social tienen que captar la complejidad de lo real a través de dos principios fundamentales, a saber: el principio de prevención (más tradicional, que atiendo a los riesgos o situaciones de necesidades previsibles) y el principio de precaución (que hace frente a los riesgos o situaciones imprevisibles o probables, sobre cuyo advenimiento pesa siempre la incertidumbre). Estos principios, junto con el principio de responsabilidad (vinculado a la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social y de las pensiones; y no sólo a su proyección tradicional en las políticas de calidad ambiental) han de ser aplicados (y en algunos aspectos adaptados y reformulados) a las políticas de reforma de los sistemas de protección social pública, las cuales en encuentran ante un escenario cada vez más complejo y difícil para anticipar los eventos temidos frente a los cuales hay que garantizar las protección de las personas[40].

[40] Para los dilemas que plantea la "sociedad del riesgo" en el campo de la protección, puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la "sociedad del riesgo", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *10*(2), pp. 424-505. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5074. Monereo Pérez, J.L.: "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", en *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (1), (2020), pp. 16-83. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi1.10403 Monereo Pérez, J.L. y Lopez Insua, B.M.: "¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho "al trabajo" en la "sociedad del riesgo"?, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* núm. 126 (2014), pp. 47-90. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4944254 En el campo de prevención de riesgos laborales, el juego de estos dos principios ha sido cada vez más patente, como puede verificarse en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri: Los servicios de prevención de riesgos laborales. Evolución y régimen jurídico,* Granada, Comares, 2009. Toda la materia de ese nuevo sector diferenciado y transversal del ordenamiento jurídico que es el derecho de la prevención de riesgos laborales está sometida a constantes cambios, como condición de eficiencia para que se puedan realizar las finalidades del mismo y de la formulación de respuestas adecuadas a los nuevos desafios que impone la sociedad del riesgo (U.Beck) y de la incerteza. Asimismo, Monereo Pérez, J.L. y Rivas Vallejo, P.: *Prevención de riesgos laborales y medio ambiente,* Granada, Comares, 2010. En ésta última obra se verifica la conexión Medio Ambiente en su dimensión interna versus dimensión externa, donde las fronteras son fluidas, tanto desde el punto de vista causal como consecuencial. Existen argumentos convincentes para abogar por la realización de políticas integradoras en una «sociedad del riesgo», con la complejidad de factores de riesgo y la constatación de una interferencia causal en la producción de riegos. Es de advertir la multicausalidad de los riesgos y las distorsiones de los sistemas de protección preventiva y reparadora. Se aprecia actualmente la «desconexión» legal e institucional entre los sistemas reguladores de la salud ambiental y de la salud en el trabajo. Existe un Estatuto jurídico dispar en la prevención de los riesgos. El derecho regulador de los riesgos profesionales, y en particular el derecho regulador de las enfermedades profesionales. Se trata de potenciar los instrumentos complementarios de conexión funcional entre medio ambiente interno y externo (Responsabilidad social de la empresa, Negociación colectiva; Control Sindical de las políticas preventivas y medio ambientales; articulación de las políticas públicas medioambientas y de protección de las personas). Es necesaria la reconstrucción de la Unidad en un enfoque ambiental integrador e integrado. Para ello

La Seguridad Social se configura como un derecho social fundamental y el sistema de Seguridad Social, que le es instrumental, se caracteriza como un régimen público dotado de unos rasgos que limitan las opciones del legislador ordinario en orden a desarrollar las previsiones constitucionales. Límites que aun reconociéndose que existen tienen, solo en principio y en una primera aproximación "locativa" o de percepción sistemática aislada, una eficacia limitada en función de la ubicación del artículo 41 entre los principios rectores de la política social y económica. Estamos, por tanto, ante una norma garantista de fines, de manera que los límites identificados con el carácter público del sistema y la suficiencia de la protección otorgada ante situaciones de necesidad se hacen relativamente flexibles ante los futuros desarrollos legislativos.

Ello no obstante, habría que entender que el legislador ordinario no puede utilizar esos límites, como rasgos característicos que son del sistema de la Seguridad Social, en el sentido discrecional de conveniencia y oportunidad, Y ello, si tenemos en cuenta dos aspectos de indudable raíz hermenéutica, como son: la técnica de la garantía constitucional y el de los deberes ineludibles. En relación a la primera, hay que recordar que se trata de una técnica de interpretación constitucional heredada o nacida a partir de la dogmática alemana de entreguerras en el marco del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho y que tiene como objetivo el inferir de la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico que es, una serie de rasgos identificativos de un derecho y de una institución instrumental sin los cuáles dicho derecho constitucionalmente consagrado no sería reconocible en su *contenido esencial*. Por tanto, en la Constitución aparecen los elementos básicos que dotan de contenido esencial a un derecho jurídico-institucionalmente garantizado y que condicionarán necesariamente la regulación que del mismo *deba por imperativo constitucional* hacer el legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales. Es así que los rasgos esenciales del derecho social y del sistema institucional de la Seguridad Social deberían constituirse en límite infranqueable para el legislador infraconstitucional, ya que su vulneración no lo harían recognoscible en el estado actual de la conciencia social y de la cultura jurídica. Los artículos 41 y 50 y siguientes de nuestra Norma Fundamental deben ser interpretados sistemáticamente conforme al imperativo canon interpretativo ex artículo 10.2 CE en relación con los artículos 93 a 96 de la propia Constitución. Esto sería suficiente para afirmar que estamos ante la *garantía constitucional* de un verdadero derecho a la Seguridad Social dotado de un contenido esencial del derecho que actúa como límite al desarrollo legal de las previsiones constitucionales; garantía que se extiende al sistema institucional necesario para su disfrute[41]. Sería suficiente el reclamo en virtud del *canon*

puede reclamarse una serie de instrumentos que pueden utilizarse «lege data» (la experiencia de hecho está poniendo en práctica políticas ambientales integradas) e instrumentos proponibles «lege ferenda» al respecto. Quizás uno de los cauces a establecer es caminar hacia una Ley Integral de Coordinación y tutela preventiva y reparadora de daños ambientales. Ello convendría más a la gestión de los riesgos en términos de calidad y eficiencia. La otra perspectiva es la relativa a la de pérdida de la salud por el trabajo y de los instrumentos jurídicos para articular su protección. Ello conduciría al estudio del sistema legal de prevención y reparación de los riesgos profesionales. No sería difícil comprobar, en este plano, las aporías del Modelo legal vigente.

[41] Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524; Monereo Pérez, J.L.: "Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental", en *RTSS*. CEF, núm. 429 (2018). Y, en una perspectiva de conjunto sobre la Seguridad Social como derecho constitucional garantizado, Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1995, pp. 194 y sigs. En cualquier caso, como se indica en estos estudios el marco constitucional regulador de la Seguridad Social es insuficiente y deficiente y la misma interpretación, forzadamente restrictiva, llevada a cabo por el Tribunal Constitucional contribuye decisivamente a ese déficit de la garantía constitucional de los derechos de Seguridad Social. Ello ha permitido que este derecho no quede mínimamente blindado ante políticas restrictivas de tales derechos sin estar siquiera acompañadas de un fundado motivo justificado ni de proporcionalidad (como obliga la inversión de la carga de la prueba por parte del

interpretativo ex constitutione (bloque o grupo normativo formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Carta Magna) del art. 12 de la Carta Social Europa Revista, que configura a la Seguridad Social como un derecho dotado de un contenido esencial[42].

Hay que tener en cuenta que la idea de sostenibilidad -"mantener"- remite tanto a la sostenibilidad económica como social (y adecuación social) y entraña un mandato constitucional (artículos 41 y 50 de la CE, en relación con el artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada) en virtud del cual es responsabilidad directa del Estado la organización y la financiación correspondiente para garantizar pensiones suficientes y adecuadas (sea a través de la exigencia legal de cotizaciones, o sea complementariamente a través de impuestos generales o especiales, o sea, por último, a través de un modelo mixto de financiación mediante cotizaciones e impuestos).

Así pues, la interpretación de los artículos 41 y 50 de la Constitución Española (y en general de todo el bloque o grupo normativo regulador de los derechos de Seguridad Social contemplados en el Capítulo III), deberá hacerse necesariamente -por mandato del art. 10.2 CE- en el marco del sistema internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales, en una "interpretación conforme"[43]. En este contexto sistemático hay que interpretar la referencia del art.

Estado conforme al garantismo multinivel de los derechos fundamentales). Frente a este criterio hermenéutico, se debe entender que la Seguridad Social es derecho social fundamental (en el sentido amplio atribuido a este último término en el Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales; paradigmáticamente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, elevada a rango de Tratado de la Unión Europea por el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea) en una interpretación sistemática que atiende al grupo o bloque normativo constitucional regulador de este derecho de estructura jurídica compleja (artículos 41, 43, 49, 50 en relación con el artículo 10.2 Constitución española, que es la norma de apertura constitucional de engarce y remisión al sistema multinivel de garantía del derecho a la seguridad social, y los artículos 93 a 96 Norma Fundamental).

[42] No resulta baladí destacar en este contexto el *Principio 15* del Pilar Europeo de Derechos Sociales, relativo a la garantía de las "Pensiones y prestaciones de vejez", a cuyo tenor: "a. Los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia tienen derecho a recibir una *pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada*. Las mujeres y los hombres deberán tener las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión. b. Toda persona en la vejez tiene derecho a los recursos que *garanticen una vida digna*". https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:914b1a2e-a293-495d-a51d-95006a47f148/EPSR-booklet_es.pdf

[43] La construcción del derecho a la seguridad social con el reclamo del sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales a través de la cláusula interpretativa prevista en el art. 10.2, fue mantenido y desarrollada originariamente en Monereo Pérez, J.L.: "*El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución Española)",* en Monereo Pérez, J., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.) *et altri: Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524. En efecto, "porque el derecho social a la Seguridad Social es, como todos los derechos sociales prestacionales de la ciudadanía, un derecho de desmercantilización que pretende lograr mediante el conferimiento de una posición estatutaria un grado suficiente de inmunidad del individuo respecto a su posición "contractual" en las relaciones de mercado. Por lo demás, en una interpretación sistemática del texto constitucional la cláusula de interpretación de reenvío a la normativa internacional de carácter fundamental reguladora de la materia inserta en el art. 10.2 CE permite incorporar el standard mundial y europeo conseguido como delimitador del alcance específico del derecho a la Seguridad Social. Por lo que, una vez ratificados los textos internacionales fundamentales relativos a la Seguridad Social, la LGSS no se podría apartar de ese estándar mundial mínimo, salvo denuncia de los convenios y tratados ratificados (medida difícilmente practicable dados los costes políticos que conllevaría en el plano internacional y en el ámbito del sistema democrático interno). Esto dicho, caben distintos modelos de concreción del modelo general (STC 206/1997). Con arreglo a esta interpretación sistemática del texto constitucional (art. 41 versus art. 10.2 de la Constitución) se limita la facultad de acción de la política legislativa" (*Ibid*., p. 130). "Típicamente se trata de una norma de finalidad que establece un programa normativo que constitucionalmente ha de ser delimitado atendiendo a todo el grupo o bloque normativo constitucional regulador del derecho a la seguridad Social (arts. 41 y sigs., interpretados en su alcance con arreglo al art. 10.2 CE: art. 43, sobre protección de la salud, art. 49, protección de minusválidos, art. 50, servicios sociales y atención a la tercera edad, art. 39, protección de la familia; arts. 148.1.20 y 149.1.17 CE). No se trata de normas programáticas, en el sentido de que carezcan de toda obligatoriedad directa para los poderes públicos, ya que poseen fuerza vinculante vertical para éstos y establece condicionantes precisos para la actuación legislativa en materia de seguridad social. Establece una obligación positiva para los poderes públicos para legislador conforme a lo que querido en el art. 41 CE, en las condiciones establecidas por éste y por las normas internacionales de valor fundamental ratificadas por España. Para el Tribunal Constitucional el mandato

41 CE a que los poderes públicos deberán "*mantener*" un régimen público de Seguridad Social y el

constitucional dirigido a los poderes públicos consistente en garantizar el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos comporta necesariamente que ningún ciudadano en situación objetiva de necesidad puede quedar desprotegido por el sistema de Seguridad Social ex art. 41 CE (STC 184/1990); comporta también que "el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal" (SS.TC 184 y 231/1993, 67/1990 y 37/1994, entre otras). Estamos, así, ante una verdadera garantía constitucional de un derecho social de prestación pública y no meramente ante una garantía institucional, si es entendida ésta, como es opinión muy extendida en la doctrina jurídica, como una noción devaluadora del derecho a la Seguridad Social. Ello se infiere -en atención a la cláusula interpretativa prevista en el art. 10.2 CE, de obligada referencia por la propia autoridad de su mandato- del haz de normas internacionales que reconocen su condición de auténtido derecho humano de carácter social, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (arts. 22 y 25.1º), el Convenio núm.102 de la OIT de 1952, la Carta Social Europea de 1961 (art. 12), el Código Europeo de Seguridad Social, de 16 de abril de 1964 (ratificado por España el 9 de marzo de 1995), el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 (...). Este referente internacional es especialmente necesario en un contexto de mundialización de la economía. Por lo demás la obligación de mantener un régimen público de Seguridad Social constituye un reducto indisponible para el legislador, al imponer "el obligado respeto a los rasgos que la hacen recognoscible en el estado actual de la conciencia social, lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema" (SSTC 37/1994 y 206/1997). Precisamente el art. 12 de la Carta Social Europea, dispone que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes Contratantes 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 Internacional del trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social". A pesar de lo cual existe un amplísimo margen de discrecionalidad del legislador ordinario para alterar o modificar en sentido expansivo o regresivo la cobertura dispensada por el sistema de seguridad social (SSTC 126/1994 y 38/1995), como en la experiencia jurídica ha venido ocurriendo con la medidas llamadas "racionalizadoras" de Seguridad social de algún modo articuladas con las reformas laborales…" (*Ibid*., p. 1439). "Con todo, el legislador que desarrolle el 41 CE (y otros preceptos pertenecientes al *bloque constitucional de la Seguridad Social*, como los artículos 43 y 50, que son manifestación del derecho a la Seguridad Social consagrado en el art. 41 CE), concretando el alcance y contenido del derecho a la Seguridad Social, no goza de una libertad absoluta de configuración del derecho constitucional. Por lo demás, la exigencia de una actividad legislativa para alcanzar la plenitud de este derecho social de prestación, no priva a éste de su condición de "derecho constitucional" en el sistema integrado de la Norma Fundamental (véase, entre otras, SSTC 65/1987, 69/1992 y 37/1994). Y aunque es evidente que existe un desfase considerable en la actualidad entre el sistema jurídico en vigor de Seguridad Social y las previsiones constitucionales («programáticas» en el estricto sentido explicitado), también debe serlo que el sistema jurídico positivo ordinario ha de tender por imperativo constitucional a realizar plenamente tales previsiones del sistema constitucional si se comparte, y se quiere hacer valer, aquella afirmada eficacia jurídica vinculante que respecto, sobre todo, a los poderes públicos poseen los principios rectores de la política social y económica del Estado diseñados en el texto constitucional y la cláusula interpretativa inserta en el art. 10.2 CE. Agrégese que los preceptos constitucionales no han de interpretarse aisladamente sino en el marco del conjunto del sistema constitucional (unidad del orden constitucional; R.Smend), de manera que difícilmente el Estado se puede sustraer de las obligaciones constitucionales en materia de Seguridad Social a tenor del contundente art. 9.2 CE y, lo que resulta más explícito, el reclamo a las normas internacionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, reclamo necesario y no facultativo conforme al art. 10.2 C.E. Por ello difícilmente se podrá producir una regresión en cuanto a la subsistencia del sistema mismo (en cuanto que el art. 41 CE precisamente garantiza el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos), aunque tal irregresividad no sería aplicable tanto en relación a las prestaciones sociales concretas ya alcanzadas en la actualidad, como se verá ha sucedido en materia de pensiones contributivas públicas. No obstante anotar que tras la ratificación de la Carta Social Europea por España, el Estado español queda obligado "a mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre norma mínima de Seguridad Social" (art. 12.2 de la Carta Social Europea) y "a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social" (art. 12.3 Carta). Pero que la regresión en los niveles de protección social pública alcanzados sea difícil no implica en absoluto que sea imposible, por hipótesis, porque la eficacia «programática» (en el sentido expresado) del art. 41 CE lo permite, y, además, porque la redacción de éste es perfectamente ambigua. A lo que cabe añadir que el Convenio 102 de la OIT puede ser ratificado selectivamente y la denuncia de la propia Carta Social Europea bastaría, por hipótesis, para eludir la fuerza del artículo 10.2 CE. Como se indicó, la fórmula del artículo 41 CE puede permitir diversas lecturas e interpretaciones y desarrollos normativos, tanto por su defectuosa configuración como por el principio cada vez más consagrado en la doctrina del Tribunal Constitucional de la relatividad de los principios constitucionales rectores de la política social y económica de los poderes públicos. Por todo lo cual, se ha de rechazar por completo la posibilidad del «desmantelamiento» absoluto (y no tanto su desmantelamiento parcial) del sistema jurídico de la Seguridad Social vigente en el momento presente, aunque es cierto que sus posibilidades de expansión se hallan muy limitadas en el ámbito de las políticas de Seguridad Social, condicionadas a su vez por opciones económicas adoptadas desde el Estado intervencionista en un contexto histórico

art. 50 CE ("Los poderes públicos *garantizarán* mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la *suficiencia económica* a los ciudadanos durante la tercera edad…"). Es posible pensar que con ello el constituyente no ha pretendido consagrar el principio de irregresividad del nivel de Seguridad Social alcanzado en cada momento. Pero no cabe duda que esa referencia a mantener debe ponerse en relación con la configuración del derecho a la Seguridad Social y de su *contenido esencial* tal como se impone deducir del sistema multinivel de garantías de los derechos fundamentales (que incluye, evidentemente, a los derechos fundamentales sociales) por el cauce del art. 10.2 CE (en relación los artículos 93 a 96 de la Constitución). Y para decirlo con la mayor brevedad y precisión *esa configuración y delimitación del contenido esencial se contiene lege data en el art. 12 de la Carta Social Europea Revisada* (1996), que significativamente utiliza los mismos términos y precisa su alcance. Efectivamente, conforme al artículo 12 CSE ("Derecho a la Seguridad Social"): "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes se comprometen: 1. a *establecer o mantener* un régimen de Seguridad Social. 2. a *mantener* el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del *Código Europeo de la Seguridad Social.* 3. a esforzarse por elevar progresivamente el nivel [alcanzado] del régimen de Seguridad Social…". Como se ve la obligación de "mantener un régimen de Seguridad Social" viene acompañada de la identificación de un estándar mínimo delimitador del alcance dinámico de los derechos de Seguridad Social, que materializan ese derecho matriz de estructura compleja, pues comprende diversos derechos prestacionales. La referencia al Código Europeo de la Seguridad Social (como en la versión anterior de 1961 que se hacía al Convenio OIT, núm. 102, norma mínima de Seguridad Social)[44], es precisa respecto a la concreción de ese contenido mínimo esencial y conforma un estándar prestacional; un *ideal de cobertura* que integra un amplio conjunto de prestaciones contributivas y no contributivas que debe ser mantenido (y según el apartado 3 del artículo 12 CSE elevado progresivamente en atención a la necesidad de cobertura de nuevas necesidades sociales, pues la Seguridad Social presenta un contenido variable y en constante evolución con límites inestables) por el Estado, como típica responsabilidad pública[45]. De nuevo, hay que decir que es necesario tomarse en serio los derechos sociales fundamentales, por decir con Ronald Dworkin y con Robert Alexy[46]. Lo que se acaba de decir es crucial, porque la garantía del contenido esencial de los derechos de Seguridad Social -y dentro de ellos del derecho social a la pensión pública- actúa como núcleo resistente de los derechos y como restricción a las restricciones del legislador infraconstitucional

social en el cual el principio de protección social acaba progresivamente cediendo posiciones, en base a criterios de pura racionalidad económica, connaturales en la formación social vigente, frente a las exigencias que requiere el mantenimiento del sistema económico y social establecido" (*Ibid.,* pp. 1450-1451). Ahora bien, la estrategia que se ha ido imponiendo en los países democráticos no es tanto el desmantelamiento de golpe, sino la vía intermedia de reformas graduales, más modestas y de privatización paulatina de ámbitos funcionales del sistema público de pensiones; es decir, una privatización silenciosa y, a menudo, enmarcada en decisiones tecnocráticas instrumentales que se enmascaran como reformas orientadas hacia la sostenibilidad de los sistemas públicos de pensiones. La opción, por simplificar, sería establecer un sistema de pensiones, distinguiendo, al efecto, un pilar público que satisfaga pensiones mínimas, y otro pilar de estructura multívoca gestionado por entidades privadas y basado en la técnica financiera de capitalización. Era una propuesta astuta planteada por el Banco Mundial a partir de 1994. Cfr. WORLD BANK: *Averting the Old Age crisis: Policies to protect the Old and Promote Growth,* Oxford University Press, New Yord, 1994.

[44] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El Convenio OIT núm. 102 (1952) sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Vol. 7, Núm. Extra 0, 2019, pp. 90-123.

[45] Monereo Pérez, J.L. "Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017, pp. 629-659.

[46] Dworkin, R.: *Los derechos en serio,* Barcelona, Ariel, 1ª ed., 1984; Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 419 y sigs.

de desarrollo de las previsiones constitucionales[47]. La intangibilidad del contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales reenvían al núcleo de valor que se halla encerrado en cada derecho fundamental y que resulta la inserción del derecho mismo en el sistema de valores constitucionales[48].

El concepto de garantía constitucional -en el sentido de la tradición del constitucionalismo social garantista- ha sido proclamado por el Tribunal Constitucional en el sentido antes apuntado, aunque con la técnica de alcance garantista algo más limitada de la "garantía institucional". Y así, se reitera por el intérprete constitucional que con dicha técnica se logra "la preservación de una institución en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar" , con lo que, ligado esto a la consideración que hace el propio Tribunal Constitucional en orden a considerar que los derechos de Seguridad Social, como derechos sociales de prestación que implican una carga financiera, son de contenido legal, habría que admitir que la función legislativa tiene una amplia libertad de configuración del régimen público de Seguridad Social pero no hasta el punto de vaciar de contenido los elementos estructurales de la institución. Por tanto, el sentido de atribuir a la Seguridad Social la naturaleza de garantía institucional no puede ser otro que el de establecer un núcleo indisponible a la acción legislativa al derecho a la Seguridad Social constitucionalmente garantizado (SSTC 37/1994, de 10 de febrero; 38/1995, de 13 de febrero; 77/1995, de 22 de mayo, 149/2004, de 20 de septiembre; 213/2005, de 21 de julio, entre otras).

Este es el sentido de la *Recomendación número 0* que, entre otras cosas, declara que "el sistema español de Seguridad Social, fruto de la acción y el esfuerzo de cinco generaciones, constituye la columna vertebral del Estado del Bienestar, el estandarte y la seña de identidad de una sociedad moderna y cohesionada"[49]. Y añade que "el *derecho* de los españoles a la Seguridad Social viene configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva y se basa en los principios de universalidad, unidad, solidaridad, igualdad y suficiencia. La ciudadanía ha de ser partícipe de estos principios, que se traducen en un adecuado y necesario modelo de protección social; en esta línea es muy importante que la juventud sea sensible a esta situación, y que disponga de un mejor conocimiento de los citados principios, de los derechos de los que dispone desde el momento en que queda incluida en el sistema de Seguridad Social, así como de las obligaciones que deberá cumplir. Las personas jóvenes son protagonistas esenciales en el fortalecimiento del sistema de Seguridad Social; que recuperen la confianza perdida en el mismo exige la adopción de cuantas medidas sean necesarias para hacerlas partícipes de la necesidad de su recomposición y de sus bondades". Con ello se *especifica* lo que son principios constitutivos del Sistema consagrados en la Recomendación 0 del Pacto de Toledo de 2020, que recupera, a su vez, la versión de 2011[50]. En efecto, se indica a reglón seguido que "por todo ello, reiterando y actualizando la Recomendación 0 del Pacto de Toledo de 2011, el Congreso de los Diputados:

[47] Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 286 y sigs.

[48] Häberle, P.: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003, pp. 95 y sigs., y 322 y sigs.

[49] Sobre la *Recomendación 0* y su significación técnica y de política del Derecho, véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 0. Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones: la opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

[50] Para un estudio completo de la *Recomendación O* del Pacto Toledo de 2020, véase Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 0. Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones: la opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas*

— Reafirma su compromiso en el mantenimiento, mejora y adaptación del sistema público de Seguridad Social y, especialmente, del sistema de pensiones, basado en la solidaridad intergeneracional y en el seno de cada generación, y a través del reparto equitativo de las cargas.

— Se opone a cualquier transformación radical del sistema que suponga una ruptura de los principios en que se asienta el actual, en especial los de *solidaridad intergeneracional e intrageneracional, suficiencia de prestaciones, equidad en el reparto de las cargas y responsabilidad pública en la dirección y gestión del sistema*".

En el "Resumen" del Informe se concreta la *Recomendación 0* en los siguientes términos*:*

— Rechaza la sustitución del sistema de reparto por otro de capitalización.

— La financiación del sistema de la Seguridad Social debe adecuarse a la naturaleza de la protección, de modo que las prestaciones no contributivas se financien mediante aportaciones del Estado.

En definitiva, con ello se reafirman los grandes principios constitutivo del sistema de Seguridad Social -y por extensión del subsistema público de pensiones-, a saber: el principio de solidaridad intergeneracional e intrageneracional, el principio de suficiencia de prestaciones públicas, el principio de equidad en el reparto de las cargas y, por último, el principio de responsabilidad pública en la dirección y gestión del Sistema. Todo lo cual se infiere -en una lectura atenta e interpretación sistemática y finalista- del artículo 41 *como eje* del bloque o grupo normativo constitucional regulador de los derechos de Seguridad Social[51]. Los principios de solidaridad y suficiente se reiteran como el eje valorativo o "principialista" de todo el Sistema de Seguridad Social, y su subsistema público de pensiones en la Recomendación 15 ("Solidaridad y garantía de suficiencia"), subrayando que "con arreglo a los artículos 41 y 50 de nuestra Constitución, la Comisión considera que *la solidaridad y la garantía de suficiencia son valores fundamentales del sistema de pensiones* que, como tales, han de seguir reforzándose. Como tal principio básico, la solidaridad se articula en las dos esferas, contributiva y no contributiva, de nuestra Seguridad Social. […]"[52].

jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020), Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021, pp. 49-84.

[51] Sobre la centralidad del principio de solidaridad en la configuración de todo el sistema de Seguridad Social visible ya en el mismo proceso de elaboración parlamentaria del art. 41 CE, véase Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución Española)", en Monereo Pérez, J., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.) *et altri: Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524.

[52] Se añade en la referida Recomendación 15: En el nivel contributivo, los mecanismos de solidaridad sirven para modular el principio de adecuación, vinculado a la proporcionalidad entre cotizaciones y pensiones, en la relación entre base máxima y pensión máxima y en la garantía de suficiencia. Por eso, puede afirmarse que el modo más coherente y equilibrado de reforzar la contributividad del sistema es el que, en paralelo, fortalece el componente solidario de la acción protectora como condición necesaria para garantizar en todo caso la suficiencia de las prestaciones. Por su parte, el nivel no contributivo es, por definición, un ámbito de protección basado en la solidaridad, pues las personas beneficiarias carecen de una carrera de cotización y de recursos económicos para hacer frente a una situación de necesidad. Sólo a través de prestaciones suficientes se evita el riesgo de pobreza. En este sentido, la suficiencia actúa como garantía de la dignidad de la persona a la que se refiere el artículo 10 de nuestra Constitución, asegurando el nivel mínimo de recursos establecido en el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea. De ahí la importancia de contar con indicadores de suficiencia que a través de la delimitación de umbrales de referencia sirva para reforzar la efectividad de la lucha contra la pobreza. Por ello, la Comisión considera necesario establecer alguna referencia adecuada (como puede ser la tasa de sustitución que relaciona la pensión media del sistema con el salario medio de los trabajadores ocupados) y un ámbito territorial de medición comparada (países más avanzados de la Unión Europea), que permita realizar un seguimiento continuo de su evolución y, en caso de desviación, adoptar las medidas oportunas. Así, del mismo modo que la Carta Social Europea establece una fórmula para considerar que un salario

La fuerza normativa de lo preceptuado en el artículo 41 CE (en relación necesaria con el sistema de garantía multinivel de los derechos fundamentales que se infiere de la norma de apertura ex artículo 10.2 CE en relación con los artículos 93 a 96 de la Norma Fundamental) viene a ser reconocida declarativamente (no con carácter constitutivo, pues está establecida en el sistema normativo al máximo nivel de rango) en todas las Recomendaciones del nuevo Informe del Pacto de Toledo 2020.

Por su parte, en relación a la *Recomendación 2*, el Informe de 2020 se sitúa en la misma línea que los documentos anteriores del Pacto de Toledo, utilizando expresiones análogas en lo que se refiere a la defensa del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones ("garantía por Ley y su preservación mediante la adopción de las medidas encaminadas a asegurar el equilibrio social y financiero del sistema de pensiones en el futuro"). Nuevamente, se insiste en el perjuicio que la inflación ocasiona a los pensionistas, "uno de los sectores de población más perjudicados por las variaciones crónicas -generalmente al alza- que la inflación ocasiona sobre el coste de la vida". De ahí que se vuelva a recordar que "la revalorización anual de las pensiones en base al IPC real se presenta como el mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones". Y también se diga que "la revalorización debe ser diferenciada de cualquier otra acción de mejora encaminada no a conservar, sino a aumentar dicho poder adquisitivo -cuando lo permita la situación económica y con la oportuna cobertura legal-". Finalmente, los últimos párrafos de la recomendación número 2 se dedican a exigir al legislador una vuelta a lo previsto con anterioridad a las reformas emprendidas en este punto. La Comisión considera que el mecanismo de revalorización de las pensiones que se adoptó en 2013 "no goza del suficiente consenso político y social". De ahí que se pida "recuperar el consenso" de la Recomendación «Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones», aprobada en el año 2011 en el marco de las Recomendaciones consensuadas en el Pacto de Toledo[53]. Esta vuelta atrás (que es,

es digno, resulta necesario establecer un objetivo que defina la suficiencia de las pensiones. El Gobierno debe realizar un seguimiento continuado de las estadísticas que delimitan los umbrales de pobreza con arreglo a los criterios fijados por la Unión Europea (Encuesta de Condiciones de Vida), al objeto de reorientar en caso de ser necesario, las políticas públicas incluyendo las pensiones. La Comisión reitera su apoyo al mantenimiento de las cuantías mínimas para las diferentes modalidades de pensión de nuestro sistema, con objeto de asegurar un umbral mínimo de rentas a todos los pensionistas que no dispongan de rentas alternativas. No obstante, la cuantía de tales complementos no debe ser superior a la cuantía de las pensiones no contributivas vigentes en cada momento para no desincentivar la cotización. Las mejoras para hacer efectivo este nivel de solidaridad deberán financiarse con cargo a la imposición general, como expresión de la solidaridad de la sociedad española y del principio de equidad intergeneracional. Las decisiones sobre los complementos por mínimos se deberán adoptar respetando la máxima coordinación posible con el ámbito no contributivo, con los sistemas asistenciales autonómicos y sin poner en cuestión el principio de proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones. Asimismo, es necesario continuar con el proceso de reordenación de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social en coherencia con la distribución de competencias con las comunidades autónomas y corporaciones locales, para mejorar la cobertura, establecer con más claridad el ámbito de sus prestaciones e introducir nuevos ámbitos de protección en orden a colmar lagunas de cobertura que se detectan en el sistema; a tales efectos la tarjeta social digital deberá servir para recoger, de manera fiable y con independencia de su origen, la totalidad de las prestaciones asignadas a cada beneficiario. Un ejemplo claro, relacionado con dichas lagunas, sería la creación de una prestación no contributiva de orfandad (hoy inexistente con carácter general) o una más adecuada regulación de las prestaciones familiares.

[53] En consenso ha sido un elemento fundamental para la planificación de las estrategias de reforma y adaptación dinámica de nuestro sistema global de pensiones, público y privado. Véase al respecto, Monereo Pérez, J.L.: "La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: la fase actual de la construcción de un "nuevo" sistema de pensiones", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. Dirs.), *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011; Monereo Pérez, J.L.: "La reforma concertada de las pensiones: el Acuerdo Social y Económico de 2011 y su desarrollo legislativo", *RGDTSS*, núm. 25 (2011); Monereo Pérez, J.L.: "Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso sociopolítico al dirigismo político?", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014; Monereo Pérez, J.L.: "La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: la fase actual de la construcción de un "nuevo" sistema de pensiones", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. Dirs.), *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011; Monereo Pérez, J.L.: "La reforma concertada de las pensiones: el Acuerdo Social

en el fondo, recuperar *la lógica de los fines y el carácter instrumental de los medios* que han de ser predispuestos -como responsabilidad pública- para alcanzarlos), solicitada en el último Informe de 2020, resulta coherente, como se verá, ya que el mecanismo de revalorización adoptado con anterioridad en modo alguno sirve para atender la finalidad exigida[54].

Interesa, para perfilar el modelo diseñado, llamar la atención en la Recomendación 15 del Pacto de Toledo, la cual consagra el principio de solidaridad y garantía de suficiencia, especificando el contenido -o, al menos, eso pretende- de dos principios constitutivos fundamentales del Sistema público de pensiones. En tal sentido se establece que "con arreglo a los artículos 41 y 50 de nuestra Constitución, la Comisión considera que la solidaridad y la garantía de suficiencia son valores fundamentales del sistema de pensiones que, como tales, han de seguir reforzándose.

Como tal principio básico, la solidaridad se articula en las dos esferas, contributiva y no contributiva, de nuestra Seguridad Social. En el nivel contributivo, los mecanismos de solidaridad sirven para modular el principio de adecuación, vinculado a la proporcionalidad entre cotizaciones y pensiones, en la relación entre base máxima y pensión máxima y en la garantía de suficiencia. Por eso, puede afirmarse que el modo más coherente y equilibrado de reforzar la contributividad del sistema es el que, en paralelo, fortalece el componente solidario de la acción protectora como condición necesaria para garantizar en todo caso la suficiencia de las prestaciones. Por su parte, el nivel no contributivo es, por definición, un ámbito de protección basado en la solidaridad, pues las personas beneficiarias carecen de una carrera de cotización y de recursos económicos para hacer frente a una situación de necesidad. Sólo a través de prestaciones suficientes se evita el riesgo de pobreza. El nivel no contributivo tiene la lógica de la compensación que le conduce a garantizar una suerte de *red de seguridad.*

En este sentido, la suficiencia actúa como garantía de la dignidad de la persona a la que se refiere el artículo 10 de nuestra Constitución[55], asegurando el nivel mínimo de recursos establecido en el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea. De ahí la importancia de contar con indicadores de suficiencia que a través de la delimitación de umbrales de referencia sirva para reforzar la efectividad de la lucha contra la pobreza. Por ello, la Comisión considera necesario establecer alguna referencia adecuada (como puede ser la tasa de sustitución que relaciona la pensión media del sistema con el salario medio de los trabajadores ocupados) y un ámbito territorial de medición comparada (países más avanzados de la Unión Europea), que permita realizar un seguimiento continuo de su evolución y, en caso de desviación, adoptar las medidas oportunas.

---

y Económico de 2011 y su desarrollo legislativo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 25, 2011. En un contexto más amplio, pero importante para comprender las políticas laborales y de protección social pública en el marco de las distintas expresiones de la concertación social, véase Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *La concertación social en España: Una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos,* R. Álvarez Gimeno, Á. L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida, R. Muñoz de Bustillo Llorente, Madrid, Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015.

[54] Para un análisis de la Recomendación 2 y su sentido político jurídico, véase ampliamente, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 2. Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones. La apuesta por la calidad de la pensión y por el principio de progresividad", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

[55] Puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental", en *RTSS*. CEF, núm. 429 (2018); y en una perspectiva más amplia Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, espec., Capítulo I ("La dignidad de la persona: Significación fundante y su fuerza normativa en el sistema multinivel de garantía de los derechos y capacidades humanas. La dignidad de la persona como fundamento de los principios de libertad, igualdad y solidaridad"), pp. 9 y sigs.

Así, del mismo modo que la Carta Social Europea establece una fórmula para considerar que un salario es digno, resulta necesario establecer un objetivo que defina la suficiencia de las pensiones.

El Gobierno debe realizar un seguimiento continuado de las estadísticas que delimitan los umbrales de pobreza con arreglo a los criterios fijados por la Unión Europea (Encuesta de Condiciones de Vida), al objeto de reorientar en caso de ser necesario, las políticas públicas incluyendo las pensiones.

La Comisión reitera su apoyo al mantenimiento de las cuantías mínimas para las diferentes modalidades de pensión de nuestro sistema, con objeto de asegurar un umbral mínimo de rentas a todos los pensionistas que no dispongan de rentas alternativas. No obstante, la cuantía de tales complementos no debe ser superior a la cuantía de las pensiones no contributivas vigentes en cada momento para no desincentivar la cotización. Las mejoras para hacer efectivo este nivel de solidaridad deberán financiarse con cargo a la imposición general, como expresión de la solidaridad de la sociedad española y del principio de equidad intergeneracional. Las decisiones sobre los complementos por mínimos se deberán adoptar respetando la máxima coordinación posible con el ámbito no contributivo, con los sistemas asistenciales autonómicos y sin poner en cuestión el principio de proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones. Asimismo -se añade-, es necesario continuar con el proceso de reordenación de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social en coherencia con la distribución de competencias con las comunidades autónomas y corporaciones locales, para mejorar la cobertura, establecer con más claridad el ámbito de sus prestaciones e introducir nuevos ámbitos de protección en orden a colmar lagunas de cobertura que se detectan en el sistema; a tales efectos la tarjeta social digital deberá servir para recoger, de manera fiable y con independencia de su origen, la totalidad de las prestaciones asignadas a cada beneficiario. Un ejemplo claro, relacionado con dichas lagunas, sería la creación de una prestación no contributiva de orfandad (hoy inexistente con carácter general) o una más adecuada regulación de las prestaciones familiares".

Ya la *Recomendación 0* alude a un conjunto de rasgos o principios que definen el sistema de la Seguridad Social español y que se pueden deducir del artículo 41 CE[56]. Uno de los principios es el referido a la solidaridad. Como se sabe, las pensiones públicas se financian a través de un sistema de reparto por el cual las prestaciones de los beneficiarios son financiadas a través de cotizaciones sociales u otros mecanismos impositivos. No hay, en este supuesto, una acumulación de capital ya que las pensiones son financiadas por las cotizaciones del momento. Como se puede imaginar, su funcionamiento obedece a un principio de solidaridad intergeneracional en el sentido de que son los activos los que contribuyen con sus pagos a financiar las pensiones de los pasivos, en el entendimiento de que cuando aquéllos alcancen la edad de jubilación los nuevos activos harán lo mismo. De ahí que se diga que el citado principio tenga carácter permanente al estar sustentado por un *contrato social* -sustancialmente político y de política del Derecho social- entre generaciones sucesivas.

Además, se destaca el hecho de que el régimen público de Seguridad Social debe atender a todos los ciudadanos, independientemente de que ejerzan o no una actividad profesional. Se trata del principio de universalidad al que se refería Augusto Venturi como característica fundamental de la Seguridad Social frente a las limitaciones en este punto de las técnicas del seguro social y

[56] véase Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 0. Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones: la opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021, pp. 49-84, en particular pp. 55-64.

la asistencia social[57]. En efecto, nuestro texto constitucional, a través de la expresión "todos los ciudadanos" del artículo 41, ha querido consagrar la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, los cuáles han pasado de ser instrumentos de protección de determinados colectivos a convertirse en algo mucho más sofisticado y complejo que tiene como principal rasgo el de la generalidad de la protección. Por tanto, se reconoce constitucionalmente el principio de universalidad subjetiva como resultado de un proceso histórico de diferenciación jurídica del sistema público de Seguridad Social respecto del originario tronco común jurídico-laboral. Esta nota de universalidad ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional que reconoce como uno de los rasgos caracterizadores de la Seguridad Social el de su universalidad en una tendencia expansiva de su ámbito de cobertura.

Por otro lado, otra característica esencial de la Seguridad Social es la que su protección ha de ser "*suficiente*" frente a "las situaciones de necesidad" en general. Suficiente, en el sentido de asegurar una renta acorde con el nivel de vida normal del sujeto protegido, para ello se fijan las prestaciones de modo proporcional a los ingresos que viniera percibiendo el sujeto protegido. De tal modo que la existencia de esta proporcionalidad entre prestaciones y salarios es una garantía de seguridad, porque permite a los asegurados mantener un nivel de vida no demasiado inferior al que le permitiría tener el salario o retribución que venían percibiendo. Debe matizarse -para evitar equívocos- en relación al *nivel contributivo del sistema de pensiones* la referencia a que "la Comisión considera necesario establecer alguna referencia adecuada (como puede ser la tasa de sustitución que relaciona la pensión media del sistema con el salario medio de los trabajadores ocupados) y un ámbito territorial de medición comparada (países más avanzados de la Unión Europea), que permita realizar un seguimiento continuo de su evolución y, en caso de desviación, adoptar las medidas oportunas. Así, del mismo modo que la Carta Social Europea establece una fórmula para considerar que un salario es digno, resulta necesario establecer un objetivo que defina la suficiencia de las pensiones". Y el matiz importante es que en el *nivel contributivo* el referente tiene que ser -lo que ya preside de *lege data* el Derecho vigente-, una pensión contributiva que refleje, en términos de proximidad, el promedio de las rentas de activo, a fin de *mantener el nivel vida* alcanzado durante la vida activa laboral o profesional[58].

Sin embargo, en las prestaciones contributivas el nivel de suficiencia no tiene por referencia el salario de la vida activa, sino el nivel de vida digno de la persona que le permita no sólo la subsistencia en sí misma, sin la inclusión social con la plena posibilidad de ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

---

[57] Es así que la Seguridad Social contrapone el principio de universalidad frente a las técnicas mencionadas, "según el cual su campo de aplicación comprende a toda la población, prescindiendo de la situación profesional y de las condiciones propias del individuo". Cfr. Venturi, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 341.

[58] Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)", en VV.AA.: *Comentario a la constitución socio-económica de España,* Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524. "El requisito constitucional de "suficiencia" de las prestaciones que dispensa en el sistema público encuentra su traducción en el ámbito de las prestaciones contributivas (que opera con el criterio de "renta de sustitución") en la tendencia hacia una correspondencia satisfactoria (en términos sino de equivalencia, sí, al menos, de razonable aproximación) entre la renta de sustitución que se otorga a través de la prestación económica de la Seguridad Social y las rentas de activo dejadas de percibir como consecuencia. Obsérvese que este elemento de la garantía constitucional del derecho a la Seguridad Social entraña un límite objetivo respecto a la intensidad de la protección que ha de conferir la pensión pública y que, en puridad, pone límites a las acciones legislativas dirigidas hacia la "asistencialización" en grado mínimo de las pensiones contributivas. Son por ello discutibles en el terreno constitucional las reformas legislativas que acogen una noción de suficiencia asistencialista para la fijación de las pensiones contributivas, pues operan con un concepto de suficiencia prestacional que no se adecúa a la naturaleza jurídica de las prestaciones contributivas, las cuales quedan, así, desvinculadas de las rentas de activo" (*Ibid.*, p. 1449).

En definitiva, la suficiencia de las prestaciones se relaciona directamente con el derecho a la existencia digna de la persona, aunque apreciada en cualitativamente de manera diversas respecto a la *calidad e intensidad* de la pensión dispensada.

La metodología del enfoque global de pensiones (públicas y privadas) que ya se viene siguiendo en el proceso político del Pacto de Toledo[59] aparece de nuevo en esta última revisión cualitativa, encadenando las medidas de reforma de las pensiones públicas con las adaptadas respecto de las pensiones complementarias privadas, sin que -al menos formalmente- se asuma la teoría de los "vasos comunicantes" entre el espacio vital reservado a las pensiones de la Seguridad Social y el espacio vital atribuido a las previsión privada.

III. Los compromisos de reforma de las pensiones contraídos en el Plan de Recuperación, transformación y resilencia presentado a la Unión Europa

Al interrogante sobre qué hacer para la garantía de las pensiones, como exigencia constitucional dentro del sistema multinivel, ante los cambios disruptivos que se plantean para alcanzar ese objetivo se impone, de suyo, una planificación de la política del Derecho de las pensiones. Y en este sentido es importante retener los compromisos de reforma de las pensiones contraídos en el Plan de Recuperación, transformación y resilencia presentado a la Unión Europa el 27 de abril de 2021. Ese plan recoge el "*Componente 30*", relativo a la "Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo"[60]. Como el propio Pacto de Toledo -como no podría ser menos- se parte de la necesidad de reforzar el Pacto Intergeneracional entre jóvenes y mayores, estableciendo medidas de garantía de sostenibilidad del Sistema de pensiones públicas dignas, suficientes y socialmente adecuadas, en la doble lógica que inspira las respectivas dimensiones contributivas y no contributivas de las pensiones públicas. Su eje y apuesta continua siendo la realización de reformas paramétricas (no sistémicas) que buscan un equilibrio entre la sostenibilidad económico-financiera y la sostenibilidad y equidad social. Las reformas financieras de carácter y contenido paramétrico, persiguen mantener la viabilidad económico-financiera del sistema, sin necesidad de realizar reformas estructurales de carácter sistémico, cuyas consecuencias, lógicamente, siempre serían más duras para los derechos de pensión de los pensionistas los jóvenes trabajadores con expectativas a tener esta condición jurídica con se produzca el hecho causante de la pensión. Por lo demás, una reforma de las pensiones siempre ha de atender no sólo a la sostenibilidad económico-financiera, sino también a la sostenibilidad y adecuación social, que exigen los artículos 41 y 50 de nuestra Constitución (Y las reformas no paramétricas o sistémicas plantean dudas razonables, por su propia lógica interna, para alcanzar esta sostenibilidad y adecuación social).

Se respeta el régimen financiero de reparto, que se refuerza las transferencias estatales de sostenibilidad del sistema de pensiones a través de impuestos generales (compensando desequilibrios internos y facilitando la transición del proceso de racionalización interna que supone la expulsión de la financiación de gastos relativos a "lo extraño" a la finalidad del Sistema de Seguridad Social y que tendría que financiarse a través de las partidas de gastos de otras políticas públicas).

[59] Para el origen, fundamentación y construcción jurídica de este enfoque global de pensiones, véase Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996, espec., pp. 77 y ss., y 84 y ss., sobre ello se abundará más adelante.

[60] El plan completo donde se contiene el Componente 30, que consta de 36 páginas, se recoge en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf

Interesa destacar algunos aspectos centrales del plan de reforma de las pensiones encaminado, ante todo, a garantizar la "sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo":

1.- Su objetivo básico: Preservar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones, garantizando su poder adquisitivo, su contribución a la lucha contra la pobreza y la justicia intergeneracional. Pero materializa normativamente lo recomendado en el Pacto de Toledo (Declaración institucional del Congreso de los Diputados) y los Acuerdos contraídos con los agentes sociales atendiendo precisamente a lo establecido en el Pacto de Toledo.

Este objetivo estaría en sintonía con el Pacto de Toledo de mantener las pensiones públicas contributivas, buscando un equilibrio entre los principios de solidaridad y de contributividad en el nivel o segmento contributivo del sistema público de pensiones. Precisamente se parte de la idea-fuerza de que el sistema público es sostenible a través de medidas de racionalización del gasto y de incremento de los ingresos para su financiación. Plantea, en este sentido, adaptaciones para la evolución demográfica, para el acceso de la generación del *Baby boom*, como factor de base coyuntura, pero de magnitudes de gran envergadura (el que sea coyuntural no supone que constituya un reto que hay que atajar tomando medidas preventivas y adaptación y preparación del sistema para lo que ha de venir); el aumento de la esperanza de vida de las personas de edad avanzada; el desequilibrio en la "tasa de dependencia", esto es, en la relación entre trabajadores en activo y trabajadores pasivos o pensionistas, dado el hecho -se aduce- de que en un sistema de reparto los varios los trabajadores en activo los que han de "financiar" las pensiones de los trabajadores pasivos o pensionistas de pensiones contributivas, con lo que la "tasa de dependencia" tendería a incrementarse irreversiblemente con la dificultad de obtener los recursos propios suficientes en el segmento contributivo del sistema (cotizaciones sociales) [la metáfora de la pirámide invertida]. Y frente a ello precisamente trata de transmitir la idea de la capacidad del sistema público para responder a estos retos. En otras palabras: pretender recuperar el principio de confianza legítima de todas las generaciones (señaladamente los jóvenes) de que el Sistema es sostenible y que va a garantizar una pensión digna cercana a las rentas de activo (en el nivel contributivo). Se llama la atención sobre los compromisos del Estado para realizar las transferencias necesarias para la sostenibilidad del sistema en su doble lógica contributiva y no contributiva. Pero incluso ya el equilibrio financiero "interno" depende de la calidad de las cotizaciones sociales (lo cual está en función del nivel de empleo, de la precariedad del empleo, del nivel de salarios, de la productividad del trabajo, el nivel de economía sumergida, las tasas de actividad de jóvenes, mayores y de la mujer trabajadora). Por tanto tras las cotizaciones sociales están implicados un conjunto de factores que afectan al equilibrio financiero del sistema de reparto que permite la sostenibilidad de las pensiones públicas contributivas.

Importa señalar que este objetivo supone la asunción necesaria del mandato constitucional y de la norma internacional que consagra la obligación que recae sobre los poderes públicos de "mantener" el sistema de Seguridad Social y dentro de él el subsistente interna de pensiones públicas (artículos 41, 50, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 de nuestra Norma Fundamental). La sostenibilidad es instrumental a la efectividad del derecho a la Seguridad Social y a las pensiones públicas y *se sitúa en el marco de una dialéctica de relaciones intersubjetivas de tipo intergeneracional*, entre jóvenes y personas mayores. Se trata de preservas el sistema público al servicio de las generaciones presentes y futuras. La sostenibilidad va unidad a un principio general de solidaridad intergeneracional. Este principio de solidaridad ha sido *juridificado* en el núcleo normativo del derecho a la Seguridad Social y su materialización jurídica e institucional en un "sistema" de garantías. Forman parte, así, de la legalidad y legitimidad constitucional. Artículos como el 9.2, 10.2, 41 y 50, en relación con los artículos 93 a 96 de la Constitución

normativa establecen un programa constitucional de solidaridad intergeneracional (que sólo puede entender respecto de las pensiones como garantía del derecho a las pensiones públicas de las generaciones que en un futuro tendrán la consideración de mayores).Ya resulta harto significativo desde el punto de los valores jurídicos a los que se vincula toda la Seguridad Social el dato normativo fundamental de que los derechos de Seguridad Social (art. 34) se ubiquen en el Título IV (dedicado al valor jurídico de la "Solidaridad"; artículos 27 a 38) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[61]. Siendo ello así la sostenibilidad económico-financiera no puede es desligada nunca de la sostenibilidad y adecuación social.

2.- En cuanto a las reformas e inversiones estimadas, se materializan en un conjunto articulados medidas.

C30.R1 Separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social. La culminación del proceso de separación de fuentes de financiación de la protección contributiva y no contributiva del sistema constituye un paso decisivo para recuperar el equilibrio financiero en el corto plazo. Objetivo que avanza más de la recomendación originaria del Pacto de Toledo de 2020.

C30.R2-A Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. Como primera de las medidas que integran el bloque que tiene por objeto profundizar en la reforma de 2011 (que, recuérdese, nació de un consenso tanto en el marco del Pacto de Toledo como con los interlocutores sociales), se deroga el Índice de Revalorización de Pensiones introducido por la reforma de 2013 con el fin de garantizar efectivamente el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones en los términos que plantea el Pacto de Toledo de 2020. Para ello la nueva fórmula de revalorización ha de tomar como referencia la evolución del IPC.

C30.R2-B Alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación. Como segunda de las medidas que integran el bloque que tiene por objeto profundizar en la reforma de 2011, se persigue la aproximación de la edad efectiva de jubilación a la edad legalmente establecida. Cabe comenzar por señalar que en este momento se está completando el despliegue progresivo de la reforma consensuada de 2011 que en esta segunda mitad del periodo transitorio (2013-2027) gana intensidad en sus efectos, y que está a la vanguardia de procesos de reforma en otros países europeos. En este sentido, debe destacarse el aumento progresivo de la edad de jubilación ordinaria de 65 a 67 años en 2027 (actualmente es de 65 años y 10 meses). Esta reforma de 2011 ya está mostrando resultados pues la edad de jubilación real ha pasado de los 63,8 años en 2010 a 64,1 en 2017, acelerando hasta los 64,6 en 2020 gracias también al progresivo agotamiento de la regulación transitoria de la jubilación anticipada.

C30.R2-C Adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación. Como tercera de las medidas que integran el bloque que tiene por objeto profundizar en la reforma de 2011, se plantea adecuar a la realidad actual de las carreras profesionales el periodo de cómputo para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, contemplando la posibilidad de elección de los años a integrar en la base reguladora en las carreras más largas, junto con una revisión del procedimiento de integración de lagunas en la carrera profesional. Aquí el dilema práctico reside en cómo evitar que la modificación de los sistemas de cálculo acabe suponiendo una disminución significativa de la cuantía de la pensión a percibir.

C30.R2-D Sustitución del factor de sostenibilidad por un mecanismo de equidad intergeneracional. *La falta de consenso acerca de la configuración del factor de sostenibilidad de la*

[61] Al respecto, véase ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri: La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 893-938.

reforma de 2013 exige plantear su sustitución por un nuevo mecanismo que persiga la preservación de la equidad intergeneracional; a añadir la falta de equidad y lesividad que supondría para la calidad de la pensión. En concreto, se prevé la introducción de un nuevo instrumento en virtud del cual los parámetros fundamentales del sistema serán objeto de revisión periódica en el marco del Pacto de Toledo en función del equilibrio entre la población ocupada y la población pensionista y del nivel de gasto agregado. El nuevo Mecanismo de Equidad Intergeneracional, no sólo tiene la virtualidad de suprimir el factor de sostenibilidad de la Ley de 2013, sino que incorpora variables múltiples y una decidida apuesta por actuar no sólo a través de la racionalidad de los gastos, sino también del incremento de los ingresos, esto es, de los recursos necesarios para financiar las pensiones públicas a través de los ingresos para el Sistema público de pensiones.

Con el MEI, el recorte de las pensiones impuesto en 2013 se transforma en una mejora de ingresos, que se utilizará para incrementar el Fondo de Reserva de la Seguridad Social y se destinará a pagar las pensiones de la generación del *baby-boom*, si el gasto creciese por encima de lo previsto[62]. De este modo, se garantiza una fuente de ingresos adicionales para que los futuros pensionistas mantengan el derecho a unas pensiones dignas sin tener que recurrir a posibles recortes, aunque el gasto crezca más de lo esperado

El Mecanismo de Equidad Intergeneracional consiste en un incremento temporal de las cotizaciones sociales *"finalistas"*, en cuando realizadas para la sostenibilidad solidaria del sistema público de pensiones contributivas. Comenzará a implantarse a partir de 2023, cuando se prevé que la recuperación económica esté plenamente consolidada, y se extenderá hasta el año 2032. Toda esta recaudación se destinará exclusivamente a incrementar el Fondo de Reserva, sin que se traduzca en un incremento de la cuantía de la pensión. En el año 2032 se analizará la evolución que se prevé del gasto en pensiones en 2050 (momento en el que habrá que pagar el número máximo de pensiones de las próximas décadas, para después decrecer) y si dicho gasto supera las previsiones iniciales. Se decidirá entonces si es necesario utilizar el Fondo de Reserva para evitar futuros recortes y si hay que adoptar otras medidas adicionales, que deberán ser pactadas. Hay que tener en cuenta que MEI *es la medida central de la nueva garantía de sostenibilidad, pero no es la única*, pues se une a un conjunto más amplio de medidas encaminadas a la obtención de más ingresos para el sistema público de pensiones contributivas. Además, se garantiza legalmente la aportación finalista del Estado de hasta 2 % PIB anual (+20.000 millones €/año).

El MEI supera al suprimido (y nunca aplicado) Factor de Sostenibilidad, y ofrece, en términos de conjunto, una mayor y más adecuada garantía de las pensiones, pues opera con una serie de *criterios paramétricos no disruptivos* respecto de la lógica del Sistema público de pensiones. Evita hacer recaer sobre los pensionistas el riesgo de su propio envejecimiento; y, aparte de esto, contribuye efectivamente a alcanzar el objetivo perseguido de equidad y solidaridad intergeneracional, mediante una más justa *distribución de los riesgos*. Por lo demás, su operatividad no es propiamente autonómica, sino que se reserva a aquellas circunstancias en que sea preciso realizar los ajustes considerados convenientes para la sostenibilidad *financiera y social* de las pensiones. No obstante, será necesario verificar cómo se concreta el MEI, teniendo también en cuenta los compromisos contraídos por el Gobierno ante la Comisión Europea, es decir, el Componente 30, relativo a la "Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo" y su coherencia finalista con los seis bloques (y no sólo aisladamente alguno de ellos) que lo conforman. Todo ello sin olvidar los condicionantes jurídicos de orden público que se imponen necesariamente atendiendo al grupo normativo constitucional de

[62] De este modo se transita "del nonnato factor de sostenibilidad a la apuesta por un mecanismo de equidad intergeneracional". Cfr. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 2ª edición actualizada y ampliada, 2022 (1ª edición de 2020), pp. 102-105.

garantía de las pensiones (artículos 41 y 50, en conexión con los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución). En este sentido el MEI tiene que buscar un equilibrio satisfactorio entre los principios de equidad, solidaridad y contributividad que operan en el sistema de Seguridad Social.

En cualquier hay que tener en cuenta el Fondo de Reserva ("general") que prevé la Recomendación 3ª del Pacto de Toledo, al cual se superpone -sin aporías- el Fondo finalista del MEI.

El mecanismo de equidad intergeneracional presenta dos componentes (Disposición final cuarta de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre), los cuales ponen de relieve que se incide en los ingresos (sin perjuicio de racionalizar los gastos), evitando una reducción de la cuantía de las pensiones públicas:

1º. Primer componente. A partir de 2023, y a lo largo de un periodo de diez años, se fijará una *cotización adicional finalista y de cuantía moderada* que nutrirá el Fondo de Reserva de la Seguridad Social en los siguientes términos:

a) La cotización será de 0,6 puntos porcentuales, siguiendo la estructura actual de distribución entre empresa y trabajador.

b) Esta cotización finalista se mantendrá hasta 2032.

c) Se adaptará la normativa sobre el Fondo de Reserva para garantizar que la utilización de esta cuota finalista y de los rendimientos que genera se destine exclusivamente a atender las desviaciones en el nivel de gasto a las que se hace referencia en el siguiente apartado.

2º. Segundo componente. A partir de 2032, con una periodicidad trienal, se verificará si, de acuerdo con las últimas previsiones del Ageing Report de la Comisión Europea o documento análogo, el nivel de gasto en 2050 supera la previsión para ese año del citado informe de 2024 una vez descontado el efecto que habría tenido el derogado factor de sostenibilidad. *La entrada de este segundo componente no tiene, pues, carácter automático.* Lo cual resulta patente, toda vez que en función de esta valoración, en 2033:

a) Si el nivel de gasto previsto no supera este umbral, no se aplicará ninguna medida. En tal caso, podrá valorarse en el seno del diálogo social para su elevación como propuesta a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo la utilización de los recursos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social para reducir las cotizaciones sociales o mejorar la cuantía de las pensiones.

b) Si el nivel de gasto previsto supera el citado umbral, se aplicarán las siguientes medidas:

- Se dispondrá de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social para la financiación del gasto en pensiones contributivas, con un límite de disposición anual del 0,2 por 100 del PIB.

- En el supuesto de que la citada desviación sea superior a ese 0,2 por 100, o que se hayan agotado los activos del Fondo de Reserva, el Gobierno negociará con los interlocutores sociales para elevar a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo una propuesta que, de forma equilibrada, bien se dirija a minorar el porcentaje de gasto en pensiones en términos de PIB a través de medidas enmarcadas en las recomendaciones del Pacto de Toledo, bien a incrementar el tipo de cotización u otras fórmulas alternativas para aumentar los ingresos, bien a ambas medidas, en los términos que se acuerden, teniendo especialmente en cuenta el principio de suficiencia.

Estas medidas deberán compensar la desviación en la previsión de gasto en pensiones en 2050 que no esté cubierta por los activos del Fondo de Reserva con un límite del 0,8 por 100 del PIB, de acuerdo con una senda que refleje el impacto creciente que habría tenido la aplicación del factor de sostenibilidad que ahora se deroga y con un efecto temporal que no podrá prolongarse más allá de 2060.

Este tipo de medidas ya había sido reclamado insistentemente por un sector de la doctrinal y por determinadas organizaciones políticas y de defensa de intereses de las clases trabajadores y pensionistas. La pensión de jubilación no debe depender exclusiva ni principalmente de la esperanza de vida en el momento de la jubilación; tampoco los cambios demográficos y socieconómicos imponen elementos de ajuste automático. Por lo demás, de ser así se privaría a los órganos de representación parlamentaria de su capacidad para modular los ajustes en un sentido no sólo "económico-financiero", sino también propiamente social y tratando de buscar otras solución de política del Derecho de la Economía y del Derecho Social de las pensiones, como desde el mismo Derecho del Trabajo que incide -aunque de manera no determinista- en variables tan importantes como el empleo (incluye el fomento del pleno empleo de los jóvenes y mayores) y la contratación; y lo mismo del Derecho Financiero, clave para la instrumentación de políticas de rentas redistributivas y justas, con base al principio de progresividad fiscal.

Este sistema, junto con un conjunto de medidas reformistas y por consiguiente de manera no aislada, puede contribuir a mantener el equilibrio necesario inherente al pacto social intergeneracional, que involucra per se a jóvenes y mayores, neutralizando conflictos generacionales, a menudo alentados ideológicamente con análisis de dudoso rigor científico-técnico. Aquí el elemento de la incertidumbre deviene fundamental, pues lo que se cuestionaría es el derecho a la pensión futura de los trabajadores en activo y ello entrañaría el peligro de una des-legitimación social del sistema público de pensiones.

El MEI es instrumento dinámico a través del cual los parámetros fundamentales del sistema público de pensiones serán objeto de revisión periódica en el marco del Pacto de Toledo en función del equilibrio entre la población ocupada y la población pensionista y del nivel de gasto agregado. Las diferencias con la reforma de 2013, son manifiestas. La de 2013 introdujo una regulación del factor de sostenibilidad en la que el ajuste se realizaba en función de la evolución de la esperanza de vida aplicándose sobre la cuantía de la pensión. La configuración de dicho factor como coeficiente reductor automático de las pensiones cargaba exclusivamente sobre los pensionistas el coste del alargamiento de la expectativa de vida sin tener en cuenta otros parámetros que pueden ser igualmente relevantes en términos de sostenibilidad, ni tampoco el impacto de los ajustes en la edad de jubilación que fueron introducidos por la reforma de 2011. Ello explica la falta de consenso sobre esta medida cuya entrada en vigor -prevista para 2019- fue ya suspendida en 2018 por el mismo gobierno que la aprobó. Dada la dimensión intergeneracional del sistema de pensiones, y la carga excepcional que para su equilibrio va a suponer la jubilación de la generación del *baby boom* (factor generacional de extraordinario impacto, pero de carácter coyuntural, respecto a cuyo inevitable advenimiento hay que adoptar medidas preventivas específicas y adecuadas), es necesario recuperar para el diseño del nuevo mecanismo el planteamiento consensuado en la reforma de 2011. Ello implica incorporar indicadores que en conjunto ofrezcan una imagen más fidedigna del desafío que para el sistema supone el envejecimiento de la población, y que liberen a las generaciones más jóvenes de un ajuste provocado por la llegada a la edad de jubilación de cohortes de trabajadores más pobladas. Del mismo modo, se ha de corregir el diseño del factor de sostenibilidad como mecanismo de reducción automática de la cuantía de la pensión actuando sobre otros parámetros del sistema.

Encuentra su legitimidad en el Pacto de Toledo de 2020 (aprobado por el Congreso de los Diputados como Declaración político-jurídicas institucional *de carácter vinculante*, más allá de que no sea un instrumento que ostente una fuerza normativa) y en el Acuerdo Sociopolítico de 2021, como fruto del diálogo tripartito y la concertación social. Es decir, ha venido precedida de un proceso de negociación e intercambio político-social con los interlocutores sociales más representativos del país. La aprobación del MEI (que tiene que produciré antes de que finalice este año 2022), no solo supone la reconfiguración completa del factor de sostenibilidad, operando un giro cualitativo en el modelo de sostenibilidad, sino que más significativamente va a reforzar más y con más equidad para todos (especialmente los jóvenes los más perjudicados por aquél Factor de Sostenibilidad ya suprimido) la sostenibilidad del sistema conteniendo el crecimiento del gasto y reforzando sus *fuentes de ingresos*. Siendo de destacar la centrada que adquiere la *perspectiva de los ingresos* (sin que ello suponga descuidar el enfoque de la racionalización interna de los gastos y su depuración finalista). En la medida en que existe consenso acerca del rechazo a este elemento de la reforma anterior por el injusto impacto en los futuros pensionistas, no ha de ser problemático, previo análisis con los interlocutores sociales, la identificación de los parámetros susceptibles de ajuste.

Esto pone de manifiesto que el *MEI no es un factor de ajuste automático*. Se deja un espacio a la valoración en el plano de la decisión de política del Derecho. Se ha suprimido el automatismo del ajuste, lo cual garantiza que los ajustes necesarios deberán de valorarse en cada momento y buscar en el mayor consenso político social posible.

El MEI es un instrumento *permanente* que contribuye dinámica y poderosamente, junto con otros (puesto que la sostenibilidad depende también de otras medidas adicionales ya realizadas o en curso de realización), al equilibrio y la sostenibilidad a corto, medio y largo plazo.

C30.R3 Nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos por sus ingresos reales. *Se trata de implantar gradualmente un nuevo sistema de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) basado en los rendimientos por la actividad económica desempeñada.* De este modo se ha de corregir la distorsión generada por la facultad de elección de la base de cotización que supone una merma de recursos para el sistema y un nivel más bajo de acción protectora para los autónomos. Esta medida forma parte de la "segunda fase" de la reforma del sistema de pensiones públicas. Permitirá pensiones más dignas y un reforzamiento del principio de contributividad en el RETA (devenido ya en régimen "general" de trabajadores autónomos o por cuenta propia).

Esta reforma del sistema de cotización de los autónomos está expresamente recogida en las Recomendaciones 4 y 5 del Pacto de Toledo de 2020[63]. Actualmente, se encuentra en un estado muy avanzado de negociación con los interlocutores sociales y las asociaciones específicas de los trabajadores autónomos o por cuenta propia.

Como se arguye en la Plan de reformas se trata de implantar gradualmente un nuevo sistema de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) basado en los rendimientos por la actividad económica desempeñada. De este modo se ha de corregir la distorsión generada por la facultad de elección de la base de cotización que supone una merma de recursos para el sistema y un nivel más bajo de acción protectora para los autónomos.

El resultado del reconocimiento a los trabajadores autónomos de la facultad de elección de la base de cotización es que casi el 85 % del colectivo lo hace por la base mínima; del resto, menos

[63] Monereo Pérez, J.L., López Insua, B.M. y Guindo Morales, S.: *La protección socio-laboral de los trabajadores autónomos. Entre Derecho normal y Derecho de la Emergencia,* Murcia, Laborum, 2021, espec., pp. 29 y sigs., y 85 y sigs.

del 9 % lo hace por bases que no superan 1.964,70 euros al mes -con una base media de 1.435,70 euros mensuales-, mientras que apenas el 6,6 % cotiza por bases próximas a la máxima. Esta es la principal explicación de que la recaudación por cuotas solo represente el 57,02 % del gasto en prestaciones, circunstancia que agrava el déficit del RETA pasando de un resultado negativo de 4.943 millones en el año 2010 a otro, también negativo, de 8.673,14 millones en el año 2019. Junto a este problema de insuficiencia de recursos, la lógica contributiva del sistema se traduce en que las prestaciones económicas son sensiblemente inferiores a la del Régimen General, hasta el punto de que un 36 % de los pensionistas del RETA no alcanzan la pensión mínima, y por tanto, son beneficiarios de complementos a mínimos en las cuantías de sus pensiones. La cotización de los trabajadores autónomos de acuerdo con los ingresos reales derivados del desarrollo de su actividad es una histórica reivindicación del colectivo y un mandato recogido en las recomendaciones del Pacto de Toledo con la finalidad de homogenizar las condiciones de participación y cobertura de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia.

Todos los autónomos del RETA se acogerán al sistema de cotización por ingresos reales, si bien su implantación se hará de forma gradual mediante la aproximación de las bases de cotización mínimas por tramos a los ingresos reales del trabajador.

Esta medida no sólo es importante para contribuir a la equidad contributiva del RETA, sino que también es determinante respecto a la sostenibilidad del sistema público de pensiones, pues tradicionalmente el RETA ha sido un régimen "especial" (hoy, en realidad es un régimen "general de autónomos", todavía incompleto) deficitario precisamente porque no se atiende a la cotización por los ingresos realmente percibidos.

Hay que tener en cuenta que lo ideal es que el MEI se enmarque en un pacto político y social de rentas. Ese pacto -vinculado a un proyecto de país- para ser efectivamente de "todas" las rentas y su búsqueda de su equilibrio tiene que incidir en la actualización de salarios, pensiones, cuantía de los arrendamientos de viviendas y márgenes de beneficios empresariales y tributación a ellos anudada.

C30.R4 Modificación del complemento de maternidad de pensiones. *Es necesario reconfigurar el complemento de maternidad, aplicado desde 2016, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 12 de diciembre de 2019 en la que se establece que su actual diseño es discriminatorio para los hombres al reconocerse exclusivamente a las mujeres.* La modificación pasa por un nuevo diseño del complemento con el objetivo de compensar el coste que el nacimiento y el cuidado de los hijos tiene para los progenitores, fundamentalmente para las madres, de manera que se contribuya decisivamente a la reducción de la brecha de género en pensiones. El nuevo complemento parte del análisis de las trayectorias de cotización para identificar cuál de los dos progenitores se vio más perjudicado en su carrera contributiva por el nacimiento de cada uno de los hijos, previéndose que en caso de no existir un progenitor particularmente perjudicado se reconozca el complemento a la madre[64].

[64] Sobre esta problemática -en la que ha intervenido decisivamente el TJUE- puede consultarse Vivero Serrano, J.V.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género,* Granada, Comares, 2021, Primera Parte, pp. 4 y sigs.; Moreno Romero, F.: "El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 25, 2020; Monereo Pérez, J.L. y Guindo Morales, S.: "El principio de igualdad en el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del Sistema de Seguridad Social", en *La Ley Unión Europea,* núm. 85, 2020; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Un nuevo desencuentros de las prestaciones de la Seguridad Social española con los tribunales europeos: el complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, igualdad de trabajo entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 22 (2020); *Ibid*., "Las prestaciones familiares, ese "pariente pobre" de la Seguridad Social", en *Revista de Derecho de la Seguridad*

C30.R5 Revisión e impulso de los sistemas complementarios de pensiones. Hasta ahora, los sistemas complementarios de pensiones han tenido principalmente un carácter individual, con poco éxito en su modalidad de empresa, poco impacto macroeconómico en la incentivación del ahorro a largo plazo y, además, un alto coste fiscal con resultados regresivos.

Mediante esta reforma se pretende revisar el marco regulador del sistema de pensiones complementarias con el fin de impulsar los planes de pensiones de empleo en el ámbito de la negociación colectiva, referentemente sectorial. Para ello, se prevé la aprobación de un nuevo marco jurídico para el impulso de los planes de pensiones de empleo con el fin de dar cobertura a colectivos de trabajadores sin planes de empleo en sus empresas o autónomos que actualmente no tienen acceso a estos instrumentos de segundo pilar. Como novedad, podrán articularse a través de fondos de pensiones de promoción pública que introducirán competencia en el sector, mejorando la eficiencia de costes.

Se favorecerá, además, la movilidad de los trabajadores entre empresas gracias a la posibilidad de traspasar los derechos por las aportaciones realizadas en la empresa de origen.

Para extender su uso, se desplazará la fiscalidad actualmente favorable de los planes individuales hacia los planes de empleo procedentes de la negociación colectiva. El objetivo es la extensión de estos planes complementarios vinculados al empleo, de manera que la población cubierta aumente desde los dos millones de trabajadores actuales a trece millones en 2030 y hasta alcanzar el 80 % de la población activa ocupada cubierta en el largo plazo; y que los activos bajo gestión, en términos de PIB, pasen de menos del 3 % al 9 % al final de esta década y un 18 % en 2040 y un 31 % en 2050, convirtiéndose en una fuente fundamental de financiación privada de las inversiones para la transición energética y digital.

Interesa llamar la atención que esta propuesta reformista no pretende que los sistemas privados de pensiones constituyan la "solución" alternativa a posibles problemas de financiación de las pensiones públicas, sino una pensión complementaria de éstas. Incentivar el ahorro para la jubilación no es una medida capaz de garantizar nunca la seguridad de ingresos que proporciona en sistema público. Los planes de pensiones privados son mucho más vulnerables que los planes públicos (éstos, como muestra la experiencia son más eficientes frente a las vicisitudes económicas, esto es, crisis económicas, niveles de inflación, etcétera). Tienen, desde luego, un importante papel como mecanismos de ahorro y complemento para la jubilación, pero la sostenibilidad del sistema público en sí depende de otros factores, como la racionalización interna (incluyendo expulsión de lo extraño como las medidas al servicio de las políticas "activas" de empleo de apoyo a las reestructuraciones de empresas y a la contratación laboral), el desarrollo de una política orientada al pleno empleo productivo y de calidad, y política redistributiva de rentas más justa y solidaria, etcétera. Esto forma parte del ADN, del *algorismo definidor de las pensiones públicas* (contributivas, principalmente). Pienso que esto debe de queda claro frente al carácter ideológico de la "insostenibilidad" del Sistema, que no hacen más que generar incertidumbre sobre el sistema (a veces a través de análisis interesados recubiertos de enfoques "cientificistas" de autocalificados de expertos técnicos).

Hay que evitar aceptar que se asuman planteamientos catastrofistas del tipo del "fin del trabajo", entre otras cuestiones porque la economía digital hace desaparecer ciertos empleos, para al mismo tiempo emergen otros. Más que de fin del trabajo productivo, cabe más propiamente hablar de transformación del empleo (esto ya se ha visto que ocurre con la "laboralización" y estabilización de los trabajadores en plataformas y en el marco de la "economía colaborativa" (que

Social, Laborum, núm. 6, 2016; Ramos Quintana, M.: "El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica", en *Trabajo y Derecho,* núm. 61, 2020.

se evidenció que tenía muy poco de colaboración; y que ésta en realidad ocultaba fenómenos de explotación y precarización laboral)[65]. Por tanto, de momento y en una perspectiva de futuro a largo plazo el soporte de financiación a través de cotizaciones sociales no es encuentra en peligro, aunque lógicamente requiera de ajustes, como, por ejemplo, haciendo pagar al propietario o titular de los robots una cotización adición por el empleo que suprimen. E incluso formas de trabajo a distancia como el teletrabajo puede precisamente facilitar la actividad laboral para ciertas personas con dificultad, personas vulnerables, personas con responsabilidad familiares; favorecer la prolongación voluntaria de la vida activa y el envejecimiento activo. En definitiva, no todo en revolución tecnológica (y la actual lo es: la revolución 4.0) tiene elementos negativos, puede ser aprovechada en un sentido positivo para las personas y la creación de nuevos empleos.

De manera que la era digital y la economía colaborativa no puede constituir una justificación ni para el cambio de financiación ni para legitimar que las personas jubiladas y los jóvenes asumen como inevitable la reducción de las pensiones renunciando, así, a la lógica del sistema de reparto y la finalidad de que el sistema de pensiones satisfaga pensiones dignas, tanto en el nivel contributivo profesional como en el nivel no contributivo. El Derecho Social (Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y más ampliamente Derecho de la Protección Social Pública) siempre ha tenido que adaptarse a las transformaciones tecnológicas, económicas y los factores político-ideológicos y de política del Derecho correspondientes Los virajes de la seguridad social están en el ADN de Sistema jurídico e institucional que sirve instrumentalmente al fin de garantizar pensiones dignas, en términos de calidad y suficiencia[66].

C30.R6 Incremento de bases máximas de cotización. Incremento gradual de la base de cotización máxima del sistema, acompasada de una adaptación de la pensión máxima.

Se aprecia aquí que existe una planificación de la reforma de las pensiones de largo alcance, que se prevé implantar en varias fases sucesivas. Y esto es importante para no dejarse llevar por la improvisación y por una legislación aluvional o, peor aún, por las "leyes medida" dependientes de variables meramente coyunturales o transitorias, pero a menudo incidiendo, de manera paradójica y criticable, indebidamente en aspectos estructurales del sistema de pensiones[67].

Por otra parte es importante precisar la naturaleza de los compromisos contraídos por el Gobierno español (y asumidos por la UE) en virtud del Componente 30. Al respecto cabe decir que, se trata de condiciones de las decisiones de política del Derecho reformista, pero existe un amplio margen en diseño de las medidas. *Importa, en efecto, los objetivos a perseguir y no tanto en concreto las medidas concretas a adoptar para alcanzarlo*, aunque evidentemente éstas tengan que se ser coherente con aquéllos objetos comprometidos (y no sólo en términos de sostenibilidad económico-financiera, sino también de sostenibilidad y adecuación social, que actúan como los dos lados de la misma medalla). Y tienen que serlo porque si no lo son se cuestiona, entre otras cosas, la percepción posible de fondos de recuperación (que no necesariamente han de tener

[65] De interés son las reflexiones realizadas en el marco de las acciones institucionales de la OIT, El futuro del Trabajo que Queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilomadrid/documents/publication/wcms_615487.pdf - OIT Perspectivas Sociales y del Empleo en el mundo, tendencias 2018, P. 163. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--- dcomm/---publ/documents/publication/wcms_638150.pdf

[66] Monereo Pérez, J.L.: "El sistema de pensiones en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social", en Antón, A. (Coord.) *et altri*: *La reforma del sistema de pensiones,* Madrid, Talasa, 2010, pp. 16 y sigs. ("Los "virajes" de las políticas reformistas del Sistema de Seguridad Social").

[67] Monereo Pérez, J.L.: "El sistema de pensiones en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social", en Antón, A. (Coord.) *et altri*: *La reforma del sistema de pensiones,* Madrid, Talasa, 2010, pp. 16 y sigs., y 46 y sigs.

como destino exclusivo y específico la sostenibilidad económico-financiera del sistema público de pensiones).

Es importante que en nueva fase de reformas se aborden la eliminación de la base máxima de cotización (destope). Pero se trataría de un destope solidario, porque solo una parte del importante de la cotización correspondiente no se destinaría a financiar la pensión individual, sino el "sistema" de pensiones.

IV. Revalorización de las pensiones públicas: del modelo de la austeridad al modelo garantista del poder adquisitivo y mejora establecido en el Informe del Pacto de Toledo de 2020 y en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre

El mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y su posible mejora ha sido una constante en los acuerdos adoptados en el seno del Pacto de Toledo. El Informe de 1995 establecía en su Recomendación número 11 la necesidad de garantizar dicho mantenimiento "mediante la revalorización automática de las mismas, en función de la evolución del índice de precios al consumo y a través de fórmulas estables de contenido similar a la aplicada en el presente año".

Por su parte, el Informe de 2003, a través de su Recomendación número 2, vuelve a incidir en este tema, reiterando la defensa del "mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, garantizado por ley", pero, en este caso, entendiendo que dicho mantenimiento debe "ser preservado mediante la adopción de medidas que garanticen el equilibrio financiero del Sistema en el futuro". Asimismo, se establece la necesidad de "que las ganancias de poder adquisitivo que puedan derivarse de una inflación real inferior a la prevista se consoliden con carácter permanente en las pensiones, evitando la corrección a la baja cuando existan mejoras de poder adquisitivo derivadas del comportamiento de los precios". Además, respecto a la revalorización de las pensiones contemplada en la Ley General de la Seguridad Social, obliga al Gobierno a "indicar, en el cuadro macroeconómico que acompaña a los Presupuestos Generales del Estado, el índice de precios al consumo previsto para ese ejercicio".

De igual manera, el Informe de 2011 (en su Recomendación número 2) insiste en la obligación de los poderes públicos de defender el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, de garantizarlo por Ley y de proceder a su preservación mediante la adopción de medidas encaminadas a asegurar el equilibrio financiero del sistema de pensiones en el futuro. En la misma línea, se recuerda la incidencia que tiene la inflación en los pensionistas, de ahí que la revalorización anual de las pensiones se presente como el mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones. Por otro lado, se advierte que "la revalorización debe ser diferenciada de cualquier otra acción de mejora encaminada no a conservar, sino -cuando lo permita la situación económica y con la oportuna cobertura legal-, a aumentar dicho poder adquisitivo". En relación a la financiación de dicho mantenimiento, el Informe de 2011 dejaba claro que "la sostenibilidad del sistema exige que sólo se financien con cargo a los recursos de la Seguridad Social los gastos correspondientes al estricto mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, y que toda subida por encima del IPC (o del índice que, en su caso, pudiere adoptarse) sea sufragada con cargo a otros recursos financieros". También se remarcaba cómo se debía actuar ante desviaciones entre el IPC previsto y el IPC real, debiendo proponerse para cada desviación que haya ocasionado subidas en las pensiones por encima del IPC real, un tratamiento específico: ya sea como mejora que, total o parcialmente, se consolida y absorbe permanentemente por el sistema, ya sea como mejora cuyo exceso no se consolida. Para ello, el Gobierno debía poner "en conocimiento de la Comisión del Pacto de Toledo la decisión a adoptar, acompañada de las oportunas proyecciones macroeconómicas y datos financieros que fundamenten dicha decisión y que aseguren su adecuación al requisito de sostenibilidad del

sistema que exige el Pacto de Toledo". Finalmente, el Informe de 2011 planteaba la conveniencia de "estudiar (para su posterior análisis y valoración por la Comisión) la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el comportamiento de las cotizaciones a la Seguridad Social, siendo recomendable que se tengan en cuenta los efectos que dichos índices han tenido sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones en los países de nuestro entorno".

Finalmente, el Informe de 2020 se sitúa en la misma línea que los documentos anteriores, utilizando expresiones parecidas en lo que se refiere a la defensa del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones ("garantía por Ley y su preservación mediante la adopción de las medidas encaminadas a asegurar el equilibrio social y financiero del sistema de pensiones en el futuro"). De nuevo se insiste en el perjuicio que la inflación ocasiona a los pensionistas, "uno de los sectores de población más perjudicados por las variaciones crónicas -generalmente al alza- que la inflación ocasiona sobre el coste de la vida". De ahí que se vuelva a recordar que "la revalorización anual de las pensiones en base al IPC real se presenta como el mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones". Y también se diga que "la revalorización debe ser diferenciada de cualquier otra acción de mejora encaminada no a conservar, sino a aumentar dicho poder adquisitivo -cuando lo permita la situación económica y con la oportuna cobertura legal-". Finalmente, los últimos párrafos de la recomendación número 2 se dedican a exigir al legislador una vuelta a lo previsto con anterioridad a las reformas emprendidas en este punto. La Comisión considera que el mecanismo de revalorización de las pensiones que se adoptó en 2013 "no goza del suficiente consenso político y social". De ahí que se pida "recuperar el consenso" de la Recomendación "Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones", aprobada en el año 2011 en el marco de las Recomendaciones del Pacto de Toledo. Esta vuelta atrás, solicitada en el último Informe de 2020, resulta coherente, como se verá, ya que el mecanismo de revalorización adoptado con anterioridad en modo alguno sirve para atender la finalidad exigida.

Una de las cuestiones más relevantes que afecta a la cuantía de las pensiones es la revalorización. Teniendo en cuenta que las pensiones, al menos las de naturaleza contributiva, constituyen una renta de sustitución de las personas cuando finalizan su vida profesional activa (en el caso de la jubilación), lo deseable es que el perceptor de aquellas pueda mantener un nivel de vida similar al que tenía cuando estaba trabajando. Si una vez calculada la pensión, ésta permanece inalterada durante todo el tiempo de su percibo, la depreciación monetaria incidirá en su valor adquisitivo y se producirá un alejamiento del salario al que sustituyen. Precisamente, los mecanismos de revalorización de la cuantía de las prestaciones causadas y reconocidas tratan de evitar el deterioro de la capacidad de compra de los sujetos beneficiarios que se produce con el paso del tiempo debido a una posible erosión provocada por la inflación.

El establecimiento de técnicas de revalorización no sólo respondería a exigencias de índole técnico-económico, esto es, de mantenimiento de la intensidad protectora y del poder adquisitivo, tal y como se ha apuntado, sino que además se debe subrayar una razón de justicia social como justificante de su existencia en nuestro ordenamiento jurídico, pues en el aumento del nivel de vida de un país interviene el esfuerzo de las distintas generaciones. En esta línea se manifiesta el art. 65.10 del Convenio núm. 102 OIT en el que se señala que los pagos periódicos atribuidos a la vejez, por la invalidez y por la muerte del sostén de la familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida.

Por lo demás, la necesidad de la figura de la revalorización en nuestro país se conecta con el mandato del artículo 50 CE de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Y también con lo

previsto en el artículo 41 del mismo texto, que establece para los poderes públicos la obligación de garantizar a todos los ciudadanos, asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad. De ahí que la previsión legal de actualización es el desarrollo de un preciso mandato constitucional de garantizar la suficiencia económica de las pensiones. Aunque es cierto que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (TC), el legislador ordinario ostenta un amplio margen de discrecionalidad al tratarse (en el caso de la Seguridad Social) de derechos de estricta configuración legal[68], ello no debe interpretarse en el sentido de que aquél ostente una libertad plena e ilimitada.

Las fórmulas de revalorización de las pensiones pueden diseñarse en función de distintos criterios. La más utilizada es aquella que toma como referencia la evolución del coste de la vida. Para ello, se opta por la variable del Índice de Precios al Consumo (IPC), al considerarla representativa del deterioro monetario de la renta disponible dedicada a la compra de los productos de consumo por efecto de la inflación. También nuestro legislador se ha decantado por dicho criterio como forma de actualización de las pensiones hasta la actualidad. Fue la Ley 26/1985 la que incorporó el criterio de vinculación de la revalorización de las pensiones al IPC y posteriormente la Ley 24/1997 la que introdujo la previsión de corrección, en su caso, de la desviación de la revalorización inicial. Esta última norma fue la plasmación de lo que se recogía en la Recomendación número 11 del Pacto de Toledo de 1995, donde se afirmaba que debía garantizarse el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante la revalorización automática de las mismas, en función de la evolución del índice de precios al consumo y a través de fórmulas estables de contenido similar a la aplicada el presente año. Con anterioridad a la aprobación de la Ley 24/1997, el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social de 1996 contemplaba la revalorización de las pensiones de Seguridad Social en su modalidad contributiva en función del índice de precios al consumo para cada año, así como compensación o absorción para los casos de variación entre el índice previsto y el real.

La revalorización o recuperación del valor perdido de las pensiones de Seguridad Social se regula en el artículo 48 TRLGSS para las de carácter contributivo y en el artículo 52 del mismo texto legal para las de modalidad no contributiva. Hasta la aprobación de la Ley 23/2013 la revalorización se efectuaba, de forma automática, al comienzo de cada año, en función del índice de precios al consumo previsto para dicho año, lo que incluía igualmente a las pensiones mínimas. Por otro lado, se preveía que en el caso de que las previsiones de inflación hubieran quedado por debajo de la inflación real (correspondiente al periodo comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización) se procedía a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que estableciese la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ello se materializaba abonando la diferencia, en un pago único, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, antes del 1 de abril del ejercicio siguiente. En cuanto al régimen de revalorización previsto para las pensiones de invalidez y jubilación no contributivas, el artículo 52 del TRLGSS sigue estableciendo que serán actualizadas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, al menos, en el mismo porcentaje que dicha ley establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social.

Por otro lado, en lo que se refiere a las pensiones a cargo del Régimen de Clases Pasivas del Estado, éstas tienen una regulación propia, contenida en el artículo 27 del Real Decreto 670/1987, de 30 de abril, y hasta la Ley 23/2013 se contemplaban los mismos criterios previstos en el art. 48 TRLGSS para las prestaciones contributivas. Según este artículo, las pensiones de clases pasivas, incluido el importe de la pensión mínima y los haberes reguladores que se aplican para

[68] Por todas, STC 37/1994, 10 febrero (RTC 1994, 37).

determinar la cuantía de las pensiones, se revalorizarán al comienzo de cada año, en función del índice de precios al consumo previsto para dicho año. Además, si el índice de precios al consumo acumulado correspondiente al periodo comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico al que se refiere la revalorización, resulta superior al índice previsto, se procederá a su actualización conforme establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, se abonará a los pensionistas la diferencia, en un pago único, antes del uno de abril del siguiente ejercicio. Esta ley adopta, por tanto, el mismo criterio de revalorización de pensiones que el mencionado en el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

La fórmula diseñada hasta la aprobación de la Ley 23/2013 ha desempeñado un papel importantísimo en la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas. Es ésta la finalidad que busca atender el art. 48 TRLGSS que lo contempla (como el art. 27 del RD 670/1987): tratar de que los pensionistas afronten mejor los aumentos del coste de la vida. No en vano se considera que con dicho instrumento se lucha contra el riesgo de pobreza de la población pensionista. Este aspecto es el que explica que en nuestro país las revalorizaciones representen una parte sustancial del importe de la nómina de las pensiones. Con ello se pretende que un colectivo débil, con una media de ingresos bajos, sin posibilidad de generar recursos de otro tipo, pueda hacer frente a la variación del índice del coste de la vida.

Pese a la importancia que representa el mecanismo de la revalorización entre los pensionistas, ello no ha impedido que en los últimos años se proceda a actuar sobre el mismo con la finalidad de atenuar sus efectos, como una medida más dentro de la política de austeridad adoptada por nuestro país. Así, en el año 2010 se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, suspendiendo, de forma excepcional para el año 2011, la revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social, excepto para las pensiones mínimas, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Al año siguiente, el RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, estableció, en su artículo 5, que las pensiones que abona el sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva, así como de Clases Pasivas del Estado, se incrementarían en un 1 % para el año 2012. En la misma línea, el RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social dejó sin efecto para 2012 la actualización con el IPC de las pensiones, en los términos previstos legalmente, con la excepción de las pensiones mínimas, las del SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. En la adopción de estas medidas se deja ver la influencia que ejerce tanto el mandato del art. 135 CE que pretende situar la estabilidad presupuestaria por delante de cualquier otro deber o compromiso de los poderes públicos como el art. 11.5 Ley 2/2012 en el que se establece que las Administraciones Públicas de Seguridad Social mantendrán una situación de equilibrio o superávit presupuestario.

La suspensión de la actualización de las pensiones conforme a lo previsto en el art. 2.1 RD-Ley 28/2012 constituía una decisión ciertamente polémica si se atiende a dos aspectos fundamentales. El primero de ellos se conecta con razones de oportunidad política, ya que apenas cinco meses atrás la Ley 2/2012, en desarrollo de lo previsto por el RD-Ley 20/2011, contempló que las pensiones subirían un 1 %, lo que implícitamente incluía también la compensación de la ya entonces más que previsible desviación de esa cifra respecto de la evolución del IPC desde noviembre de 2011 al mismo mes de 2012. Finalmente, el dato de la inflación de referencia fue del 2,9 %, por lo que los pensionistas se quedaban sin el abono en un pago único de la diferencia existente: un 1,9 % de la cuantía de la pensión[69].

[69] Al respecto, ampliamente Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014; Suárez Corujo, B.: *El sistema público de pensiones. Crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex-Nova, 2014.

El segundo de los elementos controvertidos cabe situarlo en el plano jurídico ya que la adopción de dicha medida planteaba importantes dudas de constitucionalidad. De hecho, se planteó de forma inmediata un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 2.1 RDLey 28/2012. Con anterioridad a la decisión del máximo intérprete de la Constitución recayeron algunas sentencias de los Juzgados de lo social que han entrado a resolver demandas planteadas con el objetivo, de un lado, de que se reconozca el derecho al abono de la paga única compensatoria por el desvío del IPC durante el año 2012 y, de otro, que se declare el derecho a que la revalorización correspondiente al año 2013 se aplique sobre una pensión incrementada en un 2,9 % en lugar de un 1 %[70]. También en suplicación ha recaído algún pronunciamiento entrando a resolver estas cuestiones[71].

La suspensión de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2012 planteaba la duda de su encaje en el conjunto de garantías constitucionales. El primero de los problemas de constitucionalidad se conectaba con una eventual vulneración del art. 86.1 CE ya que se podría llegar a apreciar la falta de concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad para poder dictar el RD-Ley 28/2012. Otra de las cuestiones que podían servir para declarar la inconstitucionalidad de aquella medida se centraba en el incumplimiento del principio de suficiencia económica conforme a los arts. 41 y 50 CE. El tercero de los interrogantes en materia constitucional se vinculaba con la posible infracción de los tres principios consagrados en el art. 9.3 CE. Finalmente, el cuarto de los motivos de inconstitucionalidad de la suspensión de la actualización de las pensiones era la posible existencia de una discriminación indirecta por razón de la edad conforme a lo previsto por el art. 14 CE.

El problema de la interdicción de la irretroactividad de las normas jurídicas contenida en el art. 9.3 CE se constituye en el verdadero dilema a resolver respecto a la incidencia que en este punto presenta la medida de suspensión de la actualización de las pensiones decretada por el Gobierno. En otras palabras, la estimación o desestimación de la constitucionalidad de dicha decisión se apoya en un concreto motivo, a saber, la negación (o no) del carácter retroactivo del art. 2.1 RD-Ley 28/2012. Pese a los argumentos esgrimidos de un lado -recurrentes- y de otro -voto particular-, el TC en su sentencia de 5 marzo de 2015 opta por considerar en este punto que cuando se dictó el RD-Ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, negando la existencia de derechos consolidados cuando se aprobó aquella norma. Y así, a juicio del TC, la remisión que los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1 del Real Decreto 670/1987 realizan a la Ley de Presupuestos no debe entenderse como un mero apunte contable, de manera que la citada Ley debe limitarse a aprobar el crédito presupuestario correspondiente para hacer frente al pago de la diferencia del IPC en el ejercicio económico siguiente. Según el criterio del TC, si esto fuera así no hubiera sido necesario hacerlo constar expresamente en la Ley, pues la necesidad de aprobar la correspondiente partida de gastos en los presupuestos del Estado se deriva de la obligación de pago antes del 1 de abril del ejercicio económico siguiente. Luego si en este caso el legislador se remite expresamente a ella es porque ha querido otorgar a esa remisión unos efectos que van más allá de la mera obligación de consignar en la misma la correspondiente partida de gastos. La remisión, según el TC, supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes. En definitiva, la STC 49/2015, de 5 de marzo termina avalando la constitucionalidad del RD-Ley 28/2012 que dejó sin efecto la actualización de las pensiones en

[70] Ha reconocido dichos derechos la SJS núm. 4 San Sebastián 6 junio 2013 (AS 2013, 1755). En contra, entre otras, las SSJS núm. 2 Palma de Mallorca 11 marzo 2014 (AS 2014, 790) y núm. 31 Madrid 11 de julio 2013.

[71] STSJ Castilla La-Mancha 25 noviembre 2014 (AS 2015, 291).

relación con el Índice de Precios al Consumo pese a que los arts. 48 LGSS/1994 y 27 Real Decreto 670/198 lo garantizaban.

Al tiempo, tras un largo proceso autorreflexivo, la vuelta al sistema de revalorización anterior a la promulgación de la Ley 23/2013 atiende de forma coherente lo establecido en la Recomendación 2 del Informe del Pacto de Toledo de 2020.

En cuanto la "mejora" de las pensiones conviene recordar que no es una opción discrecional del legislador, sino un mandato imperativo que se infiere del mismo bloque normativo regulador del sistema público de pensiones (artículos 41 y 50, en conexión necesaria con los artículos 10.2 y 93 a 96 de nuestra Norma Fundamental en el marco del sistema internacional multinivel de garantía de los derechos de Seguridad Social). La contundencia de los mandatos constitucionales es expresiva de ello, cuando el artículo 41 CE establece que "Los poderes públicos *mantendrán* un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que *garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad* [...]", por lado, y por otro, cuanto el artículo 50 CE -que forma parte del mismo bloque o grupo normativo regulador- dispone que "Los poderes públicos *garantizarán*, mediante pensiones *adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica* a los ciudadanos durante la tercera edad".

Conviene tener en cuenta que el mandato constitucional e internacional de "mejorar" las pensiones no se agota con el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, puesto que la obligación de mejora de las pensiones se obtiene por un doble cauce: 1º. A través de la "revalorización" encaminada a mantener el poder adquisitivo; y 2º A través la mejora del "*ideal de cobertura*" en las pensiones en términos de mayor intensidad protectora y perfeccionamiento de su ámbito objetivo y subjetivo. Ello se vincula al *principio de progresividad de los derechos de Seguridad Social para proteger a las personas conforme a la evolución cambiante del sistema de necesidades sociales* Resulta especialmente expresivo el artículo 12 ("Derecho a la Seguridad Social") de la Carta Social Europea Revistada (Estrasburgo, 3.V. 1996) al establecer que "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes se comprometen: 1.º a *establecer o mantener* un régimen de seguridad social; 2.º a mantener el régimen de seguridad social en un *nivel satisfactorio*, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; 3.º a *esforzarse por elevar progresivamente el nivel* del régimen de seguridad social [...]"[72]. La Recomendación 2 del Pacto de Toledo de 2020 subyace esa doble dimensión de la obligación de "mejora de las pensiones".

[72] Monereo Pérez, J.L.: "Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12)", en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* (Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L., Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017, pp. 629-659; Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España,* (Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524. Para el juego del principio de progresividad en el marco de los principios que informa el estándar mundial de derechos sociales fundamentales, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 45 (2017). El art. 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), con rango de Tratado Internacional, establece que: "[…] cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente,* por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". Lo cual remite a la mejora de los niveles de protección, al su desarrollo progresivo en el sentido de mayor extensión y protección y régimen de garantías.

En el ámbito de los "silencios" de la *Recomendación 2* se echa en falta una previsión de medidas acerca de cómo valorizar las pensiones que estén en el umbral de la pobreza[73].

Finalmente, en el ámbito legal se opera un giro radical con el Real Decreto 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021. La Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, contiene, dentro de su título IV, los criterios de revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para dicho ejercicio, y prevé su revalorización en un 0,9 por ciento. 0,9 por ciento. De acuerdo con tales previsiones legales, este real decreto establece una revalorización general de las pensiones y otras prestaciones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de Clases Pasivas del Estado, del 0,9 por ciento, siendo el porcentaje del 1,8 por ciento en el caso de las pensiones no contributivas. Asimismo, queda suspendida la aplicación de lo dispuesto en el artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en el artículo 27 del texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, de conformidad con la disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre. Igualmente, se fija una revalorización del 0,9 por ciento de las cuantías mínimas de las pensiones de Clases Pasivas y de las pensiones del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, así como de las pensiones no concurrentes del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. También se fijan en este real decreto las reglas y el procedimiento para efectuar la revalorización y el sistema de reconocimiento de complementos por mínimos en las pensiones de Clases Pasivas y en las pensiones de la Seguridad Social. En definitiva, mediante este real decreto se da cumplimiento a través de las mencionadas medidas a aquellas previsiones legales, en orden a facilitar su rápida aplicación en beneficio de los colectivos afectados (artículos 3 y siguientes del Real Decreto 46/2021).

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones modifica diversos preceptos de la Ley General de Seguridad Social, y uno de los más significativos es precisamente es el relativo a la revalorización de las pensiones con la consiguiente derogación del índice de revalorización y la previsión de un nuevo art. 58 LGSS[74] en el que, en línea con la *Recomendación 2 del Pacto de Toledo*, se recupera la garantía del poder adquisitivo a través de una actualización de las pensiones en función de la inflación del ejercicio anterior, en plena sintonía con el art. 50 de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia. Con este mismo objeto se modifica también el art. 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

En este sentido, se establece que la revalorización de las pensiones al comienzo de cada año se realizará de acuerdo con la inflación media registrada en el ejercicio anterior, con la garantía

[73] En realización a esto último, Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* n.º 25, 4.º Trimestre (2020), p. 17.

[74] Conforme al vigente art. 58 ("Revalorización y garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones"). "1. Las pensiones contributivas de la Seguridad Social mantendrán su poder adquisitivo en los términos previstos en esta ley. 2. A estos efectos, las pensiones de Seguridad Social, en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, se revalorizarán al comienzo de cada año *en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior*. 3. Si el valor medio al que se refiere el apartado anterior fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año. 4. El importe de la revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social no podrá determinar para estas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular.».

de que en el caso, infrecuente, de inflación negativa las pensiones no sufrirán merma alguna. Adicionalmente y con la misma finalidad de preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de la pensiones y de garantizar la suficiencia económica de los pensionistas, se prevé la realización, cada cinco años, por parte del Gobierno y en el marco del diálogo social, de una evaluación de los efectos de la revalorización anual, que contendrá, en su caso, una propuesta de actuación de la que se dará traslado a la Comisión parlamentaria de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo.

Se trata, pues, de un cambio de modelo de revaloración de las pensiones orientadas efectivamente a mantener su poder adquisitivo, que es lo más coherente con el mandato constitucional ex art. 50 de la Constitución -en relación con el art. 41 de la misma Norma Fundamental. Y es de hacer notar que se corresponde con los principios y valores expresamente aludidos en la normativa fundamental del ordenamiento jurídico, pues, en efecto, según el art. 50, "los poderes públicos *garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica* a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio"[75]. Es manifiesto que la economía de las pensiones (en la que se incluye la revaloración auténtica, sin falseamiento) está inevitablemente vinculada con carácter instrumental a los fines del "derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural", tal y como garantiza el art. 25 ("Derechos de las personas mayores") de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[76].

[75] Véase, Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 2ª edición actualizada y ampliada, 2022 (1ª edición de 2020), pp. 102 y sigs., y 339 y sigs., *passim*; Fernández Prol, F. y Vaquero García, A.: "Revalorización de pensiones y mantenimiento del poder adquisitivo: Análisis en clave jurídica y económica", en *Temas Laborales,* núm. 163 (2022), pp. 63-94.

[76] Respecto al sentido y alcance de este precepto de valor fundamental, inserto en un instrumento que tiene el rango de Tratado de la Unión Europea ex art. 6.1 del TUE, véase Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A.: "Derechos de las personas mayores (artículo 25)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri*: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 557-571.

Por su parte, el art. 23 de la Carta Social Europea Revista (con rango de Tratado Internacional Regional Europeo), garantiza no sólo el derecho de las personas con edad avanzada a la protección social, sino que también establece un contenido esencial del mismo e incorpora un programa de acción positiva de carácter obligatorio para los Estados signatarios. Así, conforme a la referida disposición: Artículo 23. Derecho de las personas de edad avanzada a protección social.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social, las Partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular:

- a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante:
  a) recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural;
  b) a difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que éstas tienen de hacer uso de ellos;
- a permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo, mediante:
  a) la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda;
  b) la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado;
- a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en centros la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en el centro". Sobre el sentido y alcance esta disposición de valor fundamental, consúltese, Monereo Pérez, J.L.y Maldonado Molina, J.A.: "Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.y Coords.): *La garantía multinel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El*

V. Las opciones de política del Derecho en la configuración del sistema global pensiones públicas y privadas. El modelo normativo de regulación de textura abierta

Los desafíos a los que a los que se enfrente el sistema de pensiones pueden atenderse desde diferentes opciones políticas y financieras de reforma (de políticas públicas y de políticas del Derecho que las instrumentan y materializan). En función de ellas se determina la estructura y función que conforman un determinado modelo normativo de regulación de las pensiones.

La primera de las opciones se basa en introducir cambios en las normas de operación del sistema de tal forma que se alteren las variables que afectan a los ingresos y a los gastos en la dirección adecuada[77]. Es lo que se conoce como reformas paramétricas, que han sido definidas como aquéllas en las que se mantiene la estructura y la filosofía del sistema de pensiones y sólo se introducen cambios cuantitativos en algún parámetro del mismo. Se trata de cambios concretos desde un valor del parámetro a otro valor, sin ningún tipo de indexación automática a la evolución de ningún factor importante para los sistemas de reparto, como la esperanza de vida. Desde el punto de vista de los ingresos, en un sistema contributivo como es el español, las medidas a aplicar podrían consistir en el aumento de los tipos de cotización, la eliminación de los topes salariales (mínimos y máximos) e, incluso, en el incremento de las dotaciones al Fondo de Reserva. También se podría acudir, obviamente, a los recursos que provienen de los Presupuestos Generales del Estado por vía impositiva. Desde el lado de los gastos, y haciendo referencia a la pensión de jubilación, las opciones de reforma que busquen disminuir aquéllos, entre otras, son: aumento del número de años que se tienen en cuenta para el cálculo de la base reguladora o "salario regulador" (que, por cierto, no ha dejado de incrementarse paulatinamente en los Estados de la Unión Europea; hasta el punto de que la inmensa mayoría de los países de la Unión ha seguido un criterio generalizado de computar toda la vida laboral; España es una de las excepciones, por el momento), retraso en la edad legal de jubilación, incremento del número de años necesarios para poder obtener una pensión de jubilación contributiva y la reducción del porcentaje de la base reguladora que se percibe en el caso de haber cotizado el período mínimo y/o la reducción de las tasas con que se aumenta este porcentaje inicial por cada año adicional de cotización.

Junto a estas medidas de reforma, se plantean otras de mayor calado, que implicarían que, de una u otra manera, los futuros pensionistas pasaran a soportar una parte del riesgo del envejecimiento. Se trataría de reformas no paramétricas, las cuales podrían concretarse en las siguientes medidas: la sustitución parcial del modelo de financiación de reparto por el de capitalización, la introducción de un sistema de cuentas nocionales o la vinculación automática de algún parámetro del sistema de reparto a la evolución de la esperanza de vida o de la actividad económica, esto es, el denominado factor de sostenibilidad.

1º. Reformas paramétricas. La primera de las opciones, cuyo protagonismo, en la actualidad, deriva del rumbo que ha adquirido gran parte de las reformas emprendidas por los Estados en sus sistemas de pensiones, supondría descartar la solución radical chilena consistente en sustituir completamente el sistema de reparto por el de capitalización. Se trataría, más bien, de la adopción de medidas que promuevan la introducción de regímenes capitalizados de ahorro de distinta

Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, 2017, pp. 821-833.Para un estudio más amplio de todos los instrumentos internacionales que actúan de garantía multinivel en el plano jurídico e institucional, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores,* Granada, Comares, 2013; *Ibid., La protección sociolaboral de las personas mayores,* Albacete, Bomarzo, 2019.

[77] Sobre esas premisas conceptuales y modelos ideal-tipos en sentido maxweberian, puede consultarse ya inicialmente, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014, espec., capítulos 3 y 8.

intensidad, ya voluntarios u obligatorios, en combinación con el sistema de reparto, como forma de atenuar los efectos derivados del envejecimiento de la población. La segunda de las medidas reformadoras pasaría por introducir un régimen obligatorio de cotizaciones definidas teóricas, en la misma línea que países como Suecia e Italia, los cuales han apostado por un sistema de cuentas nocionales, algo así como un plan obligatorio de cuentas individuales al que se dirigen, en el caso de Suecia, el 2,5 % de las cotizaciones. En este sistema a cada individuo, en el momento de incorporarse al mercado de trabajo por primera vez, se le abre una cuenta que le acompaña a lo largo de su vida, anotándose en la misma las cotizaciones efectuadas durante todos los años de su vida activa. La cuantía final de la pensión es el resultado de dividir el valor cuantitativo de los derechos adquiridos entre la esperanza de vida estimada de la cohorte de la población a la que pertenece el individuo en el momento de jubilarse. Finalmente, la tercera de las opciones consistiría en ligar la pensión a recibir a alguno de los parámetros relevantes del sistema de financiación de reparto, como puede ser, la esperanza de vida u otros. Se trataría de ajustar de una manera más o menos automática las cuantías de las pensiones a incrementos de dichos parámetros. A este tipo de reforma se corresponde la introducción del factor de sostenibilidad en España y que, como se comprobará a continuación, no han sido ajenos algunos de los países de la Unión Europea.

Hasta ahora las reformas emprendidas por el legislador español han tenido *carácter paramétrico*, esto es, han supuesto un retoque de diferentes elementos del sistema de pensiones actuando de forma cuantitativa sobre ellos, pero sin cambiar de forma sustancial su filosofía. En la última de las reformas adoptadas en materia de jubilación (la de 2011) se establecen tres medidas básicas de este tipo: ampliación de la edad legal de jubilación que pasa de los 65 a los 67 años, linearización de los porcentajes a aplicar sobre la base reguladora y ampliación del periodo de cálculo de la base reguladora. Las implicaciones de estas medidas de reforma son bastante evidentes: actúan del lado del gasto reduciendo el nivel de pensiones para casi todo el mundo.

Sin embargo, la introducción del factor de sostenibilidad que la Ley 27/2011 (y que después desarrollaría la Ley de 2013) también contempló se situaría entre las medidas de reforma de carácter no paramétrico. Su incidencia en la reducción de las pensiones también resulta aceptada: se cifra que en el año 2050 el factor de sostenibilidad añadirá un 50 % más a la rebaja de las pensiones. El problema, en todo caso, no es solo este aspecto mencionado sino el hecho de que se incrusta en el sistema de Seguridad Social un mecanismo de ajuste automático de las pensiones, conectando éstas con los riesgos demográficos y económicos, como se verá. Tal y como se ha dicho, el factor de sostenibilidad representa un primer paso en la reformulación de nuestro sistema de pensiones, trasformando un sistema de prestación definida como el nuestro hacia uno de contribución definida donde la pensión que percibirán los trabajadores, no se conoce de antemano, y esté ligada a la esperanza de vida a los 67 años en el momento de su jubilación.

Las reformas paramétricas en materia de Seguridad Social pueden consistir en la modificación o adaptación de alguno de los elementos que definen su acción protectora, lo que se conoce como reformas paramétricas o no estructurales, referidas, por tanto, a los parámetros que afectan a la identidad que todo sistema de reparto debe cumplir: los ingresos percibidos por cotizaciones pagadas por la población activa deben ser equivalentes al total de pensiones pagadas a la población jubilada. Pues bien, desde 2007 gran parte de los países de la OCDE están adoptando cambios selectivos en los parámetros que definen las pensiones, especialmente las referidas a la jubilación. Es el caso de los países miembros de la UE los cuales han adaptado sus sistemas de pensiones a través de reformas destinadas a que los parámetros que los definen sean, según palabras de la Comisión Europea, "coherentes con la sostenibilidad fiscal". En todos los supuestos, se trata de medidas que no alteran en modo alguno la estructura del sistema de bienestar, trabajadores.

2º. Cambios estructurales. Pese a que se ha podido defender que las medidas de reforma anteriores pueden representar un gran avance en favor de la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, lo que a nuestro juicio habría que poner en duda según que casos, no faltan autores que van incluso más allá en sus propuestas reformistas. Así, para éstos el conjunto de reformas ya planteadas de carácter paramétrico no resulta suficiente para afrontar el consabido desafío demográfico. Se aboga, en este sentido, por una modificación estructural del sistema de reparto introduciendo elementos propios de sistemas de capitalización y de aportación definida. En este sentido, las reformas que la situación demográfica plantea reaviva el debate sobre el cambio o no del modelo actual de pensiones en lo referente a su sistema de financiación. La utilización de los mecanismos privados de previsión como complemento de las pensiones públicas vuelve a cobrar un mayor protagonismo como forma de mantener el nivel de ingresos alcanzado en la situación de activo.

La financiación de todo sistema de pensiones plantea una lógica tensión entre las dos opciones con las que tradicionalmente se ha venido abordando la misma: el método de reparto o el método de capitalización. La discusión en favor de uno u otro sistema no resultaría en exceso polémica de no ser porque a lo largo de los últimos años se han ensalzado las ventajas e inconvenientes de ambos. Precisamente, uno de los argumentos que se han aducido en favor de la capitalización es que se enfrenta mejor al impacto demográfico ya que es insensible a la reducción del número de cotizantes por pensionista. Esto se deduce del hecho aparentemente incontrovertible de que las pensiones que se percibirán por los futuros pensionistas no dependen de las aportaciones de las generaciones más jóvenes sino de los fondos que ellos mismos hayan generado durante su etapa activa. Por contra, en el sistema de reparto el trabajador cotiza para pagar las pensiones de la generación anterior, de modo que las cantidades aportadas por las personas activas determinan las pensiones actuales. De ahí que en un contexto como el actual en el que se produce un aumento en la esperanza de vida y unas tasas muy bajas de natalidad el sistema de reparto tenga que enfrentarse a un incremento considerable del gasto en pensiones a través del aumento de las cotizaciones o la disminución de las prestaciones para, de este modo, equilibrar financieramente el sistema.

Las pensiones capitalizadas se enfrentan del mismo modo que los regímenes de reparto al problema del envejecimiento de la población. Al ser ambos sistemas o mecanismos para transferir renta desde la población laboral activa hacia la población pasiva, los dos métodos se verán afectados por un debilitamiento de la tasa de crecimiento económico lo que supondrá una menor cantidad de renta a distribuir y menores pensiones bajo cualquier sistema. Los efectos, por tanto, son los mismos, lo que ocurre es que la diferencia entre uno y otro deriva del modo en que se manifiesta esa transferencia de renta, que en el caso del sistema de reparto es más visible, al efectuarse mediante el pago de cotizaciones sociales obligatorias, y más sutil en el sistema de capitalización, al producirse con la disposición de los derechos acumulados por los pensionistas. En definitiva, el impacto demográfico afecta por igual a ambos métodos de financiación ya que de producirse un aumento de la tasa de dependencia (relación entre pensionistas y activos) necesariamente se tendrá que reducir la participación de los activos sobre la producción por ellos generada, o alternativamente reducir los derechos de compra de los jubilados.

El protagonismo, en la actualidad, de la capitalización como método de financiación deriva del rumbo que ha adquirido gran parte de las reformas emprendidas por los Estados en sus sistemas de pensiones. El grueso de las medidas adoptadas por los gobiernos hasta hace poco, tendentes todas ellas a corregir las deficiencias financieras de la Seguridad Social, no cuestionaban el modelo de protección social, ni mucho menos el método de reparto que regulaba su funcionamiento. Sin embargo, el acoso a este sistema de financiación resulta hoy bastante evidente en función de las

decisiones adoptadas por distintos países en el continente europeo. Se apuesta, en este sentido, por hacer de la capitalización la fórmula idónea para atajar la crisis de los sistemas de protección social favoreciendo el repliegue progresivo, total o parcial, del reparto público.

Conviene recordar, en este sentido, que el punto de arranque de este proceso por goteo de reformas de las pensiones estatales con la cada vez mayor presencia de la capitalización debe situarse en las propuestas lanzadas por el Banco Mundial en su informe Envejecimiento sin crisis: Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento y, muy especialmente, con la reforma radical llevada a cabo en Chile en 1981. El documento del Banco Mundial propició toda clase de reflexiones ya que en el mismo se recomendaba la adopción de un sistema de pilares múltiples en el que se ponía un mayor énfasis en el ahorro y se trataba de favorecer la utilización de una combinación de gestión pública y privada y de financiación por capitalización completa y por reparto. Así, el sistema ideado se estructuraba en tres niveles de protección, dos de ellos obligatorios y uno voluntario. De los dos pilares obligatorios, uno adoptaba el mecanismo financiero de la capitalización y se debía gestionar por entidades privadas. El otro, debía ser financiado mediante impuestos y gestionado por el Estado para proveer una red de seguridad. Finalmente, el tercer nivel tendría carácter facultativo dado que estaría pensado para aquellas personas que quisieran acceder a una seguridad adicional. Se aducían en favor de este sistema de pilares múltiples una serie de ventajas, siendo la más importante la de favorecer una diversificación del riesgo ante la dificultades planteadas por el impacto demográfico y la reducción de las tasas de sustitución.

Pero, quizás, el debate en torno a la virtudes de la capitalización adquirió una mayor significación a partir de la reforma del régimen previsional chileno al adoptarse la decisión de transformar un sistema público de pensiones de prestaciones definidas en otro, obligatorio también, pero de cotización definida y de cuentas individuales gestionadas por administradoras privadas de fondos. El modelo chileno generó todo tipo de posturas encontradas, pero consiguió convertirse en un referente para otros países, especialmente de América Latina, y también para ciertos países de Europa central y oriental. En lo que se refiere a los países latinoamericanos no todos optaron por el mismo modelo de reforma. De hecho, algunos se decantaron por sustituir el sistema público de reparto por uno de capitalización (modelo sustitutivo: Bolivia, México, El Salvador, Nicaragua y República Dominicana); otros crearon un nuevo sistema privado pero manteniendo el sistema público reformado, de modo que el trabajador podía elegir entre uno u otro (modelo dual o paralelo: el caso de Perú y Colombia) y, finalmente, otros optaron por un sistema mixto (Argentina, Uruguay y Costa Rica). Por su parte, las reformas de los regímenes de pensiones de los países del Este (en concreto, Hungría, Polonia, Letonia, Bulgaria, Croacia y Estonia) se configuraron finalmente como una especie de combinación entre el sistema público de reparto, que fue reformado al efecto, y un régimen de cotizaciones definidas gestionadas por entidades privadas o por el sector público.

Resulta evidente, por tanto, que las tesis defendidas por el Banco Mundial cobraron especial protagonismo a través de las reformas estructurales emprendidas, especialmente en los países latinoamericanos. De hecho, se ha podido decir que el debate doctrinal en torno a las reformas de la seguridad social en el que se enfrentaban dos posturas contrapuestas -la de los profesionales de la Seguridad Social y la de los economistas- arrojó un resultado positivo en favor de los segundos en su defensa de los mecanismos de mercado y la responsabilidad individual. En definitiva, las propuestas economicistas controlaron el debate y se impusieron en las reformas acaecidas en Latinoamérica.

En lo que respecta a la Unión Europea, la potenciación de los regímenes capitalizados individuales y colectivos de ahorro ha cobrado especial relevancia a raíz de las reformas de distinta

índole llevadas a cabo en Suecia, Alemania e Italia. Las decisiones adoptadas por estos países van desde la introducción de complementos voluntarios basados en la capitalización (Alemania) al establecimiento de un régimen obligatorio de cotizaciones definidas teóricas (Suecia e Italia). En el primer caso, se va a poder aportar hasta un 4 % del salario a cuentas individuales que el Gobierno promociona a través de beneficios fiscales y determinadas ayudas. En el segundo, se ha optado por un sistema de cuentas nocionales, algo así como un plan obligatorio de cuentas individuales al que se dirigen, en el caso de Suecia, el 2,5 % de las cotizaciones. Ciertamente, la introducción de la capitalización en Europa no puede resultar una novedad a tenor de las diferentes vías de recepción de este método de financiación a lo largo de la evolución histórica de los sistemas de pensiones de los países europeos. Pero, en todo caso, lo que se presenta como verdaderamente novedoso es la nueva configuración que determinados países están dando a su pilar profesional, público y contributivo, y financiado bajo el sistema de reparto. En realidad, lo que dejan entrever estas reformas es que en los países de la Europa de Bismarck y de Beveridge la capitalización ya no se ve como una amenaza sino más bien como una forma de diversificar los riesgos financieros a los que se enfrentan en la actualidad los sistemas de pensiones. Se acepta como inevitable la adopción de medidas que promuevan la introducción de regímenes capitalizados de ahorro de distinta intensidad, ya voluntarios u obligatorios, en combinación con el sistema de reparto, como forma de atenuar los efectos derivados del envejecimiento de la población.

Ahora bien, la implantación de fórmulas de capitalización en Europa estaría guiada por dos ideas fundamentales. Por un lado, las reformas llevadas a cabo en los últimos años han descartado la solución radical chilena consistente en sustituir completamente el sistema de reparto por el de capitalización, lo que debe ser valorado muy positivamente en atención a los múltiples inconvenientes que se han venido apuntando con respecto a una eventual transformación en este sentido. Convivirían, entonces, las dos tendencias reformadoras antes apuntadas: la estrictamente complementaria y externa al pilar profesional, fuertemente incentivada fiscalmente y de naturaleza voluntaria, con aquella otra de carácter mixto en la que se distinguirían dos componentes dentro del sistema público contributivo y obligatorio, uno de reparto y otro capitalizado. Pero, por otro lado, y aun cuando se imposibilite un cambio profundo del sistema de protección social heredado, las reformas emprendidas en favor de una mayor presencia de la capitalización favorecen una mayor penetración de los rasgos y valores de este método de financiación como forma de hacer frente a los retos del futuro, de modo que la responsabilidad y el esfuerzo individual se va imponiendo frente a la responsabilidad colectiva y la privatización cobra mayor relevancia como forma de gestión frente a la administración pública de los recursos del sistema.

Sin duda alguna, resultan loables los planteamientos de reconstrucción de los sistemas estatales de pensiones como fórmula de redistribución del riesgo a través de la incorporación de un pilar de carácter mixto, donde un porcentaje de las aportaciones se destine a un fondo capitalizado, como el caso de Suecia. En favor de esta tesis se ofrecen argumentos nada desdeñables, desde la incorporación de mayores dosis de garantía al sistema al combinar dentro de un mismo pilar los dos instrumentos financieros, a la unidad de actuación que caracterizaría al mismo dado que las políticas de empleo irían vinculadas a la extensión de la cobertura del sistema de pensiones. Al mismo tiempo, se produciría una redefinición ideológica del papel del Estado y se posibilitarían nuevos canales de participación de los ciudadanos tanto en forma individual como colectiva.

Pero, al lado de estas razones en favor de una mayor presencia de la capitalización, conviven importantes riesgos en las propuestas reformadoras. En lo que respecta a los países Latinoamericanos, se han puesto de manifiesto importantes deficiencias, que van desde un efecto redistributivo claramente regresivo, a un descenso de las tasas de cobertura. Por su parte, del modelo de cuentas individuales de los países escandinavos, especialmente de Suecia, se

ensalzan sus virtudes en abstracto sin tener en cuenta las peculiaridades del contexto en el que se inscribe. Así, el sistema sueco de cuentas capitalizadas se integra en un sistema de cuenta teórica caracterizado por su generosidad, lo que incide, como es natural, en una reducción del grado de riesgo global que corren los trabajadores y en un menor rechazo a aceptar las contingencias del mercado financiero. Pero, además, la combinación reparto/capitalización que propugnan las reformas europeas supone, como se ha dicho, la incorporación al sistema público de carácter colectivo y redistributivo de una lógica netamente individualista al valorar el esfuerzo de cotización con las prestaciones, de modo que convivirían en el interior del sistema de protección profesional y contributivo principios y valores distintos según cada método de financiación. Precisamente, al institucionalizarse el individualismo en el marco general de las pensiones obligatorias e internas al sistema debería tenerse en cuenta de qué modo se van a hacer compatibles la equidad social, propia del método de reparto, con la equidad individual de las fórmulas de capitalización. La defensa exacerbada de la combinación reparto/capitalización en el pilar profesional en base al argumento de la dispersión del riesgo no debería hacernos olvidar que se trata de un aspecto mucho más complejo de lo que parece, ya que las pensiones privadas capitalizadas no siempre logran el objetivo de la diversificación del riesgo e, incluso, suelen introducir riesgos adicionales.

3º. Factores de sostenibilidad o estabilizadores automáticos. Entre las distintas opciones de reforma que cobran especial protagonismo en la actualidad para hacer frente a los desafíos descritos más arriba, se encuentran los estabilizadores automáticos. Los llamados también como factores de sostenibilidad aludirían a cualquier mecanismo automático que vincula algún parámetro del sistema de pensiones a algún factor exógeno al propio sistema, bien sean de tipo demográfico o de tipo económico. Su aplicación normalmente tiene lugar en el marco de las pensiones vitalicias de jubilación y, como se ve, existen dos aspectos inescindibles en la configuración que se haga de esta figura: de un lado, la utilización de uno de los parámetros del sistema (variable endógena) a vincular; de otro, el tipo de variable exógena al sistema que se toma como referencia. Respecto al primero de los aspectos habría que subrayar que el conjunto de los parámetros a utilizar pueden ser, entre otros: la edad de jubilación, la fórmula de cálculo de la pensión o la indexación de las pensiones. En el segundo caso, los elementos de referencia pueden ser también diferentes: la esperanza de vida, la relación entre cotizantes y pensionistas, la evolución de los precios, la actividad económica o la tasa de actividad, entre otros. Las formas de crear esa correlación entre ambas variables es lo que hace distinto en cada país el factor de sostenibilidad.

La determinación del parámetro que se utilice en la vinculación resulta fundamental, dado que los efectos del factor de sostenibilidad pueden ser muy distintos. Uno de estos parámetros puede ser el número de años cotizados necesarios para alcanzar el 100 % de la base reguladora. En este caso, la aplicación del factor de sostenibilidad implica la necesidad de cotizar más años para la obtención de un importe de pensión equivalente. Otra opción sería la vinculación a la edad de jubilación. En este caso, se trata de ajustar la edad de retiro en cada revisión a la esperanza de vida prevista. La tercera de las opciones pasaría por ajustar directamente la pensión inicial multiplicándola por un coeficiente de sostenibilidad. La última de las medidas de ajuste automático se refiere a la revalorización de las pensiones.

En Europa no faltan ejemplos de este tipo de estabilizadores automáticos. Lo más habitual entre los países de nuestro entorno (los casos de Holanda, Italia, Grecia y Dinamarca) es proceder a un retraso de la edad de jubilación en función de lo que aumente la esperanza de vida. Grecia, por ejemplo, pondrá en marcha esta medida a partir de 2020. Dinamarca, por su parte, aplicará dicho mecanismo una vez se complete el proceso de aumentar la edad de jubilación de 65 a 67 años a partir de 2027. En Holanda se ha previsto que la edad de jubilación alcance los 66

años en 2020 y luego vincularla a la esperanza de vida. Italia también contempla un factor de sostenibilidad con ajustes cada 3 años.

Otros países ajustan la cuantía inicial de la pensión a partir de la aplicación del factor de sostenibilidad. En Francia, por ejemplo, dicho factor está constituido por el cociente entre la carrera laboral del cotizante y el período de referencia (40 años). Del mismo modo, Finlandia contempla en la fórmula de cálculo de la pensión un coeficiente de esperanza de vida. Y en Portugal también se ajusta la pensión en base a un coeficiente de sostenibilidad que se obtiene como cociente entre la esperanza de vida a los 65 años en el año 2006 y la existente en el año anterior al momento de la jubilación. Alemania, por su parte, tiene previsto un sistema de puntos donde la pensión de jubilación se calcula conforme se van acumulando los mismos. La cuantía de dicha pensión depende de dos aspectos: del número de puntos sumados y del valor de cada punto. El ajuste de dicho valor se hace depender, fundamentalmente, del ratio de dependencia (cotizantes/pensionistas) del sistema. En Suecia también existe un estabilizador automático que se aplica cuando los activos (representados por el fondo de reserva más el valor estimado de los activos en aportaciones al sistema) son inferiores a los pasivos del sistema (capital nocional de pensión devengada más los gastos de las pensiones actuales).

La justificación que se suele ofrecer para implantar estos mecanismos de ajuste sería doble. En primer lugar, se pone de manifiesto la capacidad de dicha medida para ofrecer una solución de carácter financiero al problema de la viabilidad de los sistemas de pensiones. Con la incorporación de elementos de ajuste automático se atienden mejor los cambios demográficos y económicos: se posibilita la ecuación del equilibrio presupuestario.

En segundo lugar, la introducción de factores de sostenibilidad evitaría lo que sus defensores consideran uno de los aspectos más preocupantes para la sostenibilidad de las pensiones públicas: las reformas fruto de los acuerdos políticos. Dado que la viabilidad de los sistemas de pensiones se relaciona con su capacidad de adaptación a la evolución social y económica correspondiente, se considera necesario que los ajustes que en cada instante haya que realizar no se haga depender de los pactos de los agentes sociales o de la iniciativa de los gobernantes. Para algunos autores, el proceso político resulta, por un lado, lento para dar una respuesta lo más rápida posible a los cambios que necesitan los sistemas de bienestar nacionales e incluso arbitrario ya que en ocasiones no se está dispuesto a adoptar reformas que comportan un elevado coste político (cuando, por ejemplo, se tienen que endurecer los requisitos de acceso a las pensiones o reducir su cuantía). Por ello, se apuesta por no pocos sectores (UNESPA, FUNCAS, FEDEA, FEF, Círculo de Empresarios, entre otros) por la incorporación al diseño de los sistemas de pensiones de algún tipo de mecanismo (factor de sostenibilidad) que permita revisar de forma automática y cada cierto periodo de tiempo algún parámetro y así desligar la sostenibilidad del sistema de los acuerdos políticos.

Introducción de los factores de sostenibilidad automático son problemáticos. También, obviamente, se puede entender que intentan hurtar del debate político (en lo principal y significativo el propio debate parlamentario) las medidas a adoptar en cada caso en la reforma de las pensiones. Es este un elemento verdaderamente inquietante ya que en general los cambios normativos operados en nuestro país que han contado con el beneplácito de las fuerzas sociales y políticas del momento han permitido adaptar de forma exitosa nuestro sistema de pensiones a los retos demográficos y económicos del momento.

Y, sin embargo, pese a todos sus inconvenientes y falta de consenso en el Pacto de Toledo, el Factor de Sostenibilidad de la Pensión de Jubilación, tras el Informe del Comité de Expertos de junio, el Gobierno procede a darle trámite parlamentario. Se aprueba, en primer lugar, el

correspondiente Anteproyecto de Ley, en el que se recogen gran parte de las propuestas de los expertos y se incorpora definitivamente en nuestro país tras la aprobación de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social[78]. En dicha norma se parte, de nuevo, de los consabidos determinismos demográficos y económicos para justificar la introducción en España del denominado Factor de Sostenibilidad de la pensión de jubilación y del Índice de Revalorización del sistema de Seguridad Social. En este apartado, nos proponemos examinar el primero de los estabilizadores automáticos, dejando para el siguiente epígrafe el segundo de los mecanismos previstos legalmente.

El Nuevo Pacto de Toledo de 2020 y la reforma de 2021 ha supuesto la derogación completa de los dos llamados "factores de sostenibilidad" del sistema público de pensiones (sic.) en la Ley 23/2013.

En términos de conjunto se puede decir que las previsiones del Nuevo Pacto de Toledo de 2020 y las reformas de 2021 (y en principio también de las previstas y la segunda fase en curso de materialización y pronta ejecución) siguen la senda de las anteriores las anteriores reformas (con la excepción de la lógica del doble factor de sostenibilidad que se había instaurado unilateralmente y al margen del consejo del Pacto de Toledo, como se sabe, la reforma de la Ley de 2013). En ese sentido se han ido adoptando reformas de carácter paramétrico, eludiendo las sistémicas o no paramétricas. Así se ha incidido en las medidas de edad (limitaciones de las jubilaciones forzosas -aun alguna época prohibidas-, limitaciones a las jubilaciones estrictamente voluntarias, incremento de la edad de jubilación a los 67 años edad, etcétera), parámetros de la cotización -incrementos, pero también reducciones en términos de bonificaciones y exoneraciones-, incremento de las bases de cálculo de las pensiones, etcétera). Tan sólo el desarrollo del MEI podría acercarse a la consideración de factores sistémicos no dependientes de factores estrictamente paramétricos.

Sin embargo, el *modelo normativo de regulación de reforma de las pensiones* no ha sido precisamente estático ni conservacionista, toda vez que ha ido incorporando elementos muy relevantes para la sostenibilidad económico-financiera y sostenibilidad y adecuación social. Y cambe decir, que lo ha hecho atendido -por el momento- las directrices marcadas por la UE, que, por cierto, tienen en cuenta la diversidad de tradiciones y culturas nacionales reflejadas en

[78] El Factor de Sostenibilidad se definía en el art. 1 Ley 23/2013 como "un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula que se regula en esta norma, ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes". En la regulación efectuada por esta ley, el factor de sostenibilidad ajusta la pensión inicial de jubilación de manera que el importe total que perciba a lo largo de su vida un pensionista que acceda al sistema de pensiones dentro de un cierto número de años, y que previsiblemente tendrá mayor esperanza de vida, sea equivalente al que perciba el que se jubile en un momento anterior. Para ello se relaciona la esperanza de vida estimada en ambos momentos. Tal y como se indica en el Preámbulo de la Ley 23/2013, su finalidad es mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas, garantizando a las generaciones presentes y futuras la percepción de pensiones adecuadas y suficientes, conforme al mandato del artículo 50 CE. En opinión del legislador de la reforma (¿social?), este factor asegura el riesgo asociado al incremento de la longevidad y ajusta la equidad intergeneracional, si bien sólo respecto de las pensiones de jubilación. Como se puede comprobar, y en coherencia con lo establecido por la Ley 27/2011, el legislador optó, en primer lugar, porque dicho factor únicamente afecte a las pensiones de jubilación y, en segundo lugar, porque entre las diferentes posibilidades que dispone sea la variable de referencia, la esperanza de vida, y el parámetro del sistema afectado, la cuantía inicial de las pensiones. Con la elección de estos dos elementos clave, el legislador está determinando de forma muy clara el colectivo sobre el que recaerá el ajuste, que no son otros que los nuevos pensionistas. Con esta apuesta por vincular la pensión inicial a la esperanza de vida, nuestro sistema de pensiones de jubilación se equipara a lo que otros países vienen aplicando, como son los casos de Portugal y Finlandia, donde también se diseñan sus correspondientes factores de sostenibilidad de acuerdo a las variables bien conocidas.

el diseño de las pensiones. El Componente 30 (sobre sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones) del Plan de Recuperación, Transformación y resilencia, presentado y aceptado por las instancias políticas de la UE, introduce reformas profundas a implantar en dos grandes fase, pero utilizando en las reformas que se programan criterios sustancialmente paramétricos, aunque deja un margen relativo para realizar de formas de carácter no paramétrico.

Hay que decir, con la contundencia que ofrecen los hechos de la experiencia, que el futuro del sistema público de pensiones no está escrito. Sin embargo según ciertos sectores doctrinales y organizaciones financieras parece que apuestan por una persistente -y siempre dilatada en la intrahistoria de la Seguridad Social- por una "teoría del derrumbe" del sistema de pensiones; una teoría basada en determinismos de diversa índole (desequilibrios demográficos, entrada en el sistema de la generación del *baby boom*; el hundimiento del sistema de reparto por la pérdida irreversible del empleo en una sociedad digital; "excesiva esperanza de vida" generalizada (sic.), que encumbra una forma larvada de "darwinismo social", etcétera).

El nuevo Pacto de Toledo de 2020 (formalizado como Declaración institucional del Congreso de los Diputados) parte de la capacidad de la sociedad organizada para mantener el Sistema llevando a cabo las reformas que sean necesarias para mantenerlo y mejorarlo. La capacidad de respuesta del Sistema de Seguridad, su resistencia y resilencia, se han puesto a prueba en tres crisis sucesivas de envergadura (el crack de 2008; la Pandemia COVID-19 y las consecuencias de la "guerra de Ucrania"). La política públicas (y por qué no con la colaboración activa de los agentes políticos y sociales) pueden incidir en los factores de riesgo e incertidumbre (como los factores demográficos, estableciendo los equilibrios en los ciclos vitales; las niveles de empleo a través del cambio del modelo de empleo (reformas como las realizadas por la Ley 21/2021, y al Ley 12/2022, entre otras, han mostrados esta posibilidad; el propio Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia, que incluye el Componente 30, relativo a la "Sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo", elaborado el 16 de junio de 2021[79]; el "Acuerdo Social sobre el Primer Bloque de medidas para el equilibrio del sistema. El refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia", de 1 de Julio de 2021[80]).

En una perspectiva de largo alcance se percibe el sentido político jurídico de la reforma de las pensiones, que -a impulso de las directrices y la coordinación de las políticas y estrategias de la Unión Europea- para alcanzar la sostenibilidad económico-financiera y social combina las medidas de racionalización y de racionalización, la política de contención del gasto con la de aumento de los ingresos (vía cotizaciones sociales e impuestos); el equilibrio entre los espacios de previsión/provisión del sistema público y los sistemas privados. La tendencia a escala europea, y atendiendo a los países europeos más avanzados (del Norte y del Sur), presentan tradiciones y culturas jurídicas distintas y ello se traduce también en las peculiaridades del proceso reformista: unos adoptan medidas paramétricas (la mayoría, sin duda), mientras que otros han dado un paso más adicional a aquéllas para establecer medidas de carácter no paramétrico o de naturaleza sistémico.

Al tiempo las tendencias se van haciendo cada vez más transparentes: se enfatiza más en la sostenibilidad económico-financiera que en la sostenibilidad y adecuación social (en términos de una adecuada suficiencia contributiva de la pensión a recibir); se inclinan por la prolongación de la vida activa (incrementando la edad ordinaria de jubilación; incentivando económicamente

[79] https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf

[80] https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Documents/2021/070721-acuerdo_pensiones.pdf

la jubilación postergada; penalizando las jubilaciones anticipadas voluntarias (evitando que el sistema laboral-social facilitara la salida del mercado de trabajo a edades cada vez más tempranas); prohibiendo o restringiendo al máximo las jubilaciones forzosas al amparo de las cláusulas de los convenios colectivos; reforzando las medidas de prevención de riesgos y la formación profesional de los mayores; adoptando mecanismo que limiten los despidos de las personas mayores -medidas, por cierto, generalizadamente insuficientes y deficientes, etcétera), reducción de la calidad de la pensión a través debilitamiento de la tasa de sustitución de las pensiones contributivas (por el juego de diversas técnicas, entre ellas el alargamiento de los periodos de cálculo de la base regulación de la pensión, encaminados al tiempo a computar toda el ciclo de vida activa cotizada del sujeto protegido, en algunos países se adoptan factores adicionales de sostenibilidad de carácter automático que reducen la cuantía de la pensión que van en la misma dirección de minorar la intensidad protectora de las pensiones); el fomento legal hacia la expansión de los sistemas de pensiones privadas, fomento que tiende a ser selectivo y desigual en el apoyo al timo de instrumentos privados entre los diversos países europeos (a escala de la Unión Europa, con un énfasis, tanto en los sistemas de pensiones individuales, como en los sistemas colectivos de empleo o regímenes profesionales privados).

Existen fuertes presiones de la entidades financieras y de ciertos fuerzas políticas y sectores doctrinales de orientación *neoliberal* de llevar a cabo la teoría de los "vasos comunicantes" en las relaciones entre el sector público de la previsión y el sector privado ("mercantil"), lo que supone realizar recortes paulatinos del sistema público para re-mercantilizar espacios hacia el sector privado de la previsión. Esta estrategia de acumulación privada por desposesión de ámbitos propios del espacio público en favor del sector privado de la provisión de las pensiones no es nueva, pero encuentra nuevos impulsos sobre todo en periodos de crisis agudas. Es entonces cuando se (re)propone ir más allá del reparto de espacios entre la provisión pública y la provisión privada de las pensiones y se entra en una lucha *competitiva* del sector privado para acaparar espacios antes reservados a la provisión pública[81]. Actualmente se ha pasado de una apuesta más decidida y frontal, pues sin tapujos se pasa de la defensa de la privatización implícita a la privatización o defensa de la remercantilización explícita del sistema de pensiones, siempre con el alegato de la insostenibilidad del sistema de pensiones. Eso sí, las reforma, en el tiempo presente y bajo condiciones democráticas, se orientan tácticamente de manera gradualista, siendo así que se produciría a través de recortes sucesivos de la provisión pública de las pensiones. Y este planteamiento supone un atentado contra la democracia constitucional en su dimensión sustancial

[81] Para el origen de estas estrategias neoliberales, remito a Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudios crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996, pp. 46 y sigs. ("La ciudadanía en tiempos de crisis"; con referencia la propuesta y puesta en práctica de dos tipos de opciones políticas alternativas: "A) La opción neoconservadora" o "neoliberal", y "B) La opción socialdemócrata"); Monereo Pérez, J.L.: "La política de pensiones entre Estado y Mercado", en Torres López, J.(Coord.) *et altri: Pensiones públicas: ¿Y mañana qué?,* Barcelona, Ariel, 1996. Que el tema no es nuevo se percibe en el que el Banco Mundial defendió la privatización de las pensiones en su un Informe de 1994. Véase, BANCO MUNDIAL: *Averting the Old Age Crisis. Politicies to Protect the Old and Promote Growth,* Washington DC, 1994. En este Informe se formula de manera más nítida y acabada los tres pilares de la provisión de las pensiones (Primer pilar de pensión pública de financiación a través de impuestos; Segundo pilar de planes profesionales de pensiones, gestionadas por entidades financieras privadas; el Tercer pilar de pensiones-ahorro individuales, gestionados, asimismo, por entendidas financieras privadas (*Ibid.,* pp. 107 y 138 y sigs.). De interés sobre las derivas posteriores -siempre inacabadas, porque el conflicto, y no sólo el debate, no está cerrado- son los análisis de Barr, N.: *The economics of Welfare State as Piggy Bank. Information, Risk, and Uncertainty*, Oxford, 2002; Barr, N.: "Reforma de las pensiones: mitos, verdades y opciones políticas", *Revista Internacional de Seguridad Social,* Vol. 55, núm. 2, 2002; Barr, N. y Diamond, P.: *La reforma necesaria. El futuro de las pensiones*, Madrid, El Hombre del Tres, 2012; Holzmann, R. y Stiglitz, J. (EDS): *New Ideas About Old Age Security,* Washington DC, 2002.

y social, pues "la ciudadanía social forma parte de las condiciones sociales de la democracia"[82]; y la remercantilización de los derechos sociales los derechos relativos a las pensiones públicas efectivamente confirma la regresión del "Estado social del Derecho" a la implícita forma política de "Estado de mercado". Sin embargo, las personas mayores tienen un derecho social fundamental a la pensión como derecho de "desmercantilización" que sólo puede garantizar un régimen público de pensiones, con independencia del poder de "compra" (provisión) del ciudadano en el mercado de la provisión privada[83].

Dado el panorama de incertidumbre en el acceso y en la calidad de la pensión contributiva (o no se acredita el periodo mínimo necesario; o llegado el caso de acceder a ellas la tasa de sustitución se ha ido reduciendo progresivamente en la inmensa mayoría de los Estados miembros de la UE…), se está transitando sigilosamente de la centralidad de la contributividad (y su renta de sustitución) a la paulatina mayor presencia de la solidaridad no basada en la contributividad, con un crecimiento espectacular de las pensiones (y más ampliamente prestaciones, como es el caso del Ingreso Mínimo Vital, que tiene una naturaleza de prestación pública no contributiva dentro del sistema de Seguridad Social) no contributivas del sistema de Seguridad Social. Es obvio que se advierte la realidad emergente de la pobreza y la exclusión social de los mayores (aunque, desde luego, no sólo de ellos de personas trabajadoras y sus familias). Y ello teniendo en cuenta que los planes y fondos privados de pensiones no van a poder "compensar" las dificultades de acceso y la reducción de las tasas de sustitución de las pensiones contributivas. Y si cae en el error (en la lógica del derecho a la pensión) de que estos sistemas pasen de ser simplemente complementarios a sustitutivos el problema -como muestra la experiencia se agravaría ostensiblemente porque será en detrimento de los recursos del primer pilar de pensiones básicas del sistema público. Lo paradójico de todo ello es que las planes privados de pensiones se han asentado en la palanca de las políticas de fomento público (a través los incentivos fiscales, que operan realmente como "subvenciones fiscales; y si estos desaparecen su "sostenibilidad" y atractivo para el consumidor de estos productos de ahorro-provisión de pensiones privadas se retrae o desaparece). Si se acepta la lógica de "la acumulación por desposesión" de ámbitos funcionales de las pensiones públicas; esa remercantilización no será en beneficio de la mayoría de la sociedad de todas las generaciones, sino la del capitalismo financiero cuya finalidad es la obtención preferente del beneficio selectivo. El fenómeno de la financiarización de la economía. La mundialización económica -a través del impulso que ejercer los grandes poderes financieros y las potencias mundiales- ha llevado aparejada diversos cambios estructurales de la configuración de las relaciones económica internacionales. Uno de sus efectos de mayor calado ha sido el crecimiento de la importancia del sector financiero en el conjunto de la economía hasta adquirir una centralidad radical y que está tenido efectos graves para el resto de relaciones económicos, una circunstancia que no ha sido exclusivamente el resultado de una mejora de la tecnología y las comunicaciones sino la consecuencia de decisiones de índole política que han transformado el entramado institucional del capitalismo a nivel mundial. Fruto de este proceso, que se ha denominado como financiarización económica, las relaciones laborales en el mundo han sufrido una serie de mutaciones de envergadura en los cambios en la gestión empresarial que se ha hecho más cortoplacista en todos los ámbitos, incluyendo la gestión de los recursos humanos; en el marco legal casi universal que ha reubicado el equilibrio negociador entre empresarios y asalariados para hacerlo más favorable a los primeros; y una deriva en la configuración, esencia y justificación del Estado del Bienestar en pos de una reducción de su tamaño. En conjunto, la financiarización ha supuesto en la práctica un reparto

[82] Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudios crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996, p. 57.

[83] Para los fundamentos del "derecho a la Seguridad Social como derecho de la ciudadanía" y "derecho de desmercantilización", véase expresamente, Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudios crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996, pp. 39 y sigs.

de rentas mucho más favorable hacia el capital que hacia el trabajo, nunca antes conocida en la etapa contemporánea[84]. La financiarización conlleva el dominio del capital financiero sobre el conjunto de la actividad económica, y en este sentido se expande ejerciendo su dominio sobre el capital real (economía productiva)[85]. La racionalidad financiera se impone sobre la racionalidad productiva, subordinándola a aquélla. Es patente el ascenso del capital financiero como poder no sólo en el campo de la economía y de los mercados, sino también como poder influyente en las orientaciones de las políticas públicas (esto es, comportándose también como un actor político); y es de subrayar que lo hace desde una hegemonía ideológica que encuentra su base en el pensamiento del neoliberalismo contemporáneo (que otorga un especial protagonismo a las políticas públicas en la regulación de los mercados y de las preferencias en las opciones económicas; es, éste, precisamente, un rasgo de la forma "Estado de mercado"). Se produce una redefinición permanente en la relación entre el sector público y el sector privado financiero, en otros términos, en el campo de los actores económicos, entre las instituciones de gobierno y los actores financieros privados. En el plano estrictamente jurídico, se opera una subordinación del Derecho Social (del Trabajo y de la Seguridad Social), al Derecho mercantil, al Derecho de la competencia; lo que conduce a una minoración de los derechos socio-laborales y la par que la simétrica mayor expansión de las libertades económicas de los empresarios, que gozan de más beneficios en esa acumulación por desposesión de lo público.

Los fondos de pensiones están en expansión creciente; y se está asistiendo a reformas de los sistemas públicos de pensiones (no sólo de sostenibilidad en abstracto, sino de recortes de la cuantía de las pensiones contributivas) que les favorecen directamente, aparte de que lo sistemas privados de pensiones están siendo fomentados (con subvenciones fiscales incluidas), constatándose una ampliación de su espacio de captación de ahorros y mayores perspectivas de rentabilidad con el nuevo paradigma de regulación jurídica a través de las reformas del Derecho Social y del Derecho de la Economía.

No es baladí hacer notar la presión que se ejerce los procesos de privatización (re-mercantilización) de las pensiones públicas y la expansión de los instrumentos privados de provisión de pensiones. Y llama la atención de que lo que se pide es que es un "Estado de Mercado" que impuso este proceso reduciendo la intensidad protectora de las pensiones en favor de los mercados, y desmantelando una parte significativa del Estado social (no sólo las pensiones, también los sistemas de salud, la dependencia, los servicios públicos, etcétera). Este proceso de "gobernanza económica" neoliberal cuestiona las bases de la democracia constitucional, en el plano político y social[86].

---

[84] Véase Ruesga, S.M.: "La financiarización de las relaciones laborales", en *Cuadernos de Relaciones Laborales,* núm.2 (2012), pp. 409-429 https://doi.org/10.5209/rev_CRLA.2012.v30.n2.40207; Monereo Pérez, J.L.: "Crisis económica y reforma laboral en la larga duración histórica", en *Teoría y Derecho (TEORDER),* núm. 13 (2013), pp. 13-64.
De gran interés es la reflexión -basada en la experiencia- contenida en Pardo López, S. y Pico, C.M.: "Financiarización e inversiones de los fondos de pensiones en la Alianza del Pacífico Perfiles Latinoamericanos", 28(56)| Flacso México | doi: http://doi.org/10.18504/p. 2856-009-2020.

[85] El proceso ya había sido intuido lúcidamente por Veblen, que había predicho el surgimiento del crack financiero de 1929. Véase Veblen, Th.: *Teoría de la empresa de negocios*, trad. Carlos Alberto Trípodi, revisión técnica, edición y estudio preliminar, "La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen", a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009; Monereo Pérez, J.L.: *La teoría crítica social de Thortein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Comares, 2010; Monereo Pérez, J.L.: "El institucionalismo americano y la Escuela de Economía del Trabajo y de las Relaciones Laborales: Thorstein Bunde Veblen y la Escuela de Wisconsin", en *Revista De Estudios Jurídico Laborales y De Seguridad Social (REJLSS)*, (5), pp. 20-49. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi5.15043

[86] Sobre esta forma emergente de "Estado Mercado" (que contrasta visiblemente con la forma del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho), puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo,

¿De verdad alguien piensa en que la adquisición como consumidores de pensiones privadas es la alternativa para la vida digna de los mayores que, por cierto, serán los jóvenes de hoy? Las crisis que se han venido produciendo (crack de 2008; crisis de la Pandemia; crisis derivada de la "guerra de Ucrania"; y las crisis que vendrán, porque la crisis se ha convertido en un estado cíclico de las sociedades del capitalismo tardío) demuestran que su un instrumento ineficiente para garantizar pensiones. Más vale pensar en que asumen con eficacia su función complementaria de pensiones públicas dignas.

Se habrá de buscar medidas eficientes y de viable realización para garantizar al propio tiempo la necesaria sostenibilidad económico-financiera (medio) y la sostenibilidad y adecuación social de las pensiones (fin). Aquí es inevitable la colaboración y articulación entre la política del Derecho de la Economía y la Política del Derecho Social. La economía de mercado no tiene una lógica "naturalista" y de "equilibrio espontáneo", necesita de reglas de juego de carácter jurídico e institucional. No sólo los derechos sociales de desmercantilización requieren de suyo la regulación garantista del poder público, sino que también el mercado requiere de orden exógeno más allá de las fuerzas del mercado. Si esto es así, ¿Es imposible corregir la lógica autodestructiva de sociedad y subordinarla a la cobertura de las necesidades de las personas?

VI. El futuro de las pensiones públicas. En particular, de la pensión de jubilación[87]

En los últimos años se han venido produciendo cambios relevantes en el modelo de protección a la jubilación en el marco de la reforma más amplia del sistema de Seguridad Social español. Las reformas más recientes la materia se han producido en 2021 y están estrechamente vinculadas al Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia de España[88], concretamente de su tercer

2015, espec., pp. 382-631. (sobre el nuevo orden internacional: Estados soberanos y orden global; "el nuevo sistema mundial en una situación de excepción: globalización neoliberal y crisis económica"; "el constitucionalismo social europeo ante los nuevos poderes soberanos"). Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: "Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE),* Año 11. Núm. 21. Enero-junio/2014, pp. 143-194 https://www.ugr.es/~redce/REDCE21pdf/05_monereo.pdf. Ya había sido señalado que "Permitir que el mecanismo del mercado dirija por su propia cuenta y decida la suerte de los seres humanos y de su medio natural, e incluso que de hecho decida acerca del nivel y de la utilización del poder adquisitivo, conduce necesariamente a la destrucción de la sociedad". Cfr. Polanyi, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Presentación y traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1989, p. 128.

87 Véase Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", Título I en obra colectiva *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Ediciones Laborum, Murcia, 2019, p. 64 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* núm. 3 (2021), pp. 21-84. https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13533/13777 ; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 2ª edición, ampliada y actualizada, 2022, pp. 338 y sigs.

88 Véase Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resilencia. https://www.boe.es/doue/2021/057/L00017-00075.pdf
Para el plan de recuperación, transformación y resilencia presentado por el Gobierno español, https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf. Es un plan denso y detallado que se despliega en 348 páginas.
El importante Componente treinta se incluye en la página 173.
COMPONENTE 30 ("Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo")
Retos y objetivos
La reforma de las pensiones está orientada a asegurar la sostenibilidad financiera del sistema en el corto, medio y largo plazo, mantener el poder adquisitivo, preservando su papel en la protección frente a la pobreza y garantizando la equidad intergeneracional. Apoyándose en el amplio consenso parlamentario sustanciado en la aprobación de las recomendaciones del marco del Pacto de Toledo, se propone la puesta en marcha de un paquete de medidas complementarias entre sí que serán elevadas al diálogo social e incluyen: i) la separación de fuentes de financiación; ii) la puesta en marcha de un mecanismo de revalorización de las pensiones que garantice el mantenimiento del poder adquisitivo; iii) la continuación del proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad legal a través de

y cuarto eje (promoción de la cohesión social y territorial de España e igualdad de género), sus políticas palanca (siendo la X la más relevante) y sus componentes (a destacar el 30 de "Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo).

El mismo Plan de resilencia evidencia que las reformas en materia de pensiones constituye un pilar central dentro del cuadro o de la serie de medidas que se adopta en materia económica, social y de resilencia. Por ello mismo la reforma de las pensiones no puedo aislarse del conjunto de reformas que se han realizado en la legislación laboral, de Seguridad Social y de carácter económico y fiscal.

Estamos en una sociedad que envejece; en una sociedad longeva. Si el envejecimiento ha de considerarse una experiencia positiva, una vida más larga acompañada por continuas oportunidades de salud, de participación y seguridad. La Organización Mundial de la Salud define el envejecimiento activo como «el proceso de optimización de oportunidades de salud, participación y seguridad con el objetivo de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen». Debe permitir el desarrollo de la persona a lo largo de todo su ciclo de vida[89]. La tendencia hacia el envejecimiento es irreversible y será especialmente visible antes de 2050. La transición demográfica va a plantear en un desafío de magnitudes extraordinarias para proteger a las personas mayores en el trabajo y en las protecciones sociales dispensadas por los sistemas públicos de protección social. Los mayores presentan un mayor riesgo de sufrir una pobreza relativa si no se adoptan las medidas específicas adecuadas, tanto de carácter preventivo como reparador. Por ello, los mayores deben mantener su derecho a un sistema público de pensiones

incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas; iv) adecuación a los nuevos modelos de carrera profesional del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación; v) la integración y convergencia de los distintos regímenes de pensiones, como los de los autónomos; y iv) la revisión del sistema de previsión social complementaria, fomentando su desarrollo en el ámbito de las empresas.

La experiencia internacional muestra como las reformas duraderas y efectivas en el ámbito de las pensiones han de surgir del más amplio consenso.

Por ello, el Pacto de Toledo ha sido convocado para alcanzar grandes acuerdos a través de todo el arco parlamentario, con el objetivo de reforzar el sistema y adaptarlo a los cambios demográficos y sociales, dando certidumbre a pensionistas y trabajadores de cara a tomar decisiones de gasto e inversión de medio plazo. De ahí la importancia del acuerdo alcanzado en su seno, y ratificado por el pleno del Congreso el pasado 19 de noviembre de 2020 sin ningún voto en contra, en el que se recoge una veintena de recomendaciones orientadas a garantizar la sostenibilidad del sistema.

La consecución de este objetivo general, el de preservar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones, se articula a través de otros objetivos más concretos que han de marcar las principales líneas de actuación. El primero de estos objetivos es la eliminación del déficit del sistema. El segundo gran objetivo pasa por profundizar los ajustes paramétricos que han permitido incrementar la edad efectiva de jubilación de manera constante, hasta situarla por encima de la media europea, e impulsar a través de nuevos incentivos positivos la prolongación voluntaria del acceso a la jubilación y, como tercer objetivo, desplegar sistemas complementarios de pensiones en el ámbito empresarial y profesional.

[89] Para este enfoque renovador, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *RMTAS*, Número Extraordinario (2008), pp. 49 y sigs.; *Ibid.*, "Reestructuración de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *el altri: La política de pensiones en el Estado Social en transformación: Aspectos críticos,* Granada, Comares, 2010, pp. 81-174.; posteriormente, *Ibid.,* "El sistema multinivel de protección de las personas mayores", en Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F.: *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 15-76. En estas investigaciones se realza que el ciclo vital es el más adecuado para la adopción de las políticas sociales en su conjunto, y que se corresponde con la misma idea de envejecimiento como *proceso que dinámica que se dilata durante toda la vida de la persona.* El problema, por tanto, se aborda tanto desde las políticas de activación (señaladamente prolongación de la vida activa) y desde las políticas de protección prestacional y servicial cuya última responsabilidad se atribuye constitucionalmente a los poderes públicos, conforme al mandado constitucional ex artículos 50 y 41, en relación necesaria con el art. 10.2, de la Carta Magna.

suficientes y adecuadas (desmercantilizadas) sin necesidad de comprarlas en el mercado de la previsión privada. En este sentido se están produciendo fenómenos de privatización implícita, paulatina y silenciosa (privatización de ámbitos funcionales del sistema público hacia el privado *a través de la técnica metafórica de los "vasos comunicantes"*, que es contraria a los modelos del garantismo multinivel de las pensiones como se hace explícito señaladamente en los artículos 41 y 50 CE y 12 de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996[90]). Pero también explícitos (introduciendo factores paramétricos y no paramétricos en la dirección de asistencializar el sistema público de pensiones y privatizar los régimen profesionales de pensiones contributivas; cambiando en algunos países el sistema financiero de reparto por otro de capitalización, etcétera[91].

La Unión Europea ha llamada desde hace tiempo (a partir de la década de los noventa sobre todo) la atención sobre el impacto del problema estructural del cambio demográfico; y lo ha hecho en números instrumentos de *soft law*[92]. En enfoque de ciclo vital y de protección sociolaboral integral de las personas mayores encontraría su singular reconocimiento explícito sobre todo en 2012[93].

En efecto, En 2012, con ocasión del Año Europeo del Envejecimiento Activo, se aprobó un "Índice de Envejecimiento Activo" (conocido por sus siglas en inglés, AAI -*Active Ageing Index*-). Esté índice es un elemento de medida, no un objetivo de política social y fue el resultado de un proyecto de investigación gestionado conjuntamente por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea, la Comisión Económica para Europa de las

[90] El Instrumento de ratificación de España se publicó en el BOE el 11 de junio de 2021.

[91] Para los fundamentos y orígenes de estas estrategias de implantar una teoría de los "vasos comunicantes" en el sistema global de pensiones, en sus doble vertiente pública (Seguridad Social) y privada (mercantilizada), y demostrando que ese no es el modelo deducible ex artículos 41 y 50 de la Constitución (en relación con el art. 10.2 CE), véase, ampliamente, delimitando la noción técnica de sistema global de pensiones, Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones,* Madrid, Ed. Tecnos, 1996. Asimismo, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El espacio de las pensiones privadas: los Planes de pensiones", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *La política de pensiones en el Estado Social en transformación: Aspectos críticos,* cit., pp. 273 y sigs.

[92] Entre los más recientes y significativos, el *Informe de la Comisión Europea de 2020 sobre el impacto del cambio demográfico,* donde subraya el descenso del índice de natalidad, el aumento de la esperanza de vida de las personas y, en relación a ello, el incremento de las personas mayores que alcanzan no sólo a la "tercera edad", sino también, y durante largo expectativa de vida, a la "cuarta edad". Ello constituye un éxito de las políticas sociales en su conjunto del Estado del Bienestar, pero exige una adaptación completa de las prestaciones (incluidas pensiones, sanidad, dependencia, prestaciones de ingresos mínimos y servicios sociales). European Commission Report on the Impact of Demographic Change: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/demography_report 2020_n.pdf
El otro instrumento *Soft Law* es el *Libro Verde de la Comisión Europea sobre el envejecimiento: fomentar la solidaridad y la responsabilidad*, donde es de destacar que se aborda desde el enfoque de ciclo vital de las personas como concepción integral y holística que ya había sido defendida, entre nosotros, hace tiempo. Pero también se realiza una defensa de la "solidaridad intergeneracional" en las reflexiones que se contiene en este instrumento de "derecho blando", pero importante por su incidencia efectiva en el diseño y construcción de las políticas de envejecimiento y de pensiones de los Estados miembros. Véase *Comisión Europea: Libro Verdes sobre el envejecimiento: fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones*, Bruselas, 27 de enero de 2021. COM (2021) 50 final, pp. 1-27.
Para la construcción de ese enfoque puede consultarse enfoque de "ciclo vital" en la planificación de las políticas sociales y de Seguridad Social, véase Monereo Pérez, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *RMTAS*, Número Extraordinario (2008); *Ibid.,* Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores,* Granada, Comares, 2013; *Ibid., La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada,* Albacete, Bomarzo, 2019.

[93] Para el enfoque de ciclo vital, su fundamentación y sus consecuencias en el proceso reformista, véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "El sistema de pensiones en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social", en Antón, A. (Coord.) *et altri*: *La reforma del sistema de pensiones,* Madrid, Talasa, 2010, pp. 15-89 (apartado 1: "El enfoque de ciclo vital y el contexto económico a corto, medio y largo plazo. ¿Cuáles son las necesidades y qué es lo que queremos", pp. 30 y sigs.).

Naciones Unidas (UNECE) (https://www.unece.org/population/aai.html), y el Centro Europeo de Política e Investigación sobre Bienestar Social en Viena.

Es una herramienta de medición, para evaluar las políticas sociales de los Estados miembros, en el que se evalúan cuatro dimensiones mediante 22 indicadores, aunque cada uno tiene un peso específico. Las cuatro dimensiones son:

1. Empleo (tasa de empleo en distintas fases de edad)
2. Participación social (voluntariado, ayuda a hijos y nietos, cuidado de personas mayores y participación política)
3. Vida independiente (ejercicio físico, acceso a servicios sanitarios, vida independiente en sí misma, seguridad económica y física y aprendizaje permanente durante todo el ciclo vital de la persona), y
4. Capacidad para un envejecimiento saludable y entorno ambiental.

Cada dimensión tiene un peso específico propio en el cálculo del índice global. Así, el empleo y la participación social suponen un 35 % cada uno, la vida independiente un 10 % y las capacidades un 20 %.

A su vez, esas cuatro dimensiones se estructuran en veintidós indicadores.

Las primeras tres dimensiones miden los valores que pueden modificarse en una sociedad, mientras que la cuarta es un estudio de las condiciones de partida, que podríamos definir como ambientales, que facilitan u obstaculizan el envejecimiento activo. Por tanto, la cuarta queda al margen del impacto -directo- normativo, y por ello no será objeto de análisis en esta investigación.

Nos centraremos en las tres primeras, con una doble metodología:

a) Se revisará cuál es el marco jurídico-social que impacta en cada dimensión.

b) Se aportarán datos estadísticos sobre el índice de cumplimiento que hay en España[94].

Lógicamente ello incide y se proyecta sobre el sistema de pensiones en los sistemas de Estados del Bienestar europeos, desde un enfoque que comprende necesariamente todas las dimensiones del proceso de integración e inclusión social de las personas. Esas políticas integradas, presuponen la vinculación más dinámica con el empleo, la lucha contra la exclusión social (que enlaza con la falta de trabajo o su precariedad) y la pobreza, la atención de la salud en todas las fases del ciclo vital (ya "cuaternario"; y por tanto desde el nacimiento a la "cuarta edad"). En cualquier caso presenta la enorme utilidad para apreciar mejoras, avances o retrocesos respecto al valor alcanzado en periodos anteriores; y ello sin perjuicio del menos generalizable -pero igualmente indispensable- del enfoque comparado, incluido el del Derecho comparado regular del ciclo vital y del envejecimiento[95].

---

[94] http://www.unece.org/fileadmin/DAM/pau/age/Active_Ageing_Index/Stakeholder_Meeting/ACTIVE_AGEING_INDEX_TRENDS_2008-2016_web_cover_reduced.pdf.

[95] Un estudio completo en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social en España,* Granados Romera, M.I., Fernández Bernat, J.A. (Coords.), Granada, Comares, 2021. Obra colectiva realizada en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I, "Los Sistemas de Protección Social ante la incidencia de la disrupción digital". Proyectos del Plan Nacional 2020. Referencia: PID2020-115701RB-I00. [Convocatoria 2020 de «Proyectos i+d+i» en el marco del programa estatal de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de i+d+i y del Programa estatal de i+d+i orientada a los retos de la sociedad].

Con todo, estos enfoques no puede decirse que se sitúen en la lógica de los enfoques neoliberales y catastrofistas sobre la supuesta inviolabilidad de los sistemas públicos de pensiones contributivas, a través de la re-mercantilización de espacios públicos de protección hacia la expansión de los sistemas complementarios.

1. Estado de situación del modelo de regulación de la pensión de jubilación

El modelo de regulación jurídica de la pensión de jubilación no se puede disociar del marco global de reforma de las pensiones en el conjunto del sistema de Seguridad Social. Esto constituye una premisa no sólo metodológica, sino también de estricta eficacia (y éxito) de cualquier reforma de la pensión de jubilación. En el fondo esto es dar cuenta de la centralidad de la jubilación dentro del Sistema y de la conformación -ciertamente muy deficiente y mejorable en su articulación desde el punto de vista funcional y de las técnicas instrumentales de organización- de lo que puede denominarse con propiedad (y no meramente con el carácter a menudo retórico al uso) sistema *común e integrado* del Sistema de pensiones[96].

Las reformas sucesivas deben obedecer a una *planificación* que diseñe de manera coherente objetivos a perseguir y medidas para alcanzarlos, por un lado, y por otro que permite alcanzar un equilibrio financiero (con financiación interna y externa) y la justicia y la equidad social. En verdad, ninguna reforma será completamente definitiva y para toda circunstancia previsible o imprevisible (incertidumbre). Cualquier reforma debe partir de los datos del estado de situación financiera y otra variables que inciden en el sistema de pensiones[97].

Es innegable que nuestro modelo de regulación debe ser objeto de una reforma permanente de adaptación a los cambios estructurales. La reforma de la Seguridad Social y del sistema de pensiones en particular ha sido una característica permanente de los modelos europeos y del propio modelo español. Ciertamente se han realizado constantes y profundas modificaciones estructurales y de adaptación de las instituciones del sistema de pensiones, en parte como respuesta y en parte como adaptación a las transformaciones sociales, económicas y demográficas, que se han venido produciendo a lo largo de las últimas décadas. Se ha tratado de buscar y alcanzar un equilibrio satisfactorio entre el principio de eficiencia (en términos de sostenibilidad económico-financiera) y el principio de justicia social (respeto a las condiciones de acceso y a la "calidad" de la pensión). Hasta hace poco tiempo esas políticas han sido principalmente de carácter racionalizador y "modernizador". Pero con la reforma unilateral de las pensiones en 2012 se ha producido una ruptura del modelo consensuado en la esfera político-jurídica y social de reforma de las pensiones. Pese a ello, y recuperando el consenso necesario, las reformas estructurales son estrictamente necesarias para la sostenibilidad económica, la suficiencia y adecuación social de las pensiones y en particular la pensión de jubilación que constituye el centro de gravedad del sistema de pensiones.

El nuevo Pacto de Toledo de 2020 y su desarrollo, en la primera fase, a través principalmente de la Ley 2/2021, de 28 de diciembre, supone un giro importante en la búsqueda de reformas consensuadas de carácter paramétrico. En la "segunda fase" se tendrá que materializar el

[96] Véase Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", Tomo I de la obra colectiva ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Murcia, Ediciones Laborum, 2019, pp. 65 y ss.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del Derecho a la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 30 (2022): 11-60.

[97] Los principales datos financieros relativos a las pensiones de la Seguridad Social se resumen en el Informe del Pacto de Toledo de 2020, pp. 48-50.

programa de reformas legales comprometido en el *Componente 30* ("Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo") del Plan Gubernamental de Recuperación, Transformación y Resilencia (de 27 de abril de 2021), especialmente en lo relativo al nuevo mecanismo de equidad intergeneracional, la adecuación del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión contributiva de jubilación, el nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos por su ingresos reales y la adecuación de la base máxima de cotización del sistema[98]. Todo ello mantenimiento -y adaptándolas y adaptándolas dinámicamente- las políticas de la "primera fase", incluido el compromiso del Estado de inyectar los recursos necesarios para la sostenibilidad de la pensiones en cada edición de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En el proceso permanente de reforma se han realizado cambios importantes, aunque lógicamente queda un largo camino respecto a lo que se puede y debe hacer tanto desde la perspectiva de *lege ferenda* como *de lege data.* Teniendo en cuenta, y no es cuestión menor, que el conjunto del proceso reformista de las pensiones supone un *cambio de cultura social y jurídica,* vinculada a una nueva relación entre vida y activa y jubilación (y en general pensiones). No limitado a la idea de que hay que fomentar la prolongación de la vida activa, es decir, trabajar más tiempo voluntariamente y con el aliciente de recibir una mayor cuantía de la pensión pública en cuanto pensión vinculada a las rentas de activo de mayor larga duración[99].

Se ha de partir del dato positivo de la recuperación de la dinámica de consenso del Pacto de Toledo evitando el dirigismo político unilateral y haciendo prevalecer el fin ("justicia social") sobre la estricta lógica de racionalidad económica y privatista. El Pacto de Toledo es el espacio donde debe reflejarse un compromiso político para la garantía efectiva del mantenimiento del sistema de pensiones y su poder adquisitivo, buscando equilibrios racionalizadores y nuevas vías de financiación. La "seguridad" es un valor que se proyecta sobre "lo social" en la fórmula "Seguridad Social". Sin perder de vista la "correlación de fuerzas" que en cada momento existe y se sepa construir, es innegable que el Pacto de Toledo es un lugar privilegiado para la búsqueda de puntos de encuentro entre las diferentes opciones sociales y políticas. Es asimismo en espacio político adecuado para establecer la planificación y el tiempo de las reformas, porque solo así se podrá establecer las prioridades en función de un horizonte marcado por la visibilidad del rumbo a seguir, es decir, el modelo de pensiones que se desea implantar. En esta secuencia es importante seguir atendiendo al modelo de gobernanza horizontal del proceso de reforma del sistema de pensiones a través del diálogo social y de la concertación social. Ese consenso sociopolítico ha cristalizado en formas de "legislación (pre)negociada" con el Gobierno y su potestad de iniciativa legislativa.

Y su diseño tendrá que contar críticamente con el "modelo" que realmente se está poniendo en práctica, a saber: el trazado en el *Libro Blanco sobre pensiones*[100] de la Comisión Europea, que

[98] Véase Real Decreto-Ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad. Texto consolidado en: BOE, núm. 179, de 27 de julio de 2022, pp. 107437 a 107500 (64 páginas). Se atienden a las Recomendaciones 4ª y 5ª del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020.

[99] Véase Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", Título I en obra colectiva *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS celebrado en Madrid, octubre 2019), Murcia, Ediciones Laborum, 2019, pp. 66 y sigs.

[100] Libro Blanco. *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, de 16 de febrero de 2012, [SWD/2012) 8 final] COM (2012) 55 final; precedido por el Libro verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único, de 10 de junio de 1997. COM (97) 283 final; y del Libro Verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros, de 7 de julio de 2010. COM (2010) 365 final. El Libro Blanco, como he

apuesta por un "*sistema multipilar*" a tres niveles o pilares (nivel de pensiones básico obligatorio; nivel de pensiones complementarias colectivas profesionales; y nivel de pensiones adicionales individuales), con el fomento explícito de los planes de ahorro privados complementarios de jubilación -colectivos e individuales-. En esta dirección se apuesta por la creación de un "producto paneuropeo de pensiones individuales como instrumento para reforzar la Unión de los Mercados de Capitales (como se percibe aquí se diluye la lógica de "lo social" en favor de la lógica de racionalidad estrictamente económico-financiera).

Antes de ofrecer concretas reformas o mejoras sobre la pensión de jubilación, se considera necesario que:

Primero. De *lege data* debe interpretarse sistemáticamente el grupo normativo regulador del derecho a la Seguridad Social (artículos 41, 43, 50 y 10.2 de la Constitución); y la coherente reinterpretación finalista de lo establecido en el art. 53.3 CE. Ello permitirá que se disponga de una garantía normativa reforzada sobre la suficiencia y adecuación social de las pensiones. El control de convencionalidad es importante aquí; un control llevado a cabo por los jueces y tribunales[101].

Segundo. Una reordenación en la Constitución del derecho a la Seguridad Social y en particular, como alternativa específica, el derecho a las pensiones suficientes y adecuadas. Reforma estructural que garantice la "intangibilidad" e "irregresividad" de las pensiones.

Por tanto, de *lege ferenda* se debería reubicar derechos sociales como el derecho a las pensiones (artículos 41 y 50 CE) para introducir garantías "reforzadas" a través de su encuadramiento en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución. Ahora bien, esta no es una medida que pueda suponer un condicionante *sine qua non* para apreciar la existencias de garantías constitucionales relevantes del sistema de pensiones, sobre todo atendiendo al bloque constitucional formado por los artículos 41, 50, 93 a 96, interpretados *ex constitutione* con arreglo a la cláusula interpretativa vinculante (canon hermenéutico de interpretación) que constituye la cláusula de apertura del al estándar multinivel de garantía de los derechos fundamentales en el sentido amplio utilizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[102].

señalado en varias ocasiones, estableció el programa a seguir por todos los Estados miembros de la Unión Europea para la reforma de las pensiones. Véase, por ejemplo, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Los planes y fondos de pensiones en el contexto de la reforma de los sistemas de protección social ¿continuidad o renovación?", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 31, 2012; Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "La política del derecho comunitaria de apoyo a los planes privados de pensiones", en *Nueva revista española de Derecho del Trabajo,* núm. 214 (2018), pp. 55-89.

[101] STC 140/2018, de 20 de diciembre, el FJ 6º de esta importante sentencia de nuestro Alto Tribunal, consagra la facultad de que los jueces y tribunales ordinarios puedan realizar el control de convencionalidad. Sobre el tema puede consultarse Jimena Quesada, L.: "La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre", en *Revista General del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social,* 53, (2019), pp. 435-461. De interés son también las reflexiones de Fondevila Marón, M.: "El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles: a propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 23(2), pp. 439-458. https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.13. Véanse también, STC 10/2019, de 28 de enero (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2019) ECLI: ES: TC:2019:10; y STC 80/2019, de 17 de junio (BOE núm. 177, de 25 de julio de 2019) ECLI:TC:2019:80.

[102] Paradigmático de esta concepción más amplia -que no presupone la jerarquización entre tales derechos a efectos del estándar internacional- es precisamente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (con rango de Tratado de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa; y su plasmación en el art. 6 del TFUE). Para la comprensión de este sentido amplio -que no prejuzga que la Constitución interna de cada Estado nacional pueda establecer aquélla jerarquización mostrando un preferencia de garantías para ciertos derechos fundamentales respecto a los demás-, véase la construcción de Monereo Pérez, J.L.: *Disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta (Título VII),* en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Ed. Comares, 2012, pp. 1301-

Por tanto, aun sin reforma constitucional puede reclamarse ya para el derecho social a la pensión pública el sistema jurídico e institucional multinivel de garantía de los derechos constitucionales en el sentido del bloque normativo constitucional formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Norma Fundamental.

Tercero. Establecimiento del "contenido esencial" del derecho a la Seguridad Social por referencia al Convenio OIT, núm. 102; y/o al Código Europeo de Seguridad Social (1964); en relación con el art. 12 de la CSE. O fijación directa del "ideal de cobertura" en extensión e intensidad protectora. Formular el significado y alcance el principio de suficiencia de las prestaciones y pensiones públicas. Reforma estructural que garantice la "intangibilidad" e "irregresividad" de las pensiones (y la asistencia sanitaria). Todo ello exigiría un pacto actualmente muy difícil de construir, pero puede ser el fruto de intercambio político, mediatizado por la ostentación de una hegemonía ideológica y por la correlación de fuerzas que en cada momento existe y se sepa construir.

Cuarto. En la reforma de la Ley 21/2021, no existe el objeto de cambiar el modelo de sistema público de pensiones contributivas, en el sentido de que no se pretende pasar de un sistema de pensiones de tipo contributivo (en la tradición bismarkiana) por otro tipo no contributivo o asistencialista (en la tradición Beveridgiana). El nivel contributivo mantiene una fuerte presencia fuertemente vinculada al empleo asalariado y autónomo. Por lo demás, reténgase que -como ha sucedido con todos los modelos de los países europeos más avanzados comparables-, todos los modelos han devenido en modelos mixtos, con dos niveles (contributivo y no contributivo), los cuales en gran medida son comunicables entre sí.

Quinto. Derogación de la reforma constitucional de 2011 -no consensuada ni sometida a referéndum constitucional- respecto a la medida que introdujo la llamada "regla de oro": El art. 135 CE que subordina el gasto social al pago de la deuda pública. Introducir una "garantía social"[103]: la garantía constitucional del "contenido esencial". Se trataría de introducir una suerte de garantía de mantenimiento del "gasto social" más allá de una lógica de equilibrio interno, a través del compromiso de las aportaciones estatales cuando sean necesarias para garantizar ciertas prestaciones fundamentales. El "mantenimiento" del sistema público es responsabilidad del Estado. De este modo, se suprimiría en todo o parte el principio de prioridad absoluta del pago de la deuda pública. Su fundamento se encuentra en el compromiso constitucional (artículos 41 y 50 CE) e internacional (art. 12 de la Carta Social Europea Revisada) asumido por los poderes públicos de "mantenimiento" y "mejora" de un régimen público de Seguridad Social. Precisamente durante todo el periodo de la Pandemia -y persistiendo en la actualidad- se la "suspendido" la

1444.; *Ibid., La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, espec., pp. 39 y ss.

[103] Véase Jefatura del Estado (27 de septiembre de 2011). "Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011". *Boletín Oficial del Estado* (núm. 233, de 27 de septiembre de 2011): 101931-101941. BOE-A-2011-15210. https://www.boe.es/boe/dias/2011/09/27/pdfs/BOE-A-2011-15210.pdf
El artículo antes de reformarse era el siguiente: Antiguo artículo 135:
El Gobierno habrá de estar autorizado por ley para emitir Deuda Pública o contraer crédito.
Los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de la Deuda Pública del Estado se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de los presupuestos y no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.
El nuevo artículo 135 quedó redactado como sigue: Vigente artículo 135:
Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.
El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros. Una Ley Orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

aplicación del artículo 135 CE, flexibilizando el control del déficit público. No obstante, si no es posible su derogación inmediata -como medida estructural- ello no sería impeditivo para utilizar los instrumentos que de *lege data* la Constitución permite para garantizar el mantenimiento del sistema público de pensiones en términos de equilibrio entre la sostenibilidad económico-financiera y de sostenibilidad y adecuación social. Es decir, la "regla de oro" puede condicionar el sentido de las reformas, pero no impedir que puedan utilizarse el arsenal de mecanismos que se establecen en la Constitución y en las normas internacionales ratificadas por nuestro país. Actualmente se ha producido una suerte de "suspensión" implícita de esta limitación del déficit, ya que la misma UE ha permitido un mayor endeudamiento más allá del sometimiento estricto a las reglas del equilibrio financiero interno; y precisamente en una coyuntura crítica que exige medidas de recuperación económica, social, transformación y resilencia. En cualquier caso -y este es un grave problema en función la orientación política e ideológica de la gobernanza-, ese artículo está vigente y se podría reactivar con todas sus controvertidas consecuencias.

Sexto. Hay otro aspecto importante que suele descuidarse en los procesos de planificación de las reformas de las pensiones: la necesidad de *contribuir a aumentar la confianza* de los ciudadanos en la sostenibilidad del sistema y de la capacidad de éste para responder al reto de la garantía de pensiones dignas, es decir, suficientes y adecuadas en el nivel contributivo (lógica de sustitución) y en el nivel no contributivo (lógica de compensación)[104].

De nuevo, cabe decir que no es condición *sine qua non* para el amparo de las reformas garantistas en el sistema multinivel en que se inserta el bloque normativo regulador constitucional del derecho a la pensión pública (en términos de suficiencia, adecuación social y sostenibilidad financiera y propiamente social).

Y esto es importante por existen tendencias político-ideológicas -a veces enmascaradas en análisis técnico y actuariales- que se alinean con la estrategia de las fuerzas del mercado encaminadas a llevar a cabo una "acumulación por desposesión" del espacio de lo público en las pensiones (como también acontece en la salud o en la dependencia, por citar su juego más palpable), que persigue la re-mercantilización de espacios vitales del sistema público de pensiones, en favor de la expansión de las fórmulas privadas de protección social complementaria de las pensiones (planes de pensiones privados, seguros colectivos de pensiones, etcétera)[105].

2. Premisas generales de las reformas de las pensiones y propuestas concretas de reforma de la pensión de jubilación

En la Seguridad Social las reformas se insertan en un proceso de planificación dinámica de la Seguridad Social. Efectiva, las reformas de las pensiones se vienen enmarcando en un largo ciclo planificador (idea de planificación que, por cierto, siempre ha estado presente en la intrahistoria de la Seguridad Social y de su subsistema de pensiones) de varias fases, por lo demás las reformas de la Seguridad Social son, de suyo, de ciclo largo, pues exigen fases largas de adaptación para

[104] Esta certidumbre es tanto más importante ante las presiones de los grandes poderes económicos y financieros, en una línea de "acumulación por desposesión de lo público" -de la propiedad social-, una de cuyas manifestaciones es precisamente el espacio de las pensiones y las estrategias de re-mercantilización y privatización de ámbitos funcionales-prestacionales del sistema de Seguridad Social, y en particular del sistema público de pensiones. La crisis de confianza de confianza se traduce en crisis de apoyo y legitimidad social hacia "espacio público" de provisión de las pensiones.

[105] La tendencia *no es irreversible,* por supuesto, ya había sido subrayada desde hace tiempo. Véase Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, espec., capítulo 1 ("Estado y mercado en los sistemas de pensiones. Introducción: La combinación de lo público y lo privado en la creación de los sistemas de pensiones"), pp. 13-70. Sobre la "acumulación por desposesión" de lo político como una tendencia de los "Estado de mercado" o "Estados de competencia económica", véase Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, espec., pp. 54 y sigs.

el Sistema pueda adaptarse a los cambios de las políticas del Derecho social de las pensiones, en nuestro caso. Es manifiesto que todas las reformas previstas en el último Pacto de Toledo y que se precisan en el Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia no pueden adoptarse al mismo tiempo, pues ello supondría una desorganización de todo el sistema que podría ser perjudicial. De aquí que se ha establecido un *ritmo asumible de implantación de las reformas* del sistema de pensiones públicas (como también las encaminadas a fomento selectivo de las privadas de acompañamiento complementario). En una primera fase, y en otros cuerpos normativos, se ha mejora el nivel no contributivo de la Seguridad Social (IMV), se incrementó antes la edad ordinaria de jubilación, se ha recuperado la revalorización real de las pensiones públicas, se ha derogado el factor de sostenibilidad de la Ley 2013, se ha incrementado la aportación del Estado a la financiación de la Seguridad Social; limitaciones a las jubilaciones anticipadas voluntarias; se ha operado un giro finalista y de modelo de las jubilaciones forzosas al amparo de convenio colectivo; se han reformo los sistemas complementarios fomentando los planes del sistema de empleo; se han abierto vías excepcionales a la compatibilidad pensión-trabajo, etcétera. Se ha abordado las reformas laborales -incompletas- que han tratado de mejorar el empleo en el sentido de favorecer su calidad (trabajo decente o digno), lo que condiciona, a su vez, la calidad de la protección dispensada en el nivel contributivo del sistema público de pensiones.

Y en un segundo momento, se aborda ya el nuevo mecanismo de equidad intergeneracional, la cotización de los trabajadores autónomos, la mejora de las pensiones mínimas[106], la expulsión completa de lo extraño del Sistema para depurarla de lo que no es objetivo propio y específico del sistema contributivo o, en su caso, de la propia Seguridad Social (como la financiación de las políticas activas de empleo con cargo a cotizaciones internas, que son el soporte principal del sistema financiero de reparto[107]). Todavía se está en el desarrollo de esta "segunda fase" de aplicación de las reformas planificadas o programadas.

El proceso de reformas en el sistema de Seguridad Social, no puede olvidar que precisa de[108]:

Primero. Una política de pleno empleo de calidad y decente o digno para la persona que trabaja (art. 40 CE en relación con el art. 35 CE), compresivas de políticas activas de empleo dirigidas a las personas mayores (empleabilidad, protección frente al despido,). Esta es la dirección impulsada por la OIT[109] y por la ONU en la Agenda 2030, sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio,

[106] La Disposición final quinta de la Ley 21/2021 introduce un mandato al Gobierno que aborde la regulación garantista de la *Suficiencia de pensiones mínimas.* En efecto, conforme a dicha disposición, el Gobierno abordará en el marco del diálogo social una revisión de los criterios para la determinación de las cuantías de las pensiones mínimas con el fin de garantizar su suficiencia en cumplimiento del artículo 50 de la Constitución y del artículo 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea. A la vista de esta revisión, el Gobierno impulsará, en el plazo máximo de un año, las modificaciones normativas necesarias para establecer reglas relativas a la evolución de las pensiones mínimas que tengan en cuenta la evolución del salario mínimo interprofesional, garantizando la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

[107] Recuérdese que conforme al apartado 1 del art. 110 ("Sistema financiero") de la LGSS: "El sistema financiero de todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social será el de reparto, para todas las contingencias y situaciones amparadas por cada uno de ellos, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3". Añadiendo inmediatamente después que: "En la Tesorería General de la Seguridad Social se constituirá un fondo de estabilización único para todo el sistema de la Seguridad Social, que tendrá por finalidad atender las necesidades originadas por desviaciones entre ingresos y gastos" (apartado 2 del art. 110 LGSS).

[108] Ver Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", Título I en obra colectiva *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Ediciones, Laborum, Murcia, 2019, pp. 67 y ss.

[109] "Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo", adoptada por la Conferencia en su centésimo octava Reunión, Ginebra, de 21 de junio de 2019, en la que, entre otros muchos objetivos, reitera su compromiso y la orientación de sus esfuerzos para aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la

aprobada en la cumbre especial de las Naciones Unidas el 25 y 26 de septiembre en Nueva York. En el Objetivo 8 tiene por finalidad "promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y productivo y el trabajo decente para todos"[110].

Un modelo de relaciones laborales (o de "mercado de trabajo" en el habitual lenguaje mercantilizador ya instalado) basado en la precariedad y en la competitividad por la reducción de costes[111] es manifiestamente incompatible con la viabilidad/sostenibilidad de la Seguridad Social, y su subsistema de pensiones (cuyo eje es la pensión de jubilación). Y la experiencia de nuestro país lo confirma.

Se ha de tomar en consideración los periodos de inactividad profesional o de actividad reducida para hacer posible que se palien las consecuencias en la protección social de las carreras de seguro inestables, interrupciones y las rupturas de la actividad profesional[112].

Finalmente, cabe poner de relieve que la sostenibilidad del segmento contributivo de las pensiones públicas exige un modelo de Derecho del Trabajo que en ese modelo de trabajo decente o digno incorpore medidas que garanticen el poder adquisitivo de los salarios y que impidan las desvaluaciones salariales. De no ser así, la carrera de aseguramiento se verá mermada y las pensiones reflejarán la precariedad salarial con una reducción correspondiente de la cuantía de la pensión contributiva. En este sentido, hay que poner en valor las medidas de incremento razonable de los salarios mínimos (legales y profesionales, esto es, lo establecidos en la negociación colectiva) y las que restrinjan los supuestos de descuelgue o inaplicación salarial a la baja de los salarios mínimos profesionales establecidos en los convenios colectivos sectoriales o supraempresariales. Toda devaluación salarial afecta al nivel cotización y se reproduce al tiempo en la calidad de la pensión contributiva. Especialmente esto es importante para los trabajadores jóvenes muy afectados por la precariedad laboral. Esto es necesario en términos de justicia social, pero también para mantener los equilibrios que le son inherentes al pacto intergeneracional entre jóvenes y mayores, que debe estar basado en los principios de solidaridad, equidad y seguridad jurídica (que incorpora la "confianza legítima").

---

productividad, inclusive mediante el diálogo social, para *lograr trabajo decente y desarrollo sostenible y asegurar así la dignidad, la realización personal y una distribución equitativa para todos*" [ii)]; fomentar políticas eficaces destinadas a crear *empleo pleno*, productivo y libremente elegido y oportunidades de trabajo decente para todos y en particular facilitar la transición de la educación y la formación al trabajo, poniendo énfasis en la integración efectiva de los jóvenes en el mundo del trabajo [iv]; y asimismo fomentar medidas que ayuden a los *trabajadores de edad* a ampliar sus opciones optimizando sus oportunidades de trabajar en condiciones buenas, productivas y saludables hasta la jubilación, y permitir el envejecimiento activo [v)], etcétera. Puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *La protección socio laboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2019, espec., pp. 9 y sigs.

[110] Véase Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019.

[111] Para la crítica de ese modelo de competitividad por los costes del factor trabajo (directos e indirectos) en contraposición al modelo de competitividad basado en la innovación y la calidad del empleo y del producto, véase Monereo Pérez, J.L.: *El nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho flexible del trabajo,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996; *Ibid., La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral,* Albacete, Bomarzo, 2011; y la tendencia al cambio de paradigma del Derecho del Trabajo, *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017.

[112] Implicado en el trabajo decente o digno de la persona que trabaja está la mejora de los niveles de salarios, después de un largo periodo de devaluación. Y esto es importante para garantizar la adecuación social y la misma sostenibilidad del nivel contributivo de pensiones públicas suficientes y adecuadas atendiendo al mandato constitucional ex artículos 41 y 50, en relación con la cláusula interpretativa vinculante impuesta en el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna. El sistema contributivo se construye sobre la base financiera del sistema de reparto con cobertura de capital y aportaciones del Estado cuando sea preciso (de hecho está la cobertura de las pensiones mínimas y sobre él pesa la responsabilidad del mantenimiento del Sistema de pensiones públicas ex artículo 41 CE).

Segundo. Una política de envejecimiento, vejez y jubilación. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, presenta un hilo conductor significativo, a saber: el objetivo es la prolongación de la vida activa, a través de incentivos consistente en el incremento de la cuantía de la jubilación por cada año trabajador. Al propio tiempo, que se apuesta por la demora de la jubilación, se endurecen los requisitos de las jubilaciones anticipadas voluntarias (o no forzadas) y de las jubilaciones forzosas al amparo de las cláusulas de los convenios colectivos.

Tras este objetivo hay una prioridad en el proceso reformista consistente en aproximar la edad legal de jubilación y la edad real de jubilación. La salida o expulsión prematura o anticipada está vinculada, en lo principal, por el déficit e inadecuación del marco legal y por las praxis empresariales que apuesta por una reestructuración basada en la expulsión de los trabajadores mayores a través de figuras de medidas de flexibilidad externa, relegando las potencialidades que podrían tener la utilización de medidas de flexibilidad interna (que utilizadas adecuadamente podría contribuir a que los despidos de los trabajadores mayores sean desalentadas, favoreciendo esa deseable prolongación de la vida activa y la aproximación de la edad legal de jubilación a la edad real de jubilación). En el plano institucional el modelo laboral debería promover las reestructuraciones a través de competitividad por la innovación, la calidad y estabilidad en el empleo, utilizando los mecanismos de flexibilidad interna disponibles por el vigente ordenamiento jurídico-laboral.

Tradicionalmente, *la vejez* se ha relacionado con la enfermedad, la dependencia, la discapacidad y la jubilación; con situaciones de pérdida de energías productivas. Las políticas y programas vinculados a este paradigma hoy *desfasado*, pues no reflejan la realidad. Sobre todo, en los países de desarrollo, muchas personas mayores, continúan trabajando en el mercado de trabajo y en el sector del trabajo informal. En una perspectiva de ciclo vital, la política general encaminada a afrontar el problema del envejecimiento demográfico abarcaría todo el ciclo vital de la persona, esto es, el envejecimiento a lo largo de la vida, percibiendo el envejecimiento como fenómeno dinámico y de cambio permanente. El proceso vital se percibe también objetiva y subjetivamente cuando los integrantes de la generación del "*baby boom*" se hacen mayores[113]. Y ello plantea problemas coyunturales, pero de envergadura, de adaptación y de capacidad de resistencia y repuesta proactiva del sistema público de pensiones. El mismo cambio fisiológico de la vejez -contingencia pensionable- (por ejemplo, mayor esperanza de vida en condiciones de salud y capacidades proactivas) influye en las técnicas de protección, pero también éstas interactúan bajo el prisma legal a través de la regulación jurídica (como por ejemplo, la edad pensionable o la compatibilidad entre trabajo y pensión)[114]. De este modo, la política y gestión pública de las edades influye en conformación de la contingencia protegida (vejez protegible) desde un enfoque socializador que en puridad debería estar regido -otra cosa es que la práctica no lo sea- por el principio de solidaridad intergeneracional y el derecho al descanso después de una larga vida activa laboral. No se puede desconocer que existe una fuerte conexión ente la democracia constitucional con Estado Social de Derecho y los derechos sociales, y en particular el derecho social a una pensión digna y suficiente en los niveles contributivos y no contributivos,

[113] El concepto de "ancianidad" no puede ser equivalente a longevidad, y ni mucho menos a trabajadores o personas de edad avanzada. La terminología misma de "envejecimiento demográfico" es objetable: envejecen las personas no la demografía en términos estadísticos. A veces se hace referencia a una "cultura de viejos" en términos negativos y estigmatizadores. par

[114] Para ese enfoque de ciclo vital aplicado a la política social, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *RMTAS*, Número Extraordinario (2008), pp. 49 y sigs.

según la lógica respectiva. No se olvide que la democracia constitucional tiene una doble dimensión formal-procedimental y sustancial-social[115]. Por tanto, hablemos del riesgo de la vejez y su cobertura en un Estado del Bienestar y no del pretendido e inventado riesgo que ha podido denominarse "riesgo" de supervivencia, en el sentido de que las personas ancianas puedan vivir más de lo que se podría ser conveniente para la supuesta sostenibilidad del sistema. Este tipo de enfoque son típicamente neomalthusianos (que remite a la lectura de las teorías formuladas por Thomas S.R. Malthus)[116] o propios de spencerismo social (que va más allá del darwinismo social en sentido estricto)[117].

En este sentido es preciso elaborar una política transversal que opere en todos los sectores, e integral, que comprenda tanto a la población anciana de hoy como a la del mañana, con medidas para que el país se prepare para el envejecimiento progresivo. La política de envejecimiento y vejez, que ha de enmarcarse dentro de una política pública para la población en general, ha de combinar acciones tanto para la actual coyuntura como para el futuro.

En esa perspectiva más amplia debe articularse una política más coherente e integral en relación a la mayor longevidad y la reducción de la tasa de natalidad. Esto implica no sólo las medidas de fomento de la prolongación voluntaria de la vida activa (que tiene límites intrínsecos), sino también una *política de familias*, que nunca se ha tomado verdaderamente en serio en nuestro país, encaminada a establecer medidas públicas de conciliación y apoyo económico desde la natalidad hasta la emancipación de los jóvenes y su incorporación en el mercado de trabajo. Esto es tan importante para la sostenibilidad del sistema público de pensiones como para garantizar los equilibrios necesarios del pacto intergeneracional. Los apoyos no vendrán sólo del Sistema de Seguridad Social o de la protección de las situaciones de dependencia y de discapacidad vinculadas (éstas últimas sólo en parte) al envejecimiento demográfico, sino también de las políticas fiscales y de vivienda. Por otra parte, la compatibilidad trabajo-pensión tiene un recorrido muy limitado, porque implica superar la realidad tozuda de que la inmensa mayoría de la población de edad avanzada no podrá ejercer este derecho de compatibilidad (la eficacia real quedará limitada a determinados grupos y actividades profesionales, como muestra la experiencia jurídico-social).

Tercero. Incremento las medidas legales que impida las discriminaciones por razón de género. Por lo aquí más interesa ahora las discriminaciones (directas e indirectas) en materia de salarios: la brecha salarial de las mujeres respecto de los hombres supone adicionalmente un detrimento de los derechos de pensión (y en general un reducción de las prestaciones públicas contributivas)[118]. En general y a pesar de los importantes avances conseguidos en materia de igualdad en el trabajo y de oportunidades entre hombres y mujeres, tanto en España como en

[115] Puede consultarse, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996; Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo topo, 2020, y la bibliografía en ellos citada.

[116] Malthus, Th. S.R.: *Primer ensayo sobre la población* (1798), trad. Francisco de Acárate y José Vergara Doncel, Presentación de J.M. Keynes, Madrid, Alianza editorial, 2016.

[117] Monereo Pérez, J.L.: "La ideología del "darwinismo social": la política social de Herbert Spencer (I y II)", Revista *Documentación Laboral,* números 87-88, pp. 11-80 y 11-57, respectivamente; Monereo Pérez, J.L.: "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", en *Documentación laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, y trabajo autónomo*, núm. 83-Vol. II, 2008, pp. 11-109.

[118] Un nuevo exponente de que algo va mal todavía, es el reciente fallo de la STJUE (Sala Tercera) de 8 de mayo de 2019, sobre prohibición de toda discriminación por razón de sexo. «Procedimiento prejudicial - Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social - Directiva 79/7/CEE - Artículo 4 - Prohibición de toda discriminación por razón de sexo - Discriminación indirecta - Trabajo a tiempo parcial - Cálculo de la pensión de jubilación». Asunto C161/18.

el resto de los países europeos existe una brecha de género laboral. Las causas subyacentes a estas diferencias, son múltiples y complejas, si bien reflejan discriminación en razón al sexo y desigualdades relacionadas con la educación y el mercado de trabajo, tales como[119] la segregación horizontal y vertical y la dificultad para conciliar vida personal, familiar y laboral y desigual asunción de responsabilidades familiares y domésticas. Lo que en definitiva viene a influir en la elección de su carrera profesional, el uso del trabajo a tiempo parcial e interrupciones de su vida profesional y por tanto de su carrera de seguro que son más cortas y económicamente menores. Y ante ello el sistema debe dar una respuesta positiva en su toma en consideración.

Como ya se indicó, el perfil de género del trabajo a tiempo parcial (fenómeno muy vinculado a feminización de las responsabilidades y cargas familiares) y su incidencia negativa en el derecho a la pensión ha determinado diversos pronunciamientos como el más reciente de la STC 88/2019, de 3 de julio, que declara inconstitucional la aplicación de un porcentaje de parcialidad al periodo de cotización a tiempo parcial, creado para mitigar los efectos de considerar el tiempo efectivo de trabajo en los contratos a media jornada. Y lo declara inconstitucional porque no mitiga lo suficiente ya que al final la pensión es de un importe menor que un pensionista a tiempo completo comparable (también sus horas de trabajo en la empresa son menores, pero eso no lo tiene en cuenta el Tribunal Constitucional).

El Parlamento europeo está impulsando una estrategia al respecto, como se puede comprobar en la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2017, sobre "la necesidad de una estrategia de género en materia de pensiones" (2018/C 331/08. DOCE, 18-9-2018). En esta Resolución se constata que en la mayoría de los Estados miembros, las mujeres gozan de una menor cobertura que los hombres en las *pensiones de jubilación* y que están sobrerrepresentadas en las categorías de pensionistas más pobres e infrarrepresentadas en las categorías con mayores ingresos (apartado C) del Preámbulo), por lo cual pide al a Comisión Europea que, en estrecha cooperación con los Estados miembros, elabore una estrategia multidimensional para poner fin a la brecha de género en las pensiones en la Unión Europea (Apartado 1 de las Observaciones generales).

Cuarto. Familia, género y pensiones. Un sistema de pensiones basado en la solidaridad intergeneracional e instrumentalizado a través de un sistema financiero de reparto con cobertura de capital, como el nuestro, debe invertir en la infancia y, como se acaba de señalar, en políticas de género, por ello mejorará la sostenibilidad del modelo de pensiones vigente. La mejora de la tasa de natalidad es un factor de sostenibilidad a largo plazo. Precisamente un lastre del sistema de pensiones es el envejecimiento de la población. En un sistema de reparto es muy importante que esté equilibrada la población activa y la pasiva. Es necesario implantar políticas públicas de familia que favorezcan las decisiones libres de tener hijos. En relación a ello, las políticas de igualdad, de conciliación y corresponsabilidad, tienen un valor en sí mismas para la emancipación de la mujer, pero adicionalmente pueden ser un eje vertebrador de la natalidad. Las *políticas de familias en un sentido integral* (que incluye prestaciones económicas familiares directas e indirectas, y

[119] Véase Ministerio de Empleo y Seguridad Social: "Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015", pp. 337 y ss. El informe, en varios volúmenes, se puede encontrar en http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_035136, consultado en 6-3-2018.
Sobre la problemática del género en las pensiones puede consultarse Maldonado Molina, J.A.: "El Derecho de la Seguridad Social de la mujer", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): *Género y derechos fundamentales,* Granada, Ed. Comares, 2010.

derechos de conciliación), tomadas en serio, constituirían un auténtico cambio de paradigma en la cosmovisión de la sostenibilidad del sistema público de pensiones[120].

Aquí encuentra un lugar importante la institución de las *rentas mínimas garantizadas a nivel estatal y de carácter condicionado*[121] para familias sin recursos, que tendrían una importancia social enorme, pero también de racionalización interna del conjunto de las prestaciones (incluidas las pensiones de Jubilación) no contributivas y de las rentas mínimas de inserción o ingresos de ciudadanía de primera y segunda generación. Un sistema de rentas mínimas garantizadas dentro de las Seguridad Social No Contributiva y al amparo del art. 41 CE y atendiendo al reparto competencial posible ex art. 149.1. 17ª CE (en el bloque constitucional reguladora del derecho de Seguridad Social que incluye al art. 10.2 CE y que ha de ser interpretado necesariamente -*ius cogens*- conforme -"interpretación conforme", como se indicó anteriormente- a los textos internacionales reguladores de este derecho ratificados por España). Se trataría de una medida compatible y complementaria con las medidas encaminadas al pleno empleo de calidad y el trabajo garantizado a través del impulso del sector público[122]. Esta institución de protección social no constituye una panacea por sí misma, pero si puede ser extraordinariamente útil en el marco de un "paquete" o bloque organizado de medidas de renovación del Sistema de Seguridad Social No Contributiva o Asistencial.

Quinto. Jóvenes y Seguridad Social. La recomendación 14 del Pacto de Toledo de 2020 (Juventud y Seguridad Social) es muy clara y con un objetivo básico, si queremos mantener un sistema de Seguridad Social de reparto es recuperar la confianza o credibilidad de los jóvenes en el sistema y una medida clave va a estar en mejorar las condiciones laborales que permitan eliminar las condiciones actuales de precariedad en la que se encuentra los jóvenes.

El problema se vincula, de manera palpable, con las cuestiones vinculadas los equilibrios demográficos y en particular al *índice de natalidad*, que se sitúa en niveles muy bajos en nuestro país. Ello deriva de un conjunto de factores muy complejos, que su comúnmente reconocidos en la doctrina, entre los cuales se cabe destacar, las dificultades de acceso al empleo de los jóvenes (y ello determina que no se emancipen del hogar familiar), la precariedad laboral muy generalizadas entre los jóvenes (como un elemento estructural de nuestros mercados de trabajo, que conlleva malas condiciones de trabajo y señaladamente, salarios bajos y con condiciones sensibles a la devaluación salariales ante circunstancias normalizadas de ajuste o reorganización empresarial), y un elemento que siempre ha presidido la cuestión social en la larga duración que no es otra que la falta de garantía de efectividad del derecho social a la vivienda (y no se trata sólo del derecho de acceso a la propiedad, sino el encarecimiento de los alquileres o arrendamientos de la viviendas para la jóvenes). Con todo, se constata la persistencia de un modo que desincentiva objetivamente la creación de una familia o unidad de convivencia con hijos. Es verdad que también inciden, por supuesto, los factores culturales y cambios en los estilos de vida; pero éstos, con ser importantes, no permite explicar de manera principal las dificultades de las parejas para querer y no poder por

[120] Las reflexiones que se contienen en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral* (II Congreso Internacional y XV Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, octubre de 2018), 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2018. Véase Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, Á.R.: *El Ingreso Mínimo Vital,* Murcia, Ed. Laborum, 2021, pp. 28 y sigs., y Cap. Sexto, pp. 193 y sigs.

[121] Para las distintas modalidades de rentas mínimas garantizadas y sus diferencias con las llamadas rentas básicas incondicionadas, véase Monereo Pérez, J.L.: *La renta mínima garantiza. De la renta mínima a la renta básica,* Albacete, Bomarzo, 2018.

[122] Véanse las propuestas concretas y de viable realización en el plano de las políticas de familias y de racionalización del conjunto de prestaciones no contributivas (incluida la de jubilación) en Monereo Pérez, J.L.: *La renta mínima garantiza. De la renta mínima a la renta básica,* Albacete, Bomarzo, 2018.

condiciones materiales de la libre decisión responsable de tener hijos. Si no se afronta este tipo de problemas, que en gran medida si han encontrado buenas soluciones idóneas en los otros países europeos (especialmente los centroeuropeos), será muy difícil atajar el problema estructural del equilibrio demográfico, superando la tentación, tan extendida, del "determinismo demográfico". La demografía condiciona las políticas de familia o unidades de convivencia, pero se puede incidir sobre el a través de políticas activas que atenúen o contrarresten los factores causales que determinan los desequilibrios demográficos[123].

En cualquier caso, hay que subrayar que los jóvenes están en el Pacto de Toledo, uno de cuyos ejes e hilos conductores es el mantenimiento y revisión de los términos del pacto intergeneracional entre jóvenes y mayores, planteando un equilibrio entre sostenibilidad y suficiencia del sistema público de pensiones; pero también incidiendo en reformas laborales que superando la precariedad laboral juvenil permitan carreras de aseguramiento que garanticen en el futuro pensiones dignas en términos de lógica contributiva y seguras en términos de confianza que serán dispensados para cuando los jóvenes de hoy sean las personas mayores de edad avanzada en condiciones de pensionistas. Es evidente que este idea es contradicha si se parte de la premisa -no probada- de que será irreversible la reducción drástica de las tasas de sustitución de vector contributivo del sistema público de pensiones; y ello sería así porque la cuantía de la pensión debería estar relacionada con la esperanza de vida en cada momento o coyuntura histórica en el marco de referencia del sistema de pensiones. Tras este tipo de reflexiones neoliberales y re-mercantilizadoras de espacios funcionales del sistema público, preside una doble idea interrelacionada, a saber: la reducción de la intensidad protectora de la pensión pública en el nivel contributivo hasta alejarla ostensiblemente del promedio de rentas del periodo de vida activa, por un lado, y por otro, establecer un sistema de pensiones de cuentas individuales nocionales para incorporar al modelo normativo un sistema de capitalización complementaria para todas las personas trabajadoras (el sistema de reparto en la modalidad de cuentas nocionales es de contribución definida y no de prestación definida); lo cual vendría acompañado, a su vez, con una expansión por el lado de la iniciativa privada en las pensiones a través del instituto de los planes y fondos de pensiones privados "complementarios" (sic.).

Sexto. Los condicionamientos económicos de la sostenibilidad del sistema. Es cierto que la sostenibilidad de las pensiones está condicionada económicamente, por supuesto. Ahora bien, no se olvide que la economía es economía política y en última instancia dependerá de una *decisión política* (de Política del Derecho social y económico) sobre la garantía del bienestar que una sociedad civilizada quiere dispensar a las personas mayores. Al tiempo es un problema de determinación de las posibilidades y equilibrios entre ingresos y gastos, por un lado, y por otro, de la distribución siempre en economía de tales recursos (las rentas; en lo que metafóricamente suele denominarse "reparto de la tarta" en términos de PIB). La decisión jurídica y la decisión

[123] Sobre esta problemática se pueden localizar reflexiones de intereses VV.AA.: *El Sistema Público de Pensiones de Jubilación. Desafíos y respuestas*, Frandes, J. (Coord.), Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2011. http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/fflc-sistema-01.pdf; y ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacía un nuevo modelo de Protección Sociolaboral* (Congreso de la AESSS celebrado Madrid, octubre de 2018), 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2018. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de octubre de 2019), 2 Tomos, Laborum, 2019. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a la personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. A propósito del trigésimo aniversario de la inclusión en el sistema de Seguridad Social de prestaciones no contributivas (1990-2020)* (V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, octubre de 2021), 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2021. En una perspectiva omnicomprensiva, puede consultarse Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: *La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo un futuro,* Madrid, Atelier, 2022, *passim.*

política están interrelacionadas y se condicionan mutualmente. Y este espacio para la política democrática es existencial y efectivamente presente en el ámbito del sistema de pensiones públicas.

El Fondo de Reserva (la "hucha de las pensiones"[124]) es un medida complementaria insuficiente en sí misma (Introduce cierta lógica de capitalización colectiva en el sistema público de pensiones). Ha sido útil, pero insuficiente, como ha demostrado la experiencia de los últimos años (el Fondo de Reserva se está agotando sistemáticamente). Pero esto no supone minusvalorarla en absoluto: el mismo MEI, en el primer elemento utiliza la estructura institucional finalista del Fondo de Reserva para garantizar el mantenimiento y estabilización financiera y social del sistema público de pensiones. Por tanto, esta medida de garantía reforzará el papel de. Fondo de Reserva como instrumento de garantía de sostenibilidad de las pensiones públicas contributivas.

El Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia, contiene el Componente 30 que supone asumir el compromiso de establecer un equilibrio entre la sostenibilidad financiera y la sostenibilidad y adecuación social (que parte de satisfacer pensiones dignas, tanto en el momento genético de su concesión como en el momento dinámico del mantenimiento de su poder adquisitivo)[125]. Esta Componente 30 del Plan recoge el MEI, que, junto con otras medidas, sustituye al non nato "Factor de sostenibilidad" de la Ley de 2013.

Séptimo. Garantía del principio de Suficiencia y adecuación de las pensiones públicas. Es decir, sostenibilidad de las pensiones contributivas y no contributivas. Partiendo una financiación "mixta" (un modelo que ya existe, está vigente) cabe decir que las pensiones contributivas tal como la conocemos serían inviables financieramente sin el mantenimiento (y en su momento actualización/incremento) de las cotizaciones sociales (con cargo a empresas y trabajadores). El Estado puede y debe aportar lo necesario para la garantía de las pensiones suficientes y adecuadas, pero esas aportaciones no pueden sustituir a las cotizaciones a riesgo de no garantizarlas, y relegando el sistema de Seguridad Social hacia una Seguridad Social asistencial de mínimos. Se dispone de un Derecho constitucional e internacional garantista de la suficiencia y adecuación de las pensiones públicas. Por lo demás, el artículos 40 y 50 CE deja bien nítidamente que el mantenimiento de la Seguridad Social que garantice pensiones suficientes y socialmente adecuadas es responsabilidad de los poderes públicos, sin prejuzgar el régimen concreto de financiación.

No parece una política acertada el postular un incremento de las aportaciones de cotización de los trabajadores, dados los bajos salarios (fenómeno acrecentado por la devaluación salarial que han propiciado las últimas reformas laborales y la expansión del trabajo precario que ellas han propiciado). En cualquier caso, el esfuerzo mayo debería incumbir a los empleadores, con ciertas medidas de adaptación a las pequeñas empresas, las cuales integran la mayor parte del tejido productivo de nuestro país.

Con todo, el sistema público de pensiones (en el que adquiere una especial centralidad la pensión de jubilación) se encuentra en un proceso de reformas permanentes de adaptación a los nuevos retos que se plantean en el siglo veintiuno (longevidad, incidencia de la revolución 4.0, cambios en las estructuras del mercado de trabajo y del empleo, etcétera). Y llámese la atención de que con particular intensidad es un proceso *dirigido, planificada, y en gran medida consensuado;* y

[124] Aibar Bernard, J.: "La gestión administrativa y financiera del Fondo de Reserva de la Seguridad Social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 11 (2017), pp. 83 y sigs.; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La situación de la «Hucha de las pensiones». A propósito de las últimas disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 5 (2015), pp. 13 y sigs.

[125] Componente 30 del Plan de Recuperación y Resilencia.
https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf

como todo intercambio político se sostiene sobre equilibrios inestables y siempre nuevos. ¿Y este proceso qué significado tiene en el plano de la política del Derecho? La respuesta, que es compleja, reside en que *para mantenerse el sistema institucional requiere de repensar dinámicamente nuestro contrato social implícito en el sistema público de pensiones*. De lo contrario este sistema público no podrá sostenerse ni será adecuado socialmente; y entonces se impondrá la lógica del laberinto mercantilizador de la "acumulación por desposesión de los público", en nuestro caso la provisión de las pensiones como expresión de una *nueva "gobernanza" mercantilizada en la gestión de los riesgos sociales anudados a la longevidad*. También a partir de ese momento la nuevas gestión conllevará no sólo hacer desaparecer la solidaridad del pacto intergeneracional de las pensiones públicas, sino su sometimiento a nuevos riegos financieros y los derivados de una economía de mercado tan inestable -y cada vez más imprevisible y sujeta a la incertidumbre- como el la propia de un capitalismo financiero que convierte en secundaria la dimensión productiva del orden económico a nivel mundial. Es la ya aludida lógica de la financiarización de la economía y de la tendencia a la mercantilización de todas las cosas y relaciones sociales a modo de un agüero negro.

En concreto se apuesta por las siguientes reformas:

a) Un modelo de sistema de pensiones basado en el reparto

Entre las opciones de reforma del sistema de pensiones se ha decidido el mantenimiento reformado del sistema de reparto. Consiste en perfeccionar el sistema de reparto reforzando su naturaleza contributiva, su eficiencia económica y solidaridad interna. *Esta opción asume la existencia de sistemas privados de tipo "complementario"* (Es una opción típicamente racionalizadora y de contención del gasto). Por el momento, la reforma racionalizadora y de contención del gasto se está movimiento en esta opción.

b) Mejora sustancial de los ingresos del sistema. La necesidad de una racionalización interna del gasto y el impulso hacia la obtención de mayores fuentes de ingresos (y asimismo la actuación más decidida en la dirección del incremento de los ingresos)

Las medidas de racionalización *"interna"* de los ingresos del Sistema de pensiones, podrían ser:

-Un aumento de las bases máximas de cotización; o bien el "destope" de las pensiones sin equivalencia o conmutatividad absoluta de las pensiones durante la percepción de la pensión. Pero ese *"destope solidario"* sólo sería parcial porque al menos una parte significa (por ejemplo, del 30 % a 50 %) debería destinarse a incrementar la pensión individual correspondiente; y la cantidad restante se distribuiría atendiendo a la lógica del principio de solidaridad.

La supresión o elevación de los topes máximos es una medida que, significativamente, alienta la prolongación de la vida activa, porque se tendrán una pensión siempre mayor en su importe en función de una mayor prolongación de la vida profesional. Además, al mejorarse la renta de sustitución respecto de las rentas de activo se favorece más al sistema público de pensiones que a los sistemas privados (que son sensibles a la lógica funcional de la teoría iusprivatista de los "vasos comunicantes"). En todo caso, el "destope" debe tener un factor correctivo de solidaridad: no podría ser un incremento "equivalente" en la cuantía de la pensión. Por tanto, hay que fijar un impacto más reducido en la cuantía.

-Luchar contra el fraude en la recaudación y en la cotización y la economía sumergida. En este sentido habría que reforzar los mecanismos de supervisión y control integral a través de la acción conjunta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Inspección tributaria.

-Perfeccionar y reforzar los mecanismos de recaudación ejecutiva utilizando todos los instrumentos técnicos posibles (incluidas las nuevas técnicas que permiten las tecnologías digitales disponibles)[126].

-Excluir la financiación por de *lo que "extraño"* a la lógica (y finalidad) específica de la Seguridad Social (reducción de cotizaciones como supuesta medida de fomento del empleo y, en su caso, sustituirlas con cargo a fiscalidad general; tarifas planas…). *Recomendación 6ª* del Pacto de Toledo ("Las políticas de bonificaciones estarán condicionadas al mantenimiento del equilibrio financiero de las cuentas públicas"). Hay que eliminar las exenciones y reducciones (y las tarifas planas) en la cotización como medida de fomento del empleo con cargo a la Seguridad Social. Las cotizaciones sociales deben destinarse -en adscripción finalista- a las prestaciones públicas contributivas de la Seguridad Social. Habría que convertir las reducciones, tarifas planes y otras medidas análogas en bonificaciones.

-Cotización de autónomos por ingresos reales con implantación gradual, con equiparación a las bases medias de cotización del Régimen General[127].

[126] Véase, la excelente monografía de Aibar Bernad, J. y Usúa Palacios, F.: *Recaudación ejecutiva de la Seguridad Social,* Murcia, Laborum, 2019.

[127] Véase Real Decreto-Ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad. Texto consolidado en: BOE, núm. 179, de 27 de julio de 2022, pp. 107437 a 107500 (64 páginas). Se atienden a las Recomendaciones 4ª y 5ª del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020. Esta reforma legislativa, aprobada por el referido Real Decreto-Ley y convalidado por el Congreso con 260 votos a favor, se tramitará, no obstante, como Proyecto de Ley para incluir posibles mejoras en el Congreso de los Diputados. Este Real Decreto incluye cotizaciones sociales por nivel de ingresos reales de los autónomos, atendiendo a la diversidad de situaciones (también realmente existentes) de los trabajadores autónomos. La idea es garantizar la sostenibilidad y el aumento de la equidad del sistema y su flexibilidad, permitiendo ampliar la acción protectora de la Seguridad Social sobre el colectivo de los trabajadores por cuenta propia

El Preámbulo del referido RD-Ley clarifica las razones que determinan la nueva regulación y el marco político jurídico e institucional en que se produce: La peculiaridad del sistema de cotización que es de aplicación al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en virtud del cual se permite al trabajador elegir su base de cotización con independencia de los rendimientos que pueda obtener de la actividad realizada por cuenta propia, ha llevado a que actualmente alrededor de un 80 por ciento de los trabajadores encuadrados en dicho régimen opten por la base mínima de cotización que tiene establecida al margen de cuales sean los rendimientos reales que obtienen de su actividad. Ello lo ha convertido en un régimen deficitario, cuya sostenibilidad, en un sistema de Seguridad Social regido por los principios de contributividad y de solidaridad, depende de las aportaciones de otros regímenes.

Al anterior se añade un segundo problema: dado que la base de cotización elegida por el trabajador autónomo determina el importe de las prestaciones del sistema que va a percibir, el resultado es que la media de estos trabajadores percibe prestaciones más bajas que, por ejemplo, la media de los trabajadores del Régimen General de la Seguridad Social, que cotizan en función de sus retribuciones reales.

En el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020, la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, en su recomendación 4.ª, instó a profundizar el proceso de ordenación de los regímenes del sistema que permitiera llegar a dos únicos encuadramientos, uno para los trabajadores por cuenta ajena y otro para los trabajadores por cuenta propia, con el objetivo de alcanzar una protección social equiparable entre estos dos regímenes, a partir de una cotización también similar de los respectivos colectivos. Para ello, consideró que la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones exigía que, de manera gradual y acomodándose a la gran variedad de situaciones del colectivo de los trabajadores por cuenta propia, se promovieran, en el marco del diálogo social, medidas para aproximar las bases de cotización de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas a sus ingresos reales, de manera que no se vieran perjudicados los elementales principios de contributividad y de solidaridad en los que se fundamenta el sistema, pues estimaba que la baja cotización, característica de un colectivo que mayoritariamente cotiza por la base mínima, es la causa principal de sus reducidas pensiones, por lo que este nuevo sistema habría de repercutir en la mejora del grado de suficiencia de sus prestaciones futuras. En igual sentido, en la recomendación 5.ª, sobre adecuación de las bases y periodos de cotización, la Comisión consideró indispensable que, con carácter general, las bases de cotización se atuvieran a los rendimientos efectivamente obtenidos por la persona trabajadora, ya fuera por cuenta ajena o propia, e instaba a los poderes públicos a adecuar, en el marco del diálogo social, la cotización del Régimen Especial de los Trabajadores

-En ningún caso debe procederse a la rebaja de las cotizaciones sociales, a riesgo de que en caso contrario se ponga en grave peligro el futuro del sistema público de pensiones, es decir, el principio de seguridad inherente a la obligación que pesa sobre los poderes públicos de "mantener" el sistema de Seguridad Social ex art. 41 CE, en su vertiente contributiva. Esa reducción de las cotizaciones daría lugar a una importante reducción de los ingresos del sistema de Seguridad Social y, posteriormente, a la entrada en déficit del mismo, de forma que se justifique la futura reducción de las pensiones para mantener el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social.

La actuación a través de los Ingresos (y no sólo sobre la racionalización de interna) opera a través de dos instrumentos: Por un lado, el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI), y por otro, la acción legislativa mediante las leyes de Presupuestos para 2021 y 2022[128] (entre un

Autónomos vinculando la cuantía de las cuotas a los ingresos reales y con ese fin seguir mejorando los instrumentos de verificación de esos rendimientos para evitar supuestos de elusión de cotizaciones.

Pocos días después de la aprobación del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo se constituyó la Mesa de Diálogo Social para abordar sus recomendaciones y, en julio de 2021, se llega al Acuerdo del Gobierno y agentes sociales para garantizar el poder adquisitivo de los pensionistas y asegurar la sostenibilidad del sistema público de pensiones, cuyo apartado cuarto prevé un nuevo sistema de cotización de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas por ingresos reales y la mejora de su protección social, previendo que la implantación de esta modificación se haría a partir del 1 de enero de 2023, de forma gradual, con objeto de permitir la más adecuada definición de estos y las adaptaciones técnicas necesarias por parte de la Hacienda Pública y de la propia Seguridad Social. En concreto, prevé que el nuevo sistema debería aprobarse en 2022, sin producir efectos económicos hasta 2023, y que el despliegue sería progresivo hasta un máximo de nueve años, con revisiones periódicas cada tres años en las que las organizaciones empresariales y sindicales, y las asociaciones de autónomos podrían decidir, junto al Gobierno, la aceleración del calendario. Este Acuerdo se enmarca también en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado por el Gobierno el 16 de junio de 2021, que es uno de los planes nacionales que han elaborado los Estados miembros de la Unión Europea para acogerse al Plan de Recuperación para Europa *NextGenerationEU* y que tiene el triple objetivo de apoyar a corto plazo la recuperación tras la crisis sanitaria, impulsar a medio plazo un proceso de transformación estructural y llevar a largo plazo un desarrollo más sostenible y resiliente desde el punto de vista económico-financiero, social, territorial y medioambiental. En ésta "planificación" europea del desarrollo sostenible se valoriza la función de los interlocutores sociales en el proceso de elaboración y aplicación de las políticas públicas en general y en particular en materia de reformas laborales y de Seguridad Social (señaladamente, en la cuestión social de la reforma de las pensiones.

El componente 30, reforma 3, de este Plan aborda la parte social y recuerda la necesaria garantía de la sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo, siendo la adaptación de las bases de cotización de los trabajadores autónomos para cotizar por ingresos reales un presupuesto necesario para reforzar dicho sistema y garantizar la sostenibilidad financiera.

[128] Una nítida y acertada exposición de síntesis en Pérez del Prado, D.: "La reforma del régimen de financiación de la Seguridad Social ¿Cambio de rumbo en la sostenibilidad de las pensiones?", en *Temas Laborales,* núm. 163 (2022), pp. 29-61, que subraya la razonabilidad de las medidas dirigidas a aumentar los ingresos del sistema y que, por lo demás, "el MEI contribuirá a aportar en términos acumulados 2,3 puntos del PIB en 2032 momento en que finalice la dotación de su primer componente. Dicho de otra forma, sería capaz de cubrir de forma sobrada el incremento del gasto previsto para 2030 derivado de la derogación de 2013 aunque, como el propio mecanismo prevé, dependiendo de las circunstancias en ese momento, quizá sean necesarias medidas adicionales para cubrir el resto del tramo hasta alcanzar el pico en torno a 2050. Esto que ha sido visto como una debilidad, puede significar sin embargo una muestra de flexibilidad, al plantear un escenario de reformas por etapas (…). Pero la búsqueda de nuevos ingresos no ha terminado aquí. Sabiéndose que la vía de incrementar las bases de cotización se podría recaudar casi un punto del PIB y la reducción de las salidas prematuras del mercado de trabajo se rebajaría también el gasto futuro en pensiones en 2,7 puntos del PIB, a la vez que se han venido ensanchando las bases, sin llegar por el momento a "destoparlas", se ha venido tomando medidas adicionales para acercar la edad teórica y real de cotización (jubilación)" (*Ibid*., p. 61); Pérez del Prado, D.: "La sostenibilidad integral de las pensiones: un análisis cuantitativo", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (30), (2022), 271-292. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/569; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* núm. 26 (2021), pp. 13-31; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 de febrero", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 27 (2021), pp. 11´-23; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El acuerdo socio-político tripartito de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de

haz más amplio de medidas encaminadas a la sostenibilidad de las pensiones públicas), que está

reforma del sistema de pensiones", en *Revista de derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 28 (2021), pp. 11-34; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social", en *Revista de derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 30 (2022), págs 11-60; a: Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. "Luces y sombras del complemento de brecha de género (Complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021)". Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 31 (2022): 13-30. Y una análisis más amplio de carácter analítico, se puede encontrar en las distintas aportaciones de Hierro Hierro, F.J. (Ed.): *Perspectivas jurídicas y económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2021; Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* núm. 3 (2021), pp. 21-84. https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13533/13777. Para los problemas y opciones de política del Derecho Económico y Social que están implicados en la problemática de la sostenibilidad económico-financiera y social, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas: Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social,* Madrid, Tecnos, 2014; Súarez Corujo, B.: *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad,* Valladolid, Lex Nova, 2014. El necesario enfoque del contexto de europeo se aborda en García De Cortázar, C.: "La reforma de las pensiones en Europa. Una historia interminable. Un futuro incierto", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 31 (2022), pp. 33-61. Se observa que en el panorama de los regímenes de pensiones en Europa en las reformas se aprecia un cierto mimetismo. Por ello, sería posible afirmar que se está llevando a cabo una suerte de convergencia reformadora silente. Pero relativa convergencia no significa, en absoluto, que haya surgido un nuevo modelo de pensión único en el ámbito europeo. Los sistemas de pensiones en Europa mantienen diferencias relevantes entre sí. Es de señalar que en todo el proceso reformista ha prevalecido la búsqueda de la sostenibilidad, sacrificándose, en gran medida, la adecuación o suficiencia. Se subraya entre todos los elementos principales de las reformas, brilla con luz propia el aumento de la edad de acceso normal de jubilación que se presenta como la respuesta "casi natural" incremento de la esperanza de vida y, por tanto, a la prolongación del período de percepción de las pensiones. Asimismo, se pone de manifiesto como la tasa de sustitución, parámetro esencial de la adecuación de las pensiones, tiende a debilitarse, sobre todo en los países del Sur de Europa. Continúa siendo de interés, a pesar de su fecha, el estudio realizado en Camós Victoria, Ignacio. García De Cortázar, Carlos. Suárez Corujo, Borja. *"La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, Murcia, Laborum, 2017. Asimismo, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Los planes y fondos de pensiones en el contexto de la reforma de los sistemas de protección social ¿continuidad o renovación?", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 31, 2012, en este último ensayo ya se hacía notar que Las reformas legislativas emprendidas en los últimos años en España han supuesto un avance en la consolidación de un modelo definitivo de planes y fondos de pensiones. Del mismo modo, en el marco europeo se han intensificado las medidas en favor de la remodelación de los sistemas de pensiones otorgando a los planes privados de pensiones un protagonismo cada vez mayor. Se aboga, desde las instancias comunitarias, por la transición de unos sistemas en gran medida únicos a otros múltiples, postulando la reducción de la proporción de las pensiones públicas de reparto, dando un papel más importante a los planes privados complementarios de capitalización. La publicación del "Libro Verde: en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros" [COM (2010)365 final] es una muestra de esta preocupación por relanzar dichos instrumentos de previsión privados. Sin embargo, en la actualidad siguen existiendo cuestiones no debidamente resueltas en este proceso imparable de reformas de los sistemas de protección social. El presente trabajo trata de dejar constancia de estos y otros problemas que siguen existiendo para la definitiva generalización de los planes y fondos de pensiones en el ámbito de la protección social. Trata de dar respuesta a cómo debería efectuarse ésta y, lo que es más importante, que rasgos deberían ostentar dichos mecanismos de previsión para que actuaran como auténticos sistemas de seguridad complementarios del modelo público de protección. El análisis se confirma con precisiones adicionales, dado el giro de las políticas europeas sobre la materia, en Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "La política del derecho comunitaria de apoyo a los planes privados de pensiones", en *Nueva revista española de Derecho del Trabajo,* núm. 214 (2018), pp. 55-89.

Para la trascendencia operativa en las políticas legislativas de los países del espacio geopolítico de Europa del vigente sistema garantista multinivel europeo del derecho social a la pensión pública, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis,* Murcia, Laborum, 2021; Monereo Pérez, J.L.: "Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social, en *Lex Social. Revista de los derechos sociales*, 8(2), 2018 (disponible en Internet en abierto); Monereo Pérez, J.L.: "Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) *et altri*: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012. En la dimensión comunitaria, COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL: "Principales conclusiones del Informe sobre la adecuación de las pensiones de 2021 del Comité de Protección Social y la Comisión Europea"-Refrendo. El Informe completo, elaborado conjuntamente por

estrechamente vinculada a aquél. Con ello no se desconoce la relevancia de racionalizar el gasto, pero ahora se pone el énfasis en los ingresos para garantizar la finalidad de protección social para el cual se ha construido y se reforma dinámicamente el sistema público de pensiones. Si no se combina la racionalización del gasto con el aumento de los ingresos, al final la lógica del llamado equilibrio "interno" del sistema de pensiones se traduce una reducción de la cuantía de la pensión, como ha venido demostrando la experiencia práctica.

c) Progresar en la transferencia del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social para la financiación de la Seguridad Social. No se debe olvidar que la responsabilidad última del mantenimiento (vale decir, sostenibilidad económica y social) de la Seguridad Social y de subsistema de pensiones públicas corresponde al Estado[129].

En esa lógica de asunción efectiva del compromiso estatal se sitúa la Disposición adicional trigésima segunda de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 21/20221, sobre *Financiación de la acción protectora de la Seguridad Social en cumplimiento del principio de separación de fuentes consagrado en el Pacto de Toledo,* establece que:

1º. En *aras de hacer efectiva la separación de fuentes de financiación* en cumplimiento de la recomendación primera del Pacto de Toledo, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109.1.a) de esta ley, la Ley de Presupuestos Generales del Estado contemplará anualmente una transferencia del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social para la financiación de los beneficios y exenciones en cotización a la Seguridad Social de determinados regímenes y colectivos, el coste del reconocimiento de la prestación anticipada de jubilación por aplicación de coeficientes reductores cuando no se haya previsto cotización adicional, el coste de la integración de los periodos no cotizados en la determinación de la base reguladora y de la cuantía de las prestaciones del sistema, las reducciones legalmente establecidas en la cotización a la Seguridad Social, el coste de la pensión de jubilación anticipada involuntaria en edades inferiores a la edad

la Comisión Europea (DG EMPL) y el Comité de Protección Social, figura en los documentos 9145/21 ADD I y ADD 2. Bruselas, 4 de Junio de 2021 (OR. En). SOC 356. EMPL 266. ECOFIN 509

[129] El último responsable es Estado, bien es cierto que existen fuentes de recursos diversificadas parcialmente en relación a los dos ámbitos o niveles de protección de las prestaciones de Seguridad Social, como se infiere, paradigmáticamente, del art. 109 LGSS. La «Disposición adicional trigésima segunda ("Financiación de la acción protectora de la Seguridad Social en cumplimiento del principio de separación de fuentes consagrado en el Pacto de Toledo"), redactada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones:

1. En aras de hacer efectiva la separación de fuentes de financiación en cumplimiento de la recomendación primera del Pacto de Toledo, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109.1.a) de esta ley, la Ley de Presupuestos Generales del Estado contemplará anualmente una transferencia del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social para la financiación de los beneficios y exenciones en cotización a la Seguridad Social de determinados regímenes y colectivos, el coste del reconocimiento de la prestación anticipada de jubilación por aplicación de coeficientes reductores cuando no se haya previsto cotización adicional, el coste de la integración de los periodos no cotizados en la determinación de la base reguladora y de la cuantía de las prestaciones del sistema, las reducciones legalmente establecidas en la cotización a la Seguridad Social, el coste de la pensión de jubilación anticipada involuntaria en edades inferiores a la edad ordinaria de jubilación, así como el incremento de la cuantía de las prestaciones contributivas sujetas a límites de ingresos.

Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 109.2, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado se fijará, todos los años, el importe de las prestaciones que serán financiadas con una transferencia del Estado a la Seguridad Social, entre las que se incluirá la prestación contributiva de nacimiento y cuidado de menor, el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, las pensiones y subsidios en favor de familiares, así como la prestación de orfandad cuando la causante hubiera fallecido como consecuencia de violencia contra la mujer.

2. Cualquiera otra transferencia del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social destinada a la financiación de las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de Seguridad Social deberá contar con informe previo del Ministerio de Hacienda para poder ser incorporado a la Ley de Presupuestos Generales del Estado.»

ordinaria de jubilación, así como el incremento de la cuantía de las prestaciones contributivas sujetas a límites de ingresos.

Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 109.2, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado se fijará, todos los años, el importe de las prestaciones que serán financiadas con una transferencia del Estado a la Seguridad Social, entre las que se incluirá la prestación contributiva de nacimiento y cuidado de menor, el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, las pensiones y subsidios en favor de familiares, así como la prestación de orfandad cuando la causante hubiera fallecido como consecuencia de violencia contra la mujer.

2º. Se deja constancia de la obligatoriedad de la transferencia *finalista* de recursos estatales al Sistema de Seguridad Social, pero sometida al informe previo de control del Ministerio de Hacienda. Así, se indica que cualquiera otra transferencia del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social destinada a la financiación de las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de Seguridad Social deberá contar con informe previo del Ministerio de Hacienda para poder ser incorporado a la Ley de Presupuestos Generales del Estado[130].

d) Adecuación y viabilidad de las reformas a la política estratégica de coordinación de la Unión Europea. Es harto significativo el diagnóstico y las recomendaciones que ofrecen las instituciones de gobierno de la Unión. Así, las distintas "Comunicaciones de la Comisión Europea" en materia de protección social y de racionalización de las pensiones públicas ofrecen un "programa" a seguir. Cualquier reforma alternativa tiene que tener en cuenta estas "directrices" (que acaban siendo imperativas desde el prisma del Derecho de la competencia) y se deberían establecer contando con el "factor político de la Unión Europea". Recordar críticamente que la Unión Europea no tiene competencias sustantivas en materia de Seguridad Social (no se han dictado normas armonizadoras en esta materia), tan sólo de coordinación. Pero, y he aquí el problema, las políticas económicas de control del gasto público (incluida, la ya aludida "regla de oro") determinan y condicionan el gasto en prestaciones sociales.

Pero ello no ha impedido que a través de los compromisos adquiridos en virtud de la política y Derecho de la economía de la Unión sí se condicionen *persuasivamente* las decisiones de los Estados miembros, aunque se comprometen objetivos a través de cauces diversos por parte de los países miembros de la Unión.

Más que paradigmático al respecto El *Componente 30* (sobre "Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo") del Plan de Recuperación, transformación y resilencia, presentado por el Gobierno español, el 27 de abril de 2021, incluye dentro un conjunto de medidas de reforma que se proponen para garantizar ese objetivo de "Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo" (y que han contado ya con el visto bueno y, en realidad, han sido aceptada por la Unión Europea)[131].

---

[130] Véase Cavas Martínez, F.: "La separación de las fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social: realidades y nuevas propuestas", en la excelente obra, Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

[131] Como se indicó anteriormente, las medidas de reforma comprometidas en el referido *Componente 30* son las siguientes:
C30.R1: Separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social
C30.R2-A: Mantenimiento del poder adquisitivo de las Pensiones.
C30.R2-B: Alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación.
C30.R2-C: Adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación.
C30.R2-D: Sustitución del factor de sostenibilidad por un mecanismo de equidad intergeneracional.

El conjunto de medidas que comprende el Componente 30 del Plan gubernamental integrarían lo que se ha dado ya en denominar las "dos fases" del proceso de planificación de las reformas estructurales del sistema público de pensiones para garantizar su sostenibilidad a largo plazo: cuya finalidad es tratar de avanzar juntos "comunitariamente", pero no con carácter armonizador, en el sentido e hilo conductor de la reformas. Pero ello no supone que más allá de los compromisos adquiridos con la Unión Europea, el proceso de planificación de las reformas pueda orientarse en otras direcciones de política del Derecho, dentro de la relativa capacidad de maniobra que ostentan los Estados miembros, más allá del cumplimiento política debido de las directrices establecidas por la instancias políticas de la Unión Europea.

Existe una cierta *aproximación o convergencia entre objetivos y medidas a perseguir en las reformas de la pensiones en Europa*. Ello es así no sólo porque hay una lógica de racionalización y de sostenibilidad que se ha venido imponiendo, sino también a través del impulso homogeneizador realizado por las instituciones políticas de la Unión Europea Muy especialmente a través del *LIBRO BLANCO Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*. {SWD (2012) 7 final} {SWD (2012) 8 final}.COM (2012)[132], y documentos posteriores también de "derecho blando", pero de inequívoca fuerza vinculante, entre otras razones porque su observancia actúa como condición para la percepción de fondos europeos[133] (Loa actuales fondos europeos Next Generation, movilizaron para nuestro país unos 140.000 millones de euros, pero a cambio de realizar reformas estructurales y, significativamente, una de las más relevantes están vinculadas a las reformas de las pensiones); actualmente los Planes de Recuperación propuestos por los distintos Estados de la Unión Europea van en la misma dirección: se supervisan, se hacen "enmiendas" (y simplemente recomendaciones) y pese a la naturaleza de los instrumentos *Sofw Law*, se imponen con fuerza política vinculante a través de "la sanción amenazada" de la denegación de los fondos de recuperación habilitados por la Unión Europea. Nuestra País, como aquí se ha recordado, incluyó el Componente 30 (sobre Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo) en el marco del Plan de Recuperación, transformación y resilencia presentado a la Unión Europea[134].

Como se ha señalado anteriormente: En la planificación, el diseño, de la política de pensiones, tendrá que contar críticamente con el "modelo" que realmente se está poniendo en práctica, a

C30.R3: Nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos por sus ingresos reales.
C30.R3: Nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos por sus ingresos reales.
C30.R4: Modificación del complemento de maternidad de Pensiones.
C30.R5: Reforma e impulso de los sistemas complementarios de pensiones.
C30.R6: Adecuación de bases máximas de cotización.
Véase el Documento: https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf.

[132] Esa tendencia había sido destacada en Monereo Pérez, J.L.: "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de mejora", en *Revista Derecho de las relaciones laborales,* núm. 2 (2018), pp. 173-201.

[133] COMISIÓN EUROPEA: LIBRO BLANCO Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles. {SWD (2012) 7 final} {SWD (2012) 8 final}.COM (2012); "The 2015 Ageing Report". (2015); "Pension Reforms in the EU since the Early 2000's: Achievements and Challenges Ahead. DISCUSSION PAPER 042 | DECEMBER 2016. http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/. Luxembourg: Publications Office of the European Union, (2016); "The 2018 Ageing Report". (2018); "EUROPEAN COMMISSION FINAL REPORT OF THE HIGH-LEVEL GROUP OF EXPERTS ON PENSIONS. (2019); EUROPEAN COMMISSION: The 2021 Ageing Report (2021); EUROPEAN COMMISSION The 2021 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU Volume I Joint Report prepared by the Social Protection Committee (SPC) and the European Commission (DG EMPL. 2021).

[134] Puede consultarse en: https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/05052021-Componente30.pdf

saber: el trazado en el *Libro Blanco sobre pensiones*[135] de la Comisión Europea, que apuesta por un "*sistema multipilar*" a tres niveles o pilares (nivel de pensiones básico obligatorio; nivel de pensiones complementarias colectivas profesionales; y nivel de pensiones adicionales individuales), con el fomento explícito de los planes de ahorro privados complementarios de jubilación -colectivos e individuales-. En esta dirección se apuesta por la creación de un "producto paneuropeo de pensiones individuales como instrumento para reforzar la Unión de los Mercados de Capitales (como se percibe aquí se diluye la lógica de "lo social" en favor de la lógica de racionalidad estrictamente económico-financiera)[136].

Si importante es atender las normas de Derecho Social comunitario y a las reglas "soft law" o "derecho blando" indicado, no lo es menos atender a la labor iuscomparatista respecto a las experiencias jurídicas de los ordenamientos de los Estados europeos sobre los cuales se proyecta esa nueva forma de "gobernanza" regulativa sobre las reformas de las pensiones públicas y privadas. Por definición, preside un margen amplio de flexibilidad en las técnicas de aplicación, que significativamente contrasta con la *obligatoriedad fático "jurídica" en el plano de la política del Derecho* diseñada en los instrumentos formalmente débiles -en cuanto no ostentan el rango normativo. Esa obligatoriedad aparece con el reclamo persuasivo de *condicionalidad de los objetivos establecidos en directrices y reglas "soft law" a la entrega a los Estados miembros de los fondos de recuperación provenientes de la Unión Europea*. Se percibe bien nítidamente que el "soft law" en el Derecho de la Unión Europea que trasluce el afianzamiento de un nuevo modelo de fuente del Derecho que dentro del sistema geopolítico y jurídico y de la Unión interactúa con el Derecho Comunitario en sentido fuerte (con la normatividad, coactividad específica y justiciabilidad que a éste le caracteriza).

La utilidad del Derecho comparado y el método comparatista es innegable y aquí especialmente útil, pues permite el conocimiento del Derecho extranjero, aprendiendo de su experiencia al servicio de la mejora del propio ordenamiento nacional del operador jurídico; en un mundo tan internacionalizado (y tanto más con la creación del Consejo de Europea o la Unión Europea), el conocimiento (mutuo, en práctica ideal) de los Derechos nacionales deviene fundamental dada

[135] Libro Blanco. *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, de 16 de febrero de 2012, COM (2012) 55 final; precedido por el Libro verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único, de 10 de junio de 1997. COM (97) 283 final; y del Libro verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros, de 7 de julio de 2010. COM (2010) 365 final.

[136] Véase el Reglamento sobre el producto paneuropeo de pensiones individuales. Por otra parte, la regulación comunitaria de los planes de pensiones privados está obligando a dictar normas de transposición en el ordenamiento jurídico interno. Por ejemplo, el RD-Ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicos. Resulta de sumo interés la lectura de la Exposición de Motivos de dicha Ley. Cfr. Reglamento (UE) 2019/1238, de 20 de junio de 2019, relativo a un Producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP). Precisamente en el Comunicado de prensa de la Comisión Europea se indica que Comisión Europea - Comunicado de prensa Pensiones individuales: el producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP, por sus siglas en inglés) se aplica a partir de hoy Bruselas, 22 de marzo de 2022. En este día empieza a aplicarse el Reglamento sobre el producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP), adoptado en 2019. Esto allanará el camino para un nuevo régimen voluntario a escala de la UE que permita ahorrar para la jubilación, y podrá ofrecerlo una amplia gama de empresas financieras de toda la UE. El PEPP, que es un elemento fundamental del plan de acción de la Comisión para reforzar la Unión de los Mercados de Capitales, estará disponible como complemento de los sistemas de pensiones públicos y profesionales, junto con los planes de pensiones privados nacionales existentes. En el Comunicado de prensa se expresa con transparencia y sinceridad lo que realmente se persigue: La propuesta de la Comisión sobre el PEPP, presentada en diciembre de 2017, forma parte del plan de acción de la Comisión para reforzar la Unión de los Mercados de Capitales. El Reglamento PEPP se aprobó y adoptó el 25 de julio de 2019 con el fin de contribuir a la creación de un mercado interior de las pensiones individuales, aumentar las posibilidades de que los promotores ofrezcan productos de pensiones individuales transfronterizos y ofrecer a los consumidores una alternativa competitiva a la hora de ahorrar para la jubilación.

esa interrelación entre los distintos sistemas jurídicos (vinculados y moldeados por sus respectivas culturas jurídicas) y su incidencia en las políticas y técnicas del Derecho regulador de las pensiones públicas y privadas; la comparación aparte del enriquecimiento del saber y de la experiencia permite la aproximación de regulaciones y en el caso de uniones supranacionales geopolíticas -como las indicadas- facilita la armonización, o al menos la *convergencia de objetivos*, y asimismo la aplicación del diferencia ámbito normativo vinculante del derecho común o comunitario aplicable (que en gran medida nos remite al Derecho común o comunitario económico o Derecho comunitario de la economía y de la competencia en el marco del espacio interior de la Unión). Los modelos de pensiones convergerán, pero no serán uniformes ni armonizados legislativamente a través del Derecho de la Unión; se percibirán, pues, puntos comunes y diferencias específicas en la cultura jurídica de cada país y en el laberinto de los instrumentos jurídicos para afrontar el gran problema de la "sostenibilidad" económico-financiera y la adecuación social de las pensiones públicas; y la amplitud del espacio regulador atribuido a los sistemas privados de pensiones, etcétera.

Al mismo tiempo hay que tener en cuenta que en el espacio económico y jurídico de la Unión Europea crece -y se amplía paulatinamente- el espacio vital de actuación conquistado (y a menudo fomentado por los poderes públicos a través del Derecho de la competencia) por los actores privados, empresas multinacionales y ante todo por los operadores financieros mundiales a la cabeza, cada vez más dotados de factores base de poder para producir derecho contractual transnacionalizado en el campo de la provisión de las pensiones. Por tanto, si se quiere conocer realmente en toda su complejidad la multiplicidad de ordenamientos jurídicos estatales en el espacio comunitario se habrán de tomar en consideración y analizar las instituciones, la fuentes públicas y extralegislativas; las normas jurídicas vinculantes, el "derecho blando" indicativo emanado de las instancias políticas de la Unión; pero también la autorregulación de las fuerzas del mercado (operadores económicos y jurídicos) que dominan el mercado de la provisión privada de las pensiones.

Las concretas propuestas de reforma que aquí se formulan son las siguientes[137]:

1º. Revitalizar y precisar la noción de contingencia protegida

La configuración actual de la pensión de jubilación poco se parece a la inicialmente normada habiendo perdido aquellos elementos definidores de la jubilación "el cese total y voluntario en el trabajo por el cumplimiento de una determinada edad"[138]. El art. 3.1 ("Hecho causante de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva") del Real Decreto 453/2022, de 14 de junio (por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica de ingreso mínimo vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión), establece: "La pensión de jubilación en su modalidad contributiva se entenderá causada en la fecha indicada a tal efecto por la persona interesada al formalizar la

[137] Para el núcleo de estas medidas véase Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", Título I de la obra colectiva realizada en el marco de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019, pp. 73 y sigs.; y la primera edición de la presente monografía *La pensión de Jubilación,* Murcia, Laborum, 2020, pp. 221 y sigs.

[138] El art. 204 de la LGSS (concepto de jubilación en su modalidad contributiva), ofrece un concepto, en cierto sentido funcional, neutral y relativamente abierto, a saber: "La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena".

correspondiente solicitud, siempre que en la misma reúna los requisitos establecidos para ello. Dicha fecha habrá de estar comprendida dentro de los tres meses anteriores o posteriores al día de presentación de la solicitud, o coincidir con este, salvo que se presente fuera del territorio español en virtud de una norma internacional, en cuyo caso la solicitud habrá de formularse en el plazo previsto en la legislación del país en el que se formule"[139].

Si la situación protegida en la jubilación no es otra que el cese en la actividad que comporta una pérdida de ingresos que la pensión debe paliar, si no hay cese en la actividad habrá que convenir que el *algoritmo* de jubilación de la protección del sistema quiebra, al desaparecer o diluirse el riesgo protegido[140]. Si se generaliza, como está ocurriendo, la compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación, la diferencia con un seguro privado de ahorro de futuro será difícil encontrarla. Y eso no es Seguridad Social.

---

[139] La referida disposición legal añade de inmediato: "2. La fecha indicada por la persona interesada será la que se tenga en cuenta a efectos de considerar la situación de alta, asimilada a la de alta o de no alta ni asimilada, y demás circunstancias de dicha persona, que servirán de base para determinar si tiene derecho a la pensión solicitada, así como, en su caso, el contenido de esta, sin perjuicio de la fecha en que deba surtir efectos económicos en cada caso.
No obstante lo previsto en el apartado anterior, serán de aplicación las siguientes especialidades cuando, de acuerdo con la voluntad de la persona solicitante, la pensión de jubilación se cause desde alguna de las siguientes situaciones:
a) Alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, en cuyo caso la pensión se entenderá causada el día de la baja en el régimen correspondiente como consecuencia del cese en el trabajo por cuenta propia o ajena o en la actividad o condición que hubiese determinado la inclusión en el ámbito de aplicación de dicho régimen.
No obstante lo previsto en el párrafo anterior, si se trata de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos por tener la condición de religioso o religiosa de la Iglesia Católica, de acuerdo con el Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre, por el que se incorpora al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos a los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica, o de alta en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios del Régimen General en inactividad, la pensión se entenderá causada el día de la baja en el régimen correspondiente.
En el supuesto previsto en el art. 46.4.c) del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, el hecho causante se entenderá producido el último día del mes natural en el que haya tenido lugar el cese en el trabajo por cuenta propia o en la actividad o condición determinante de la inclusión en el campo de aplicación del correspondiente régimen especial.
b) Situación asimilada a la de alta por traslado del trabajador fuera del territorio del Estado al servicio de una empresa española, en cuyo caso la pensión se entenderá causada en la fecha del cese en el trabajo.
c) Situación asimilada a la de alta por excedencia forzosa para ocupar un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo, en cuyo caso la pensión se entenderá causada en la fecha del cese en el cargo o funciones.
d) Extinción, por la pérdida de la condición de que se trate, de los convenios especiales aplicables a los diputados y senadores de las Cortes Generales, a los miembros de los parlamentos y gobiernos de las comunidades autónomas o a los españoles que ostenten la condición de funcionarios o empleados de organizaciones internacionales intergubernamentales, en cuyo caso la pensión se entenderá causada el día de extinción del convenio especial.
e) Extinción de la prestación o subsidio por desempleo, incluido el de mayores de cincuenta y dos años, por el cumplimiento de la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, supuesto en el cual el hecho causante de la pensión de jubilación tendrá lugar el día de cumplimiento de dicha edad.
En los supuestos previstos en este apartado, la solicitud de la pensión podrá presentarse con una antelación máxima de tres meses a la fecha del hecho causante o en cualquier momento posterior, sin perjuicio de los efectos económicos que correspondan de acuerdo con el art. 4.
3. Cuando el acceso a la pensión de jubilación se produzca desde una situación de alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social por la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena que se vaya a mantener sin solución de continuidad tras el reconocimiento de dicha pensión, conforme a lo previsto en el art. 214 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la solicitud habrá de presentarse dentro de los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha indicada por el interesado a efectos de fijar el hecho causante de la pensión".

[140] El algoritmo es la palabra tecnológica de gran actualidad. Es un mecanismo cierto y sin voluntad, pero está cambiando el mundo de manera definitiva. Hace referencia a una serie de instrucciones generales que se llevan a cabo para solventar un problema. En una delimitación más técnica remite a un conjunto de reglas que aplicada sistemáticamente a unos datos de entrada apropiados, resuelven un problema en un numero finito de movimientos elementales. El Diccionario de la Lengua española de la Real Academia Española de lo define como el "conjunto ordenado y finito de operaciones que permiten hallar la solución de un problema".

Por otra parte, la generalización de la compatibilidad entre trabajar y ser pensionista de jubilación supone una reconfiguración *del riesgo o contingencia protegida*, pues de incide en el alcance de la situación de necesidad que debe ser atendida. Y ello lo propicia el marco legal por distintos mecanismos (jubilación flexible a tiempo parcial; jubilación activa, etcétera). Permitir el trabajo de los pensionistas (ampliación de la compatibilidad moderada de trabajo y pensión; moderada porque hay que ponderarla con el empleo de los jóvenes en el marco de la política de empleo) y la prolongación voluntaria de la vida activa (a tiempo completo o a tiempo parcial). Ello, no obstante, la compatibilidad absoluta o generalizada (a partir del RD-Ley 5/2013 se permitió trabajar a tiempo completo por pensionistas de jubilación sin que ello suponga la suspensión de la pensión, aunque sí afectando a su cuantía) al tiempo puede ser disfuncional al Sistema de pensiones y puede conducir a preparar la "privatización" del nivel contributivo. La pensión pública dejaría de ser funcionalmente sustitutiva de rentas y pasaría a ser más bien una forma de "ahorro-pensión" adicional al trabajo de la persona mayor que se mantiene en activo. Por ello sería preciso establecer una ampliación *"relativa"* de la compatibilidad, no en términos absolutos[141].

Debe tratar de hacerse coincidir lo más posible jubilación y vejez, pues de lo contrario habrá "viejos" que no estarán jubilados, sino en activo; y a la inversa: personas no "viejas" o ancianas que estarán jubilados. De este modo se continuará desnaturalizando la situación protegible a través de la pensión de jubilación. Es necesario hacer coincidir la edad media de retiro (edad real de jubilación) con la legal, si se desea racionalizar esta institución para los fines que le son propios[142].

2. Abordar la complejidad y transcendencia que para el beneficiario supone elegir adecuadamente la edad de acceso y la modalidad de la misma en atención a sus expectativas

No es sencillo para un trabajador, ni tampoco para el profesional que le aconseje, determinar el momento idóneo y la modalidad de jubilación a elegir. El sistema resulta excesivamente complejo.

Dejando a un lado las jubilaciones subsidiarias, es decir aquellas que el trabajador optará por no quedarle otra opción, es decir la denomina jubilación SOVI o la no contributiva, lo cierto es que el trabajador pude tener que barajar múltiples opciones y sopesar las ventajas e inconvenientes que cada una presenta. Se va a encontrar con decidir si espera o no a la jubilación ordinaria o prolongar su actividad tras llegar a la edad exigible. También tendrá que analizar si le interesa anticipar la edad o no de jubilación con las múltiples variantes posibles, nos encontramos con seis posibles grandes opciones (mutualista, voluntaria, involuntaria, discapacidad, por aplicación de coeficientes reductores y por la actividad desempeñadas) y dentro de ellas con variantes posibles. También tendrá que valorar si antes de la edad ordinaria le interesa compatibilizar trabajo y pensión o bien esperar a después de tener la misma. Por otro lado, tendrá que valorar si puede

[141] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de mejora", en *Derecho de las relaciones laborales,* núm. 2 (2018), pp. 173-201. De gran interés son las reflexiones realizadas por Mohamed Vázquez, R.: *La reforma de las pensiones. Soluciones para una acción protectora adecuada, suficiente, sostenible y pública,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2018; Sánchez-Rodas Navarro, C.: *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la Unión Europea y Monetaria y el Pilar Europeo de Derechos Sociales,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

[142] En este sentido Maldonado Molina, J.A.: "La edad de jubilación, retiro y vejez", en VV.AA.: *La edad de jubilación,* Monereo Pérez, J.L., Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2011, pp. 85 y sigs., en particular p. 86; Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El factor de sostenibilidad: ¿Un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?", en *Revista de Derecho Social* (2013); *Ibid., La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014.

y le interesa optar por legislación anterior a la actualmente vigente. Y finalmente si va o no a proseguir total o parcialmente su actividad o ejercer otra distinta.

En definitiva, todo un complejo algoritmo a seguir.

3. ¿Es posible -siquiera a medio plazo- retrasar todavía más la edad jubilación como mecanismo de equidad intergeneracional? No es la solución "realista" (viable), ni es deseable (en términos de justicia social) desde la perspectiva del derecho a la pensión pública. Existen límites humanos intrínsecos y de carácter civilizatorio respeto de la calidad de vida y bienestar en la vejez que deben quedar salvaguardados. Cuestión distinta es favorecer de la jubilación voluntaria (no forzosa ni por vía legal, ni por vía de negociación colectiva) sin límite de edad. Y es necesario no incurrir en políticas de automaticidad utilizando elementos paramétricos del sistema público de pensiones como la edad para indicar sin más, como política sistémica a seguir, el ajuste de la edad de jubilación la esperanza de vida (esto conduciría al enfoque unilateral que inspiraba a la figura del "factor de sostenibilidad", ya desaparecida del escenario legislativo).

Sería oportuno reflexionar sobre la noción y funcionalidad actual de la edad pensionable. Unas de las cuestiones podrían ser la de superar la noción de edad pensionable, fijando una edad mínima (que podría ser los 63 años) a partir de la cual pueda accederse a la jubilación a la edad que desee, pero viéndose afectado el importe por la edad que tenga.

Es necesario incrementar la tasa de empleo de los mayores y reducir la edad efectiva de salida del mercado de trabajo de los mayores. Este objetivo no se podrá alcanzar a través del libre funcionamiento y operatividad del "mercado de trabajo" (que tiende a la expulsión sistemática de los mayores), sino a través de una intervención sistemática y planeada del poder público encaminada a mejorar la empleabilidad a través de la formación profesional y la protección legal frente las actuaciones discriminatorios y la predisposición de límites precisos a los despidos individuales y colectivos que afectan a los trabajadores mayores o de edad avanzada[143].

La prolongación de la vida activa encuentra límites intrínsecos, y no sólo por razones de deterioro psicofísico (que condición la "empleabilidad" de los trabajadores mayores), sino también por el valor social de una larga vida dedicada a un trabajo productivo y necesario. La prolongación de la vida activa más allá de la edad ordinaria de jubilación debe ser siempre realmente voluntaria y no subrepticiamente forzosa para mantener el nivel de vida de la persona mayor[144]. Por tanto, desde esta perspectiva tampoco la prolongación de la vida activa y del envejecimiento activo constituyen por sí mismas medidas estratégicas que puedan constituir una panacea para resolver

[143] Monereo Pérez, J.L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2019, espec., pp. 101 y sigs. Véase también VV.AA.: *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Moreno Gené, J. y Ana Maria Romero Burillo, A. (Coords.), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2018; Martínez Barroso, M.R.: *Influencia de la edad en las relaciones laborales: Acceso al empleo y protección social*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2018; López Insua, B.M.: "La tasa de ocupación de los trabajadores mayores de 55 años en España", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021: López Insua, B.M.: "Las políticas activas de empleo para los trabajadores de edad avanzada", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021; López Insua, B.M.: "La protección frente al despido de los trabajadores mayores", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021; López Insua, B.M.: "La protección de las personas mayores desde la perspectiva de género", en Péran Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.) *et altri*: *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022.

[144] Esto no supone, evidentemente, desacreditar los programas de envejecimiento activo, promovidos, de modo harto significativo, por el Acuerdo Marco autónomo sobre el envejecimiento activo en un enfoque intergeneracional, suscrito por los agentes sociales europeos (BusinessEurope, UEAPME, CEEP y la CES) el 8 de marzo de 2017.

los problemas inherentes a la sostenibilidad de las pensiones. Lo que debería avanzarse es hacia una política integral para los trabajadores mayores en la perspectiva socio laboral[145].

Es cierto que la OCDE[146] viene abogando por ajustar la edad de jubilación a la esperanza de vida, desde la perspectiva del carácter necesario de su ampliación para poder asumir la sostenibilidad del sistema. No se puede negar el hecho de que una esperanza de vida cada vez mayor incrementará los gastos de prestaciones y servicios de las personas mayores.

Se puede avanzar en el aumento de la edad de jubilación para acompasarla al incremento de la esperanza de vida y realizar reformas estructurales del mercado de trabajo. Ahora bien, esa vinculación de futuros aumentos de la edad de jubilación a la mayor esperanza de vida tiene, como se ha indicado, límite intrínsecos (de carácter físicos y psíquicos) y extrínsecos (la persona mayor tiene que disponer de un merecido descanso al final de su ciclo vital en la vida activa tras largos años de trabajo; una sociedad civilizada que garantice una vida digna no puede admitir que se desnaturalice la misma institución de la jubilación y sus fines en términos de justicia social). Por lo demás, es difícilmente factible que aumenten las tasas de empleo -con vidas laborales más largas- en un umbral de edad próxima a los setenta años. Desde luego nunca lo será de manera generalizable, sino tan sólo para ciertos tipos de trabajos y actividades que exigen reducidos esfuerzos físicos y psíquicos, porque el deterioro de la edad tiene -se diga lo que se siga- también una base biológica, aparte de la ya señalada de carácter civilizatoria de la "procura del bienestar" de las personas de edad avanzada (por no hablar del periodo difuso de la "ancianidad", que va muchos más allá de la idea de "longevidad"). No es razonable eludir la necesidad de cambios, pero ello no se puede realizar a un tal grado de radicalidad que produzca una ruptura no sólo del modelo de pensiones dignas, suficientes y adecuadas, sino, yendo más allá, de desnaturalizar del finalidad de la institución jubilatoria. La apuesta por el "teletrabajo" no parece una medida generalizable, ni adecuada a efectos de resolver la problemática subyacente para propiciar el incremento de la edad de jubilación, aunque sí puede facilitar en algunas actividades la prolongación de la vida activa en edades de jubilación ordinaria razonables como la que se ha establecido de sesenta y siete años de edad (aunque a la espera de sus resultados verificables tras algún tiempo de experiencia en la aplicación de la medida).

Por lo demás, la prioridad debería ser hacer coincidir la edad de retiro real con la edad ordinaria legalmente establecida (Y no se olvide que este es un objetivo explícito del Componente 30, en particular la reforma ex C30.R2-B: "Alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas", que es una técnica promocional a través del reclamo de elementos paramétricos del sistema). Un objetivo que todavía no se ha conseguido alcanzar, a pesar de ciertos avances significativos. Entre otras cuestiones porque continúan produciéndose salidas anticipadas sistemáticas de las personas mayores en el marco

[145] Puede consultarse, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "El sistema de pensiones en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social", en Antón, A. (Coord.) *et altri*: *La reforma del sistema de pensiones,* Madrid, Talasa, 2010, pp. 15-89, en particular pp. 61 y sigs., ("La tensión entre la política necesaria de "prolongación voluntaria de la vida activa" y la anticipación del retiro y de la edad de jubilación"). Sempere Navarro, A.V. y Quintanilla Navarro, R.Y. (Dirs.): *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada,* Madrid, CES, 2009; Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores,* Granada, Comares, 2013; Monereo Pérez, J.L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada,* Albacete, Bomarzo, 2019.

[146] INFORME DE LA OCDE sobre *Le jeu à long terme: les perspectives budgétaires pour 2060 soulignent la nécessité de réformes structurelles* ("El juego a largo plazo: las perspectivas presupuestarias para 2060 subrayan la necesidad de reformas estructurales"), presentado en París el 19 de octubre de 2021. Una perspectiva distinta -menos determinista- es la que se infiere del Documento del Gobierno de España sobre *Actualización del programa de estabilidad 2021-2024",* apartado 6 (sobre sostenibilidad de las finanzas públicas y pensiones), pp. 111 y ss. https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/economia/macro/mensuales/Programa_Estabilidad.2021-2024.pdf

de los procesos de reestructuración empresarial todavía centrados en la expulsión de la mano de obra madura (prejubilaciones, jubilaciones anticipadas forzosas o involuntarias) y suportados, en buena parte, por el propio sistema de Seguridad Social (señaladamente, la protección por desempleo).

4º. Las jubilaciones anticipadas: entre su fomento o su penalización

El cambio en la fisonomía y del paradigma del modelo normativo de jubilación se percibe de manera especialmente significativa cuando se analiza la función típica actual de la jubilación en su conexión con las políticas "activas" de empleo. En efecto, en lo que se refiere al papel de la jubilación como instrumento de las políticas activas de empleo, cabe decir que la jubilación ha reforzado el papel que ya venía realizando en gran medida como mecanismos para incidir en el volumen de la población activa laboralmente. La jubilación ya no se limita a dar cobertura a las personas que desde el punto de vista económico no tienen la capacidad para trabajar y por tanto están fuera del sistema productivo. En los orígenes era una excepción, luego se generalizó hasta límites inauditos. Es sobre todo a partir de los años setenta cuando el retiro se utilizó de manera más sistemática como instrumento de las políticas de empleo más allá de su función originaria. Por ello, se puede hablar de una transformación en las políticas de vejez, distorsionando esa finalidad originaria de la pensión de jubilación[147].

Así se fue utilizado no sólo para expulsar a los trabajadores maduros del mercado de trabajo y otras finalidades que desnaturalizaron la jubilación para dar cobertura protectora a un colectivo diferente al de los ancianos, esto es, los trabajadores de edad avanzada. Es así que se opera una falta de correspondencia precisa (una distopía) entre la vejez y el instituto jurídico-social de la Jubilación, pues el abandono de la vida activa no depende tanto de la vejez como de la decisión de la adoptada heterónomamente por los agentes sociales y la decisión de las empresas. De ahí la centralidad del cese anticipado de la actividad laboral a través de distintas figuras de jubilaciones anticipadas, con la paradoja de que se estaba produciendo al propio tiempo un progresivo retraso en el envejecimiento biológico incrementándose la esperanza de vida[148] y el carácter saludable del trabajador mayor o de edad avanzada, con lo que la protección que confiere la jubilación alcanza a situaciones de necesidad no reconducibles estrictamente al hecho del envejecimiento biológico.

Por ello es necesario un cambio radical respecto a la operatividad de la jubilación, en el sentido de limitar al máximo las llamadas jubilaciones anticipadas o las medidas de anticipación de la edad de jubilación. Al mismo tiempo que en una dirección sólo aparentemente contradictoria se establece una relación más flexible entre jubilación y trabajo, en el sentido de una mayor apertura hacia la compatibilidad relativa (y, por tanto, limitada y condicionada). De hecho, muchos jubilados a la edad ordinaria de jubilación (y por descontado tanto más los jubilados a una edad real inferior a la misma, por inempleabilidad o por expulsión del mercado de trabajo "fundada" -sic- en razones externas preeminentes de política de empleo) ni son "ancianos", ni quedan necesariamente "impedidos" -física o psicológicamente- para realizar un trabajo profesional con plena aptitud para asumir el haz de tareas el desempleo de un empleo.

147 Monereo Pérez, J.L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada,* Albacete, Bomarzo, 2019, espec., pp. 75 y sigs.

148 Véase Maldonado Molina, J.A.: "Las medidas de jubilación y las políticas activas en general", en VV.AA.: *Las políticas activas de empleo: Configuración y Estudio de su regulación jurídica e institucional,* Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B.M. (Dirs. y Coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 1065 y sigs. *Ibid.*, *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, obra de referencia, donde ya se apuntaba a una tendencia hacia el replanteamiento de la contingencia protegida palpable en la evolución de las políticas de vejez (*Ibid.*, pp. 46 y sigs.).

Es obvio que ello depende de la aptitud y capacitación de la persona, pero también del nivel dinámico de exigencias inherentes a la actividad profesional de que se trate). La contingencia jurídicamente protegida por la pensión de jubilación no es tanto la vejez en sentido biológico -que de algún modo siempre subyace al fenómeno del envejecimiento del individuo- como la situación de envejecimiento tasada por el elemento tipológico de trabajador de edad avanzada en una lógica propia del "ciclo vital" que hoy precisamente se encuentra desestandarizado (porque del ciclo vital ternario -para el que estaba "programada" la pensión de jubilación- se ha pasado al ciclo vital cuaternario), pues a la "tercera edad" (jubilación) le sucede cronológicamente un envejecimiento del envejecimiento que conduce a la "cuarta edad" (situación de dependencia con la pérdida de ciertos ámbitos de autonomía personal)[149]. La desestandarización (descronologización) de los ciclos vitales ha venido comportando una mutación de las políticas de protección de las personas mayores o de edad avanzada (aparte de la incidencia negativa en el sistema de pensiones)[150]. Es un constructo (una institución jurídica creada como específica categoría funcionalizada a un fin de política del Derecho social) cada vez más artificiosa y obediente a una lógica cada vez más alejada de la concepción real de la "vejez" o ancianidad como (supuesta) contingencia protegida. Ello hace necesaria la *recuperación de las señas de identidad de las señas de identidad de la pensión de jubilación, esto es, como categoría jurídica funcionalmente reorientada hacia la vejez y su protección* específica dentro del sistema de Seguridad Social.

El objetivo debería ser fomentar y crear las condiciones más idóneas para la *jubilación demorada*. En este sentido, como se indicó, la reforma legislativa ha avanzado de manera positiva a través de una política de su incentivación por vía de premiar la prolongación por cada año de prolongación voluntaria de la vida activa más allá de la ordinaria de jubilación.

En las políticas de jubilación anticipadas voluntarias (las no voluntarias se imponen por la lógica que le es inherente) y su relativo endurecimiento/penalización actual preside la idea de que los trabajadores permanezcan en activo hasta alcanzar, al menos, la edad legal ordinaria de jubilación. Pero para ello, deberían establecerse medidas que garantizasen la empleabilidad positiva de estos trabajadores (señaladamente, la formación permanente) y un trabajado decente, y, por tanto, no precario (que incluye condiciones de trabajo justos y equitativas y la protección frente al despido). Pues sólo así existiría un verdadero "incentivo" o técnica de fomento (no de "sanción" penalizadora) para mantenerse en activo y salir del mercado de trabajo ante la realidad de un empleo alienante. Este equilibrio entre penalización y fomento de la prolongación de la vida actividad a través de medidas "persuasivas" de alentamiento y no punitivas sería importante que se introdujera en próximas reformas. La actual va por el buen camino, pero resulta en cierta medida desequilibrada por la desatención a las medidas de mejor del trabajo decente -digno de la persona que trabaja- y de empleabilidad positiva de los trabajadores mayores.

---

[149] Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Esta Ley tiene por objeto específico regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes (art. 1). En octubre de 2003 se aprobó en el Pleno del Congreso de los Diputados la Renovación del Pacto de Toledo con una Recomendación Adicional 3.ª en la que se expresa el cambio de paradigma: «resulta por tanto necesario configurar un sistema integrado que aborde desde la perspectiva de globalidad del fenómeno de la dependencia y la Comisión considera necesaria una pronta regulación en la que se recoja la definición de dependencia, la situación actual de su cobertura, los retos previstos y las posibles alternativas para su protección».

[150] Para la evolución diacrónica y de ruptura del paradigma clásico del ciclo vital ternario y su desplazamiento progresivo por un ciclo vital cuaternario y en cualquier caso desestandarizado de las personas, consúltese Monereo Pérez, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (RMTAS)*, Número Extraordinario (2008), pp. 49 y sigs.

Si se actúan sobre los factores que determinan la empleabilidad positiva que haga posible la adaptación del puesto a la persona podría facilitarse que las personas con actividades de riesgo y las que han sido declaradas en situación de discapacidad cualificada (art. 206 bis LGSS) pudieran *voluntariamente* decidir continuar la vida laboral. La Recomendación 18 ("Personas con discapacidad") se sitúa en esta dirección de política del Derecho, a saber: "La Comisión reafirma su convencimiento de que el sistema de Seguridad Social, como instrumento esencial de la política social, debe contribuir a que las personas con discapacidad puedan ejercer de forma efectiva sus derechos de ciudadanía y, de esta forma, garantizar su plena inclusión y participación sociales. En línea con la recomendación de 2011, nuestro ordenamiento jurídico dio pasos significativos en esta materia a través de la adaptación de la normativa española a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, así como de la aprobación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Real Decreto Legislativo 1/2013). A este respecto, la Comisión valora de forma positiva la articulación de medidas que refuerzan la cobertura social de estas personas, tales como el establecimiento de mecanismos de anticipación de la edad de jubilación de trabajadores con grados de discapacidad que comporten menor esperanza de vida, la configuración de convenios especiales que posibilitan la inclusión en la Seguridad Social de personas que, en razón de su discapacidad, encuentran mayores dificultades para su inserción socio-laboral o la flexibilización de los umbrales de compatibilidad entre actividad lucrativa y pensiones no contributivas de incapacidad En esta línea, la Comisión reafirma que las personas con discapacidad constituyen un colectivo prioritario para los poderes públicos, tanto en términos de cobertura social, como de incorporación al mercado de trabajo en coordinación eficaz con las políticas activas de empleo. En relación con este último aspecto, deben intensificarse las medidas dirigidas a eliminar los obstáculos a la activación de dichas personas, favoreciendo su acceso a un empleo digno, suficiente y de calidad. Para ello, la Comisión reitera que la legislación debe facilitar la incorporación inclusiva al mercado de trabajo de este colectivo y, también, propiciar su mantenimiento en su actividad profesional originaria en casos de discapacidad sobrevenida, coadyuvando a su plena autonomía y a su participación social efectiva. Por otro lado, la Comisión subraya la necesidad de que el sistema de protección social considere a las personas con discapacidad -y, por extensión, a las familias que tienen en su seno a una persona con discapacidad- como una situación merecedora de especial protección, reforzando la cobertura en todas las contingencias en las que la discapacidad sea un hecho relevante. En particular, la Comisión estima necesario seguir introduciendo modificaciones en la normativa de Seguridad Social que afecten, entre otras cuestiones, al régimen jurídico de la percepción de las pensiones por incapacidad permanente y a su compatibilidad con la realización de un trabajo, evitando la litigiosidad existente en este ámbito. Asimismo, deben mejorarse los niveles de protección de las personas con discapacidad en las prestaciones familiares de Seguridad Social (asignación económica por hijo e hija a cargo y pensión de orfandad), al tiempo que se corrigen los desajustes normativos que se hayan producido en las medidas de anticipación de la edad de jubilación, flexibilizando las regulaciones que se han revelado rígidas y que excluyen situaciones materialmente dignas de protección; en este sentido, también se analizará la problemática en el acceso anticipado a la pensión de jubilación de las personas trabajadoras con discapacidad, en relación con las exigencias en el tiempo de cotización requerido, así como para resolver las dificultades que se presentan respecto a la acreditación del mismo. Además, las particularidades de este colectivo deben tenerse en cuenta en la ordenación de la prestación por nacimiento y cuidados de menor, y en la atención a las dificultades y los más intensos apoyos que las mujeres con discapacidad pueden necesitar durante el embarazo y en las primeras semanas tras el alumbramiento. Finalmente, respecto del régimen legal de Seguridad Social de los funcionarios públicos (clases pasivas), las situaciones de discapacidad están lejos de haber alcanzado el grado de relevancia y protección del Régimen General. Se hace necesario

trasladar al régimen de clases pasivas los avances producidos en aquél evitando así asimetrías injustificadas".

Hay que señalar que las llamadas jubilaciones anticipadas "voluntarias", en realidad no lo eran tanto, pues estaban provocadas en la mayoría de las ocasiones por la expulsión de los trabajadores maduros en los procesos de reconversión y de reestructuración empresarial (bajo el eufemismo equívoco del "rejuvenecimiento" de plantillas, cuando en realidad no había es intercambio, sino tan sólo el despido en gran medidas a costa del sistema de seguridad social). Actualmente la dirección de política del Derecho estriba en limitar esa expulsión, por un lado fomentando otras alternativas (por ejemplo, en el plano laboral el reclamo de las medidas de flexibilidad interna); y por otro, penalizando su utilización[151].

Tras ello se busca el objetivo prioritario de hacer coincidir la edad de jubilación real con la edad de jubilación ordinaria legal; y tratar incluso de favorecer todo lo posible la prolongación voluntaria e incentivada de la vida activa laboral más allá de la edad de jubilación ordinaria legal (jubilación demorada o postergada; que es una gran apuesta de la última reforma legislativa, pues incentiva la prolongación de la vida activa a través de incentivos económicos que actúan como medidas típicas de carácter "premiar" por cada año de retraso en el acceso a la jubilación)[152].

Por otra parte, en las políticas de jubilación anticipadas voluntarias (las no voluntarias se imponen por la lógica que le es inherente) y su relativo endurecimiento/penalización actual preside la idea de que los trabajadores permanezcan en activo hasta alcanzar, al menos, la edad legal ordinaria de jubilación. Pero para ello, deberían establecerse medidas que garantizasen la empleabilidad positiva de estos trabajadores (señaladamente, la formación permanente) y un trabajado decente, y, por tanto, no precario. Pues sólo así existiría un verdadero "incentivo" o técnica de fomento (no de "sanción" penalizadora) para mantenerse en activo y salir del mercado de trabajo ante la realidad de un empleo alienante. Este equilibrio entre penalización y fomento de la prolongación de la vida actividad a través de medidas "persuasivas" de alentamiento y no punitivas sería importante que se introdujera en próximas reformas. La actual va por el buen camino, pero resulta en cierta medida desequilibrada por la desatención a las medidas de mejor del trabajo decente -digno de la persona que trabaja- y de empleabilidad positiva de los trabajadores mayores.

Las denominadas legalmente jubilaciones anticipadas por razón de la actividad (art. 206 LGSS) o por razón de discapacidad (206bis LGSS), tiene rasgos importantes que las separan de las llamadas jubilaciones anticipadas voluntarias en sentido técnico-jurídico, pues estaríamos más bien ante jubilaciones especiales (lo que deriva del análisis de su régimen jurídico legal). Atienden a justificados motivos relativos al sector de actividad o en razón de la discapacidad de la persona

[151] Me he ocupado a menudo de la problemática realmente existente del uso y abuso de las jubilaciones anticipadas especialmente en el marco de los procesos de reconversión y de reestructuración permanente de las empresas. Véase, por ejemplo, Monereo Pérez, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo,* Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1988; *Ibid.,* Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº Extra 1, 2010; *Ibid.,* "Las reformas de las pensiones. Un análisis global del proceso reformista", en VV.AA.: *La pensión de Jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma,* Monereo Pérez, J.L. y López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015, pp. 1-57; Monereo Pérez, J.L.: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Granada, Comares, 2010. Así mismo, Suárez Corujo, B: "Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico", en Monereo Pérez, J.L, Fernández Bernat, J.A Y López Insua, B.M (DIRS y Coords.) *et altri*: *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016; Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral,* Albacete, Bomarzo, 2011.

[152] Sobre la función promocional del Derecho y el Derecho promocional y persuasivo, véase Bobbio, N.: *Contribución a la teoría del derecho*, Edición de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990.

que trabaja. En el caso de las primeras merecería la pena hacer una reflexión sobre la oportunidad de introducir otras actividades penosas e insalubles que podrían también beneficiarse de las jubilaciones anticipadas o jubilaciones especiales a edad reducida en las condiciones previstas en el art. 206 LGSS ("Jubilación por razón de la actividad").

Por lo demás, en no pocos casos, no parece que sean pocas las jubilaciones, que obedecen a causas no imputables al trabajador y que suelen estar vinculados a extinciones contractuales derivados de procesos de reestructuración o reorganización empresarial (supuestos que se contemplan expresamente en el art. 207 LGSS, como de "Jubilación anticipada por causas no imputables al trabajador"; sujetas a los correspondientes coeficientes reductores). Respecto de estas últimas la dirección seguida ha sido la de ampliar el elenco de supuestos.

5.- Limitación y cambio de enfoque finalista de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa por cumplimiento de la edad jubilatoria. Un sistema más equilibrado y coherente con el conjunto de la política del Derecho reformista

La historia de la previsión de despidos individuales al amparo de las cláusulas de convenios colectivos sobre jubilación forzosa es, en términos generales, la historia de un fracaso en la perspectiva de la "racionalidad instrumental", porque al tiempo no se cumplió con el equilibrio necesario entre los derechos en presencia en detrimento del trabajador jubilado forzosamente a través del despido del empleador. La *habilitación legal constitutiva* a la negociación colectiva exigía el equilibrio entre la medida de jubilación forzosa y la tutela específica del empleo de los trabajadores, de manera que no se amortizara el puesto de trabajo ocupado por el trabajador jubilado obligatoriamente (vinculada a los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional).

Con la finalidad de favorecer la prolongación de la vida laboral, así como el equilibrio entre una cotizaciones suficientes y una pensión digna de jubilación se modifica, de nuevo y a través de la reforma de Seguridad Social realizada en el año 2021 (resulta harto significativo el dato normativo de que la reforma se realice *desde* la legislación de reforma de las pensiones públicas) el contenido de la Disposición Adicional 10ª del RD-Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido 2/2015. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones retoma esta problemática[153].

El recorrido histórico de los cambios que ha sufrido esta materia, en sus distintas vertientes, la jubilación forzosa afecta no sólo ámbito laboral -esto es, a los derechos fundamentales de los mayores y, por ende, al derecho constitucional al trabajo (artículo 35.1 de la Carta Magna), así como al derecho a retirarse voluntariamente después de una largo ciclo de vida activa laboral-, sino también al sistema público de pensiones, en tanto que la prolongación de la vida activa se mantiene como medida para la sostenibilidad de las pensiones actuales y venideras. Ahora bien, tampoco cabe olvidar aquí la dimensión colectiva o de negociación para la regulación de

[153] Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales", en *Revista Internacional de Doctrina y jurisprudencia*, 2022, y la bibliografía allí citada. Sobre esta problemática, véase Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30 (2022); Álvarez Cortés, J.C.: "Extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación (DF.1ª)", Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs), Ortiz Castillo, F. (Coord.) *et altri: Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes*., Murcia, Laborum, 2019.

relaciones colectivas de trabajo que tiene esta materia[154], puesto que las partes -en virtud de su potestad para negociar convenios colectivos[155]- podrán preverse, como medida de fomento de empleo (*rectius,* "favorecer la prolongación de la vida laboral", Disposición adicional décima, apartado 1 del ET) la extinción de los contratos de los trabajadores de 68 años o más a fin de que estos sean relevados por otros trabajadores contratados de manera indefinida. De forma excepcional, se podrá reducir la edad de jubilación de 68 años cuando se traten de actividades en donde la mujer esté infrarrepresentada. Y, todo ello, para así alcanzar una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, aunque sin olvidar el derecho a mantener una pensión contributiva del 100 %.

En definitiva, la finalidad del legislador español es ahora aquilatar ese equilibrio entre partes, al tiempo que se protege el derecho a la igualdad por razón de género. Es éste uno de los elementos más innovadores de la reforma, que en la línea de reducir la brecha de género tanto en el ámbito laboral como en el ámbito de las pensiones[156]. Conforme a la disposición adicional 10ª, apartado 2, "Excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas. Las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta

[154] Se ha señalado, con acierto, que se entrecruzan cuatro intereses a tutela, todos ellos legítimos, dos de carácter individual y dos de índole colectiva: 1) el derecho al trabajo, lo que implica que los trabajadores puedan disfrutar -los que así lo deseen libremente- a una vejez laboralmente activa de los trabajadores y, por supuesto, cuando se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de la Seguridad Social, el derecho a una pensión digna del sistema público de pensiones; 2) el interés del empleador en gestionar su plantilla de trabajadores con la finalidad de alcanzar una mayor productividad empresarial, 3) el interés colectivo de combatir el desempleo, utilizando las jubilaciones forzosas como medidas de políticas activas de empleo si se cumplen efectivamente con los requisitos legales, y, por último, 4) el ahorro en prestaciones y el mantenimiento en cotizaciones que conlleva la prolongación de la vida laboral de los trabajadores mayores, necesario para equilibrar la financiación del sistema de Seguridad Social. Véase Sala Franco, T.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada", *Información Laboral* nº. 8, 2018, p. 14.

[155] Álvarez Cortés, J.C.: "Capítulo 3. Extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación (DF.1ª)", VV.AA., Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G (Dirs), Ortiz Castillo, F. (Coord.), *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes*., Murcia, Laborum, 2019, p. 100.

[156] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos", en *Revista de derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 27 (2º Trimestre), 2021, pp. 11 y ss., en particular pp. 12-20. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la "jubilación forzosa"", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* núm. 18 (1º Trimestre), 2019, pp. 13 y ss., en particular pp. 22-25 ("Jubilación forzosa. Referencia jurídico-crítica al "nuevo" modelo legal" de recuperación de las jubilaciones forzosas negociadas en convenio colectivo en virtud de la Ley 27/2011). Para la brecha de género en las pensiones, véase Grau Pineda, C.: *La brecha de las pensiones en España,* Albacete, Bomarzo, 2020; Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Un nuevo desencuentros de las prestaciones de la Seguridad Social española con los tribunales europeos: el complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, igualdad de trabajo entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 22 (2020). Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/393; Ramos Quintana, M. (Dir.) *et altri La Estrategia Europea para Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar,* Alabacete, Bomarzo, 2020; Vivero Serrano, J.B.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género,* Granada, Comares, 2021. Una perspectiva de conjunto, en López Insua, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho social del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.

condición estará definida por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), de conformidad con el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio"[157]. En la sustitución del trabajador jubilado forzosamente se persigue formalmente alcanzar un equilibrio entre derecho al trabajo y fomento del empleo juvenil -alegando el relevo generacional efectivo-, por un lado, y por otro, se introduce el objetivo de fomento del retraso del cese de la actividad laboral para evitar un trato discriminatorio y favorecer el envejecimiento activo; pero, por último, se añade adicionalmente la perspectiva de género en virtud de la nueva redacción dada por la Ley 21/2021. En esta medida de género preferencial la finalidad perseguida no reside en el fomento de la prolongación de la vida activa -Disp. Adic. 10ª, apartado 1 del ET-, sino ante todo realizar el principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres contribuyen a contrarrestar la segregación o brecha ocupacional por razón de género -Disp. Adic. 10ª, apartado 2)[158].

Adviértase, en cualquier caso, que esta medida de genero preferencial se configura con un carácter *excepcional* ("excepcionalmente" dice la norma de referencia ex Disp. Adic. 10ª, apartado 2), respecto de la *regla general* de prolongación de la vida activa y ante todo el relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de al menos una persona trabajadora (Disp. Adic. 10ª, apartado 1 del ET). No está en el programa normativo la lógica preferente del estigmatizador llamado "rejuvenecimiento" de plantillas.

En el recorrido histórico de las jubilaciones forzosas al amparo de las cláusulas de convenios colectivos se puede apreciar la *progresiva desnaturalización* de los equilibrios establecidos en la jubilación forzosa, es decir, ese equilibrio necesario entre limitaciones de derechos individuales en mor de realizar un "intercambio· de política de empleo (no amortización del puesto de trabajo y cobertura del mismo con otro trabajador). Esa desnaturalización se percibe fácil y visiblemente en el "discurso" ideológico y língüístico sobre el llamado "rejuvenecimiento de las plantillas", propio de las técnicas de gestión y "racionalización" de los "recursos humanos"[159].

[157] Por lo demás, la aplicación de esta medida de género en la garantía efectiva del derecho al trabajo de las mujeres "La aplicación de esta excepción exigirá, además, el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La persona afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) En el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula concurra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20 por ciento sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la decisión extintiva. Este CNAE será el que resulte aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. c) Cada extinción contractual en aplicación de esta previsión deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad. La decisión extintiva de la relación laboral será con carácter previo comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada.».

[158] Maldonado Molina, J.A.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021", en *Temas Laborales,* núm. 161, 2022, pp. 407 y ss., en particular pp. 420-422. Asimismo para el marco regulador inmediatamente anterior, con planteamiento crítico, Monereo Pérez, J.L.; Rodríguez Iniesta, G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la «jubilación forzosa»", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 18, pp. 13-25 (2019).
Disponible en: https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/330. Acesso em: 22 ago. 2022.

[159] Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº Extra 1, 2010; Monereo Pérez, J.L.: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, AA.VV, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Comares, 2010; López Insua, B. DEL M.: "La protección frente al despido de los

Ante esta desnaturalización cambian dos alternativas de política del Derecho: o eliminar la habilitación legal a la autonomía colectiva negocial; o bien modificar el modelo en un sentido más garantista, coherente y equilibrado entre los derechos e intereses en presencia. La Ley 21/2021, opta por ésta segunda opción, y cabe decir que lo hace en términos ciertamente razonables en términos de conjunto.

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[160] otorga una nueva redacción a la Disposición adicional 10ª del ET y todo ello, en aras de favorecer la prolongación de la vida activa, tal y como se propugna a nivel comunitario. Esta reforma se enmarca en un contexto pandémico y de déficit económico y, todo ello, a causa del incremento en el gasto de pensiones, al tiempo que se minoran las cotizaciones sociales y las presiones demográficas. Ello determina que las orientaciones de la nueva reforma laboral 2021 recuperen aquella prohibición de negociar en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa por debajo de los 68 años o más. Por otro lado, la reforma evidencia una tendencia política hacia la jubilación activa[161] al establecer mayores penalizaciones para las jubilaciones anticipadas y promover el llamado envejecimiento activo a través de la jubilación demorada.

La nueva Disposición Adicional 10ª del ET establece una prohibición indirecta que opera a modo de un intercambio transaccional, pues se configura un despido unilateral por el cumplimiento de una determinada edad, aunque sujeta a una promesa más estricta de contratación. Nuevamente, el equilibrio y juego de intereses entre el derecho del trabajo y el sistema de políticas de empleo hacen su escena en este ámbito. Y es que, a fin de preservar el equilibrio y la equidad entre generaciones, dada la dimensión intergeneracional del sistema de pensiones y la carga excepcional que para su equilibrio va a suponer la jubilación de la llamada generación del *baby boom*, se hace necesario recuperar el planteamiento consensuado en la reforma de 2011[162] (la reforma de 2011 fue la gran n reforma de mayor envergadura tras los primeros pasos del Pacto de Toledo; para encontrar una reforma de esta entendida -y partiendo del fracaso de la reforma de 2013- hay que esperar a la reforma legislativa actual acometida por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones). La fijación de una edad de jubilación se sitúa en esa tendencia hacia al alargamiento de la edad legal de jubilación pensionable que, ya con el RD de 11 de marzo de 1919, fijaba ese techo en los 65 y que, progresivamente, se ha ido alargando por mor de la Ley 27/2011[163]. Curiosamente, la edad de 68 años se aproxima a aquella otra edad que se fijaba como máxima en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 y que se situaba a los 69 años. La finalidad principal del orden normativo es ahora la de favorecer la prolongación de la vida activa de los trabajadores de edad avanzada, y más secundariamente el relevo generacional (y, por cierto, rechazando utilizar la expresión "rejuvenecimiento" de plantillas, estigmatizadora de los trabajadores mayores).

trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, *3*(1), (2018), pp. 74-109. https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i01.05

160 BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

161 "Por lo que a la jubilación activa se refiere, en coherencia con todo lo anterior, se exige como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación".

162 Preámbulo de la Ley 21/2021.

163 Esteve Segarra, A.: "La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", *Labos, Número extraordinario "La reforma Laboral de 2021"*, Vol. 3, 2022, pp. 156-166.

La idea de fijar una edad de jubilación queda condicionada a la obtención de una cotización suficiente para el acceso a una pensión contributiva[164], para lo cual esta extinción por razón de la edad podrá operar cuando la misma se vincule a la contratación indefinida y a tiempo completo de un nuevo trabajador. La nueva cláusula fija, de manera más estricta, los nuevos términos y suprime la enumeración de objetivos de política de empleo que se recogían con la anterior redacción despejando así parte de los problemas que anteriormente se relacionaban con el cese en el trabajo y la amortización de puestos de trabajo. Este sustancial cambio en la redacción de la letra de la ley va a determinar, irremediablemente, un cambio en la praxis ordinaria de las cláusulas convencionales que se suscriban a partir del año 2022[165], en línea con los objetivos de establecimiento de un trabajo decente. Se retorna al inicio de esta tortuosa historia, permitiéndose las jubilaciones forzosas sólo cuando no se amortice el puesto del trabajador jubilado y se contribuya a la estabilidad, así como al reparto de empleo generacional[166].

En línea con lo establecido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[167] la reforma de 2021 suprime el género gramatical masculino para, en su lugar, emplear los términos neutros de "persona trabajadora" o "persona afectada". Ahora bien, de manera excepcional, permite reducir esa edad de jubilación por razones de género y a fin de establecer medidas de acción femenina en aquellos rectores en donde la mujer esté infrarrepresentada. En efecto, esta edad mínima de jubilación podrá rebajarse a los 67 años en caso de que en la actividad de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE)[168] a la que esté adscrita la persona afectada exista una ocupación femenina inferior al veinte por ciento y el trabajador jubilado alcance el 100 % de la pensión contributiva. Para alcanzar el principio de igualdad efectiva, la contratación indefinida y por tiempo completo operará -en estos casos- a favor de una mujer. Sin embargo, la reforma no responde al problema de si podrá o no aplicarse esta misma medida cuando la que se jubile sea una mujer. Interpretando teleológicamente la letra de la ley, entendemos que, en estos casos, habrá de operar la regla general, en lugar de la excepcional. Empero, serán los tribunales lo que deban resolver finalmente esta cuestión.

Como mecanismo de control del cumplimiento de los requisitos que exige la ley, la reforma establece que la decisión extintiva (calificable de despido en sentido técnico-jurídico más allá de la intención finalista de la norma) de la relación laboral deberá comunicarse por la empresa a los representantes de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada, con carácter previo, pero sin fijar un concreto plazo.

Finalmente, la Disposición Adicional 10ª prevé un régimen transitorio que trata de eliminar la enorme litigiosidad que con este cambio va a operar para, finalmente, aterrizar de manera

[164] Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Nº30 de 2022.

[165] "… hasta esa fecha venía contemplando un elenco de medidas de política de empleo mediante la transformación de contratos a tiempo parcial en tiempo completo, de contratos temporales en indefinidos, suscripción de contratos de relevo o nuevas contrataciones por cada extinción…". Esteve Segarra, A.: "La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", cit., p. 159.

[166] A este respecto, destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de marzo de 2021, en donde ya declaraba la nulidad de una extinción comunicada en aplicación de una cláusula de jubilación forzosa prevista en convenio, al apreciar el TSJ que la sustitución del trabajador jubilado no cumplía con los requisitos de calidad en el empleo y relevo generacional que exige la exposición de motivo del RD-ley 28/2018. Ya, en esta sentencia, el tribunal interpreta que el relevo debe ser a favor de colectivos tan vulnerables como los jóvenes.

[167] BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2007.

[168] Se tomará como referencia el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Para ello, la Administración de la Seguridad Social habrá de facilitar la tasa de ocupación de los trabajadores respecto de la totalidad de los trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio.

suave en la nueva regulación. De ahí que, en relación con la Disposición Adicional 9ª de la Ley 21/2021, se establezca la aplicación de las reglas antedichas sólo a los convenios colectivos que se suscriban a partir del 1 de enero de 2022. Por su parte, en cuanto a los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esa fecha, las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada por convenios. La fijación de un plazo tan amplio aquilata y dificulta, enormemente, el equilibrio entre las partes para la obtención de una efectiva igualdad.

En una valoración final de conjunto hay que decir que la nueva redacción de la Disposición Adicional 10ª del ET[169] confiere una finalidad preferente a la prolongación voluntaria de la vida actividad de la persona que trabaja, pues indica nítidamente que su finalidad reside ante todo en favorecerla:

En primer lugar, se indica "en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68, siempre que se cumplan los siguientes requisitos…".

En segundo lugar, entre los requisitos destaca el más novedoso conforme al cual: "la medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora". Ya no sirven simples objetivos generales y abstractos, o simples promesas de contrataciones futuras, pues se exige como condición de validez misma de la medida extintiva (despido), un límite edad del trabajador superior a la jubilación ordinaria legal (68 años) y la contratación, al menos, de un *nuevo* trabajador o trabajadora.

En un tercer movimiento, se introduce, *como excepción a la regla de edad admisible,* una perspectiva de género, saber: "Excepcionalmente, con objeto de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas…" (Disp. Adic. 10ª, apartado 2 del ET).

Se establece una medida de Derecho transitorio, que quizás resulta excesivamente dilatada en el tiempo, a cuyo tenor "lo establecido en la disposición adicional décima *sólo se aplicará* a los convenios colectivos suscritos desde el 1 de enero de 2022. En los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esta fecha, las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión" (Disposición transitoria 9ª del ET, introducida por la disposición final 1ª de la Ley 21/2021).

La nueva redacción, aunque presenta algunos problemas interpretativos, resulta más coherente con un "modelo social garantista", que el distinto "modelo de racionalidad instrumental empresarial".

6. El modelo actual de la jubilación parcial. Desde aquí se postulan limitaciones a la misma tendentes evitar la acumulación de la jornada en un solo período, que conduce a una fraudulenta jubilación anticipada. No hay inconveniente en fomentar la jubilación parcial, pero acompañada de sistemas de control.

[169] La nueva redacción es la introducida por la disposición adicional primera de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, sobre sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

7. La revisión de la carrera de aseguramiento público para los trabajadores a tiempo parcial. Quizás haya que plantearse si la ordenación del sistema responde o no a la realidad, es decir al predominio de trabajo a tiempo parcial y temporero sobre el trabajo a tiempo completo, en cuyo caso habría que replantearse como atender esta realidad y no solo para la pensión de jubilación, sino para toda la acción protectora del sistema.

Otro *aspecto* a tener en cuenta es si es viable generalizar la normativa de seguridad social relativa al trabajo a tiempo parcial a los trabajadores de temporada o de campaña. En estos últimos nos encontramos con ese ciclo de empleo/desempleo y la carrera de seguro se ve menos afectada. Adviértase, podrá ser pura coincidencia, que las controversias judiciales antes vistas, lo han sido solamente de trabajadores a tiempo parcial

Finalmente, si se entienden razonables las críticas a la actual regulación, habrá que adaptar el concepto de carrera laboral para los trabajadores a tiempo parcial, siguiendo el modelo contemplado para el desempleo en el RD 850/2018, de 27 de julio; que en orden al período mínimo a exigir como cotizado se considere como tal todo el período que comprende la vigencia del contrato, tanto si hay actividad como si no, y siendo irrelevante la duración de la jornada. Con ello se obvian posibles discriminaciones entre las dos modalidades de parcialidad (vertical u horizontal).

8. El fomento de la prolongación voluntaria de la vida activa. Pero para ello es preciso articular una política activa de empleo de los trabajadores mayores y una protección reforzada frente a los despidos[170]. En este sentido resultan palpablemente insuficientes las previsiones del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (que tuvo la virtualidad tardía de establecer medidas para establecer instrumentos para evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en los despidos colectivos)[171]. Pero esos instrumentos no han sido lo disuasorias que cabría esperar. Como se sabe, la aceptación de los despidos por causas empresariales (señaladamente, los despidos colectivos) puede ser como vía de acceso a la "prejubilación" (como prestación que combina el agotamiento de la protección por desempleo y el mantenimiento de rentas), que conduce, de ordinario, a la jubilación anticipada involuntaria o forzada prevista en el sistema jubilatorio de la Seguridad Social. Pues bien, las "cargas" y "obligaciones" de los despidos colectivos de las personas mayores no disuaden en demasía (no ejercen una forma persuasiva eficaz para eludir o reducir los despidos) (Véase el art. 51.11 ET[172], sobre aportaciones económicas al Tesoro Público, entre otras cosas porque se somete a requisitos complejos y expulsivos de las PYMES. Es suficiente analizar la Disposición Adicional 16ª. "Aportaciones económicas que afectan a trabajadores de 50 o más años en empresas con beneficios", Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modificación del sistema de Seguridad Social).

En la secuencia del proceso reforma está inscrita la finalidad de alargar la vida laboral, trabajando más tiempo, alentándola como una pensión aumentada (jubilación demorada) y

[170] Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores,* Granada, Comares, 2013.

[171] VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma,* Monereo Pérez, J.L., López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez. (Coords.) Granada, Comares, 2015; Moreno Romero, F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo,* Granada, Comares, 2016.

[172] A cuyo tenor: "Las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente". La Disposición adicional primera ("Documentación en los procedimientos por despidos colectivos que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años) del RD 1483/2012, de 29, de octubre (por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos de trabajo y reducción de jornada), fue suprimida por la disposición final 8 del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo.

reducir la pensión si se desea trabajar durante menos tiempo. Se espera que las medidas que penalizan la jubilación anticipada voluntaria surtan el efecto de desincentivar su utilización, de manera que se puede alcanzar a corto plazo el objetivo de aproximar la edad real de jubilación con la edad legal ordinaria de jubilación.

9. Sobre el dilema planteado por una posible ampliación del periodo de cálculo de la pensión de jubilación en la "segunda fase" de la reforma acordada en el "Pacto de Toledo" de 2020. Es manifiesto que se está planteando ya en una segunda fase del ciclo de reformas del Pacto de Toledo de 2020 la posibilidad de ampliar el periodo de cálculo de la pensiones de jubilación.

El *Componente 30* (sobre "Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo") del Plan de Recuperación, transformación y resilencia, presentado por el Gobierno española, el 27 de abril de 2021, incluye dentro de las reformas que se proponen (y que han contado con el visto bueno y, en realidad, han sido aceptada por la Unión Europea) se incluye la C30.R2-C:

> *"Adecuación de las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación, que pretende reformar la progresividad y el carácter contributivo del sistema haciendo que la pensión de jubilación refleje en mayor medida la vida laboral del trabajador y atienda la realidad de un mercado laboral en el que las interrupciones y las lagunas son cada vez menos excepcionales".*

Por tanto, es innegable que existe un compromiso gubernamental para introducir este tipo de medidas. De ello se infiere la necesidad de su abordaje, pero no sin dejar de criticar que se carezca todavía de unas bases de un modelo mínimo de articulación de esta propuesta de reforma, que, por lo demás, actúa como uno de los condicionantes comprometidos por el Gobierno español para que nuestro país reciba los fondos económico europeos previsto para la recuperación tras la Pandemia COVID-19.

Ante esta problemática cabe plantear tres observaciones, que en realidad involucran o encubren tres opciones de política reformista de las pensiones públicas:

1ª. Si se trata de una ampliación indiferenciada y generalizada de cómputo de toda la vida laboral de la persona que trabaja, esto supondría, en términos generales, una reducción de la pensión. Y, por tanto, implicaría un cuestionamiento del derecho a pensiones dignas, suficientes y socialmente adecuadas (artículos 41 y 50 de la Norma Fundamental). Pero también conllevaría un incumplimiento del propio Pacto de Toledo de 2020 (que reitera la Recomendación 0 del Pacto de Toledo de 2011; "Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones"; y que constituye el eje sobre el que pivota el modelo reformista de las pensiones en sentido garantista), el cual deja constancia, entre otras cuestiones: En primer lugar: "Reafirma su compromiso en el mantenimiento, mejora y adaptación del sistema público de Seguridad Social y, especialmente, del sistema de pensiones basado en la solidaridad intergeneracional y en el seno de cada generación, y a través del reparto equitativo de las cargas. En según lugar: Se opone a cualquier transformación radical del sistema que suponga una ruptura de los principios en que se asienta el actual, en especial los de solidaridad intergeneracional e intrageneracional, *suficiencia de prestaciones,* equidad en el reparto de las cargas y responsabilidad pública en la dirección y gestión del sistema".

2ª. Si lo que se plantea es una ampliación diferenciada y flexible de cómputo de toda la vida laboral y se permite al sujeto elegir periodos de cotización durante toda esa vida laboral, el planteamiento podría ser distinto (y quizás más asumible), porque sería posible que no fuera

necesariamente negativo respeto de la cuantía final de las pensiones. Piénsese, por ejemplo, en las personas que han trabajado en condiciones precarias durante largo tiempo durante la carrera de aseguramiento social. El Componente específico C30.R2-C ya hace referencia al hecho de que "*las lagunas son cada vez menos excepcionales*", es decir, más generalizadas sobre todo en la población trabajadora joven y de mediana edad en las últimas décadas.

3ª. Si se plantea una ampliación que no alcance por completo a toda la vida laboral (por ejemplo, 35 años; actualmente se sitúa en 25 años), habrá que estar a si se prevé la opción o no de elegir periodos de cómputo por parte de la persona en condiciones de jubilarse (lo cual permitiría la elección de los considerados más ventajosa os de cotización.

Cualquiera de estas opciones exige una valoración rigurosa de sus consecuencias sobre su incidencia real en el principio de suficiencia y adecuación social en términos financieros y actuariales. Si tras la búsqueda de una pretendida racionalidad estrictamente contributiva en detrimento de una racionalidad eminentemente social como se impone deducir ex artículos 41y 50 CE (en conexión con los artículos 10.2 y 93 a 96 CE) se planteará problemas de incoherencia -o incumplimiento- con los principios constitucionales de suficiencia y adecuación social, estás formulas serán inadmisibles y no deberían superar el test de confirmada con ese bloque o grupo normativo regulador. Por tanto, la ampliación del periodo de cómputo tendrá que pasar por el test de un análisis financiero y actuarial para verificar la correspondencia y coherencia de esta medida con tales principios constitucionales de observancia ineludible. Hay que tener en cuenta que dentro del nivel contributivo la lógica redistributiva encuentra sus límites precisos, pues obedece a una lógica de sustitución; a diferencia del nivel no contributivo donde la esa lógica redistributiva actúa plenamente y con la finalidad que se corresponde con su propia naturaleza de atención preferente a la dispensa de pensiones dignas indiferentes -en lo principal- a los umbrales de cotización realizadas por el sujeto concernido. En el ámbito no contributivo opera la lógica de la compensación inherente y consustancial a su finalidad esencialmente redistributiva.

En cualquier caso, aun partiendo de una premisa discutible de que la ampliación de la base de cálculo de la pensión sea estrictamente necesario para la sostenibilidad de las pensiones, más allá del compromiso político del Gobierno con la Unión Europea cabe subrayar que su admisibilidad sólo puede ser *condicional* respecto al conjunto de las medidas que se adopten y que en esa globalidad *necesariamente* se mantenga un equilibrio entre sostenibilidad económico-financiera y sostenibilidad y adecuación social.

Le sea o no de mayor agrado a la Comisión Europea (reténgase que se ha comprometido la sostenibilidad, pero no concretamente el tipo de medida a adoptar para afrontarla en términos de equilibrio financiero y de adecuación social): se ha de estimar que hay que inclinarse por la elección de los periodos de cotización. Es un criterio más garantista y menos lesivo en la lógica del necesario equilibrio entre sostenibilidad económica y sostenibilidad y adecuación social, al menos en términos de conjunto, que la integración de lagunas al cien por cien. Tanto más debe ser así si lo que subyace, al tiempo, es el criterio de calcular la base reguladora de la pensión utilizando la historia de cotización social completa de la persona trabajadora.

Por lo demás, este es el criterio que se postula en la *Recomendación 5ª* del Pacto de Toledo de 2020. Interesa recordar la redacción de un Pacto ya acordado por el Congreso de los Diputados (no estamos ya ante un simple Informe de la Comisión del Pacto de Toledo, sino ante una *Declaración de valor y alcance político jurídico emanada del Congreso de los Diputados*): "En cualquier caso, la existencia de periodos mínimos de cotización y su posterior aplicación para el cálculo de la base reguladora debe adaptarse a las especificidades de cada modalidad de pensión. La progresiva ampliación de 15 a 25 años del periodo de tiempo utilizado para el cálculo de la base

reguladora -que culminará en 2022- implica un reforzamiento de la contributividad del sistema de pensiones. No obstante, la Comisión considera importante evaluar, a la mayor brevedad posible, su impacto en función del tipo de carrera profesional del trabajador, a menudo marcada por periodos de desempleo y de precariedad. *Dicha evaluación debe contemplar, también, otras medidas como la facultad de elección de los años más favorables en la determinación de la base reguladora de la pensión.* En particular, esta solución puede resultar interesante en supuestos como el de personas que, a partir de una determinada edad y durante un largo periodo de tiempo, hayan experimentado una reducción significativa de las bases de cotización. Igualmente se evaluará la progresiva ampliación del periodo cotizado necesario para alcanzar el cien por cien de la base reguladora, prevista en la Ley. Por último, dentro de este proceso de evaluación se pondrá especial cuidado en contemplar y paliar las consecuencias negativas que dichas ampliaciones podrían tener para la brecha de género en materia de pensiones".

Es obvio, por lo demás, que tenemos que resolver, entre otras cosas, el problema de garantizar el empleo de calidad para que haya carreras de aseguramiento más satisfactorias… La profundización en la reforma laboral garantista ayudará al respecto (y lo que se ha hecho en la última reforma laboral va por buen camino).

10. Trabajo y pensión: el trabajo de los pensionistas (ampliación de la compatibilidad moderada de trabajo y pensión; moderada porque hay que ponderarla con el empleo de los jóvenes en el marco de la política de empleo)[173] y la prolongación voluntaria de la vida activa (a tiempo completo o a tiempo parcial). Ello, no obstante, la compatibilidad absoluta o generalizada al tiempo puede ser disfuncional al sistema de pensiones y puede conducir a preparar la "privatización" del nivel

[173] Conforme al art. 214. *Pensión de jubilación y envejecimiento activo,* en la redacción dada por la Ley 21/2021: "1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 213, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, en los siguientes términos:
a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205.1.a), sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.
b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por ciento.
c) El trabajo compatible podrá realizarse por cuenta ajena, a tiempo completo o a tiempo parcial, o por cuenta propia.
2. La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista.
No obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento.
La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. No obstante, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento, excepto en el supuesto de realización de trabajos por cuenta propia en los términos señalados en el párrafo anterior.
3. El pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo.
4. El beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos.
5. Finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación. Igual restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia cuando no se dieran las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del apartado 2.
6. La regulación contenida en este artículo se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente.
Las previsiones de este artículo no serán aplicables en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que será incompatible con la percepción de la pensión de jubilación".

contributivo. En esta universalización de la compatibilidad de la pensión con el trabajo en sí mismo constituye un *cambio de paradigma del modelo de jubilación,* y en definitiva de tutela de la contingencia de "vejez". La pensión pública dejaría de ser funcionalmente sustitutiva de rentas y pasaría a ser más bien una forma de "ahorro-pensión" adicional al trabajo de la persona mayor que se mantiene en activo. Por ello sería preciso establecer una ampliación *relativa* de la compatibilidad, no en términos absolutos. Habría que establecer mecanismos adecuados en cada caso para la reducción de la cuantía de la pensión durante la realización de determinadas actividades profesionales especialmente generadoras de elevados ingresos. Por lo demás, puede ser una coartada para la reducción de la cuantía de la pensión con el argumento subyacente de que se permite trabajar.

Por tanto, sería necesario racionalizar la jubilación activa en aras de alcanzar el "envejecimiento activo" para evitar desnaturalizar completamente la lógica de la pensión de jubilación, y en el bien entendido de que la inmensa mayoría de las personas jubiladas no tendrían objetivamente posibilidades reales para la compatibilidad entre pensión y trabajo, por carecer de verdaderas oportunidades de empleo. Y si estos es así se pueden producir situaciones objetivas de desigualdad entre los colectivos de jubilados y una cierta ruptura del principio de equidad entre las personas jubiladas. La lógica deber ser mantener la regla de la incompatibilidad y como la excepción la incompatibilidad entre pensión y trabajo; y esto es lo coherente la lógica de mutualización de la cobertura de lo que es una contingencia protegida sometida los principios propios de la Seguridad Social, que son distintos a los específicos y mercantilizados de los seguros privados. (Actualmente la compatibilidad es restringida y condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos. Véase Disposición Adicional 6ªbis LGSS, introducida por la Ley 6/2017, de 24 de octubre).

Debe advertirse que las personas de edad avanzada ya jubiladas, incluyo sin ser estrictamente ancianos, lo tendrán muy difícil para obtener nuevamente un trabajo. Es así que el aumento de la longevidad no puede significar de manera mínimamente generalizada una posibilidad real de incorporarse al mercado de trabajo. Como, desde luego, tampoco se podría decir, en otro caso de trabajadores no jubilados todavía, que el aumento de la longevidad significa nada parecido a un retraso en el proceso de envejecimiento, lo que, pretendidamente, haría posible, la prolongación de la vida activa con edades de jubilación muy tardías (por ejemplo, sesenta y nuevo o setenta años). Hay muchas actividades profesionales muy exigentes; se incrementan los riesgos profesionales para las personales mayores, etcétera. Por insistir en lo principal, a saber; el derecho de las personas de edad avanzada al descanso después de un ciclo largo de vita laboral

11. Garantizar el principio de confianza legítima sobre la sostenibilidad económico-financiera del sistema público de pensiones evitando medidas de regresividad sobre las garantías ya consensuadas en el marco del Pacto de Toledo. Frecuentemente se asiste a informes de entidades económicas y financieras (Fondo Monetario Internacional: OCDE; Banco de España, etcétera), que pese a lo que se ha acordado en el Pacto de Toledo cuestionan permanentemente no sólo la suficiencia de las medidas para alcanzar los objetivos, sino también las medidas ya acordadas y aceptadas por la Unión Europea. Este tipo de comportamiento sirve a las ideologías y se integran en el debate legitimo sobre el mantenimiento o desmantelamiento del sistema público de pensiones tal y como lo conocemos en el nivel contributivo.

Ahora bien, sin perjuicio de esa legitimidad parece innegable que hay que transmitir a la ciudadanía la seriedad de las medidas que se están llevando a cabo, pues de lo contrario se consolidará la impresión generalizada -e interesada desde determinadas instancias financieras favorables a la privatización de ámbitos funcionales del nivel contributivo/profesional de las pensiones públicas- de la incertidumbre de las pensiones. Si se pierde la confianza de los ciudadanos en el sistema en el comienzo de las des-legitimación del sistema público de pensiones.

Un ejemplo paradigmático viene a ser el cuestionamiento de una medida fundamental que fue objeto de reforma legislativa como es la garantía de la revalorización de las pensiones de manera que se mantenga razonablemente el poder adquisitivo de las pensiones. Esta garantía forma parte de las Recomendaciones del Pacto de Toledo de 2020, la legislación reformista que derogó el índice de revalorización de la Ley de 2013 y también del *Componente 30*. En efecto, el *Componente 30* (sobre "Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo") del Plan de Recuperación, transformación y resilencia, presentado por el Gobierno española, el 27 de abril de 2021, incluye dentro un conjunto de medidas de reforma que se proponen para garantizar ese objetivo de "Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo" (y que han contado ya con el visto bueno y, en realidad, han sido aceptada por la Unión Europea): C30.R2-A: Mantenimiento del poder adquisitivo de las Pensiones, que, entre otras cuestiones, señala que la nueva fórmula de revalorización ha de tomar como referencia la evolución del IPC.2. Y ello evidentemente se refiere no sólo a las pensiones mínimas, sino a todas las pensiones del nivel contributivo del sistema público de pensiones.

Cuestión distinta y ciertamente compleja es que se pudiera celebrar un pacto político de concertación social sobre rentas que estableciera un equilibrio realmente existente y viable entre rentas del trabajo (trabajadores en activo y trabajadores perceptores de pensiones contributivas) y beneficios empresariales, lo que en las condiciones actuales no parece fácil de alcanzar.

12. Medidas fiscales. Introducción de bonificación fiscal en el IRPF por gastos inherentes a la vejez (salarios a cuidadores, maquinarias y material geriátrico) y prestación de servicios y suministro, para rentas por debajo del doble del SMI, lo que redundaría en una reducción de las necesidades monetarias.

VII. El papel de los planes y fondos de pensiones

1. El modelo normativo de regulación de los planes y fondos de pensiones

El modelo de regulación legal vigente de las pensiones privadas es el resultado de intervenciones normativas de diferente signo adoptadas en momentos históricos distintos. Sobre este particular, ya se ha dado cuenta más arriba de los procesos legislativos más importantes que han tenido como resultado el modelo legal de PSC vigente. Del lado de los planes y fondos de pensiones, nos encontramos con una legislación específica que en la actualidad está conformada por el RD-Leg. 1/2002, de 29 de diciembre (TRLPFP) y su pertinente desarrollo reglamentario contenido en el RD 304/2004, de 20 de febrero (RPFP). Del resto de instrumentos de previsión social, conviene destacar el RD-Leg. 6/2004, de 29 de octubre (TRLOSSP).

El vigente es un modelo legal de pensiones privadas complementarias más o menos acabado que ha tenido cierta estabilidad en los últimos años, pero que, a tenor de las dificultades para generalizar la PSC entre los ciudadanos, sobre todo en el sentido de que los instrumentos que la conforman se constituyan en verdaderos mecanismos de complementación de las pensiones públicas, ha vuelto a ser objeto de importantes retoques. Se trata de cambios puntuales, pero todos ellos se orientan en la misma dirección que siempre: la de propiciar la extensión de dichos mecanismos. Y con la nueva reforma impulsada por el Pacto de Toledo de 2020 puede operarse un giro estratégico de envergadura, todavía por definir y regular legalmente, a saber, la previsión de un fondo de pensiones público (el cual, por cierto, encuentra plena acogida en el artículo 41 CE, siempre que sea estrictamente complementario y no sustitutivo del sistema público de pensiones).

En principio la Recomendación 16, relativa a los "Sistemas complementarios" es continuista en relación incluso a la primera versión del Pacto de Toledo (1995), quizás salvo el mayor énfasis ahora en promover legalmente, de forma preferente, los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, *de empleo* ("planes del sistema de empleo"), que integran el denominado segundo pilar del modelo de pensiones, y que prioritariamente habrán de ser sin *ánimo de lucro*. En efecto, conforme a la referida Recomendación 16: "Sin cuestionar la centralidad del sistema público de pensiones basado en un régimen financiero de reparto, el art. 41 de la Constitución ampara el desarrollo de sistemas complementarios de carácter voluntario que, en línea con los países de nuestro entorno europeo, se articulan como mecanismos de naturaleza mixta. En su dimensión económico-financiera, son instrumentos de ahorro a medio y largo plazo para los trabajadores y herramienta de inversión bajo tutela de los poderes públicos. Pero también tienen como objetivo complementar -en ningún caso sustituir- las pensiones públicas. Consciente del insuficiente e insatisfactorio recorrido que estas fórmulas han tenido hasta la fecha, la Comisión reafirma su apuesta por impulsar su implantación efectiva, atendiendo a la recuperación de los salarios y al fortalecimiento de la negociación colectiva, para lo que mantiene la recomendación de dotar de estabilidad al actual modelo de previsión social complementaria. En esta línea, la Comisión subraya la necesidad de impulsar, de forma preferente, los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo, que integran el denominado segundo pilar del modelo de pensiones, y que prioritariamente habrán de ser sin ánimo de lucro. Estas entidades deben permitir desarrollar un sistema de aportaciones suficiente, eficaz y duradero, en un porcentaje de la base de contingencias comunes u otros criterios objetivos, y con fórmulas específicas de apoyo a los salarios más bajos o a las carreras profesionales más vulnerables, incorporando la solidaridad en determinadas contingencias. En dicho sentido, el esfuerzo de trabajadores y de empresas debe ser adecuado, proporcional y sostenido en el tiempo; debe cubrir al menos las contingencias de jubilación, invalidez y fallecimiento; y debería materializarse en entidades que preferentemente abonen complementos en forma de renta. En línea con lo planteado por la AIReF en su evaluación de los beneficios fiscales (julio de 2020) deberá dotarse a dichas entidades de un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado, mejorando el existente en la actualidad y entendiendo que en ningún caso dichos sistemas de ahorro puedan ser considerados como meros productos financieros. Asimismo, esta Comisión llama la atención sobre dos aspectos sustanciales para el funcionamiento de los sistemas complementarios: El establecimiento de un sistema de comunicación veraz y adecuado en relación a los socios o titulares, cuya participación deberá ser periódica; y la necesaria evaluación de los gestores, respecto de sus competencias y de su desempeño en el proceso de generación de los complementos. El tercer pilar estará integrado por los mecanismos de ahorro individual. La gestión de estos mecanismos debe ser más transparente de lo que ha sido hasta ahora, de manera que los costes de administración por las entidades promotoras no comporten rendimientos negativos para los ahorradores; de ello se desprende la necesidad de regular fórmulas más intensas de protección de los ahorros invertidos en este tipo de sistemas complementarios".

Se indica en el Resumen en relación a la *Recomendación 16*: Sistemas complementarios, que "Es necesario *impulsar los planes de pensiones de empleo*, sustentados en el marco de la negociación colectiva. En cuanto al tercer pilar, su gestión debe ser más transparente.

Existe una línea de continuidad en el proceso del Pacto de Toledo y sus sucesivas reformas respecto a la política promocional de la previsión social complementaria, especialmente apostando por el instrumento de los planes y fondos pensiones. Lo hizo la primera versión del Pacto de 1995 y lo vuelve a hacer la última -por el momento- de 2020. En aquella ocasión se recomendaba abordar la ordenación de la previsión social complementaria, potenciándola como elemento de consolidación del modelo de protección social configurado en el artículo 41 de la

Constitución Española. Además, se proponía la actualización y mejora de los incentivos fiscales dirigidos a la promoción de dicho sistema complementario, con especial atención a los sistemas colectivos. Y se defendía que se tuviera en cuenta el hecho de que estos instrumentos de previsión constituyen una importante fuente de ahorro a largo plazo, tanto individual como colectivo.

La Recomendación 16 del nuevo Informe del Pacto de Toledo vuelve a insistir en la necesidad de impulsar estos sistemas complementarios de pensiones, pero, en este caso, lo hace desde la sensación de fracaso que hasta ahora han supuesto las medidas adoptadas para su relanzamiento[174]. Se establece, en este sentido, que se ha producido un insuficiente e insatisfactorio recorrido de estos instrumentos que componen la Protección Social Complementaria, de ahí que parece justificado volver a impulsar su implantación efectiva. Esta insistencia en potenciar dichos sistemas viene de lejos, como se ha dicho, dado que se tiene el convencimiento de que pueden constituir verdaderos mecanismos de previsión social que sirvan para complementar las pensiones públicas. Es cierto, por lo demás, que la construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social se ha mostrado compatible como los mecanismos complementarios de la protección dispensada a través de la iniciativa privada. La Seguridad Social no pretende anularlos. Es harto significativa, al respecto, la posición de William Henry Beveridge (1879-1963) respecto a que la Seguridad Social no debe impedir los esfuerzos de previsión debidos a la iniciativa privada[175], y el principio constitucional de libertad de complementación voluntaria de las prestaciones públicas ("las prestaciones complementarias serán libres" - dice el artículo 41 de la Constitución Española -, dando también apertura a la iniciativa privada en ese espacio vital de la complementación voluntaria, siempre que se respete el nivel mínimo y obligatorio consagrado en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social)[176].

---

[174] Un estudio de la Recomendación 16 del Pacto de Toledo de 2020, en Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 16. Sistemas complementarios. La política del derecho de fomento de los planes de pensiones del sistema de empleo de carácter complementario", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021; y asimismo, en un marco analítico más amplio, Monereo Pérez, J.L.y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: Balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo,* Albacete, Bomarzo, 2021.

[175] Monereo Pérez, J.L.: "William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 4 (2015), pp. 279 y sigs.

[176] Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996, espec., pp. 77 y ss., y 84 y ss. (sobre la definición de la Seguridad Social obligatoria básica y "La previsión privada: delimitación de su 'espacio social', y la conexión dinámica encomendada por el ordenamiento jurídico al Sistema de Seguridad Social y las instituciones privadas de previsión). Asimismo, este reparto funcional debe de relacionarse con el carácter no sustitutivo y complementario de los planes de pensiones privados respecto de la acción protectora de la Seguridad Social (*Ibid*., pp. 147 y ss.). Desde la perspectiva del modelo constitucional ex artículos 41 y 50 de nuestra Norma Fundamental, el gran error de una política de reforma garantista de las pensiones públicas es plantear la interrelación público y privado como dos ámbitos que se sitúen en competencia (competencia entre fondos de pensiones públicos y fondos de pensiones privados). Cuestión distintas, evidentemente, es la de que desde la grandes entidades financieras y sus expertos se pretenda establecer esa relación de competitividad defendiendo la construcción teórica de los "vasos comunicantes", en virtud de la cual los sistemas privados se alimentan de los déficit de los sistemas públicos (esto es, se defiende un modelo público residual de pensiones mínimas de intensidad protectora y sistemas expansivos que acabarían por privatizar ámbitos funcionales de los sistemas de pensiones contributivas (su final ya estaría preestablecida: la privatización de los sistemas de pensiones contributivo profesionales; de este modo el sistema público de pensiones se desentendería de la garantía de las pensiones contributivas y tan sólo daría cobertura a pensiones mínimas de carácter no contributivo asumiendo el objetivo más modesto de protección del riesgo de la pobreza en la vejez o longevidad, es decir, su cobertura se limitaría a las rentas de compensación; y dejando la cobertura del riesgo de la vejez o longevidad en lo relativo a las restan de sustitución). Es la lógica de la estrategia neoliberal de "acumulación por desposesión de los público" por el sector mercantil y financiero de provisión de pensiones de ahorro. Esta teoría, como he insistido en numerosas ocasiones no encuentra acogida en nuestro marco constitucional regulador (que incorpora a la garantía interpretativa de apertura constitucional consagrada en el art. 10.2 CE.

Es éste un planteamiento reiterado en los sucesivos Informes, pero la principal novedad que presenta este nuevo Pacto es la idea de que este impulso debe producirse *preferentemente* a través del apoyo a los mecanismos promovidos a través de la negociación colectiva. Indica la Comisión que se deben apoyar, de forma preferente, "los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo, que integran el denominado segundo pilar del modelo de pensiones". Es más, se habla de dar prioridad a los instrumentos que no tengan ánimo de lucro. Junto a este aspecto, el Informe, además, considera fundamental abordar una reordenación de los beneficios fiscales de la PSC, dotando a "dichas entidades de un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado, mejorando el existente en la actualidad y entendiendo que en ningún caso dichos sistemas de ahorro puedan ser considerados como meros productos financieros"[177].

La doctrina había insistido en la necesidad lógico-jurídica y de política del Derecho de dar prioridad a los planes de pensiones frente a otros mecanismos de previsión privados (señaladamente, frente a los seguros colectivos) y dentro de ellos a los planes del sistema de empleo (frente a la modalidad de los planes del sistema individual)[178]. En esta dirección se sitúa la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021. En ellos se mantiene el poder adquisitivo de las pensiones para el año 2021, con un incremento de 0,9 % para las contributivas y del 1,8 % para las no contributivas, diferencia justificada por la especial protección a dispensar a los beneficiarios de estas prestaciones por su especial situación de vulnerabilidad (Título IV. "De las pensiones públicas", artículos 35 y siguientes).

Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, introdujo una serie de modificaciones sustancias de gran envergadura en la ordenación legal de los planes de pensiones. Sin poder aquí entrar en todos los aspectos fundamentales, cabe destacar que La LPGE para 2021 estableció una *política de Promoción selectiva* de la "Promoción de fondos de pensiones *públicos* empleo que sirvió de marco general de reforma del nuevo modelo de previsión social complementaria que finalmente se ha concretado en la *Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo*. En efecto, conforme a la Disposición adicional cuadragésima. *Promoción de fondos de pensiones públicos de empleo.* Se indica que en el plazo máximo de doce meses, *el Gobierno presentará un proyecto de ley sobre fondos de pensiones públicos de empleo en el que se atribuya a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción*. Los fondos de pensiones públicos de empleo serán de carácter abierto en relación con los procesos de inversión desarrollados y tendrán las siguientes características:

a) Podrán adscribirse a estos fondos de pensiones de promoción pública los planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación que así lo establezcan en sus especificaciones; y, por defecto, los planes de pensiones de la modalidad de empleo que no determinen un fondo de pensiones específico concreto. Igualmente, estos fondos de pensiones públicos podrán canalizar inversiones de otros fondos de empleo que así lo decidan con un nivel de gastos que incentive la competencia en el sector.

[177] Monereo Pérez, J.L.y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: Balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo,* Albacete, Bomarzo, 2021.

[178] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Planes y Fondos de Pensiones: propuestas de reforma*, Documento de Trabajo, Madrid, Fundación Alternativas, núm. 137, 2008; Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El modelo legal de pensiones privadas: orientaciones y propuestas de reforma en clave progresista", en VV.AA.: *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas,* Frades, J. (Coord.), Madrid, Fundación Largo Caballero&Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011.

b) El proceso de selección de las entidades gestora y depositaria del fondo se hará a través de concurso competitivo abierto.

c) Los fondos de pensiones públicos de empleo estarán regidos por una comisión de control. La política de inversiones del fondo de pensiones, aprobada por la comisión de control, se hará constar en escritura pública y no podrá ser modificada, salvo con autorización expresa otorgada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

d) El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones tendrá derecho de veto en relación con las decisiones de la comisión de control del fondo que afecten a la estrategia de inversión, así como a la sustitución de las entidades gestora y depositaria.

e) Se regularán procedimientos simplificados para la integración de los planes de pensiones de empleo en los fondos de pensiones públicos de empleo. f) Podrá preverse la integración de planes de pensiones asociados de trabajadores autónomos.

Desde la década de los ochenta el legislador ha ido incentivando fiscalmente los planes de pensiones privados con la idea de mantener el sistema de bienestar social mediterráneo. La misma tendencia sobre la protección fiscal de los planes de pensiones privados se regulaba en la década de los noventa y hasta el 2006, a partir del cual el montante de estos beneficios fiscales experimenta una modificación tanto en las aportaciones como en las percepciones.

En las aportaciones se suprime la reducción de las aportaciones del promotor en los planes de pensiones de empresas y posteriormente se restringe el exceso de aportaciones que podían ser reducibles para las personas físicas mayores de 52 años, aludiendo el legislador que la economía estaba en un ciclo ascendente y ya no era necesario este privilegio fiscal para este estrato de población.

Desde el lado de las percepciones se suprime la bonificación del 40 por ciento para el rescate de los derechos consolidados siempre que éstos se hagan en forma de capital.

Con estas modificaciones se palía parcialmente la lesión de facto al principio de capacidad económica de este tipo de beneficios fiscales dirigidos a fomentar el ahorro a largo plazo para complementar, "preferentemente a los sujetos que mayores rentas tienen" la pensión contributiva de carácter público.

Esta regulación fiscal de dicho beneficio fiscal se modifica de nuevo con la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En tal sentido se modifica la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio:

«Artículo 52. *Límite de reducción.* 1. Como límite máximo conjunto para las reducciones previstas en los apartados 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 51 de esta Ley, se aplicará la menor de las cantidades siguientes:

a) El 30 % de la suma de los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas percibidos individualmente en el ejercicio.

b) 2.000 euros anuales.

Este límite se incrementará en 8.000 euros, siempre que tal incremento provenga de contribuciones empresariales.

Las aportaciones propias que el empresario individual realice a planes de pensiones de empleo o a mutualidades de previsión social, de los que, a su vez, sea promotor y partícipe o mutualista, así como las que realice a planes de previsión social empresarial o seguros colectivos de dependencia de los que, a su vez, sea tomador y asegurado, se considerarán como contribuciones empresariales, a efectos del cómputo de este límite. Además, 5.000 euros anuales para las primas a seguros colectivos de dependencia satisfechas por la empresa.»

La modificación tributaria en la LPGE corrige aún más la regresividad de este tipo de beneficio fiscal sin que se modifique la tributación en cuanto a sus percepciones, que lógicamente se someterán al tipo marginal de la tarifa tributaria del IRPF.

Parece que es acertado por el Gobierno haber propuesto el mantenimiento de los beneficios fiscales para los planes de pensiones de empresas o para los planes de previsión empresarial porque sin duda el trabajador se va a sentir más motivado en la productividad de la empresa porque le está financiado de forma complementaria su pensión pública, sin embargo, en mi opinión esta medida presupuestaria no va a ser efectiva en estos momentos de crisis económica debido a que el 95 por ciento del tejido empresarial español está compuesto por pequeñas y medianas empresas las cuales están pasando dificultades de tesorería y que sin duda, no podrán hacer frente a esta economía de opción que repercutiría positivamente tanto al empleador como al empleado.

Tres. Se modifica la disposición adicional decimosexta, que queda redactada de la siguiente forma:

«Disposición adicional decimosexta. *Límite financiero de aportaciones y contribuciones a los sistemas de previsión social.*

El importe anual máximo conjunto de aportaciones y contribuciones empresariales a los sistemas de previsión social previstos en los apartados 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 51, de la disposición adicional novena y del apartado dos de la disposición adicional undécima de esta Ley será de 2.000 euros anuales.

Este límite se incrementará en 8.000 euros, siempre que tal incremento provenga de contribuciones empresariales.

Las aportaciones propias que el empresario individual realice a planes de pensiones de empleo o a mutualidades de previsión social de los que, a su vez, sea promotor y partícipe o mutualista, así como las que realice a planes de previsión social empresarial o seguros colectivos de dependencia de los que, a su vez, sea tomador y asegurado, se considerarán como contribuciones empresariales, a efectos del cómputo de este límite.

Además, para seguros colectivos de dependencia contratados por empresas para cubrir compromisos por pensiones, se establece un límite adicional de 5.000 euros anuales para las primas satisfechas por la empresa.»

La LPGE para 2021 estableció una *política de Fomento selectivo* de los "fondos de pensiones *públicos* empleo. En efecto, conforme a la Disposición adicional cuadragésima. *Promoción de fondos de pensiones públicos de empleo.*

Se indica que en el plazo máximo de doce meses, *el Gobierno presentará un proyecto de Ley sobre fondos de pensiones públicos de empleo en el que se atribuya a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción*. La Recomendación 16, relativa a los "Sistemas complementarios", viene a reconocer que las fórmulas complementarias privadas -subvencionadas fiscalmente- empleadas hasta ahora como instrumentos de ahorro y de inversión de los recursos

acumulados han sido insuficientes e insatisfactorias; a añadir también deficientes en términos de equidad. Partiendo de ello y que el objetivo es complementar -no es sustituir- las pensiones públicas- recomienda, entre otras cuestiones, impulsar de forma preferente los planes de pensiones de empleo, sustentados en el marco de la negociación colectiva. Ello ha de ser así porque dichos planes del sistema de empleo son los verdaderos regímenes complementarios profesionales para los que estaba pensada originariamente la redacción del art. 41 de la Constitución, es decir, instrumentos complementarios de previsión colectiva como son planes privados de pensiones del sistema de empleo[179]. Esta propuesta fue defendida con entusiasmo por los representantes del Partido Nacionalista Vasco, quizás por su larga experiencia en Entidades de Previsión Voluntaria impulsadas por el Gobierno Vasco como complemento de las pensiones públicas de base. Tienen como singularidad que el trabajador y empresa abonan a parte iguales una cuota y tiene carácter obligatorio. Pues la Ley de Presupuestos generales avanza en esa idea y da un paso más hacia la creación de un "fondo de pensiones público", que actuaría como un segundo nivel complementario dentro del sistema global de pensiones públicas y privadas[180]. La idea-fuerza explícita del "fondo de pensiones público" es la de ampliar la cobertura subjetiva de los planes de pensiones de empleo a través de la articulación de una política del Derecho típicamente calificable de "fomento" público institucional.

Los fondos de pensiones públicos de empleo serán de carácter abierto en relación con los procesos de inversión desarrollados y tendrán las siguientes características:

a) Se trata de un fondo de pensiones de promoción pública. Podrán adscribirse a estos fondos de pensiones de promoción pública los planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación que así lo establezcan en sus especificaciones; y, por defecto, los planes de pensiones de la modalidad de empleo que no determinen un fondo de pensiones específico concreto. Igualmente, estos fondos de pensiones públicos podrán canalizar inversiones de otros fondos de empleo que así lo decidan con un nivel de gastos que incentive la competencia en el sector.

b) Gestión financiera privada -sin perjuicio de la titularidad pública del fondo objeto de gestión indirecta- sujeta a un principio de transparencia y un régimen de control y supervisión. El proceso de selección de las entidades gestora y depositaria del fondo se hará a través de concurso competitivo abierto.

c) Sometimiento a una Comisión de control institucional. Los fondos de pensiones públicos de empleo estarán regidos por una comisión de control. La política de inversiones del fondo de pensiones, aprobada por la comisión de control, se hará constar en escritura pública y no podrá ser modificada, salvo con autorización expresa otorgada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Hay que entender que en dicha comisión de control hay que garantizar la representación de

[179] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996; Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España,* Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524.

[180] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* nº 25, 4º Trimestre (2020), pp. 13 y sigs., en particular pp. 26-27.

los sujetos interesados y señaladamente de los partícipes y beneficiarios conforme al Real Decreto-Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre[181].

d) Derecho de veto del Ministerio sobre decisiones de inversión y entidades gestora y depositaria El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones tendrá derecho de veto en relación con las decisiones de la comisión de control del fondo que afecten a la estrategia de inversión, así como a la sustitución de las entidades gestora y depositaria.

e) Se regularán procedimientos simplificados para la integración de los planes de pensiones de empleo en los fondos de pensiones públicos de empleo.

f) Podrá preverse la integración de planes de pensiones asociados de trabajadores autónomos.

Se modifica la letra a) del apartado 3 del artículo 5, que queda redactada de la siguiente forma: «Artículo 5. *Principios básicos de los planes de pensiones.* […] a) El total de las aportaciones y contribuciones empresariales anuales máximas a los planes de pensiones regulados en la presente Ley no podrá exceder de 2.000 euros. Este límite se incrementará en 8.000 euros, siempre que tal incremento provenga de contribuciones empresariales. Las aportaciones propias que el empresario individual realice a planes de pensiones de empleo de los que, a su vez, sea promotor y partícipe, se considerarán como contribuciones empresariales, a efectos del cómputo de este límite.» El resto del artículo permanece con la misma redacción.

El sistema de pensiones español se define a partir del mandato contenido en el art. 41 de la Constitución Española (en adelante CE). En dicho precepto se enuncia la existencia de un régimen público y obligatorio de protección de las necesidades sociales que conformaría lo que históricamente se ha denominado Seguridad Social. Junto a ésta, el propio texto constitucional alude a la posibilidad de complementar las prestaciones dispensadas por el sistema público a través de la iniciativa privada.

Esta forma de articular la protección social a través de un sistema público y obligatorio, por un lado, y a través de otras fórmulas de previsión de carácter privadas y voluntarias, por otro, ha servido para diferenciar en nuestro país un sistema de pensiones de tres pilares. El primero de ellos estaría representado por la Seguridad Social, mientras que los otros dos integrarían lo que hoy conocemos como protección o previsión social complementaria. Dentro de ésta, se distingue el segundo pilar, dedicado a los sistemas profesionales de Protección Social Complementaria de carácter colectivo que se dan en el marco de la negociación colectiva de las empresas, del tercer pilar, que agrupa los instrumentos privados e individuales que pueden suscribir las personas directamente con entidades financieras o aseguradoras.

Esta clasificación multipilar no ha sido la que tradicionalmente se ha venido utilizando en el marco de nuestro ordenamiento jurídico. Más bien en nuestro país se ha hecho una distinción entre niveles a la hora de dividir el modelo de protección social. De modo que la protección que se otorga a través de la Seguridad Social se estructuraría en un nivel contributivo o profesional, que dispensa prestaciones sustitutivas en función de lo cotizado y otro, no contributivo y asistencial, que protegería a todos los ciudadanos con independencia de la contribución al sistema. Junto a estos dos niveles, aparece el complementario del sistema público y obligatorio, el cual puede tener carácter interno (público) o externo (voluntario y privado). En este último es donde habría que

[181] Monereo Pérez, J.L.: "Instituciones de control y gestión de los planes y fondos de pensiones (las formas de participación de los interesados en la gestión de estos sistemas de previsión voluntaria)", en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 48 (1991), pp. 545-599.

integrar a los planes y fondos de pensiones a la que se hace referencia a continuación, ya que en el mismo quedarían encuadrados el conjunto heterogéneo de técnicas que participan del objetivo de otorgar protección adicional al régimen público de Seguridad Social.

Es lo cierto que en un caso como en otro se puede apreciar entre la Seguridad Social y la Protección Social Complementaria una nítida distinción respecto tanto a su naturaleza como a sus caracteres. Y así, la primera se caracteriza por la obligatoriedad, en el sentido de que ésta no representa un mecanismo voluntario, de carácter contractual, dado que resulta preceptiva para los sujetos incluidos en su campo de aplicación. Al mismo tiempo, la gestión de sus instrumentos protectores corresponde a los poderes públicos, poniéndose especial énfasis en el carácter de servicio público de la Seguridad Social, y ello con independencia de que se pueda admitir la intervención de sujetos privados en dicha función. Y, en fin, las prestaciones que dispensa tienen naturaleza jurídico-pública, y se caracterizan por constituir un régimen suficiente que atiende situaciones de necesidad previamente delimitadas.

Por su parte, la protección social voluntaria, al contrario que la Seguridad Social, se configura sobre la nota de la voluntariedad, cuestión que se proyecta tanto en la implantación de dichos mecanismos, en el que la autonomía privada juega un papel fundamental, como en el acceso a los mismos. Su gestión es normalmente de carácter privada, y ello pese a que la garantía constitucional de libertad en el campo de las prestaciones complementarias contenida en el último inciso del artículo 41 CE no impide una intervención de los poderes públicos en tal sentido. Por último, las prestaciones que otorga el sistema de previsión voluntario obedecen, generalmente, a una lógica contractual-privada, y tienen como finalidad ofrecer una protección adicional a la garantizada suficientemente por el sistema público.

Tanto más relevante es el diverso método de financiación de la Protección Social Complementaria y el propio de la Seguridad Social. El primero, opera bajo fórmulas de capitalización, frente al sistema de reparto, propio de la Seguridad Social. Este último es un sistema por el cual las prestaciones de los beneficiarios son financiadas a través de cotizaciones sociales u otros mecanismos impositivos. No hay, en este supuesto, una acumulación de capital ya que las pensiones son financiadas por las cotizaciones del momento. Asimismo, su funcionamiento obedece a un principio de solidaridad intergeneracional en el sentido de que son los activos los que contribuyen con sus pagos a financiar las pensiones de los pasivos, en el entendimiento de que cuando aquéllos alcancen la edad de jubilación los nuevos activos harán lo mismo. De ahí que se diga que el citado principio tenga carácter permanente al estar sustentado por un contrato social entre generaciones sucesivas. Por otro lado, el sistema de reparto por definición no tiene porqué implicar un mayor grado de redistribución, sin embargo en la práctica los sistemas públicos de pensiones actuales de reparto no se limitan únicamente a proporcionar una pensión que cumpla el equilibrio actuarial con las cotizaciones realizadas, sino que promueven una redistribución sistemática en favor de determinados colectivos mediante la aplicación de reglas de cálculo del importe de la pensión inicial y de su posterior evolución en el tiempo. Finalmente, hay que apuntar que tradicionalmente el sistema de reparto suele ser de prestación definida en el que la cuantía de la pensión se explicita desde el inicio fijándose *ex lege* las reglas de cálculo y los topes mínimos y máximos a percibir.

Por su parte, en el sistema de capitalización las pensiones se abonan a partir de un fondo creado durante un período de tiempo con las aportaciones de los partícipes y con los intereses generados. Por tanto, será necesario que se produzca una acumulación de recursos de varios años para obtener una pensión. Al acaecer la contingencia objeto de protección el fondo capitalizado se convierte automáticamente en una anualidad vitalicia o bien se permite la opción de cobrar el capital de una sola vez (y soportar el riesgo de agotar su dinero antes de morir) o pagar una prima

y transformar el fondo en una anualidad. La capitalización puede tener naturaleza colectiva o individual en función de si se prevé o no algún tipo de transferencia de recursos entre los partícipes. Finalmente, el método de capitalización se instrumenta de forma mayoritaria a través del sistema de cotización definida que consiste en la fijación de una aportación determinada que debe realizar el sujeto partícipe durante todo su período de actividad laboral, de forma que la pensión a la que tiene acceso depende de los rendimientos de mercado de los activos del fondo.

Centrándonos en el análisis de los instrumentos que integran la PSC, debe remarcarse la pluralidad de estos. Así, los planes y fondos de pensiones, seguros colectivos, planes de previsión social empresarial, planes de previsión asegurados, planes de ahorro y jubilación, etc., son fórmulas de previsión voluntaria que encuentran su razón de ser en la libertad de complementación de las prestaciones de la Seguridad Social garantizada por el artículo 41 CE, caracterizados por una acusada dispersión normativa e institucional y por su especial heterogeneidad, de ahí que se pueda decir de todos ellos que conforman un auténtico "polisistema"[182], donde resulta altamente complicado identificar una norma conformadora de todos ellos. En realidad, difícilmente pueden constituir un sistema coherente y altamente estructurado al modo de la Seguridad Social pública. Frente al sistema público de protección social que constituye inexcusablemente un sistema de carácter general y universal y que está organizado en función de unos principios básicos, la protección social complementaria es el resultado heterogéneo de esfuerzos de previsión voluntarios de muy distinta índole difícilmente reconducibles ni a la unidad ni a la homogeneidad. E, incluso, cada uno de los componentes del sistema previsor voluntario está ordenado por un régimen jurídico propio, claramente diferenciado del resto de instrumentos de protección, lo que hace que cada uno de ellos sea un orden previsor singular dotado de una lógica interna privada y contractual.

2. Estado de la situación y nivel de desarrollo de los sistemas de protección social complementaria

El punto de partida no puede ser otro que el de dejar constancia del carácter dinámico del proceso de institucionalización y de consolidación del modelo legal de los sistemas complementarios ha sido fruto de esfuerzos legislativos de muy diferente signo. De todos ellos se pueden diferenciar dos grandes etapas en el proceso de gestación histórica del ordenamiento actual de los regímenes complementarios: de un lado, la que correspondería a la legislación preconstitucional, que se caracteriza por impulsar el Mutualismo Libre, las Fundaciones Laborales y las Mejoras Voluntarias como formas colectivas de previsión social complementaria, y de otro, el período correspondiente a los años ochenta, una vez aprobado el texto constitucional, en el que se advierte la adopción de un conjunto variado de intervenciones normativas que tratan de

[182] Monereo Pérez, J.L.: "Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias", en VV.AA.: *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, p. 88. Respecto al proceso de gestación de ese *polisistema* de instrumentos previsores que serían organizados funcionalmente en la lógica de un Sistema Global de Pensiones, público y privado, véase exhaustivamente, desde la construcción doctrinal originaria y la identificación técnico-jurídica y de política del Derecho del *modelo normativo* de regulación integradora hasta su proceso de cristalización o materialización legislativas, Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996, espec., pp. 71 y sigs, *passim*; *Ibid., Los planes de pensiones del sistema de empleo. La incidencia de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados,* Valencia, Tirant lo Blach, 1997.

promover de forma preferente tanto el seguro privado como, muy especialmente, la figura de los planes y fondos de pensiones[183].

Han sido dos grandes fases históricas netamente diferenciadas, dado que en la primera los diferentes mecanismos de protección complementaria actuaban de un modo u otro en conexión con la protección social de carácter pública y obligatoria, lo que era evidente en el caso de las mejoras voluntarias que una vez instauradas formaban parte del ordenamiento jurídico de la Seguridad Social y, en consecuencia, quedaban publificadas, pero además, en el caso de las Mutualidades y Montepíos se estaba ante instituciones colectivas caracterizadas por actuar financieramente con un sistema de reparto, bajo el principio de la solidaridad y la ausencia de ánimo de lucro; mientras que en la segunda se da un verdadero impulso a los instrumentos puramente privados, externos a la Seguridad Social, marcadamente individualistas, favoreciendo, en fin, una privatización del ámbito de la protección complementaria al reconducir, incluso, el resto de modalidades de previsión voluntaria, en lo que a los compromisos por pensiones asumidos por las empresas se refiere, hacia la figura de los planes de pensiones. Dicho modelo legal de sistemas complementarios privados y externos al sistema de Seguridad Social se ha afianzado suficientemente en nuestro país. Su proceso de gestación se inicia a raíz de la promulgación de la Ley 8/1987, siendo esta norma el detonante de la aplicación de un conjunto de medidas legislativas que hacen realidad la implantación en la práctica de este régimen iusprivatista de protección. Todas las intervenciones normativas que se suceden a lo largo de las últimas décadas tienen la finalidad de impulsar el nivel complementario libre, de carácter contractual y privado del sistema de protección social.

El modelo de previsión social vigente no ha surgido por generación espontánea a resultas sin más del juego de la iniciativa privada. Es un modelo "construido", no un modelo "dado". En la expansión del mercado de la provisión de las pensiones privada ha desempeñado un lugar determinante los poderes públicos, específicamente a través de un intervencionismo legal de carácter promocional o de alentamiento político institucional (actuando, así, la función promocional del Derecho)[184]. En efecto, la legislación pública ha intervenido decididamente en la determinación de los espacios encomendados a la previsión privada. Y lo ha hecho a través de una opción de política legislativa basada en tres aspectos fundamentales: el primero, consistente en obligar a las empresas a exteriorizar sus compromisos por pensiones, eliminando, de este modo, el principal inconveniente que ofrecían las mejoras voluntarias instauradas en las empresas, dado que su reconocimiento no suponía garantía alguna de su cobro; en segundo lugar, a través del tratamiento fiscal privilegiado de que han gozado el conjunto de las modalidades de previsión voluntaria, especialmente los planes y fondos de pensiones; y, más recientemente, por medio del impulso dado a la previsión social privada en el marco del sector público.

En relación a la primera cuestión, el actual modelo de desarrollo de la previsión social complementaria en España nace de la necesidad de dotar de garantías a los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, normalmente en sede convencional. En efecto, la necesidad de asegurar las prestaciones complementarias privadas se hace ineludible a partir del instante en que empiezan a fracasar los simples compromisos pactados en convenio colectivo. La constitución de un complemento de pensión en el seno de las empresas, normalmente en materia de jubilación, se hacía sin la puesta en marcha de ningún tipo de sistema de previsión

[183] Ampliamente, sobre este proceso en Fernández Bernat, J.A.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 127-198.

[184] Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, espec., pp. 124 y sig.; Monereo Pérez, J.L.: "Los Planes de Pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social", *Revista de Derecho Social*, núm. 23, 2003, p. 18.

ni fondo acumulativo respecto a las obligaciones con sus empleados[185]. Así, gran parte de los pactos en materia de previsión social empresarial, nacidos en un momento de auge económico[186] y de alentamiento institucional, no ofrecían las garantías suficientes, dado que su instauración no iba precedida de un estudio sobre su viabilidad como instrumento de previsión a largo plazo ni tampoco se constituía fondo alguno suficiente para afrontar las obligaciones de pago futuras. A partir de la promulgación de la Ley 30/1995 se impone de forma obligatoria la exteriorización de los compromisos por pensiones instrumentados a través de fondos internos. Así, la cobertura de los compromisos por pensiones debía realizarse, salvo excepciones tasadas, de forma obligatoria, a través de la instrumentación externa de los compromisos en planes de pensiones o contratos de seguros, entre los que se incluyen las mutualidades de previsión social. La obligación de exteriorizar se extiende, no sólo sobre el futuro, en lo que a los compromisos que las empresas puedan contraer a partir de la entrada en vigor de la norma, sino que también se proyecta sobre las anteriores obligaciones contraídas y financiadas con simples reservas contables.

Ese proceso de exteriorización arroja resultados positivos en lo que a la consolidación de los sistemas complementarios se refiere. La evolución de los planes de pensiones, por ejemplo, desde 1992 muestra que el patrimonio y el número de partícipes de este instrumento de previsión han seguido en España una tendencia alcista durante estos años. No obstante, en un análisis más detallado por modalidad de plan observamos un especial dinamismo en los planes de la modalidad del sistema de empleo. De hecho, este tipo de plan registra una tasa de crecimiento superior a la de los individuales y asociados, sobre todo desde 1996. Más del 60 % de los planes de pensiones del sistema de empleo fueron promovidos en el período 1999-2001, en pleno proceso de exteriorización. Dicho proceso permitió que las empresas y los trabajadores actualizasen sus sistemas de previsión y reordenasen los diferentes complementos pactados, introduciendo una nueva variable en la negociación colectiva. También los seguros colectivos vinculados a las contingencias de riesgo experimentaron un fuerte desarrollo en dicho período. En el año 2000 los flujos del ahorro familiar encaminados hacia sistemas de previsión alcanzaron su máximo histórico (el 34,6 %).

No obstante, si bien la exteriorización de los compromisos por pensiones en la mediana y gran empresa fue culminada con éxito (en sectores como el financiero, energético, eléctrico, químico, automoción, etc.), no ocurrió lo mismo en el caso de las PYMES. En éstas últimas, los compromisos por pensiones no tenían la magnitud y extensión que en la primera, al tratarse de empresas de sectores como el de la hostelería, comercio minorista, construcción y otras ramas de actividad, como la industria del cuero y el calzado, textil y confección, pastelería, despachos y oficinas, industrias conserveras y de distribución etcétera, donde predominan convenios sectoriales y provinciales, de ámbito supraempresarial[187].

Un segundo aspecto a resaltar en el modelo de desarrollo de los sistemas complementarios de pensiones es el de la fiscalidad incentivada de los instrumentos que la conforman. Inicialmente, dicho régimen tributario privilegió la figura de los planes y fondos de pensiones frente al resto de instrumentos de previsión social complementaria. La apuesta que con la Ley 8/1987 se hacía por

[185] Gallego Losada, R.: *Sistemas privados de pensiones en las empresas españolas*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 64.

[186] Nos referimos a la expansión industrial de los sesenta que llevó a España a situarse entre los países de mayor desarrollo industrial. Bajo esta situación, las empresas que se fueron creando como consecuencia de los Planes de Desarrollo Económico Social, formadas por poblaciones de trabajadores jóvenes, fueron reconociendo beneficios sociales complementarios a los dispensados por los seguros sociales. Se trataba, en definitiva, de "beneficios diferidos" que empezaron a tener presencia en un buen número de empresas. *Cfr.* Soler Bordetas, F.J.: *Fondos de pensiones,* Bilbao, Deusto, 1985, p. 47.

[187] *Vid.*, al respecto, García De Quevedo Ruiz, J.C. y De Paz Carbajo, J.A.: "Previsión social complementaria en España. Situación actual", *Boletín Económico de ICE*, núm. 2738, 2002, p. 7-20.

hacer de este instrumento un potente mecanismo de protección social que fuera complementario del sistema público obligatorio de Seguridad Social exigía de algún tipo de incentivo lo suficientemente ventajoso para sus posibles destinatarios. A ello contribuyó el inicial trato fiscal favorable de este mecanismo en relación con otras instituciones de previsión, especialmente en el caso de Mutualidades y Montepíos. Sin embargo, en la actualidad, y en base al harto discutible (si se atiende a la lógica de la previsión social complementaria ex artículo 41 CE) nuevo principio de neutralidad en la tributación del ahorro que propugna la Ley 35/2006, todos los instrumentos de previsión social que cumplan con las características exigidas en la citada norma van a poder gozar de similares ventajas fiscales[188]. La nueva reforma, por tanto, había desdibujado por completo el protagonismo de los planes en este punto. Sin embargo, ese tratamiento fiscal ha sido progresivamente alterado en aspectos importantes a partir de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2021, reforzando selectivamente el tratamiento fiscal en favor de los planes del sistema de empleo.

Ciertamente, las medidas de incentivación fiscal adoptadas hasta la fecha han contribuido, sin lugar a dudas, a potenciar los planes de pensiones, especialmente con respecto a la pensión de jubilación. Sin embargo, dicha política pública de aliento promocional de dichos mecanismos presenta ciertos elementos cuando menos discutibles. El primero de ellos está vinculado a las deducciones en la base imponible del partícipe, en el caso de los planes de pensiones, dado que el aumento continuado de los límites a las aportaciones no ha estado plenamente justificado, más bien ha reforzado la situación de partícipes con una mayor capacidad de ahorro. Realmente la política de incrementar los límites financieros máximos de aportación tiene escasa incidencia práctica en los partícipes de planes de pensiones, de modo que los sucesivos incrementos de aportaciones tan sólo atienden a un grupo minoritario de la población, con rentas elevadas, cuyo objetivo no es tanto constituir el ahorro suficiente para complementar su prestación futura, sino más bien de lo que se trata es de beneficiarse de un potente instrumento de deducción que minimice la factura fiscal[189].

En segundo lugar, tampoco han estado plenamente justificados los incentivos fiscales a la percepción de prestaciones en forma de capital, como ha ocurrido hasta la reforma de 2007, en la que el cobro de prestaciones en forma de capital tenía una reducción por rendimiento irregular del 40 %, ya que con ello se opta por hacer de los instrumentos de la PSC meros productos financieros, favoreciendo además, que una vez acaecido el hecho causante de la prestación, ésta se cobre en forma de capital, llevando a consumo inmediato, lo que fue generado con un fin de complemento de las pensiones públicas[190].

Por otra parte, en tercer lugar, el fomento de estos instrumentos de previsión puede tener un coste demasiado elevado en términos de recaudación fiscal perdida. En efecto, los planes de pensiones están subsidiados fiscalmente, lo que supone para el Estado una pérdida de ingresos fiscales. Se ha podido estimar que la actual política de deducciones fiscales aplicada ha conllevado una evidente pérdida de ingresos para la Hacienda pública. Así, durante el período 1996-2000 el

[188] *Vid.,* Roncaño Martín, M.A; Mochón López, L. y Almagro Martín, C.: *La fiscalidad de los sistemas de ahorro-previsión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

[189] Bravo Fernández, C.: "Modelo de desarrollo de la previsión social complementaria en España", en VV.AA.: *Seguridad social complementaria*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 118.

[190] Bravo Fernández, C.: "Modelo de desarrollo de la previsión social complementaria en España", en VV.AA.: *Seguridad social complementaria*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 165.

esfuerzo soportado asciende a más de 2.348 millones de euros[191]. En la actualidad, se suele hablar de cifras parecidas (unos 2000 millones) en términos de recaudación minorada.

Es posible afirmar, de este modo, que en términos generales no parece que con la política fiscal incentivadora de los instrumentos de previsión social voluntaria quede suficientemente garantizada la función social a la que éstos han de atender. Una función que debe caracterizarse por favorecer la universalización de estos mecanismos de protección, creando un ahorro a largo plazo que se vincule con la protección social pública de jubilación a la que han de complementar. Más bien, y especialmente en el caso de los planes y fondos de pensiones, aparecen estrechamente conectados a una estrategia financiera que no es siempre coherente desde una perspectiva de protección social frente a las contingencias pensionables. A lo que hay que añadir además el alto coste que representa dicho sistema de incentivos en un momento de restricción del gasto público, como se sabe. Sobre este aspecto, como se ha indicado, las reformas legislativas han reducido, por un lado, el incentivo fiscal a los planes de pensiones individuales y, por el contrario, han incrementado los de la modalidad de empleo.

Finalmente, el tercer ámbito de potenciación de la Protección Social Complementaria ha venido de la mano de lo que he podido llamar como proceso de normalización de los planes y seguros privados de pensiones en el sector público administrativo[192]. Una vez superados los obstáculos legales para su implantación en el marco de las Administraciones Públicas[193], los planes de pensiones son una realidad en la Administración General del Estado, en la Autonómica, en la Local y en la de carácter Institucional. Y ello pese a que las administraciones públicas citadas hayan sido excluidas de la normativa de instrumentación obligatoria de los compromisos por pensiones (RD 1588/1999, de 15 de octubre). Igualmente, en el caso del sector público empresarial, asistimos a un proceso gradual de instauración de medidas de acción social renovada que tiene a los planes y seguros como principal objeto de estas.

De lo que ha señalado se puede comprobar la evolución que han experimentado los sistemas complementarios en España. Es manifiesto que se ha existido un esfuerzo legal importante por tratar de instaurar en nuestro sistema de protección social un subsistema de capitalización complementario en las tres direcciones apuntadas: régimen de exteriorización, política de incentivación fiscal e instauración de los planes en el sector público. Hemos asistido, por tanto, en los últimos 32 años a un proceso de creación lento pero progresivo de un sistema de capitalización que conviva con un sistema público de reparto.

En particular respecto a los planes y fondos de pensiones, por ejemplo, y con datos obtenidos a partir del *Informe Estadístico de previsión social complementaria de 2020*[194] que publica el Ministerio de Economía y Empresa, se contaba (a 31 de diciembre de 2020) con un patrimonio

[191] Serrano Pérez, F., García Díaz, M.A. y Bravo Fernández, C.: *El sistema español de pensiones*, Barcelona, Ariel, 2004, p. 188.

[192] Véase Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los Planes de Pensiones en el Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.

[193] En general, la protección social complementaria en el sector público ha chocado tradicionalmente con dos tipos de limitaciones: por un lado, con la consideración de pensión pública de las prestaciones complementarias, con la consecuente sujeción a las reglas de concurrencia y al tope de máximo de pensiones y, por otro, con la prohibición de destinar recursos públicos a su financiación. *Vid.* sobre estas dificultades Aradilla Marqués, M.J.: "La previsión social complementaria en el sector público", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2004, p. 29. Sobre los cambios operados, *vid.*, López Gandía, J. y Momparler Carrasco, M.A.: "La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones", *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, pp. 31-64.

[194] DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES *Informe 2020. Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria*, Madrid, Ministerio de Economía y Empresa-DGSFP, 2020. Disponible en: http://www.dgsfp.mineco.es/es/Publicaciones/DocumentosPublicaciones/memoria%20complementaria%202020.pdf

gestionado por los fondos de pensiones de un total de 117.905 millones de euros. Habitualmente se suele destacar este dato comparándolo con otros países para comprobar el escaso peso que tienen los sistemas de capitalización en nuestro país, frente a otros donde el volumen total de inversiones de los fondos de pensiones representa un nivel mayor. Así, como sucede desde hace bastantes años, en el nivel más alto de inversiones sobre el PIB en términos porcentuales, se encuentran en el caso de Dinamarca el 229 % del Producto Interior Bruto o en el de los Países Bajos, representando el 212 %. El volumen total de inversiones de los fondos de pensiones en España durante el año 2020 representaba un 14,5 % del PIB. Del total del patrimonio de los fondos de pensiones en España, 35.784 millones corresponden a *planes del sistema de empleo*. Representan, por tanto, el 30,5 %, frente a los del *sistema individual* que concentran el grueso del patrimonio (86.426)[195].

Resulta innegable que los planes y fondos de pensiones han tenido una evolución positiva en nuestro país, al menos desde los años 90 hasta la crisis de 2008. Dichos instrumentos han sentido la crisis en diferentes aspectos. De un lado, en el número total de cuentas de partícipes de esta modalidad de PSC: desde 2011 se produce una disminución (la primera vez). En el 2017, al igual que en los 6 años anteriores siguió disminuyendo, colocándose en 9,62 millones de cuentas, cifra inferior en un 2,17 % a la del año anterior. De otro lado, en el volumen total de aportaciones, destacando la reducción de aportaciones en 2012 de casi el 20 % en los planes de empleo, debido principalmente tanto a la reducción de las aportaciones del promotor, como consecuencia de la suspensión temporal de estas aportaciones en algunas empresas, como a la paralización de las contribuciones a los planes de pensiones de las Administraciones Públicas[196].

Por otra parte, resulta interesante comparar algunos datos entre los planes de las modalidades de empleo e individual, para comprobar hasta qué punto presentan notables diferencias en su concepción y puesta en práctica como instrumentos de previsión social. Resulta llamativo, en primer lugar, que la inscripción de los nuevos planes del sistema individual siempre se suele concentrar en los períodos de abril y mayo, así como en los meses de octubre y noviembre, como consecuencia del lanzamiento de las campañas publicitarias de planes de pensiones antes del 31 de diciembre. De otro lado, desde el establecimiento de los planes de pensiones al amparo de la Ley 8/1987, los planes individuales y los planes de empleo presentan una relación inversa respecto al número de partícipes y su participación en la cuenta de posición agregada. Así, mientras los planes individuales captan la mayoría de los partícipes del sector, pero su participación en la cuenta de posición es relativamente pequeña, en los planes de empleo ocurre lo contrario, menor número de partícipes y mayor volumen de recursos. Las aportaciones medias en los planes de empleo son mayores que en los planes individuales, de forma sostenida en el tiempo lo que supone que el total de patrimonio medio por partícipe en empleo resulte mayor que en el sistema individual. También el saldo medio del derecho consolidado de los partícipes de los planes de empleo es más alto que el de los planes individuales. Y finalmente, cabe destacar las diferencias de rentabilidad entre planes, siendo inferior en los de la modalidad individual frente a los de empleo[197].

---

[195] La cifra incluye la cuenta de resultados de los planes asociados (865 millones de euros) y los planes individuales (80.561 millones de euros).

[196] Esta suspensión de aportaciones se ha mantenido durante los ejercicios siguientes, de acuerdo con las leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017.

[197] Según cálculos realizados por CCOO para los años 2000-2012, si los planes individuales hubieran obtenido la misma rentabilidad que los planes de empleo, los partícipes del sistema individual contarían con un patrimonio de 59.260 millones de euros; es decir 6.300 millones de euros más [CCOO: *El sistema de protección social en España,* Madrid, Cuadernos de Información Sindical, núm. 39 (2013), p. 58].

Finalmente, en relación a los planes de pensiones, resulta importante destacar, de un lado, la distribución sectorial de los planes de pensiones de empleo. Y así, cuatro sectores, donde predominan las grandes empresas, concentran más del 60 % del patrimonio de dichos planes (Eléctrica, Telecomunicaciones, Servicios Financieros, Seguros y Administraciones Públicas), pero representan a su vez tan sólo el 13 % del total de planes de empleo. El resto del tejido productivo concentra el mayor número de planes, pero se trata de sectores que no alcanzan el 1 % del patrimonio. Por otro, conviene destacar la evolución positiva de los planes de promoción conjunta, ligados a la negociación colectiva sectorial. Es ésta la vía de acceso más habitual de las pequeñas y medianas empresas a los sistemas complementarios de previsión. Finalmente, hay que resaltar que las prestaciones pagadas por jubilación representan un 82,1 % del importe total de las prestaciones devengadas durante el año 2020. Se trata de un porcentaje que se mantiene constante sin excesivas variaciones.

El estado de situación actual de los diferentes instrumentos de previsión social privada muestra aún un incipiente desarrollo. Se puede decir que existe en nuestro país un sistema complementario de pensiones asentado, pero en modo alguno generalizado entre la población española. Tanto la experiencia negociadora en las empresas como la propia contratación individual de planes en España demuestran que aún se está lejos del objetivo pretendido de implantar de manera definitiva dichos mecanismos, de manera que éstos actúen como verdaderos instrumentos complementarios del sistema público de protección.

Respecto a los instrumentos que forman parte del segundo pilar, se tiene la sensación de que estamos ante una situación de bloqueo, motivado fundamentalmente por la incidencia de la crisis en el sistema de relaciones laborales (con suspensión de aportaciones por parte de las empresas) y también por la culminación hace ya unos años del proceso de exteriorización obligatoria. En la actualidad, se cifra el número de personas cubiertas por planes de pensiones del sistema de empleo en torno a los 2 millones. De ellos, además, muy pocos realizan aportaciones en volumen relevante como para garantizar una adecuada previsión social complementaria en el futuro, así, por ejemplo, en 2020 el 60,5 % de los partícipes directamente no hicieron aportaciones o lo hicieron por un importe igual o inferior a 300 euros anuales en un 9,6 por ciento de casos adicionales. El panorama en la previsión social complementaria de carácter individual (el tercer pilar) es también similar. En este caso, son mayores los partícipes (un poco más de 7,4 millones) pero el volumen por partícipe/asegurado es relativamente bajo y sus aportaciones son también mayoritariamente bajas. En el caso de los planes individuales el 67, 8 por ciento de los partícipes tampoco han realizado aportaciones en 2020, y el 6,4 por ciento adicional lo ha hecho por un importe igual o inferior a 300 euros anuales[198]. El patrimonio medio acumulado por partícipe en el año 2020 (medido como ahorro medio) en el caso de los planes de pensiones de empleo es de 17.601 €, mientras que en el caso de los planes de pensiones individuales es de 10.974 €[199].

El balance económico de la PSC en España es positivo por cuanto ha terminado por instaurarse un sistema complementario de capitalización. De ello da prueba el salto que se ha dado en el período 1987-2007 en volumen de recursos afectos a los sistemas de previsión privada: se ha pasado de 3,7 millardos en 1985 a 260,2 al cierre del 2º trimestre de 2007, esto es, casi 70 veces más[200]. No obstante, el balance social merece distinta consideración ya que la capacidad

[198] DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES. Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria 2020 y avance 2021 págs 40 y. 85.

[199] DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES. Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria 2020 y avance 2021 págs 5 y 6.

[200] Inverco: *La Ley de Planes y Fondos de Pensiones; 20 años después*, Madrid, Inverco, 2007, p. 276.

manifestada por estos instrumentos para generalizar coberturas de protección social ha sido limitada hasta ahora y sus perspectivas para los próximos años no son mejores[201].

La ordenación legal vigente de las pensiones privadas es el resultado de intervenciones normativas de diferente signo adoptadas en momentos históricos distintos. Sobre este particular, ya se ha dado cuenta más arriba de los procesos legislativos más importantes que han tenido como resultado el modelo legal de PSC vigente. Del lado de los planes y fondos de pensiones, nos encontramos con una legislación específica que en la actualidad está conformada por el RD-Leg. 1/2002, de 29 de diciembre (TRLPFP) y su pertinente desarrollo reglamentario contenido en el RD 304/2004, de 20 de febrero (RPFP). Del resto de instrumentos de previsión social, conviene destacar el RD-Legislativo 6/2004, de 29 de octubre (TRLOSSP).

Se trata de un modelo legal más o menos acabado que ha tenido cierta estabilidad en los últimos años, pero que, a tenor de las dificultades para generalizar la PSC entre los ciudadanos, sobre todo en el sentido de que los instrumentos que la conforman se constituyan en verdaderos mecanismos de complementación de las pensiones públicas, ha vuelto a ser objeto de importantes retoques. Se trata de cambios puntuales, pero todos ellos se orientan en la misma dirección que siempre: la de propiciar la extensión de dichos mecanismos.

La primera reforma destacable se produce en el marco de la tributación de dichos instrumentos. La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio introduce reformas de importancia en materia de previsión social complementaria en la empresa. Las más destacadas afectaron, de un lado, a la creación de una nueva modalidad de seguro colectivo apto para la exteriorización de compromisos por pensiones, los planes de previsión social empresarial; en segundo lugar, se produce una modificación sustancial de la fiscalidad de las aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social complementaria, que afecta tanto al límite de la reducción de las mismas, como a la forma de percepción de las prestaciones y a los propios instrumentos de previsión que dan derecho a desgravación[202].

En sede reglamentaria se produjeron dos cambios significativos: el primero, en 2007 (RD 1684/2007) para, sobre todo, incorporar las novedades introducidas por la Ley 35/2006; y, el segundo, a través del RD 1299/2009, de 31 de julio, en el que entre otros aspectos se suprime la exigencia del plazo de 12 meses continuados en situación legal de desempleo, con el fin de que los partícipes de un plan de pensiones que se encuentren en dicha situación y vean mermada sensiblemente su renta disponible, puedan acceder de modo inmediato al ahorro acumulado en el plan para atender a sus necesidades económicas, una vez agotadas las prestaciones por desempleo contributivas o en caso de no tener derecho a dichas prestaciones.

Otra norma legal que incide en los últimos años en las pensiones privadas es la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. A través de ella se adoptan medidas de reforma a aplicar en los mercados de seguros y fondos de pensiones con el objetivo de mejorar la tutela de los derechos de los asegurados y fomentar el desarrollo de la actividad económica en dicho sector. Los cambios introducidos por la Ley a través de la Disposición Final 13ª no son menores: se incide en aspectos tales como la comercialización de los planes de pensiones, la movilización de

[201] CCOO: *El sistema de protección social en España,* Madrid, Cuadernos de Información Sindical, núm. 39 (2013), pp. 53-59.

[202] La reforma incorporaba otros aspectos relevantes: entre otros, la movilización de derechos entre sistemas de previsión social empresarial o la incorporación de la dependencia severa o gran dependencia como nueva contingencia.

los derechos consolidados, la revisión del sistema financiero-actuarial, el régimen administrativo de los fondos, la actuación de las entidades depositarias, etc.

Por lo demás, la Protección Social Complementaria ha tenido en el marco del proceso político del Pacto de Toledo una gran importancia. En la anterior versión de dicho documento, esto es, el *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*, se incidió en una materia que se pretendía que fuera, como en otras ocasiones, un elemento sustancial de nuestro sistema de protección social. Así se desprendía de la Recomendación núm. 16 de dicho documento donde se volvía a valorar positivamente que "la protección social voluntaria, además de orientarse específicamente a un horizonte de ahorro a medio y largo plazo, sirva de complemento y mejora a las prestaciones de la Seguridad Social (…)".

Resultado de la aprobación de dicho documento fueron algunas de las orientaciones y medidas de reforma que se adoptaron en la materia con ocasión de la aprobación de la Ley 27/2011, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. De un lado, se atendió el mandato impuesto por el TC en su sentencia de 29 de noviembre de 2010 en la que se declaraba inconstitucional la designación sindical efectuada en virtud de pacto colectivo. Ello obligó al legislador a reformular la redacción del art. 7.2 LPFP a través de la Disposición final tercera de la Ley 27/2011. En esta disposición se mantenía igualmente la vía de intervención de la negociación colectiva en la designación de los miembros del órgano de supervisión y control del plan, pero se incorporaban mecanismos de participación de quienes no eran partícipes en activo.

Relevante ha sido otra de las modificaciones del TRLPFP que se centró en el ámbito de la Comisión de Control de los Fondos de Pensiones, incorporándose un nuevo apartado al art. 14 de la norma legal. En este caso, se obligaba a dicho órgano a que, con la participación de la entidad gestora, elaborase por escrito una declaración comprensiva de los principios de su política de inversión. A dicha declaración se le debía dar suficiente publicidad, debiéndose mencionar si se tenía en consideración, en las decisiones de inversión, los riesgos extrafinancieros (éticos, sociales, medioambientales, ecológicos y de buen gobierno) que afectasen a los diferentes activos que integran el fondo de pensiones. De la misma manera, la comisión de control del fondo de pensiones de empleo, o en su caso la entidad gestora, debía dejar constancia, en el informe de gestión anual del fondo de pensiones de empleo, la política ejercida en relación con los criterios de inversión socialmente responsable anteriormente mencionados, así como del procedimiento seguido para su implantación, gestión y seguimiento[203].

El tercero de los aspectos a destacar se refiere a determinadas obligaciones y derechos de información que se contienen en la Disposición Adicional Vigésima Sexta de la Ley 27/2011. Se trata de la obligación que se impone a la Administración de la Seguridad Social de informar a cada trabajador sobre su futuro derecho a la jubilación. Este deber corresponde también a los instrumentos de carácter complementario o alternativo que contemplen compromisos por jubilación tales como Mutualidades de Previsión Social, Mutualidades alternativas, Planes de Previsión Social Empresariales, Planes de Previsión Asegurados, Planes y Fondos de Pensiones y Seguros individuales y colectivos de instrumentación de compromisos por pensiones de las empresas. La información deberá facilitarse con la misma periodicidad y en términos comparables y homogéneos con la suministrada por la Seguridad Social.

[203] Un análisis más detallado sobre la relación de las pensiones privadas y la inversión socialmente responsable en Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "La responsabilidad social de la empresa y los sistemas de pensiones: la inversión socialmente responsable", en López Cumpre, L. (Coord.) *et altri*: *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Granada, Comares, 2012, pp. 1229-1258.

Finalmente, la Disp. Adicional decimonovena de la Ley 27/2011 obligaba al Gobierno a que en el plazo de seis meses remitiera al Congreso de los Diputados un informe sobre el grado de desarrollo de la previsión social complementaria y sobre las medidas que podrían adoptarse para promover su desarrollo en España. A día de hoy, dicho Informe no ha visto la luz, aunque en su momento se dieron a conocer algunos elementos de un primer borrador.

En general, como ya se ha indicado, los cambios normativos propiciados hasta la fecha se han orientado en la línea de favorecer la expansión de los mecanismos de la PSC. Sin embargo, no todas las intervenciones del legislador han ido en esa dirección. En efecto, en el marco de la política de austeridad se adoptó el RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre para la corrección del déficit público, por el que se establece una importante medida que afecta a las Administraciones, entidades, y sociedades que actualmente constituyen el sector público, consistente en no poder realizar, durante el ejercicio 2012, aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación (art. 2.Tres). Para el 2013, la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, volvió a recoger dicha medida, aunque se incorporó la opción de poder realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyesen la cobertura de contingencias distintas a la de jubilación, y siempre que con dicha medida no se produjera un incremento de la masa salarial (art. 22. Tres, párrafo 2º). Un paso más se dio con ocasión de la aprobación de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, que aún, cuando repitió el mismo esquema regulador, esto es, la prohibición general de realizar aportaciones a planes y seguros que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación exceptuó de la misma a los instrumentos de previsión que hubieran sido suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 (art. 20. Tres). Este último esquema se repite en las Leyes de Presupuestos de los años siguientes (2014, 2015, 2016 y 2017). Sin embargo, en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se levanta la prohibición tantos años mantenida, permitiendo realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos, siempre que no se supere el incremento global fijado del 1,5 (art. 18.3).

Continuando en el marco de las Leyes de Presupuestos, conviene destacar igualmente la de 2012, dado que con la misma se modifica el art. 8.6 TRLPFP en lo que se refiere a la prestación de jubilación. Con esta reforma se permite que los planes puedan prever el pago de dicha prestación en el caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a la situación legal de desempleo en los casos contemplados en los artículos 49.1.g), 51, 52 y 57 bis del ET. En línea con lo establecido por la última reforma laboral, se suprime de la redacción anterior del precepto la referencia al expediente de regulación de empleo aprobado por la autoridad laboral. Se procede, en este sentido, a especificar los supuestos a través de los cuáles se podrá percibir la prestación de jubilación: muerte, jubilación o incapacidad del empresario, extinción de la personalidad jurídica del contratante (art. 49.1.g); despido colectivo (art. 51); extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (art. 52) y procedimiento concursal (art. 57 bis).

Es destacable la realización de reformas en dos direcciones. De un lado, con ocasión de la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, se introduce una Disp. Adic. Séptima en el TRLPFP en la que se permite, durante el plazo de dos años, que los partícipes de los planes de pensiones puedan hacer efectivos sus derechos consolidados en el supuesto de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual del partícipe. Dicha posibilidad se somete al cumplimiento de una serie requisitos legamente establecidos. Asimismo, lo dispuesto en esta disposición será igualmente aplicable a los asegurados de los planes de previsión asegurados, planes de previsión social empresarial, Mutualidades de previsión social y, en general, a los seguros colectivos que instrumenten compromisos por pensiones en los que se haya transmitido a los asegurados la titularidad de los derechos derivados de las primas pagadas por la empresa así como respecto

a los derechos correspondientes a primas pagadas por aquéllos. En segundo lugar, el RD-ley 4/2013, de 22 de febrero modificó la normativa de seguros y de planes y fondos de pensiones incorporando entre los activos aptos para la inversión: los valores y derechos negociados en el Mercado Alternativo Bursátil y en el Mercado Alternativo de Renta Fija (artículos 17 y 18).

Por último, en el ámbito reglamentario, se producen dos reformas adicionales. De un lado, se da aprobación al Real Decreto 681/2014, de 1 de agosto, en el que, entre otras cuestiones, se modifican tanto el RPFP, acomodando dicho reglamento a los cambios operados en la legislación de planes y fondos de pensiones, como el RICP, en lo que se refiere al pago del derecho de rescate en los seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones, al régimen de información a asegurados y beneficiarios en este tipo de contratos y a los planes de previsión social empresarial. Por otro lado, otra de las reformas se ha producido con ocasión de la aprobación del Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero, por el que se vuelven a modificar tanto el RPFP como el RICP. Entre otros aspectos, se introduce en ambas normas un nuevo supuesto de liquidez en planes de pensiones y sistemas análogos y se adaptan los procedimientos de movilización de derechos[204]. También se modifica el artículo 84 del RPFP, que regula las comisiones de gestión y depósito a percibir por las entidades gestoras y depositarias de fondos de pensiones.

Con todo, esta visión general de las modificaciones operadas en los últimos años en materia de pensiones privadas da idea de las idas y venidas del legislador en punto a alterar el régimen jurídico de dichos instrumentos de previsión con el objetivo de propiciar mejoras (más aparentes que reales) que traten de impulsar aquellas. Se trata de un proceso imparable que cada cierto tiempo vuelve a aparecer, propiciándose importantes cambios en la materia. Y así, en este año, se realizan nuevas propuestas reformadoras, aprovechando, de un lado, la aprobación del nuevo texto del Pacto de Toledo y, por otro, la adopción de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021), como se indicará después.

En relación al primer punto, cabe destacar las nuevas orientaciones que plantea el *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo* aprobado recientemente. En su Recomendación 16ª se vuelve a hacer una apuesta en favor de los sistemas complementarios, teniendo en cuenta la recuperación -por entonces- de los salarios y el fortalecimiento de la negociación colectiva. Este apoyo explícito a la implantación efectiva de las pensiones privadas se hace añadiendo una serie de consideraciones que han estado presentes en documentos anteriores: de un lado, la preferencia en favor de los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva que integran el denominado como segundo pilar del modelo de pensiones y, de otro, la necesidad de una reformulación de su fiscalidad.

En el primer caso, se añade que dichos sistemas de empleo "deben permitir desarrollar un sistema de aportaciones suficiente, eficaz y duradero, en un porcentaje de la base de contingencias comunes u otros criterios objetivos, y con fórmulas específicas de apoyo a los salarios más bajos o a las carreras profesionales más vulnerables, incorporando la solidaridad en determinadas contingencias". Y también, que "el esfuerzo de trabajadores y de empresas debe ser adecuado, proporcional y sostenido en el tiempo; debe cubrir al menos las contingencias de jubilación, invalidez y fallecimiento; y debería materializarse en entidades que preferentemente abonen complementos en forma de renta". Pero *la principal novedad en este punto es la alusión que hace dicho documento a que estos sistemas complementarios de empleo no deban tener de forma prioritaria ánimo de lucro*.

[204] De forma reciente, el Real Decreto-ley 15/2020 de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo por la crisis de la COVID-19 establece las condiciones y los requisitos necesarios para poder rescatar el plan de pensiones o cualquier otro vehículo de previsión ligado a la jubilación para los afectados por la pandemia.

En relación a la fiscalidad, el informe, apoyándose en las observaciones hechas por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (Airef) en su estudio sobre la evaluación de los beneficios fiscales de julio de 2020, considera que dichos instrumentos de previsión privados colectivos deberían tener "un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado, mejorando el existente en la actualidad y entendiendo que en ningún caso dichos sistemas de ahorro puedan ser considerados como meros productos financieros". La evaluación realizada por la Airef de las ventajas fiscales que tienen las aportaciones a sistemas de previsión social ponía de manifiesto que estas no sirven adecuadamente al objetivo de estimular el ahorro previsional a largo plazo e incluso pueden resultar negativas para un conjunto amplio de ahorradores en función de diversas circunstancias[205].

A partir de las observaciones realizadas en el Informe del Pacto de Toledo, el legislador ha optado por hacer dos propuestas de reforma de los sistemas complementarios. Estas se recogen en la *Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021* y tratan los dos aspectos antes mencionados: de un lado, el impulso de los instrumentos colectivos de previsión del segundo pilar; y, de otro, la remodelación de los incentivos fiscales a dichos mecanismos.

Respecto a lo primero, la Disposición Adicional Cuadragésima de la Ley Presupuestaria exige al Gobierno que presente un *Proyecto de sobre fondos de pensiones públicos de empleo* en el que se atribuya a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción. De este modo, el ejecutivo atiende al mandato contenido en el Informe del Pacto de Toledo en el que se pide que se impulsen los sistemas complementarios de empleo y, además, se haga a través de instituciones sin ánimo de lucro. Respecto a dichos fondos, la citada disposición indica que tendrán carácter abierto en relación con los procesos de inversión desarrollados y establece una serie de características. De un lado, se establece que el fondo estará integrado por planes de pensiones de empleo de aportación definida para la jubilación que hayan decidido adscribirse al fondo público y así conste en sus especificaciones, pero también por aquellos otros planes de empleo que no hayan determinado un fondo de pensiones específico. De otro, se señala que deberá existir una Comisión de Control en la que se aprobará la política de inversiones del fondo, constando la misma en escritura pública, no pudiéndose modificar, salvo con autorización expresa otorgada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. El propio Ministerio tendrá derecho de veto respecto de las decisiones de la comisión de control del fondo que afecten a la estrategia de inversión. En relación a las entidades encargadas de la gestión y depósito del fondo la norma prevé que sean entidades privadas y que sean seleccionadas a través de concurso competitivo abierto. Sobre estas, el Ministerio tendrá derecho de veto en relación a su posible sustitución. Finalmente, la norma presupuestaria alude a la posibilidad de que se integren en el fondo planes de pensiones asociados de trabajadores autónomos.

En relación a la deducibilidad fiscal a los planes de pensiones, la Ley de Presupuestos opta por diferenciar los límites de aportación a sistemas de previsión, de modo que propone rebajar los límites de aportación a planes individuales, al tiempo que eleva los de los sistemas de empleo. Ello exigiría modificar el artículo 5.3.a) del TRLPFP que hasta ahora no contemplaba un régimen jurídico diferenciado en este punto.

[205] Airef: *Estudio Beneficios Fiscales*, Madrid, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, 2020, p. 79.

3. El impulso legal a los planes de pensiones de empleo: los fondos de pensiones de empleo de promoción pública y los planes de pensiones de empleo simplificados: configuración de sus rasgos tipológicos[206]

La reforma del sistema de planes de pensiones de empleo realizada desde la Ley 12/2022 parte de la premisa de que, a juicio del legislador, es insuficiente el desarrollo que han alcanzado en España los instrumentos de previsión social complementaria en general y particularmente los planes de pensiones de empleo. Esta Ley no lleva a cabo una reforma legislativa más de carácter ordinario e instrumental, sino que estamos ante una reforma de gran calado y envergadura que supone una reformulación del modelo normativo de regulación de los planes y fondos de pensiones en nuestro país.

El Preámbulo de la Ley que ordena la reforma describe dicha insuficiencia destacando dos hechos. De un lado, y pese a reconocer de forma expresa la las particularidades propias de nuestro sistema de pensiones, señala las diferencias de cobertura que presentan estos instrumentos en comparación con otros países de nuestro entorno europeo. En concreto, se llama la atención respecto de que en España los planes de pensiones de empleo apenas alcancen a poco más del 10 % de la población activa ocupada y que el nivel de ahorro acumulado en los mismos no llegue al 1 % de la masa salarial del conjunto de la población activa ocupada. Unas cifras que comparan con la cobertura europea de estos instrumentos, que se ordena en un amplio margen que oscila entre el 25 % y el 60 % de la población asalariada en aquellos países en los que los planes se ordenan a través de la negociación colectiva voluntaria, como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico.

De igual forma se destaca la pérdida de peso relativo que acumulan los instrumentos de segundo pilar respecto del conjunto de la previsión social complementaria. Así, el preámbulo de la norma alerta del hecho de que el patrimonio gestionado en los fondos de pensiones de empleo si bien representaba en la década de 1990 el 50 % del total de la previsión social complementaria, en la actualidad sólo supone algo más del 25 %.

Llama la atención el hecho de que el Preámbulo de la Ley no se haya detenido a establecer de forma expresa cuáles son las posibles causas que pueden explicar esta situación y, obviando esta fase de evaluación, se haya optado por presentar directamente los objetivos que se persiguen y las medidas con las que se busca alcanzarlos.

Así, los objetivos expresos de la reforma son dos. De un lado revertir esta tendencia y fomentar la potenciación de la previsión social complementaria de corte profesional a partir del desarrollo de los planes de pensiones de empleo, buscando el reforzamiento de su anclaje en la negociación colectiva sectorial y facilitando así el acceso a colectivos que, hasta ahora, parecen encontrar dificultades para acceder a los mismos.

De otro lado, la reforma busca mejorar la eficiencia de los instrumentos de previsión social empresarial sobre la base de garantizar una mayor dimensión de sus patrimonios. Se busca así favorecer la existencia de fondos de pensiones de empleo con una dimensión adecuada que permita garantizar menores costes de gestión, permitir una distribución de inversiones

[206] Para su caracterización técnica y régimen jurídico completo de estas modalidades de fondos y planes de pensiones colectivos o del sistema de empleo, véase *in extenso,* la reciente y primera gran monografía sobre el tema, Monereo Pérez, J.L. y Martín-Serrano Jiménez, E.: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones tras la reforma creadora de los fondos de pensiones de promoción pública (Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo)*, Murcia, Laborum (Col. Trabajos de Investigación), 2022, donde se realiza un análisis más amplio, detallado y, por tanto, más completo de las propuestas de reforma de *lege ferenda.*

diversificada y, con todo ello, mejorar los niveles de rentabilidad que los sitúe en la línea con los de otras instituciones de inversión colectiva.

Para alcanzar ambos objetivos, la reforma se ordena en tres líneas de actuación que podríamos señalar como estratégicas.

La primera de ellas consiste en el impulso del papel de la negociación colectiva sectorial mediante la promoción de planes sectoriales que sirvan para encuadrar a los convenios territoriales o de empresa de modo que se facilite así la adscripción de las empresas y de las personas trabajadoras empleadas en ellas. La negociación colectiva se establece así como clave en el proceso de expansión de la previsión social empresarial que busca por esta vía introducirlos en sectores en los que prevalece la presencia de pequeñas y medianas empresas que hasta ahora sólo han sido capaces de desarrollar planes sectoriales a escala nacional de manera casi testimonial, fundamentalmente a través de los planes de promoción conjunta. El objetivo expreso de la reforma a este respecto se sitúa en "alcanzar la universalidad de estos planes de pensiones de empleo para todos los trabajadores y trabajadoras"; un reto quizá demasiado ambicioso al punto de partida del que nace.

La segunda línea de actuación estratégica consiste en el desarrollo de una regulación específica para el sector público con la que se busca la generalización de los planes de pensiones de empleo para empleados públicos, especialmente entre las entidades locales pequeñas y medianas. No obstante, se señala a este respecto que el alcance de dicha regulación en el sector público ha de entenderse condicionado dentro de los límites que fijen las normas básicas sobre aumentos retributivos.

La tercera y última línea estratégica que promueve la reforma consiste en el desarrollo de planes específicos para trabajadores por cuenta propia o autónomos dentro de la previsión social empresarial. Se busca con ello encauzar de una forma más efectiva el ahorro para la jubilación de este colectivo profesional y permitir con ello una minoración de por comisiones a través de la contratación de los nuevos planes de pensiones simplificados creados en esta reforma.

Enmarcadas en estas tres líneas de actuación estratégica, el nuevo texto legal desarrolla un total de seis medidas concretas con las que se pretende alcanzar los objetivos señalados en la reforma.

1ª.- Creación de fondos de pensiones de empleo de promoción pública al que pueden adscribirse tanto planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación como el conjunto de instrumentos de previsión social empresarial.

Se trata de una de las medidas estrellas de la reforma. Básicamente la idea que está detrás de esta iniciativa es la de conseguir garantizar una dimensión adecuada de los patrimonios acumulados por los distintos planes de pensiones de empleo, agrupándolos en el marco de una serie de fondos de pensiones impulsados por la administración pública.

Se prevé que dichos fondos de promoción pública estarán gestionado por el sector privado, pero su modelo de gobernanza prevé un papel de pleno control por parte de la administración pública, muy por encima incluso de la capacidad de actuación que se reserva a los propios partícipes y promotores que son quienes finalmente han de asumir el riesgo de su financiación.

2ª.- Creación de los planes de pensiones de empleo simplificados impulsados en el marco de la negociación colectiva de carácter sectorial

Junto con la medida anterior constituye el núcleo central de la reforma. Se trata de establecer un nuevo marco regulador que, sobre la base del impulso de la negociación colectiva de ámbito preferentemente sectorial, permita aumentar la población cubierta por planes de pensiones del sistema de empleo, singularmente en el caso de la pequeña y mediana empresa. Más relevante incluso parece el hecho de que estos nuevos instrumentos queden abiertos a la incorporación de los colectivos de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

3ª.- Simplificación de los trámites en la adscripción y gestión de los planes de pensiones, fundamentalmente mediante la utilización de sistemas de digitalización para que las operaciones de alta de la empresa y del partícipe, aportación, información de rentabilidad y movimientos, petición de prestaciones y cobro se hagan de forma on-line. En este punto se fija como objetivo específico no dejar fuera a ninguna persona por causa de la brecha digital.

4ª.- Diseño de mecanismos que favorezcan la movilidad de los trabajadores entre las diferentes empresas y sectores. La puesta en marcha de una plataforma digital común que deberán usar todas las entidades gestoras y depositarias se constituye así como un instrumento especialmente relevante a este respecto.

5ª.- Diseño de un nuevo incentivo fiscal dirigido a impulsar este tipo de instrumentos colectivos, respecto del que se dice buscar que beneficie especialmente el ahorro de las rentas medias y bajas y en el que se destaca el objetivo de incorporar a los jóvenes de manera más eficaz. Para ello se prevé una ampliación de los límites fiscales y financieros a las aportaciones a planes de pensiones de empleo previstos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y un nuevo régimen de cotización a la Seguridad Social de dichas aportaciones, excluyendo de la obligación de cotización a una parte de las aportaciones.

Esta medida adquiere mayor importancia en el marco de la diferenciación de política fiscal que en los últimos ejercicios se ha producido entre los instrumentos de segundo y tercer pilar, concentrándose ahora ya de forma muy intensa los beneficios tributarios en los instrumentos de previsión social de carácter colectivo frente a los de carácter estrictamente individual.

Para tener una idea de la dimensión de la reorientación que ha registrado esta política fiscal, baste con señalar que hasta el ejercicio 2015 tanto los planes individuales como los de empleo tenían establecido el límite de aportaciones en 10.000 euros anuales. Sin embargo, las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado han venido reduciendo dicho límite de aportación hasta los 8.000 euros anuales[207] en el año 2020, hasta 2.000 euros anuales en el año 2021 y hasta 1.500 euros anuales en el año 2022.

Por su parte, la aportación máxima anual a planes de pensiones de empleo se ha mantenido en el año 2021 se mantuvo en 8.000 euros anuales y, posteriormente, en el ejercicio 2022 se ha incrementado hasta los 8.500 euros anuales.

Se busca así focalizar los beneficios fiscales en aquellas figuras que, por su estricta naturaleza colectiva se financian principalmente por contribuciones empresariales y,

[207] El límite máximo de la reducción general en el IRPF se establecía en la cuantía menor de las siguientes: 8.000 euros de aportación individual o empresarial, o el 30 % de la suma de los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas percibidos individualmente en el ejercicio por la persona declarante.

por tanto, responden a una lógica claramente orientada a servir como instrumentos de previsión social complementaria; frente a los instrumentos de carácter individual financiados exclusivamente desde la capacidad de renta disponible de las personas y que, por tanto, cabría vincular en una órbita más cercana a instrumentos propiamente de ahorro.

Dentro de las medidas de incentivo se ha establecido también una reducción de la cuota empresarial por contingencias comunes a la Seguridad Social respecto de los importes de las contribuciones empresariales a los planes de pensiones de empleo. En relación a esta medida la exposición de motivos de la norma prevé esta medida ha de servir como incentivo a la negociación colectiva sectorial para la generalización entre la población trabajadora de este tipo de instrumentos de dimensión colectiva.

Y, más aún, establece que este incentivo ha de operar sin causar ningún perjuicio al sistema público de Seguridad Social, cuya centralidad dentro del entramado institucional que conforma nuestro modelo de protección social en esta reforma se reconoce como inherente a la configuración institucional de nuestro Estado social. Cabría en este sentido explicar que las reducciones de cuotas están expresamente contempladas en la Disposición adicional trigésima segunda TRLGSS, dentro de las funciones de gasto que el Estado debe asumir en la financiación de la acción protectora de la Seguridad Social en cumplimiento del principio de separación de fuentes consagrado en el Pacto de Toledo. De modo que se prevé así que la Ley de Presupuestos Generales del Estado contemplará anualmente una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social para la financiación de los beneficios y exenciones en cotización a la Seguridad Social de determinados regímenes y colectivos, entre los que se incluirá el coste de esta reducción de cuotas. Ahora bien, no debe olvidarse que estas transferencias estatales (que puede instrumentarse a través de impuestos finalistas enmarcados en una política de redistributiva de rentas más amplia) se enmarca en un cuadro de medidas de financiación más amplias que van desde la racionalización interna (y la exclusión de los extraño a lo que la finalidad propia y específica de la seguridad social) hasta el incremento de las cotizaciones sociales. Por lo demás, tampoco cabe desconocer que la responsabilidad última del mantenimiento del Sistema público de pensiones en sus niveles contributivos y no contributivos corresponde al Estado por imperativo constitucional (artículos 41, 50, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 de nuestra Carta Magna). Asimismo, no cabe desconocer que las pensiones públicas no son tanto una "carga" que pesa sobre la sociedad, como una "inversión" y un derecho social fundamental de las personas en un Estado del Bienestar social (que además, se trata de personas mayores que han realizado directamente o se les ha imputado en parte cotizaciones sociales con ocasión de la realización de un trabajo profesional y esperan legítimamente una renta de sustitución próxima a las rentas percibidas durante la vida activa; y estas cotizaciones sociales los recursos financieros principales del Sistema de pensiones públicas contributivas).

6ª.- Limitación de los costes de gestión de los planes de empleo y transparencia en la información a los partícipes. Si bien en este caso, el texto legislativo se remite a posteriores desarrollos reglamentarios.

El Preámbulo de la norma (Ley 12/2022, de 30 de junio, para el impulso de los planes de pensiones de empleo) no se detiene a evaluar las causas concretas que pueden explicar el escaso

desarrollo de los instrumentos de segundo pilar en España. No obstante, de la lectura sistemática de las diferentes medidas que se proponen cabría interpretar que, en opinión del legislador, parece tener más peso el modelo jurídico y singularmente el modelo de gobernanza de los planes de pensiones de empleo, antes que los condicionantes de carácter socio-económico que se derivan de nuestro modelo productivo (tamaño de empresas, estructura salarial, etc.). De ahí que la reforma se centre prioritariamente sobre el marco jurídico de estos instrumentos en la idea de que ello corrija la situación que se pretende modificar.

Hay destacar que la reforma e impulso de los sistemas complementarios de pensiones se inserta en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia, presentado por el Gobierno española ante la Unión Europea el 16 de junio de 2021 (y aceptado después por las Instituciones Políticas de la Unión). Y los objetivos comprometidos se desplegarán en un proceso que durará varios años para ser completado íntegramente. Recuérdese el contenido básico al respecto recogido en el Componente *C30-R5. Reforma e impulso de los sistemas complementarios de pensiones.* En éste se indicaba que hasta ahora, los sistemas complementarios de pensiones han tenido principalmente un carácter individual, con poco éxito en su modalidad de empresa, poco impacto macroeconómico en la incentivación del ahorro a largo plazo y, además, un alto coste fiscal con resultados regresivos.

Mediante esta reforma se pretende revisar el marco regulador del sistema de pensiones complementarias con el fin de impulsar los planes de pensiones de empleo en el ámbito de la negociación colectiva, preferentemente sectorial. Para ello, se prevé la aprobación de un nuevo marco jurídico para el impulso de los planes de pensiones de empleo con el fin de dar cobertura a colectivos de trabajadores sin planes de empleo en sus empresas o autónomos que actualmente no tienen acceso a estos instrumentos de segundo pilar. Como novedad, podrán articularse a través de fondos de pensiones de promoción pública que introducirán competencia en el sector, mejorando la eficiencia de costes. Se favorecerá, además, la movilidad de los trabajadores entre empresas gracias a la posibilidad de traspasar los derechos por las aportaciones realizadas en la empresa de origen.

Para extender su uso, se desplazará la fiscalidad actualmente favorable de los planes individuales hacia los planes de empleo procedentes de la negociación colectiva. El objetivo es la extensión de estos planes complementarios vinculados al empleo, de manera que la población cubierta aumente desde los dos millones de trabajadores actuales a trece millones en 2030 y hasta alcanzar el 80 % de la población activa ocupada cubierta en el largo plazo; y que los activos bajo gestión, en términos de PIB, pasen de menos del 3 % al 9 % al final de esta década y un 18 % en 2040 y un 31 % en 2050, convirtiéndose en una fuente fundamental de financiación privada de las inversiones para la transición energética y digital.

Esta reforma está en línea con las directrices de la UE relativas a la Unión de Mercados de Capitales, la Directiva de Supervisión de Fondos de Pensiones (IOPR II) y la de Finanzas Sostenibles.

b) Evidencia, análisis y datos que motiven la necesidad de la reforma El sistema no cumple en la actualidad con su principal objetivo que es el de incentivar el ahorro para la jubilación. De hecho, es fiscalmente regresivo y se presenta como un producto financiero con un alto coste lo que conlleva una escasa participación de la población más joven (únicamente los planes de pensiones del sistema de empleo, sometidos a un principio de no discriminación más estricto, abarcan a la población joven más eficazmente). Así lo ha puesto de manifiesto la AIReF y queda reflejado en los siguientes datos.

Un 69 % de los planes de pensiones en España se formalizan a través de la modalidad individual, mientras que únicamente un 31 % a través de la modalidad de empleo. El 10 % de la población con más renta se beneficia de dos terceras partes de las reducciones fiscales por aportaciones a los planes. El volumen global de fondos de pensiones no supera el 10 % del PIB (incluyendo las tres modalidades de planes de pensiones individuales, asociados y de empleo), muy por debajo de la media de los países de la Eurozona (35 % del PIB), con la particularidad de que mientras los planes individuales crecen moderadamente, los planes de empleo permanecen estancados en el entorno de los 34.000 millones de euros desde 2014 y con una tendencia a la baja del número de partícipes desde 2011.

Para ello el Gobierno planteará las siguientes medidas específicas:

- Creación de fondos de pensiones de empleo de promoción pública, gestionados por el sector privado, al que puedan adscribirse planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación.
- Extender la población cubierta por planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para jubilación con financiación mixta de empresa y trabajadores a través de la negociación colectiva de dimensión preferentemente sectorial, para lo cual se han de establecer mecanismos e incentivos que hagan efectiva esta extensión.
- Simplificación de los trámites en la adscripción y gestión de los planes de pensiones usando especialmente la digitalización para que las operaciones de alta de la empresa y del partícipe, aportación, información de rentabilidad y movimientos, petición de prestaciones y cobro sean on-line.
- Diseño de mecanismos que favorezcan la movilidad de los trabajadores entre las diferentes empresas y sectores.
- Diseño de un nuevo incentivo fiscal dirigido a impulsar este tipo de instrumentos colectivos, que beneficie especialmente el ahorro de las rentas medias y bajas e incorpore a los jóvenes de manera más eficaz.
- Limitación de los costes de gestión de los planes de empleo por debajo del 0,30 % de los activos gestionados.

c) Colectivo objetivo de la reforma La reforma tiene un carácter sectorial de modo que pretende cubrir a toda la población trabajadora, incluyendo singularmente a los trabajadores autónomos y los menores de 35 años.

Asimismo, se pretende la extensión progresiva de los planes de empleo entre los empleados públicos, unos 3 millones de empleados, dada la heterogeneidad de la cobertura ente los diversos niveles de administración territorial, estableciendo unos estándares mínimos.

d) Implementación de la reforma. Los Presupuestos Generales del Estado para 2021 ya desplazan el tratamiento de la fiscalidad asociada a planes de pensiones individuales a favor de este pilar de empresa; mientras que su Disposición Adicional 40 del mismo contempla la promoción pública de fondo de pensiones de empleo.

e) Administración ejecutora Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Ministerio de Hacienda y Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital

f) Involucración de stakeholders. Esta reforma viene avalada por la *Recomendación 16* del Pacto de Toledo ratificado por el pleno del Congreso de los Diputados. Como protagonistas de la negociación colectiva, el papel de los interlocutores sociales es fundamental, de ahí que sea éste uno de los asuntos que el Gobierno ha planteado en la mesa de diálogo social.

También se confía en tener el respaldo de las asociaciones profesionales de actuarios, de planificadores financieros y de la organización de consultores de pensiones Asimismo se espera tener el respaldo de las asociaciones de gestores de inversión colectiva y del sector asegurador.

g) Principales impedimentos para las reformas y estrategias de solución para los mismos. No se prevén impedimentos relevantes. El desafío más importante es lograr la implantación de la modalidad del sistema de empleo a través de la negociación colectiva.

h) Calendario de implementación de la reforma Aprobación en el primer semestre de 2022, si bien la reforma tendrá un claro efecto acumulativo en el tiempo.

4. El futuro de los sistemas privados complementarios de pensiones dentro de un modelo global de pensiones garantista[208]

El punto de partida, como se infiere de lo expuesto, es que frente a las opciones neoliberales de desmantelamiento gradual del nivel contributivo del sistema público de pensiones , si apuesta por la opción de política del Derecho Social más avanzada que reside en construir un sistema global de pensiones en doble dimensión interrelacionada, pública (seguridad social) y privada (previsión privada); opción que resulta, sin duda, más coherente con nuestro modelo constitucional de textura relativamente abierta. Se trata de sistema complementarios que pueden diseñarse como "vasos comunicantes" (orientación privatista fuerte) o prescindiendo de ellos como una delimitación de espacios propio entre lo público y lo privado evitando que el sector privado de la previsión "se alimente" del sistema público (es decir, de la reducción de la cuantía y calidad en su conjunto de las pensiones públicas). De no ser así, los sistemas complementarios se convertirían en sistemas "sustitutivos" llamados a desplazar al sistema público de pensiones con la tendencia a privatizar las pensiones contributivas y dejar al sector público (seguridad social) tan sólo o principalmente la garantía de pensiones mínimas. De ser así, se produciría una ruptura del modelo constitucional ex artículos 41 y 50 (interpretado con arreglo al canon hermenéutico de interpretación ex art. 10.2 de nuestra Carta Magna), pues de desnaturalizaría el principio de "suficiencia contributiva" en favor de una asistencialización de las pensiones en grado minimalista y marginalista. La *implantación del constructo de los "vasos comunicantes" exigiría la implantación de un modelo de reforma sistémica* -no paramétrica- que sustituiría la protección pública (la responsabilidad estatal) por la responsabilidad individual, que, en realidad, sólo podrían ostentar aquellas personas que disponen de los medios suficientes para ello, incrementando los niveles de desigualdad en de cobertura frente a los riesgos y situaciones de necesidad. Pero, afortunadamente, se dispone de un marco garantista multinivel de las pensiones que puede ser utilizado como palanca de los cambios; y, además, aún se está a tiempo de corregir un rumbo que se podría adivinar como realmente desastroso desde el punto de vista del bienestar social.

[208] *In extenso,* Monereo Pérez, J.L. y Martín-Serrano Jiménez, E.: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones tras la reforma creadora de los fondos de pensiones de promoción pública (Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo)*, Murcia, Laborum (Col. Trabajos de Investigación), 2022, donde se realiza un análisis más amplio, detallado y, por tanto, más completo de las propuestas de reforma de *lege ferenda.*

No sólo se trata de instaurar un sistema integrado de sistema global de pensiones estableciendo una combinación y distribución de espacios entre el sistema público de Seguridad Social y el atribuido a la iniciativa privada complementaria[209], sino de rechazar la lógica de los "vasos comunicantes", de manera que el incremento de los espacios del sistema públicos se realizara -se alimentara- de la minoración de la intensidad protectora del sistema público y, por tanto, se operase una remercantilización de los espacios vitales del sistema público. Hay que decir de inmediato que este enfoque exigiría una reforma de la Constitución ex artículos 41, 50, en relación con el canon interpretativo del art. 10.2 de la Norma Fundamental, lo que nos llevaría también a incumplir o renunciar a lo estipulado en el art. 12 de la Carta Social Europea revisada que exige una principio de suficiencia contributiva no remercantilizable[210].

La reciente crisis económico-financiera (convertida en crisis política y en crisis de los niveles de empleo y de calidad de vida de la mayor parte de la población), que afecta a todas las instituciones financieras y, entre ellas, a los planes y fondos de pensiones, *muestra una vez más que sólo los sistemas de reparto permiten garantizar -efectivamente y con seguridad jurídico/económica- las pensiones para todas las generaciones.* El método del Banco Mundial y de la OCDE atribuye un papel central en la provisión de pensiones al mercado. Esta política exige previamente reducir las prestaciones proporcionadas por los sistemas públicos de reparto. No obstante, cabe mantener el enfoque distinto que formalmente tiene nuestro modelo legal de planes y fondos de pensiones. Se plantea como un modelo complementario y no sustitutivo de las pensiones públicas (art. 1.2 del TRLPFP, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre).

Deberá también valorarse las consecuencias sanitarias, económicas y sociales de la Pandemia COVID-19 sobre el sistema de pensiones.

Se ha de subrayar su crecimiento. El proceso de reforma ha sido dualista, pues se ha reformar el sistema público de pensiones y al mismo tiempo los sistemas privados. Ha existido una política de fomento de los planes de pensiones privados. En efecto, de 1,7 millones de partícipes en los planes de pensiones en 1995, se ha pasado a 10,6 millones en 2008, de los cuales el 82 % son de la modalidad individual. De este modo, críticamente, más que fomentar los planes colectivos (sistema de empleo), se han promovido los sistemas individuales, en los que predomina su condición de producto financiero-mercantil que se dirige, ante todo, a conseguir beneficios

[209] Para esa construcción ideal-típica y marcando la tendencia al respecto, véase Monereo Pérez, J.L.: "La política de pensiones entre Estado y Mercado", en Torres López, J.(Coord.) *et altri*: *Pensiones públicas: ¿Y mañana qué?,* Barcelona, Ariel, 1996; Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996; Monereo Pérez, J.L.: "Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias, en VV.AA.: *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias* (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pp. 19-209; Monereo Pérez, J.L. y Martín-Serrano Jiménez, E.: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones tras la reforma creadora de los fondos de pensiones de promoción pública (Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo)*, Murcia, Laborum (Col. Trabajos de Investigación), 2022, *passim,* destacar también que precisamente este rechazo al modelo de los "vasos comunicantes" ha sido igualmente incorporando tanto por las organizaciones sindicales y empresariales como por el resto de organizaciones sociales que conforman el Consejo Económico y Social de España en su dictamen del anteproyecto de ley que finalmente en el que finalmente se tramitó la reforma de la Ley 12/2022, de 30 de junio, vid: CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Dictamen 12 2021 sobre el Anteproyecto de Ley de Regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2002, de 29 de noviembre*, aprobado en el Pleno ordinario del 16 de diciembre de 2021, p. 9.

[210] Monereo Pérez, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis,* Murcia, Laborum, 2021. Asimismo, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El Convenio OIT núm. 102 (1952), sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Vol. 7, Núm. Extra 0, 2019, pp. 90-123.

fiscales, pasando a un segundo plano su instrumentación como medida de previsión de una pensión futura complementaria de la pública. En este mismo sentido apunta, entre otras, la valoración que realiza el propio Bando de España en su Informe anual 2021, donde reconoce que en el ejercicio 2021 las aportaciones a los planes individuales se redujeron en casi un 40 % "como consecuencia, principalmente, de la disminución de los incentivos fiscales concedidos a estos planes"[211].

En las circunstancias actuales la propuesta de giro radical hacia la obligatoriedad de los planes de pensiones del sistema de empleo no parece viable desde el punto de vista de la Política del Derecho (que en sí misma es sustancialmente "política"), aunque siempre merece consideración. Por el momento, es preferible buscara otro tipo de medidas de fomento selectivo a favor de los Planes del Sistema de Empleo (los auténticos regímenes profesionales complementarios de las pensiones de la Seguridad Social). La diferenciación en la fiscalidad me parece un avance importante, pero quizás insuficiente por sí sola al tiempo.

Debe afirmarse, sin duda, la utilidad complementaria de los sistemas de capitalización. "El recurso a las pensiones privadas, basadas en la capitalización a través de regímenes profesionales o individuales, también puede ser un instrumento válido para aliviar la presión sobre las finanzas públicas" (Renovación Pacto de Toledo).

Por otra parte, la separación financiera conforme a la naturaleza de las prestaciones públicas, no supone que el Estado no pueda -como ya lo está haciendo- realizar aportaciones para garantizar la sostenibilidad financiera de las prestaciones contributivas con cargo a impuestos (No se olvide que la responsabilidad última de la garantía de las pensiones públicas, contributiva y no contributivas, recaen sobre el Estado ex artículos 41 y 50 de la Constitución). El principio de solidaridad y de redistribución (que se hace acompañar coherentemente del principio de suficiencia y adecuación de las pensiones públicas) no pueda quedar completamente extramuros del nivel contributivo del sistema de pensiones públicas, porque precisamente la Seguridad Social Contributiva se basa en la ruptura del sinalagma -que sí es el propio de la técnica previsora de los seguros- entre cuota/prima y prestación objeto de cobertura[212]. Por ello el criterio *de racionalización interna del sistema público de pensiones* consistente en la separación de fuentes de financiación en atención a la naturaleza de las prestaciones (contributivas y no contributivas) no supone necesariamente que el nivel contributivo no reciba aportaciones con cargo a presupuestos generales del Estado. Por otra parte, el modelo ideal-tipo de financiación a través del sistema de reparto exige reforzar y depurar el régimen de cotizaciones sociales (incrementándolas mediante técnicas de destope, cotización por ingresos reales de los trabajadores autónomos[213], aumentos de cotización por expulsión de personal a través de su sustitución por sistemas automatizados o robótica, prohibición sistemática de la reducción de cotizaciones sociales para llevar a cabo pretendidas políticas de empleo o facilitar las reestructuraciones empresariales -objetivos que

[211] BANCO DE ESPAÑA. Informe Anual 2021. Banco de España, Madrid, 2022. p. 172 disponible en https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/21/Fich/InfAnual_2021.pdf

[212] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 39 y sigs. ("El sistema de pensiones en el marco de la ciudadanía social. La ciudadanía social en el sistema constitucional"); Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España,* Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524.

[213] Véase Real Decreto-Ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad. Texto consolidado en: BOE, núm. 179, de 27 de julio de 2022, pp. 107437 a 107500 (64 páginas). Se atienden a las Recomendaciones 4ª y 5ª del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020.

deben quedar extramuros del sistema de Seguridad Social y de su subsistema de pensiones públicas e imputarse a presupuestos generales del Estado por vía impositiva externa al Sistema-, etcétera).

En cuanto a la rentabilidad. En España, según la información suministrada por INVERCO, las rentabilidades anuales medias y ponderadas de los Planes de Pensiones de los sistemas individual y de empleo de entre 3 y 10 años han sido inferiores a la inflación. Aquí la institución se resiente de los efectos de la reciente crisis económica. En este contexto, el desarrollo de las pensiones privadas *individuales* no sólo se explica económicamente por las desgravaciones fiscales que las acompañan (gastos fiscal en pensiones privadas). Los rendimientos negativos (inferiores a la inflación) e inseguros que acreditan los planes de pensiones privados basados en la capitalización, muestran la superioridad del reparto en el mantenimiento del nivel de vida de las personas mayores o discapacitadas.

El espacio propio de las pensiones privadas tiene que vincularse estrictamente a la función de la protección complementaria que asumen (artículo 41 CE y artículo1 del TRLPFP). En el debate académico y político sobre las relaciones entre el reparto y la capitalización se ha convertido en un teoría escasamente cuestionada la de los "vasos comunicantes" entre ambas formas de provisión de pensiones, conforme a la cual en los países desarrollados el desarrollo de la capitalización debe ir precedido o, al menos, simultaneado, por el recorte del reparto, de forma que las pensiones de reparto se alejen lo más posible de los ingresos percibidos de actividad profesional. Este enfoque es el que es necesario evitar a través de una política de tutela adecuada de la calidad de las pensiones públicas y de apoyo a sistemas estrictamente complementarios de pensiones privadas[214]. Hay que dejar claro que en el sistema público de pensiones la contributividad asumen un función relevante consistente en garantizar, en gran medida, la suficiencia financiera del Sistema en su vector contributivo (lo que suele conocerse en la legislación internacional como "regímenes profesionales contributivos"), si se reducen las cotizaciones o no se incrementan en la lógica de la contributividad se pone en cuestión el equilibrio interno del Sistema, por más que sea necesaria la aportación directa de recursos estatales para garantizar la sostenibilidad del sistema público (no se olvide que el artículos 41 y 50 de la Constitución deja claro que el responsable de la garantía constitucional del mantenimiento de pensiones dignas, suficientes y adecuadas, es el Estado).

-Precisiones en cuanto al tratamiento fiscal de los planes de pensiones. En cuanto al tratamiento fiscal de los planes de pensiones, cabría avanzar algunas conclusiones tales como que el legislador tributario se ha decantado por los planes de pensiones de empleo como ha ocurrido en otros países europeos, como es el caso del Reino Unido.

A diferencia de este país, que obliga a detraer a las empresas un porcentaje del sueldo de los trabajadores e invertirlo en un plan de pensiones de empresas, en España, el legislador tributario ha apostado por concentrar los fiscales a los planes de pensiones empresariales y a los instrumentos de previsión empresarial en detrimento de los planes de pensiones individuales.

Esta modificación legislativa respecto a los planes de pensiones individuales y asociados hace que los incentivos fiscales a estos instrumentos de previsión social sean menos regresivos.

De *lege ferenda*, el legislador debería modificar la tributación de las percepciones de los planes de pensiones de empleo porque el trabajador lo incluye como retribución en especie en el

[214] Véase Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Planes y fondos de pensiones: propuestas de reforma,* Documento de trabajo 137/2008, Madrid, Fundación Alternativas, 2008. Disponible *on line* en la página web de la Fundación Alternativas. https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/planes-y-fondos-de-pensiones-propuestas-de-reforma.

IRPF y mediante el beneficio fiscal de la reducción en la base imponible se puede anular total o parcialmente la tributación durante las aportaciones al plan de pensiones. Para que se incentive esta clase de ahorro a largo plazo la percepción por el partícipe, en la diferencia entre aportación realizada y la renta percibida, tendría que tributar como rentas de ahorro a los tipos impositivos fijos que regula la norma legal.

- Sobre la experiencia de Derecho comparado y los límites de un "exporabilidad" en nuestro país y propuestas de fomento de los planes del sistema de empleo (encuadrables dentro del tipo de planes colectivos profesionales)

Lo primero que hay que tomar en consideración es el uso correcto del Derecho comparado y del método comparatista. En este sentido la experiencia comparada es útil para verificar las respuestas de los ordenamientos de distintos países comparables a los problemas que se plantean -en nuestro caso respecto de las pensiones y dentro de ellas el sistema privado de pensiones- tanto en el plano de las opciones de política del Derecho, como de la instrumentación técnico-jurídica de dichas opciones. Esto es importante porque debe evitarse el grave error de llevar a cabo una "transposición" o "importación" sin más de dichas opciones y técnicas, sin tener en cuenta que surgen dentro una red de políticas públicas y de técnicas que obedecen a tradiciones y culturas jurídicas distintas; pero también a distintos niveles de desarrollo en sus niveles de rentas y "contrapartidas" y "contrapesos". Lo relevante es tomarlas en consideración *a los propios fines de la articulación de las políticas y del Derecho de cada país, atendiendo a su propia tradición, cultura y nivel de rentas y de desarrollo. Pero también compromisos Constitucionales.* Y ya advertimos que España la Constitución establece condicionantes irreductibles en material de pensiones (bloque o grupo normativo constitucional formado por los artículos 41 y siguientes, y en obligada interpretación con arreglo al estándar multinivel de los derechos fundamentales al cual se somete nuestro propio legislador ex artículo 10.2 en relación con los artículos 93 a 96 de la Norma Fundamental).

Después de varios intentos fallidos en diversos campos del Derecho del Trabajo, guardamos cierto escepticismo ante la exportabilidad de modelos procedentes de países nórdicos, pero por las razones que sean (razones vinculadas a su nivel de desarrollo no exportable sin más a otros Estados europeos) han sabido adaptarse con mayor facilidad a los cambios radicales de los últimos decenios que los países latinos en los que tradicionalmente habíamos puesto los ojos, como Francia o Italia. La aplicabilidad de los planes colectivos obligatorios en España en España no son admisibles en nuestro país con una legislación vigente basada en la voluntariedad de adscripción incluso en los sistemas de planes de pensiones de empleo.

En este caso existe la ventaja jurídico-positiva de que el convenio colectivo "estatutario" tiene en nuestro país eficacia obligatoria general o *erga omnes* y naturaleza de ley a tenor del Tribunal Constitucional, por lo que la principal dificultad planteada en el resto de países europeos queda superada desde el principio. Por otra parte, la legislación española sobre planes y fondos de pensiones es muy prolija, y especialmente el reglamento de 2004[215] habla con detenimiento de los planes de empleo (artículos 25 y siguientes), y en particular de los multiempresas (artículos 37 y siguientes). Pero nuestra legislación mantiene implícitamente un fuerte distanciamiento de los planes negociados en convenios, a los que alude muy de pasada, siendo característico de ello el art. 37.3 al aludir a los planes establecidos por "acuerdo" sectorial para indicar que las empresas afectadas por el mismo pueden descolgarse de él mediante la "promoción" de un plan propio.

[215] RD 304/2004, de aplicación del Texto Refundido de Planes y Fondos de Pensiones (RD-Leg. 1/2002), que derogó los RRDD 1307/1988 y 1589/1999, reglamentos de la Ley anterior de 1988.

Hay que estimar que la necesidad de allegar capital para la sostenibilidad de las pensiones podría venir de manera equilibrada de la promoción de fórmulas pactadas entre las partes sociales, como el modelo holandés nos enseña relevantemente. Un plan de tamaño sectorial abarata los costes de gestión y de transacción y sirve de elemento de fidelización para las empresas. El problema principal del modelo holandés, el *back loading* en beneficio de los mayores, estaría obviado de entrada. A nuestro juicio, el mayor problema en España consistiría en convencer a ambas partes de la importancia de este tipo de negociaciones: a los empresarios les permite una baza en el *quid pro quo* negocial, pudiendo requerir a cambio concesiones importantes de los negociadores sindicales, por ejemplo la reconversión de las mejoras en incapacidad temporal o en bajas y permisos que tienen una especial relevancia en la negociación colectiva; mientras que a los sindicatos les permite garantizar mecanismos de mejora de la retribución efectiva de todos los trabajadores sin excepción.

La previsión sectorial no es tan desconocida en España como pudiera parecer, pues ya tuvimos regulada durante algunos decenios, coincidiendo con el inicio de la regulación holandesa, en lo que se denominó el Mutualismo Laboral, una cotización paralela con la "estatal" que llegó a igualarse a ella y al cabo terminó incorporada a la misma en la creación de Sistema actual en 1966, pero que en principio suponía una variedad de cotizaciones en función de cada sector y de su capacidad financiera.

Ni sindicatos ni empresas pueden permanecer de brazos cruzados ante la amenaza de recorte de pensiones y, sobre todo, ante el incierto futuro que amenaza a la estabilidad del país con la sostenibilidad posible del Sistema público de pensiones (no hay previsión sería de nada parecido a un riesgo inminente de una "quiebra" del Sistema). Pero tampoco el Estado puede permanecer impávido limitándose a dictar una tras otra normas reductivas de su responsabilidad sin tratar paralelamente de respaldar alternativas. De las cuales la de los planes individuales a la manera chilena son los más desiguales y encubren una apuesta por expandir el mercado a costa de los magros bolsillos del trabajador aislado, cuyo exponente más radical estaría en suprimir la cotización empresarial y dejar solo la del partícipe.

En este orden de ideas, la legislación estatal debería ayudar activamente a la negociación sectorial de planes de pensiones, apoyándose -reflexiva y críticamente- en nuestros antecedentes y en la experiencia de algunos de los modelos europeos más interesantes sin asumir mecánicamente una "trasposición" del modelo, para lo cual deberían establecer al menos las siguientes medidas de fomento compatibles con el principio de suficiencia y adecuación de las pensiones:

a) Toda empresa u organización productiva tiene la obligación de negociar un plan de pensiones para sus trabajadores o empleados, negociado a nivel empresarial o sectorial.

b) El descuelgue del plan de pensiones sectorial solo debe permitirse por la negociación colectiva de un plan de empresa.

c) En cuanto a la financiación sería mixta: una parte más cuantiosa correspondería al empresario y otra de menor cuantía correspondería a los trabajadores. Ningún importante de la cotización empresarial y laboral a la Seguridad Social debería destinarse a financiar planes privados de pensiones: la cuenta de capitalización de cada trabajador se engrosaría con esas aportaciones mixta, las cuales desde el punto de vista económico (costes empresariales de transacción) están referenciadas a las "masas salariales" que se negocian a través de la negociación colectiva.

d) El enfoque que aquí se mantiene parte de llevar a cabo propuestas de reforma de la protección social complementaria (Planes y Fondos de Pensiones Privados), en la lógica de equilibrar y hacer prevalecer la racionalidad "social" sobre la estricta racionalidad "económico-financiera".

e) Una vez valorada a grandes rasgos la configuración actual del modelo de planes y fondos de pensiones, procede en estos momentos revisarlo críticamente y realizar las propuestas de reforma pertinentes. Hasta ahora dicho modelo ha sido el resultado de un conjunto de reformas que han variado sustancialmente lo previsto en la primera norma sobre planes y fondos de pensiones, en aspectos tan significativos como la exteriorización de los compromisos por pensiones, la intervención de la negociación colectiva, la composición de la comisión de control, la acción protectora, etc. Algunos otros elementos permanecen invariables, como el aseguramiento optativo de los planes. Ha llegado el momento, tras más de veinte años de la existencia de los planes y fondos de pensiones en nuestro ordenamiento, de comprobar qué aspectos deben ser corregidos con objeto de posibilitar la generalización de la previsión social complementaria en nuestro país.

f) Las propuestas desde una perspectiva de equilibrio institucional entre la racionalidad social y la racionalidad financiera han de tratar de seguir un principio básico, y no es otro que el hacer que estos instrumentos se conviertan en auténticos mecanismos de previsión social y no únicamente en instrumentos financieros, aparte de ser verdaderos "instrumentos de seguridad" en términos de aseguramiento eficiente en la provisión de las pensiones complementarias[216].

Se ha podido apreciar que en España se dispone de un sistema complementario de régimen financiero de capitalización suficientemente asentado, con instrumentos de previsión social diferentes que cuentan con un marco jurídico propio. Este modelo de pensiones complementarias más o menos acabado desde el punto de vista legal ha propiciado una mayor presencia de los instrumentos que integran aquél en el sistema de protección social. El resultado de todo ello ha sido un lento pero progresivo crecimiento hasta ahora de las pensiones privadas. El patrimonio, por ejemplo, de los fondos de pensiones ha tenido una evolución positiva desde 1990, con tasas de crecimiento del orden de un 20 %. Por su parte, las reservas matemáticas de seguros han experimentado incrementos en la misma dirección.

No obstante, si lo que se pretendía, en línea con lo sugerido por el Pacto de Toledo, era desarrollar un sistema de pensiones complementarias que tendiese a generalizarse entre la población, este aspecto hoy en día no se ha materializado. La capacidad manifestada por estos instrumentos para generalizar coberturas de protección social ha sido limitada hasta ahora y sus perspectivas para los próximos años no son mejores[217]. Lo anterior se puede comprobar en la práctica a través de la incidencia que los instrumentos de Protección Social Complementaria tienen en el ahorro de los ciudadanos.

En efecto, la referencia a los sistemas complementarios de pensiones, ya sean del primer pilar como del segundo, remite a la capacidad de ahorro de una sociedad. Obviamente, dicha capacidad va a influir de forma notable sobre las posibilidades de crecimiento que pueden llegar a tener los

[216] Para lo que sigue, véase Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Planes y Fondos de Pensiones: propuestas de reforma*, Madrid, Fundación Alternativas/núm. 137, 2008, espec., pp. 40-61. https://www.fundacionalternativas.org/storage/laboratorio_documentos_archivos/3b06cc92763279bf37e57b9290d0895c.pdf

[217] Comparten esta opinión, Aramburu, J. y Canals, A.: "La situación y el debate sobre la previsión social complementaria", *Ekonomiaz*, núm. 85 (2014), p. 74.

mecanismos de previsión privados. En nuestro país, en la actualidad, la tasa de ahorro bruto de los hogares está ligeramente por debajo de los países de su entorno. Pero, es más, el ahorro que se destina en España a complementar las pensiones públicas es muy escaso, del orden del 14,2 % del total del ahorro privado. El resto se destina fundamentalmente a depósitos (un 42 %) y el resto se distribuye entre fondos de inversión (12 %), las acciones no cotizadas y participaciones (10,3 %)[218].

Junto a este factor estructural, esto es, la orientación del ahorro en nuestro país hacia los bienes inmuebles, existe otro de carácter coyuntural que está provocando un estancamiento en el crecimiento de los instrumentos privados de previsión. Así, la crisis y, de forma especial, las políticas promovidas para enfrentarla (devaluación salarial, debilitamiento de la negociación colectiva, aumento del poder de dirección empresarial en materia de determinación de condiciones de trabajo y salarios, etc.) afectan negativamente a esta forma de retribución diferida. En buena lógica, si los salarios de los trabajadores en activo están sufriendo pérdidas de poder adquisitivo, la posibilidad de generar instrumentos de retribución diferida a través de la previsión social complementaria es, necesariamente, menor. Es uno más de los múltiples efectos negativos de las políticas de austeridad y depresión de la demanda interna que están provocando una distribución profundamente desequilibrada de los esfuerzos exigidos para afrontar la actual crisis económica.

Más allá de estos aspectos, lo cierto es que el desarrollo de los instrumentos de previsión privada en nuestro país se enfrenta a una serie de problemas desde hace bastantes años y que, reforma tras reforma de carácter parcial, no se logran solventar. El primero de ellos tiene que ver con la escasa y desigual implantación que los sistemas complementarios tienen en el ámbito laboral. Con respecto a su insuficiente presencia en el marco empresarial, conviene subrayar que en el caso de los planes de pensiones del sistema de empleo ello resulta decepcionante toda vez que, *del total de 9 millones de partícipes, sólo 2 millones lo son de planes de empleo*, lo que no llega ni a un 10 % de la población activa. A ello hay que añadir la inexistencia de compromisos por pensiones en las PYMES, donde trabajan la inmensa mayoría de los trabajadores. El proceso de exteriorización obligatoria de los compromisos de la gran y mediana empresa ha sido culminado con éxito. Sin embargo, no se ha producido un fenómeno paralelo en las pequeñas y medianas empresas, entre otros aspectos, porque nunca ha habido en este tipo de empresas compromisos por pensiones de la magnitud y extensión que tienen establecidos una buena parte de las empresas de mayor tamaño. Lo anterior, unido a la suspensión de aportaciones en las Administraciones Públicas, ha servido para que se generalice un cierto pesimismo en relación al desarrollo de la Protección Social Complementaria en el ámbito laboral, porque se tiene la sensación de que el sistema complementario de carácter colectivo ha tocado techo.

No sólo cabe destacar la reducida tasa de cobertura de los instrumentos privados del segundo pilar, también en dicho ámbito resulta obligado referirse a su desigual grado de implantación. Como ya se advirtió, los sistemas complementarios se están concentrando en las empresas de tamaño medio y grande, referidas a determinados sectores, entre ellos el que se corresponde con la Administraciones Públicas, siendo anecdótico en el resto. Además, la distribución de patrimonio por persona es muy heterogénea, con unos pocos cientos de miles de trabajadores con unos importes que garantizan una verdadera previsión social complementaria y un gran número de trabajadores con unos ahorros testimoniales.

El segundo de los problemas es el referido al acceso de los ciudadanos a los sistemas de previsión social privados. En los instrumentos referidos al llamado "tercer pilar", el acceso a los

[218] BANCO DE ESPAÑA. Encuesta financiera de las familias (EFF) 2020: métodos, resultados y cambios desde 2017. Boletín económico 3/2022. Banco de España, Madrid, 2022, p. 20-21, disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/ArticulosAnaliticos/22/T3/Fich/be2203-art. 1.pdf

mismos se ha producido hasta ahora más bien con el objetivo de reducir la factura fiscal que con la finalidad de establecer una herramienta de complementación de las pensiones públicas. En el ámbito del "tercer pilar", y en concreto en los planes de empleo, un obstáculo fundamental al desarrollo de la Protección Social Complementaria en el ámbito de las relaciones de empleo se produce con la exigencia de una cierta antigüedad en la empresa para el acceso al plan como partícipe. Ello supone dejar fuera de los sistemas complementarios de previsión empresarial a centenares de miles de trabajadores temporales.

El tercero de los inconvenientes que está presentando la Protección Social Complementaria tiene que ver con el creciente desequilibrio que se produce entre los instrumentos de previsión en aspectos como su cobertura, volumen de aportaciones/primas, patrimonio, derechos económicos o consolidados, rentabilidad, etc. En lo que respecta a la cobertura de las contingencias, el desarrollo de los instrumentos ha sido lógico: esto lleva al instrumento del plan de pensiones a protagonizar la cobertura de la contingencia de jubilación, reservando a los contratos de seguros el papel más destacado en materia de contingencias de riesgos (invalidez y fallecimiento).

En el marco de los planes de pensiones de empleo, se destaca la creciente desigualdad que se produce entre los trabajadores, siendo el perfil de este un trabajador fijo de una gran empresa del sector energético o de telecomunicaciones, lo que supone excluir a la inmensa mayoría de la población[219]. Entre planes de pensiones de empleo y planes de pensiones individuales las diferencias son bastantes acusadas, tanto en volumen de aportaciones y saldo medio de los derechos consolidados, mayor en los de empleo frente a los individuales. Las diferencias también se muestran en dos aspectos esenciales: de un lado, las comisiones de los planes individuales son mayores frente a los del sistema de empleo; por otro, la rentabilidad es mayor en los segundos.

Los desequilibrios entre el segundo y el tercer pilar de la Protección Social Complementaria son evidentes. En relación a los instrumentos del segundo, se ha paralizado la creación de nuevos planes y seguros colectivos en los últimos años. Por su parte, los planes de previsión social empresarial han tenido un escaso recorrido hasta ahora. Lo anterior contrasta con los instrumentos de previsión individual, que siguen con una tasa de crecimiento constante, aunque también con cierto estancamiento, pero incluso con una evolución positiva en los planes de previsión garantizados. Esto último debe conectarse con los cambios que se están produciendo en relación con la vocación inversora de partícipes y asegurados. La crisis económica había orientado a los inversores a contratar productos con vocación inversora en renta fija o productos que juegan una parte mínima en renta variable. Esta tendencia todavía es más nítida si se analiza la situación de los fondos garantizados que actualmente se encuentra en pleno auge[220].

El último de los problemas a los que se enfrentan los sistemas complementarios es el de garantizar que dichos mecanismos se comporten como auténticos sistemas de seguridad capaces de atender sus compromisos de previsión asumidos. En España, como en el resto de los países de la OCDE, los sistemas complementarios de capitalización se han orientado hacia el modelo de contribuciones definidas, lo que supone trasladar al partícipe el riesgo de las inversiones. Los factores financieros y económicos, entre ellos, la rentabilidad del fondo durante toda la vida activa, los gastos de gestión, los costes de seguros y rentas vitalicias, tipos de interés, tablas actuariales, etc., se convierten en decisivos a la hora de determinar el cálculo de la pensión de los partícipes, tanto o más que el esfuerzo de cotización de éstos o del promotor del plan. La actitud de los gestores resultará fundamental no sólo en la búsqueda de la mayor rentabilidad posible

[219] Suárez Corujo, B.: *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex-Nova, 2014, p. 313.

[220] Ferruz Agudo, L. y López Arceiz, F.J.: "Fondos de Pensiones: Normativa, impacto financiero y situación actual", *Análisis Financiero*, núm. 121, 2013, p. 84.

de los recursos invertidos sino también respecto de una eventual depreciación de los fondos. Precisamente, en una época como la actual, se ha podido comprobar la enorme volatilidad del valor de los derechos consolidados tanto en los planes de empleo como individuales simplemente por la inestabilidad de los mercados. Pero en años anteriores, siendo la situación económica propicia, se ha puesto de manifiesto una escasa rentabilidad de los fondos tanto del sistema individual como de empleo[221].

Aparte de los cuatro problemas señalados de forma muy breve, existen importantes sectores en nuestro país que consideran que los principales obstáculos al desarrollo de las pensiones privadas son, de un lado, la elevada tasa de sustitución de las pensiones públicas y, de otro, la voluntariedad del modelo. Respecto a lo primero, se argumenta que las altas tasas de sustitución del sistema público han repercutido en el desarrollo del segundo y tercer pilar de previsión. En línea con los trabajos de la OCDE, se sostiene que a medida que aumenta el nivel de prestaciones del sistema público de pensiones menor es el grado de participación en instrumentos de previsión privados colectivos o individuales.

En esta línea de pensamiento se considera necesario romper con un modelo basado en la voluntariedad optando por hacer obligatoria la participación en sistemas de complementación privada de pensiones, sobre todo en el ámbito del segundo pilar (por tanto, desconociendo el derecho de adhesión individual). Para compensar la previsible disminución en términos porcentuales de la pensión pública, se aboga por la adhesión obligatoria a dichos sistemas, de forma que los españoles se puedan jubilar con dos fuentes de renta: una del sistema de reparto y otra del sistema de capitalización. También se ha podido argumento, que incluso la actual tasa de reemplazo es demasiado elevada (sic), pero este tipo de argumentación que afecta la suficiencia adecuación social de las pensiones supondría apartarse de los condicionamientos constitucionales ex artículos 41 y 50, que rechazan la teoría de los "vasos comunicantes", en virtud de la cual los instrumentos de previsión privada se deben de alimentar de la insuficiencia e inadecuación de los regímenes públicos de pensiones de la Seguridad Social, lo cual entra frontalmente en contradicción con los principios de suficiencia y adecuación social garantizados constitucionalmente ex artículos 41 y 50 en relación con el estándar multinivel de garantía de las pensiones públicas suficiencia y adecuadas[222].

Como se ve, el reforzamiento de los sistemas complementarios pasa por la superación de los problemas que hemos descrito brevemente, lo cual puede hacerse desde diferentes opciones de política legislativa. Desde luego, cabe estar de acuerdo con gran parte de los autores que en la actualidad sostienen que el campo de acción de los sistemas complementarios podría ensancharse como consecuencia del recorte de la acción protectora pública. De hecho, la reforma de 2013 no ha sido totalmente ajena a esta lógica, aunque posteriormente haya sido corregida en 2021[223].

[221] Fernández, P. y Bermejo, V.J.: "Rentabilidad de los fondos de pensiones en España, 1991-2007", Universidad de Navarra, 2008, p. 14.

[222] Monereo Pérez, J.L.: "Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental", en *RTSS*. CEF, núm. 429 (2018); Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs. y Coors): *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España,* Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524. Para el sentido del sistema multinivel de garantía de los derechos de Seguridad Social, véase Monereo Pérez, J.L.: "Derechos a la Seguridad Social en la Carta Social Europea Revisada (Artículo 12), en Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L. (Dirs) *et atri: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017, pp. 629 y sigs.

[223] Se hace referencia, fundamentalmente, a la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social que posteriormente fue derogada a través de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de

Sean cuales quiera los elementos que lo impulse, la reconfiguración del modelo de protección social en nuestro país exige una reforma normativa de la PSC con el fin de impulsar su desarrollo. Pues bien, ante la perspectiva de que la gran reforma en el futuro sea la de la protección social privada[224], conviene formular algunas propuestas[225].

Se puede comprobar, así, que el reforzamiento de los sistemas complementarios pasa por la superación de los problemas que descritos brevemente, lo cual puede hacerse desde diversas opciones de política legislativa. Desde luego, cabe estar de acuerdo con gran parte de los autores que en la actualidad sostienen que el campo de acción de los sistemas complementarios se va a ensanchar como consecuencia del recorte de la acción protectora pública, más allá de que aquí se mantenga una posición crítica respecto a ese recorte o contracción del sistema público de pensiones. Este reajuste permite vislumbrar el siguiente paso en la reconfiguración del modelo de protección social en nuestro país: una reforma normativa de la Protección Social Complementaria con el fin de impulsar su desarrollo. Pues bien, ante la perspectiva de que la gran reforma en el futuro sea la de la protección social privada, conviene formular algunas propuestas[226].

Habría que volver a recordar, en primer lugar, el diferencial existente entre el salario previo a la jubilación y la pensión pública contributiva a la que se tiene derecho. Hay, en este sentido, suficiente margen para la intervención de la previsión social privada sin necesidad de reclamar un repliegue del sistema público y obligatorio. En este punto, resulta obligado insistir en la importancia que tienen los niveles salariales sobre el grado de desarrollo de los sistemas complementarios.

En segundo lugar, debe seguirse apostando porque los instrumentos de previsión social privados sean un régimen voluntario y complementario del sistema público y obligatorio de protección. Cuestión distinta es defender igualmente la introducción de elementos de obligatoriedad en la contratación o en la promoción de instrumentos de Protección Social Complementaria a través del mercado laboral, en línea con lo establecido en Nueva Zelanda a través del conocido como *"Kiwisaver"*. En resumen, abogaríamos por el mantenimiento de un sistema de previsión ocupacional, de carácter voluntario y capitalización individual, pero con fórmulas de adhesión automática y libre desafiliación, con un acceso inmediato en el sistema desde el ingreso en la empresa, eliminando los períodos de espera (antigüedad o tiempo de servicios previo).

---

refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

[224] Suárez Corujo, B.: *El sistema público…, Op. Cit.,* p. 312.

[225] Siguen siendo plenamente válidas las que se recogen en Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Planes y Fondos de Pensiones: propuestas de reforma*, Madrid, Fundación Alternativas/núm. 137, 2008. Otras propuestas muy interesantes, en el marco del debate de la financiación del sistema público de pensiones, se pueden encontrar en VV.AA.: *Financiación del Derecho a pensiones públicas suficientes: alternativas sostenibles desde el lado de los ingresos,* Documento de Trabajo/Grupo de estudios sobre "pensiones suficientes, seguridad social universal y democracia", Fundación Francisco Largo Caballero, 2017; Monereo Pérez, J.L.: "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de reforma", en *Derecho de las relaciones laborales,* núm. 2 (2018), pp. 173-201.

[226] Siguen siendo plenamente válidas las que se recogen en Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Planes y Fondos de Pensiones: propuestas de reforma*, Madrid, Documento de Trabajo, Fundación Alternativas, núm. 137, 2008. https://www.fundacionalternativas.org/storage/laboratorio_documentos_archivos/3b06cc92763279bf37e57b9290d0895c.pdf
Otras propuestas muy interesantes, en el marco del debate de la financiación del sistema público de pensiones, se pueden encontrar en VV.AA.: *Financiación del Derecho a pensiones públicas suficientes: alternativas sostenibles desde el lado de los ingresos,* Documento de Trabajo/Grupo de estudios sobre "pensiones suficientes, seguridad social universal y democracia", Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2017; Monereo Pérez, J.L.: "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de reforma", en *Derecho de las relaciones laborales,* núm. 2 (2018), pp. 173-201.

Para que la cobertura que ofrecen los sistemas de previsión complementarios alcance a una población cada vez más amplia se tiene que potenciar los mecanismos del segundo pilar, es decir, los de carácter profesional ligados a la relación laboral. Es ésta la tendencia reformista que siguen los países de nuestro entorno, con la cual se persigue la materialización de fórmulas de capitalización en los sistemas de protección social concertadas a nivel empresarial o sectorial. Para ello, y en línea con lo sugerido en el último Informe del Pacto de Toledo, habría que seguir avanzando por el cauce de la negociación colectiva como vía estratégica de generalización de la previsión social complementaria. Se debe seguir potenciando el papel de la negociación colectiva, muy especialmente en lo que se refiere a la instauración e implantación a través de ella de planes sectoriales o de promoción conjunta. Como se ha podido comprobar, estos planes tienen una nula o escasa presencia, pese a que los mismos presentan una serie de ventajas indudables frente a los planes de pensiones de carácter empresarial (racionalización de costes para las empresas implicadas, comisiones más bajas de las entidades gestoras y depositarias, etc.). Se trata, por lo demás, de la mejor (cuando no la única) opción para que los planes de pensiones del sistema de empleo continúen creciendo dado el volumen de trabajadores pertenecientes a pequeñas y medianas empresas sometidos gran parte de ellos a convenios de sector.

La apuesta que se hace por fomentar la incorporación automática de los empleados a esquemas de capitalización que tengan su origen en la negociación colectiva no se acompasaría de modo adecuado con la posibilidad de que las empresas puedan cumplir con dicho cometido con el ofrecimiento al empleado de un instrumento del tercer pilar. No es ésta la mejor opción si lo que se quiere es generalizar las fórmulas de previsión del segundo pilar. Por ello, consideramos una opción adecuada la creación de un fondo público en el que se puedan adscribir planes de empleo de reducida dimensión. En todo caso, falta concretar muchos aspectos sobre el mismo, especialmente todo lo relativo a su naturaleza, desarrollo y financiación.

El carácter preferencial que se le otorga a la vía ocupacional o colectiva frente a la individual en materia de previsión social obliga necesariamente a una diferenciación de los sistemas de empleo de los individuales. Los primeros nacen de la negociación colectiva y las aportaciones constituyen un "salario diferido" (en el sentido económico de la expresión; y no en el sentido estrictamente jurídico ex artículo 26 del ET) mientras que los sistemas individuales responden a decisiones de ahorro de aquellas personas con capacidad, por ello, en ocasiones constituyen un sistema de optimización fiscal cuando no un requisito impuesto por las entidades financieras para la obtención o mejora de las condiciones de los préstamos[227]. En base a lo anterior, se hace necesaria la delimitación y separación de ambos sistemas en aspectos como los incentivos fiscales y los límites de aportaciones diferenciados, entre otros. En esta línea se mueve la propuesta contenida en la Ley de Presupuestos y que se considera muy pertinente por todo lo comentado.

El sistema, además, debería orientarse hacia la percepción de las prestaciones complementarias en forma de renta. Debería abordarse la posibilidad del establecimiento de medidas correctoras que incentiven el cobro de las prestaciones en forma de renta. A nuestro juicio, lo más apropiado

[227] Con independencia de nuestro LPFP y dentro del Derecho Económico y de la Competencia de la Unión Europea, resulta harto significativa la lógica de un típico sistema individual como el regulado en el Reglamento (UE) 2019/1238 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP). Ciertamente, la lógica "individualista" y "mercantil" de ahorro y de libertad de mercado de este "producto paneuropeo" es patente. Se entiende por "producto paneuropeo de pensiones individuales o "PEPP": un producto de pensiones individuales de ahorro a largo plazo, que ofrece una empresa financiera apta con arreglo al artículo 6, apartado 1, en el marco de un contrato de PEPP, y que suscribe con un ahorrador en PEPP, o una asociación de ahorradores en PEPP independientes en nombre de sus miembros de cara a su jubilación, con una posibilidad de rescate estrictamente limitada o nula a e inscrito de conformidad con el presente Reglamento". El Capítulo III del referido Reglamento (UE) regula la "Promoción y portabilidad transfronteriza del PEPP" en el marco de la libre prestación de servicios y libertad de establecimiento por parte de los promotores del PEPP y los distribuidores de PEPP.

desde la perspectiva de esa función social que se le otorga a los planes de pensiones como es la de servir de complemento a la pensión de jubilación recibida desde el sistema público es que se de preferencia a esa modalidad de cobro.

Por lo demás, el modelo de planes privados que se conformará en el futuro debe partir del hecho indubitado de que la adquisición y consolidación de derechos se produce de forma automática desde el momento que se efectúa la aportación. Ello impediría, por ejemplo, una introducción de porcentajes de adquisición de derechos consolidados de manera creciente o constante y lograr el 100 % de los mismos después del transcurso de un determinado período.

Finalmente, el sistema complementario debería introducir suficientes dosis de flexibilidad con respecto a elementos como la posibilidad de realizar disposiciones de anticipadas de recursos bajo determinados requisitos y una eventual movilización de derechos económicos/consolidados entre diferentes instrumentos.

Si se observa atentamente estas reformas de una protección social complementaria que tenga una dimensión subjetiva más amplia y respete el carácter estrictamente complementario de los regímenes públicos de la Seguridad Social (art. 41 CE) puede ser un instrumento que garantice el bienestar de los pensionistas (art. 50 CE). Para esa combinación público-privado en el sistema de pensiones, el sistema público debe garantizar los principios de solidaridad intergeneracional, suficiencia prestaciones (pensiones públicas de calidad en cuanto al nivel de *desmercantilización* que satisfagan para los sujetos protegidos) y equidad prestacional. Ello no significa que los sistemas complementarios tengan un espacio vital marginal, pues siempre el nivel de cobertura de las pensiones públicas no será capaz de garantizar el cien por cien del promedio de las rentas de activos, por una parte, y por otra, porque los sujetos protegidos pueden desear -y estar en condiciones de poder hacerlo- una mejora complementaria o suplementaria de la protección dispensada por la cuantía de la pensión pública básica. Lo que no encuentra cabida en el bloque constitucional de regulador de las pensiones es la teoría de los "vasos comunicantes" (artículos 41, 50, en conexión con la cláusula de apertura hermenéutica ex artículo 10.2 y con los artículos 93 a 96 de la Constitución), en virtud de la cual las pensiones privadas se alimentan de los recortes crecientes en el nivel de suficiencia de las pensiones públicas (lo que conduciría a implantar un modelo residual de pensiones públicas y a la re-mercantilización de espacios funcionales propios del sistema público). Este modelo de re-mercantilización partiendo de la una deliberada insuficiencia manifiesta en la cobertura de la pensión pública para propiciar el acrecentamiento de la pensión privada de sustitución -no de complementación- supondría una ruptura del modelo de suficiencia garantista que se opone frontalmente a la garantía constitución establecida en los artículos 41 y 50 CE y al estándar mundial multinivel al que reenvía o remite en vía interpretativa el artículo 10.2 CE (en relación con los artículos 93 a 96 de la Norma Fundamental). Es suficiente reparar, paradigmáticamente, en el contenido esencial de los derechos de Seguridad Social ex art. 12 de la Carta Social Europea Revisada de 1996 para verificar la ruptura del modelo garantista que ello supondría[228]. La privatización parcial de ámbito funcionales del sistema público de pensiones (sea por la vía de la privatización *explícita,* o sea por la vía de la privatización "*implícita*") sería más un problema que una solución, entre otras cosas porque los proveedores de pensiones privadas no podrán ofrecer un sistemas seguridad equiparable al que dispensa el sistema público (Esta opción liberalizadora -propia de un discurso neoliberal- suele ocultar los costes reales de las pensiones privadas, por lo demás, poco seguras porque se enmarcan en una arriesgada lógica de

[228] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: "La política de pensiones entre Estado y Mercado", en Torres López, J.(Coord.) *et altri: Pensiones públicas: ¿Y mañana qué?,* Barcelona, Ariel, 1996, *passim*; Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996, espec., pp. 77 y sigs. ("Límites positivos explícitos entre los ámbitos funcionales de intervención de los Planes de pensiones privados y el sistema de pensiones público").

financiarización del orden económico). Por lo demás, las personas mayores ostentan un derecho social a través de un régimen público de pensiones de manera que no tengan que "comprobarlo" como si fuera un artículo de comercio (provisión privada mercantil). La sostenibilidad *social* parte de la experiencia -y no sólo de la convicción- de que los derechos relativos a la pensión pública no tienen por qué ser objeto de recorte necesario, por ser supuestamente "insostenibles". El sistema público de pensiones en el marco del Estado Social (que no debería convertirse en un "Estado de Mercado") surgió y se consolidó después para resolver las insuficiencias intrínsecas del mercado y de los instrumentos de aseguramiento comerciales a través de la concepción/invención de los derechos sociales como verdaderos de "*desmercantilización*" *material* relativa de los modos de satisfacción de las necesidades sociales consideradas fundamentales[229].

Ya se ha señalado que en los sistemas de pensiones contributivas existe, por definición, una fuerte conexión entre la regulación que proporciona el Derecho del Trabajo y la regulación específica del Derecho de la Seguridad Social. Hay un dato harto significativo que debe ser destacado, consiste, básicamente, en que la reforma promocional de los planes y fondos de pensiones colectivos (planes del sistema de empleo), *parte implícitamente de no acoger la fórmula de la llamada "mochila austriaca*" -tan en vaga en ciertos sectores doctrinales partidarios de la "importación" de experiencia singular del modelo austriaco de relaciones laborales -. La tentación sería fácil, porque los recursos creados individualmente por el trabajador su de su propiedad y alcanzada la edad de jubilación, podría ser utilizada como complemento de la pensión público o al fondo de pensiones privado (actuando fácticamente como "provisión" complementaria o adicional de las pensiones públicas y privadas). En el modelo austriaco el trabajador estaría generando, con carácter obligatorio, una provisión de ahorro a largo plazo que potencialmente en el futuro podría servir para la provisión de pensiones después del transcurso de la vida laboral activa. Pero no se olvide aquí que la "mochila austriaca" tiene notables inconvenientes desde el punto de vista laboral al constituir, entre otras cosas, una reducción significativa de la indemnización por despido; aspecto, éste último, en el que aquí no se puede incidir, no obstante su relevancia innegable para la protección frente al despido, sus costes y el modelo de flexibilidad en el que se inserta. En el fondo, el ahorro generalizado deviene en un auto-ahorro obligatorio, pues se priva de la liquidez (y del carácter disuasorio) que ofrece la indemnización por despido del trabajador[230]. La lógica de la indemnización por despido ha sido, sin embargo, muy distinta, pues va unida, según los casos diferenciados, al carácter disuasorio de un despido ilegítimo (disuadir al empleador de que despida sin motivo legalmente justificado) o atendiendo a su función de compensación en los despidos por necesidades de funcionamiento/reestructuración

[229] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., pp. 27 y sigs., 134 y sigs., y 251 y sigs. (con particular referencia a "las políticas neoconservadoras y su proyección en el sistema de pensiones").

[230] Sobre la "mochila austriaca", expositiva y crítica, véase Etxezarreta, M. y Iglesias Fernández, J.L.: *La mochila austriaca. Qué supone el modelo de pensiones e indemnización de la derecha europea,* Barcelona, Icaria, 2020. En los últimos años los cambios en las relaciones laborales han experimentado profundas modificaciones. Entre ellas la denominada coloquialmente mochila austriaca. Es un sistema implantado en Austria en 2003 que consiste, básicamente, en establecer un fondo de capitalización individual para cada trabajador, nutrido por aportaciones mensuales en proporción al salario. Este fondo pertenece al trabajador y puede llevárselo consigo cuando cambia de empresa, así como rescatarlo cuando pierde el empleo o se jubila. El fondo es gestionado por empresas privadas que cargan por ello una comisión. Dicho fondo sustituye la indemnización por despido y puede constituir una aportación para el fondo de pensiones que tenga. el trabajador. Este sistema ha merecido el interés desde diversos puntos de vistas e instancias políticas. En nuestro país ha sido propuesto -en algún momento- por importantes instituciones privadas asesoras de relaciones laborales, y ha atraído la atención de distintos partidos políticos, que la han planteado en sus planes de actuación (PP, PSOE y Ciudadanos).

de las empresas u organizaciones productivas. La "mochila austriaca" hace más previsibles (su "calculabilidad") los costes del despido y facilita la realización del mismo[231].

La reformas realizadas por la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, introduce nuevos mecanismos que pretenden expandir los planes del sistema de empleo (los "regímenes profesionales complementarios") vinculado a la negociación colectiva y con ello una mayor generalización de los mismos en el tejido empresarial y en las Administraciones Públicas (en la dirección hacia el objetivo de una "universalización" subjetiva, abarcando a la prácticamente la inmensa mayoría de los trabajadores asalariados). Su introducción *no supone un verdadero cambio en el modelo* de protección social complementaria; ni tampoco un cambio de su función típicamente complementaria (de ser sustitutiva de espacios vitales del sistema público de pensiones ello plantearía graves problemas de acomodación con los condicionantes constitucionales y con normas internacionales (artículos 93 a 96 CE, en relación imperativa con el art. 10.2 y los artículos 93 a 196 de la CE), como significativamente con el art. 12 de la Carta Social Europea Revisada[232].

VIII. Bibliografía

Aguilera Izquierdo, R., Barrios Baudor, G., Sánchez-Urán Azaña, Y.: *La protección social complementaria*, Madrid, Tecnos, 2005.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, Décimo cuarta edición, 2002.

Amaadachou Kaddur, F.: "Incentivos para retrasar el cese de actividad. La jubilación demorada", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

Antón, A. (Coord.) *et altri*: *La reforma del sistema de pensiones,* Madrid, Talasa, 2010.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2019.

Álvarez Cortes, J.C. (Dir.) *et altri: Trabajadores maduros y seguridad social,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2018.

[231] Monereo Pérez, J.L.: "La protección frente al despido injustificado (Artículo 30)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coord.): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, pp. 695-738; Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "La garantía internacional del derecho a un "trabajo decente", en *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo,* núm. 177, 2015, pp. 27-72; Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al trabajo (artículo 1 de la Carta Social Europea)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coord.): *La garantía multinivel de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 361-393. En una perspectiva más amplia, la excelente obra de Baylos Grau, A. y Pérez Rey, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009.

[232] Para "la función de los sistemas privados de pensiones en el marco del modelo de protección social" y "los límites explícitos entre los ámbitos funcionales de intervención de los Planes de pensiones privados y el sistema de pensiones público", son sustancialmente válidas las formas de articulación público y privado establecidas en Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996, espec., Capítulo I ("La función de los sistemas privados de pensiones en el marco del modelo de protección social"), pp. 71-130.

Aurfe Varela, A.: "Prolongación de la edad y elección del momento de la jubilación. Sus efectos sobre el trabajo. Realidades y fantasías", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL (AIReF). Opinión sobre la determinación del Índice Revalorización de las Pensiones 2015. Anejo 1 La fórmula de cálculo del Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP), paso a paso. Publicado el 25 de noviembre de 2014.

AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL (AIReF). *Evaluación del gasto público 2019. Estudio Beneficios fiscales*. 2020.

BANCO DE ESPAÑA. "Encuesta financiera de las familias (EFF) 2020: métodos, resultados y cambios desde 2017", en *Boletín económico 3/2022*, Banco de España, Madrid, 2022.

BANCO DE ESPAÑA: *Informe Anual 2021. Banco de España,* Madrid, 2022

Barr, N.: *The economics of Welfare State*, Stanford, Stanford University Press, 1993.

Barr, N.: *The economics of Welfare State as Piggy Bank*, Oxford, 2002.

Barr, N.: "Reforma de las pensiones: mitos, verdades y opciones políticas", *Revista Internacional de Seguridad Social,* Vol. 55, núm. 2, 2002.

Barr, N. y Diamond, P.: *La reforma necesaria. El futuro de las pensiones*, Madrid, El Hombre del Tres, 2012.

Baylos Grau, A.: "Protección jurídica de las personas mayores. Tutela del empleo y envejecimiento activo", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Blackburn, R.: *El futuro del sistema de pensiones. Crisis financiera y Estado de bienestar*, Madrid, Akal, 2010.

Bravo, C.: "El Sistema de Pensiones en España: refuerzo y reforma permanentes", *Revista de Estudios Fundación 1º de Mayo*, núm. 12, 2010.

Bravo Fernández, C.: "Los desafíos de las pensiones de jubilación. Las respuestas de los interlocutores sociales y la concertación social", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Bozzao, P.: "Trabajadores mayores, envejecimiento activo y políticas de protección social (Italia)", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

Caballero Pérez, M.J.: "La jubilación en el trabajo autónomo", en VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L., López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y M. Fernández Ramírez (Coords.), Granada, Comares, 2015.

Cabeza Peiro, J.: "Jubilación y envejecimiento activo", en *Temas Laborales,* núm. 163 (2022).

Camós Victoria, I., García De Cortázar, C. y Suárez Corujo, B.: *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa,* Murcia, Laborum, 2017.

García De Cortázar, C.: "La reforma de las pensiones en Europa. Una historia interminable. Un futuro incierto", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 31 (2022).

Casas Baamonde, M.E.: *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977.

Cavas Martínez, F.: "La separación de las fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social: realidades y nuevas propuestas", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL*: Dictamen 12 2021 sobre el Anteproyecto de Ley de Regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, aprobado en el Pleno ordinario del 16 de diciembre de 2021*, Madrid, CES, 2021.

COMISIÓN DE CONTROL DEL PLAN DE PENSIONES DE EMPLEO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: *Memoria anual 2020 del Plan de Pensiones de Pensiones de Empleo de la AGE*.

Couceiro Naveira, B.: *Las relaciones laborales de los trabajadores del sector bancario. Un estudio comparado con el Derecho español,* Madrid, Lefebvre, 2021, Capítulo Tercero V 8 ("La gestión de la hiper-protección complementaria de Seguridad Social de los trabajadores bancarios ordinarios").

De La Fuente Lavín, M.: "El retraso del cese en la actividad", VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L. y López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

De La Villa Gil, L.E.: "Las pensiones sociales: problemas y alternativas", en VV.AA.: *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.

De La Villa Gil, L.E.: "La reforma de la composición del sistema de Seguridad Social y del modelo de protección social", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº29-30, 2012

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES: *Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria,* 2020 y avance 2021

Durand, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, edición y estudio preliminar a cargo de J. Vida Soria, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

Elorza Guerrero, F.: "La cotización a la Seguridad Social en la reforma del Pacto de Toledo de 2020", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Erradonea Ulazia, E.: "La pensión de jubilación y su reforma ante el reto demográfico", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Espósito, M. y D' Avino, E.: "La protección social de las personas mayores en Italia", en Péran Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022.

Ferreras Alonso, F.: "Cambio demográfico y pensiones de Seguridad Social", Madrid, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo núm. 161, 2010.

Ferreras Alonso, F.: "Sistema público de pensiones: su adaptabilidad es su seguridad", Madrid, 2013.

Fernández Bernat, J.A.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.

Fernández Bernat, J.A.: "La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y 16 Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Fernández Prol, F. y Vaquero García, A.: "Revalorización de pensiones y mantenimiento del poder adquisitivo: Análisis en clave jurídica y económica", en *Temas Laborales,* núm. 163 (2022).

Fernández Ramirez, M.: "La jubilación de los trabajadores a tiempo parcial: vicisitudes de una ordenación en la línea roja de la protección social. Consideraciones críticas y propuestas de mejora", en VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L., López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

Fernández Ramirez, M.: "Las nuevas tecnologías y la incidencia en el empleo de los mayores", en Péran Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022

Fuente Lavín, M. De La.: *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Granada, Comares, 2006.

Fuente Lavín, M. De La., y Errandonea Ulazia, E.: "Fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social", en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) *et altri*: *Tratado de Seguridad Social,* Tomo I, Murcia, Editorial Laborum, 2017.

Gallego Losada, R.: *El dilema de las pensiones en España,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Gallego Losada, R.: *Las pensiones en la economía digital. Restos y reformas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

González Ortega, S.: "La reforma de la jubilación ordinaria", en VV.AA. (García Perrote, I. y Mercader Uguina, J.R., Dirs.): *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Valladolid, Lex-Nova, 2012.

García Murcia, J.: "El espacio de pensiones privadas", en VV.AA.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas* (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.

García Pérez, J.: "La jubilación de la generación *baby boom*: una realidad coyuntural", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 24, 2020.

García Romero, B.: "Orientaciones para culminar la reforma de la estructura del Sistema de Seguridad Social", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Gómez Salado, M.Á.: "Edad, jubilación y trabajo autónomo", en Péran Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022.

González García, S.: "Contributividad: sostenibilidad y/o suficiencia del sistema de pensiones", Cavas Martínez, F.: "La separación de las fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social: realidades y nuevas propuestas", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Grau Pineda, C.: "Las nuevas recomendaciones del Pacto de Toledo 2020 para combatir la brecha de las pensiones", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Grau Pineda, C.: *La brecha de las pensiones en España,* Albacete, Bomarzo, 2020.

Gutierrez Bengoechea, M.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas. Análisis Tributario y Laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Hierro Hierro, F.J.: "Recomendación 14. El reto de ofertar una protección adecuada a colectivos precarizados en un sistema construido sobre la estabilidad en el empleo: ac ceso a una ocupación de calidad y apuesta por una campaña pedagógica clara", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Lamura, G.: "El índice de envejecimiento activo", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

López Aniorte, M.C.: "Mujeres. Pensiones de jubilación y género", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

López Cumpre, L.: *La prejubilación,* Madrid, Civitas, 1998.

López Cumpre, L.: "La conformación del sistema mixto de pensiones y su evolución", en VV.AA.: *Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del INP,* Madrid, MTAS, 2007.

López Cumpre, L.: "Dificultar sin prohibir la prejubilación en el envejecimiento activo", en VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L. y López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

López Cumpre, L.: "Rebajar la edad de jubilación, ¿posible?", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

López Cumpre, L. (Coord.) *et altri: Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor L. E. De La Villa,* Madrid, Iustel, 2007.

López Gandía, J.: *Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

López Insua, B.M.: "Género y jubilación: una cuestión sujeta a debate", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

López Insua, B.M.: "Los planes de pensiones a debate tras la reforma del Pacto de Toledo", en *Revista de Derecho Social,* núm. 98, 2022.

López Insua, B.M.: "La jubilación parcial", en VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L., López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y M. Fernández Ramírez (Coords.), Granada, Comares, 2015

López Insua, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo,* Murcia, Laborum, 2017.

López Insua, B.M: "El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada", en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A (Dirs), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.

López Insua, B.M: "La tasa de ocupación de los trabajadores mayores de 55 años en España", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

López Insua, B.M: "Las políticas activas de empleo para los trabajadores de edad avanzada", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

López Insua, B.M: "La protección frente al despido de los trabajadores mayores", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

López Insua, B.M.: "La protección de las personas mayores desde la perspectiva de género", en Péran Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.) *et altri*: *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022.

Maldonado Molina, J.A.: "El factor de sostenibilidad en Europea y en España", en *E-Revista Internacional de la Protección Social,* núm. 1, 2018.

Maldonado Molina, J.A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

Maldonado Molina, J.A.: "El Derecho de la Seguridad Social de la mujer", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Coords.): *Género y derechos fundamentales,* Granada, Comares, 2010.

Maldonado Molina, J.A.: "La edad de jubilación, retiro y vejez", en VV.AA.: *La edad de jubilación,* Monereo Pérez, J.L., Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2011.

Maldonado Molina, J.A.: "La edad pensionable", en VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L. y López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

Maldonado Molina, J.A.: "Las medidas de jubilación y las políticas activas en general", en VV.AA.: *Las políticas activas de empleo: Configuración y Estudio de su regulación jurídica e institucional,* Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B.M. (Dirs. y Coords.), Cizur Menor (Navarra), Thomso Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 1065 y sigs.

Maldonado Molina, J.A.: "Revalorización de pensiones y actualización de topes y cuantía de las prestaciones", en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Ortiz Castillo, F. (Coord.), *et altri: Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes,* Murcia, Laborum, 2019.

Maldonado Molina, J.A.: "La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

Maldonado Molina, J.A.: "La protección de personas mayores a través de prestaciones de naturaleza contributiva", en Péran Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022

Mohamed Vázquez, R.: *La reforma de las pensiones. Soluciones para una acción protectora adecuada, suficiente, sostenible y pública,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2018.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A. : "La prejubilación aspectos jurídicos, laborales y de seguridad social", en Almarcha Barbado, A. (Dir.) *et altri*: *Envejecimiento laboral y prejubilación: dilemas y problemas socioeconómicos,* A Coruña, Servicio de Publicaciones de la Universidad de A Coruña, 2010.

Martínez Girón, J.: "¿Una nueva vía inexplorada para la financiación sostenible de las pensiones contributivas de jubilación", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Martínez Mateo, C.J.: "La seguridad frente a privaciones materiales. Protección patrimonial de las persona mayores", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

Martín-Serrano Jiménez, E. *El Principio de Cooperación como solución del Estado Autonómico. Una propuesta para la reforma (constitucional, o no) del sistema público de protección social en España*. Granada, Comares, 2018.

Martin-Serrano Jiménez, E. "El verdadero objetivo de la compatibilidad de pensión de jubilación con trabajo: ¿envejecimiento activo, suficiencia, sostenibilidad o cambio de paradigma? Evolución del modelo en el marco del Pacto de Toledo (1995-2019)" en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Monereo Pérez, J.L.: "Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (I y II)", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núms. 40 y 41, 1989.

Monereo Pérez, J.L.: "Notas sobre la caracterización jurídica de los planes privados de pensiones (en especial de los planes del sistema de empleo)", *Temas Laborales*, núm. 16, 1989.

Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996.

Monereo Pérez, J.L.: "La política de pensiones entre Estado y Mercado", en Torres López, J.(Coord.) *et altri: Pensiones públicas: ¿Y mañana qué?,* Barcelona, Ariel, 1996.

Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

Monereo Pérez, J.L.: *Fusión de sociedades y previsión voluntaria en la empresa*, Madrid, Editorial Ibidem, 1996.

Monereo Pérez, J.L.: *Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias* (pp. 9-210), Ponencia General en VV.AA.: *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias* (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la AEDTSS), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

Monereo Pérez, J.L.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo: La incidencia de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

Monereo Pérez, J.L.: "El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados (I y II)", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 88-89, 1998.

Monereo Pérez, J.L.: "El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados (I y II)", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núms. 88 y 89, 1998.

Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social" (artículo 41 CE), en VV.AA, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España,* Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J.L.: "El Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones 1/2002: la cristalización de las direcciones fundamentales de la política de «reforma social»", *Revista de Derecho Social*, núm. 22, 2003.

Monereo Pérez, J.L.: "Los Planes de Pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social", *Revista de Derecho Social*, núm. 23, 2003.

Monereo Pérez, J.L.: "El marco de referencia: Los Planes de pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social", en VV.AA.: *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2003.

Monereo Pérez, J.L.: "Los Planes y Fondos de Pensiones", en Villa Gil, L.E. De La (Dir.) *et altri*: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4.ª ed., 2004.

Monereo Pérez, J.L.: "La protección social complementaria de las pensiones. Los planes privados de pensiones", en Monereo Pérez, J.L. y García Ninet, J.I. (Dirs.) y MORENO VIDA, M.N. y Vicente Palacio, A. (Coords.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada, Comares, 2004.

Monereo Pérez, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *RMTAS*, Número Extraordinario, 2008.

Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007.

Monereo Pérez, J.L.: "El Instituto Nacional de Previsión: ubicación histórica, social y político-jurídica, en VV.AA.: *Cien años de protección social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Tortuero Plaza, J.L. (Dir. Y Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2007.

Monereo Pérez, J.L.: "Los (pre)supuestos histórico institucionales de la Seguridad social en la Constitución social del trabajo, en Rojas Rivero, G. (Coord.) *et altri*: *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Bomarzo, 2012.

Monereo Pérez, J.L.: "Los planes de pensiones en el sistema de protección social: Configuración técnica y orientaciones de la reforma", en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación,* Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Coordinares), Granada, Comares, 2008.

Monereo Pérez, J.L.: "El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008.

Monereo Pérez, J.L.: "El sistema de pensiones en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social", en Antón, A. (Coord.) *et altri*: *La reforma del sistema de pensiones,* Madrid, Talasa, 2010.

Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº Extra 1, 2010.

Monereo Pérez, J.L.: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri: La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J.L.: "La reforma concertada de las pensiones: el Acuerdo social y económico de 2011 y su desarrollo legislativo", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 25, 2011.

Monereo Pérez, J.L.: "La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: la fase actual de la construcción de un "nuevo" sistema de pensiones", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. Dirs.): *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011.

Monereo Pérez, J.L.: "La reforma concertada de las pensiones: el Acuerdo Social y Económico de 2011 y su desarrollo legislativo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 25, 2011.

Monereo Pérez, J.L.: "Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)", en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J.L.: "El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del pacto de Toledo", *Aranzadi Social,* nº 15-10, diciembre 2010. Monereo Pérez, J.L.: "Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34 de la Carta de la Unión Europea)", en Monereo Atienza y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y coors.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013.

Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 5.IV ("La crisis del constitucionalismo democrático social en la Unión Europea. Ilusión constitucional y "nuevas" formas de soberanía").

Monereo Pérez, J.L.: "Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso sociopolítico al dirigismo político?", en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica,* núm. 5, 2014.

Monereo Pérez, J.L.: "Derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social (Artículos 22 DUDH, 9 PIDESC y Normas Concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. Y Coords.) *et altri*: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos* Granada, Comares, 2014.

Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *La concertación social en España: Una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos,* R. Álvarez Gimeno, Á. L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida, R. Muñoz de Bustillo Llorente, Madrid, Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015.

Monereo Pérez, J.L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global del proceso reformista", en VV.AA.: *La pensión de Jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma,* Monereo Pérez, J.L. y López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

Monereo Pérez, J.L.: "William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 4 (2015), pp. 279 y sigs.

Monereo Pérez, J.L.: "Convenio colectivo modificativo y pensiones (problemas sustantivos y de legitimación procesal)", en VV.AA.: *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González,* Borrajo Dacruz, E. (Dirección técnica), Ramírez Martínez, J.M. y Sala Franco, T., Madrid, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: "La garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social", en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet,* Barcelona, Atelier, 2017, pp. 187-228.

Monereo Pérez, J.L.: "Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada)", en Monereo Atienza y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y coors.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: "Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social, *Lex Social. Revista de los derechos sociales*, 8(2), 2018.

Monereo Pérez, J.L.: "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de reforma", en *Derecho de las relaciones laborales,* núm. 2 (2018).

Monereo Pérez, J.L.: "Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental", en *RTSS*. CEF, núm. 429 (2018).

Monereo Pérez, J.L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Albacete, Bomarzo, 2019.

Monereo Pérez, J.L.: "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", en *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social,* núm. 1 (2020).

Monereo Pérez, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis,* Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "Los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460 (julio 2021).

Monereo Pérez, J.L.: "El derecho social al ingreso mínimo vital", en *Temas Laborales,* núm. 158, 2021, pp. 45-117.

Monereo Pérez, J.L.: "El riesgo de pobreza y exclusión social de los mayores y su cobertura: El Ingreso Mínimo Vital (España)", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* núm. 3 (2021), pp. 21-84. https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13533/13777

Monereo Pérez, J.L.: "El sistema multinivel de protección de las personas mayores", en Péran Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022.

Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio Sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social,* Madrid, La Ley, 2008.

Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *La política de pensiones en el Estado Social en transformación: Aspectos críticos,* Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J.L. y De Val Tena, A.L.: "Disposición adicional primera. Protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores", en VV.AA.: *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2003, pp. 665-741.

Monereo Pérez, J.L. y De Val Tena, Á. L.: "La protección complementaria en España", en VV.AA.: *Sicurezza sociale e previdenza complementare in Europa,* Bari, Cacucci Editore, 2009.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El espacio de las pensiones privadas: los Planes de pensiones", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *La política de pensiones en el Estado Social en transformación: Aspectos críticos,* Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora,* Granada, Comares, 2004.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Planes individuales y planes asociativos de pensiones", VV.AA. (Coord. López Cumpre, L.): *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Madrid, Iustel, 2007.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los Planes de Pensiones en el Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2008.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Planes y Fondos de Pensiones: propuestas de reforma*, Documento de Trabajo, Madrid, Fundación Alternativas, núm. 137, 2008.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: "La protección social complementaria "externa" al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social, Estudio de su régimen jurídico, actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas urgentes en materia de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2008.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Planes y fondos de pensiones: propuestas de reforma,* Documento de trabajo 137/2008, Madrid, Fundación Alternativas, 2008. Disponible *on line* en abierto en la página web de la Fundación Alternativas.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: "Parte X. Protección social complementaria", en VV.AA, Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C (Dir y Coord.): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Comares, 2009.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los Planes y Fondos de Pensiones. Guía de Negociación Colectiva,* Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "La designación de los miembros de las Comisiones de Control de los Planes de pensiones de empleo: los "partícipes en suspenso" (Situación jurídica tras la STC de 29 de noviembre de 2010)", en *Aranzadi Social,* núm. 4, 2011.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El modelo legal de pensiones privadas: orientaciones y propuestas de reforma en clave progresista", en VV.AA.: *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas,* Frades, J. (Coord.), Madrid, Fundación Largo Caballero, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011, pp. 382-471. http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/fflc-sistema-01.pdf (Este libro contiene aportaciones interdisciplinares importantes, que merecen ser consultadas; lo que viene facilitado por su carácter abierto)

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "La responsabilidad social de la empresa y los sistemas de pensiones: la inversión socialmente responsable" en López Cumpre, L. (Coord.) *et altri*.: *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la* empresa, Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Los planes y fondos de pensiones en el contexto de las reforma de los sistemas de protección social: ¿continuidad o renovación?, *RGDTSS*, núm. 31, 2012.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El factor de sostenibilidad: ¿Un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?", en *Revista de Derecho Social,* 2013.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 2014.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Revalorización y actualización de pensiones: La STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* Nº. Extraordinario, 2016.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "La política del derecho comunitario de apoyo a los planes privados de pensiones: nuevas medidas para su relanzamiento", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018, pp. 55-89.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El Convenio OIT núm. 102,1952 sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Vol. 7, Núm. Extra 0, 2019, pp. 90-123

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "La responsabilidad social de la empresa y los sistemas de pensiones: la inversión socialmente responsable" en López Cumpre, L. (Coord.) *et altri*.: *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la* empresa, Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El factor de sostenibilidad: configuración técnica y significación en la política de pensiones", en Monereo Pérez J.L. y López Cumpre, L. (Dirs) *et altri: La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Granada, Comares, 2015, pp. 1-57

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Revalorización y actualización de pensiones: La STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* Nº. Extraordinario, 2016.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El Factor de sostenibilidad: configuración técnica y significación en la política de pensiones", capítulo IV de la obra colectiva, en VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L. y López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015, pp. 99-126.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 0. Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones: la opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 2. Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones. La apuesta por la calidad de la pensión y por el principio de progresividad", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson- Reuters&Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 16. La política del derecho de fomento de los planes de pensiones del sistema de empleo de carácter complementario", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La situación de la «Hucha de las pensiones». A propósito de las últimas disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 5 (2015).

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: "La previsión privada y su funcionalidad en el marco del envejecimiento activo", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación u nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y López Cumpre, L. (Dirs.) *et altri*: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma,* Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Comares, Granada, 2015

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *Envejecimiento activo y vida laboral,* Granada, Comares, 2019.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la jubilación forzosa", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* n.º 18 (2019).

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", Conferencia general en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El Convenio OIT núm. 102 (1952) sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Vol. 7, Núm. Extra 0, 2019, pp. 90-123.

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.): *Envejecimiento activo y vida laboral,* Granada, Comares, 2020

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

Monereo Pérez, J.L. (Dir. y coutoría), Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2022.

Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La situación de la «Hucha de las pensiones». A propósito de las últimas disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 5 (2015).

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) *et altri*: *Tratado de Seguridad Social,* 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2017.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La Protección Social de los artistas (a propósito de la propuesta de elaboración de un Estatuto del Artistas y Profesional de la Cultura)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm.16 (2018).

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 1ª ed., 2019.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* nº 25, 4º Trimestre 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID 19 y las medidas legales", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 23 (2020).

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021 (Ley 11/2020, de 30 de diciembre)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 26 (2021), pp. 13-31.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 1ª edición, 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2ª edición ampliada y actualizada, 2022.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El mantenimiento del sistema y la intensidad protectora de las pensiones públicas en España: El Acuerdo de concertación social 2021 en el proceso de reforma del sistema de pensiones", en Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 1ª edición, 2020.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital,* Murcia, Laborum (Col. Trabajos de Investigación), 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Viñas Armada, J.M.: "Acción protectora" (Artículo 39 LGSS), en VV.AA.: Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N. (Dirs): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social, Tomo I. Arículos. 1 a 127*, Granada, Comares, 1999.

Moreno Fernández J.I.: *Las retribuciones en especie del trabajo personal en la Ley del IRPF*, Lex Nova, Valladolid, 1994.

Monereo Pérez, J.L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Albacete, Bomarzo, 2019.

Moreno Romero, F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Granada, Comares, 2016.

Moreno Romero, F.: "De la compatibilidad a la incompatibilidad y viceversa: legislación inadecuada y espacio para la construcción jurisprudencial", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum,* núm. 27, 2021, pp. 47-70.

Munnell, A.H.: *Aspectos económicos de los planes privados de pensiones*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

Muñoz De Bustillo Llorente, R. *et altri*, *Evaluación del tercer pilar del sistema de pensiones: determinantes de las aportaciones voluntarias y sus efectos sobre el ahorro de las familias*, Madrid, Proyecto de Investigación-MTIN, 2010.

Muñoz De Bustillo Llorente, R.: "La revisión del sistema de determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación en España: reflexión general y estimación de su impacto sobre las pensiones", en ANTÓN, A. (Coord.) *et altri*: *La reforma del sistema de pensiones,* Madrid, Talasa, 2010.

MUÑOZ De BUSTILLO LLORENTE, R.: "Pensiones y Mercado de Trabajo", VV.AA. (Frades, J. Coord.), *El Sistema Público de Pensiones de Jubilación. Desafíos y respuestas*, Madrid, Fundación F. Largo Caballero, 2011.

Natali, D.: "La reforma de las pensiones en la Unión Europea: cambios en las políticas nacionales y coordinación de la Unión Europea", VV.AA.: *El Sistema Público de Pensiones de Jubilación. Desafíos y respuestas*, Frandes, J. (Coord.), Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2011. http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/fflc-sistema-01.pdf

Navarro, V., Torres López, J., Garzón Espinosa, Á.: "¿Están en peligro las pensiones públicas?, Antón, A. (Coord.) *et altri*: *La reforma del sistema de pensiones,* Madrid, Talasa, 2010.

Nikonoff, J.: *La Comédie des fonds de pension*, Paris, Arléa, 2.ª ed., 2000.

Ochando Claramunt, C.: "Reformas estructurales de los sistemas de seguridad social en América Latina durante la década de los noventa", en VV.AA. (López Gandía, J. y Ochando Claramunt, C. (eds.): *El Estado del bienestar: Modelos y líneas de reforma*, Alzira, Germania, 2005.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *Envejecimiento activo, un marco político,* Madrid, OMS, 2002.

Ortega Lozano, P.G.: "Incentivos para retrasar el cese de actividad. Exoneraciones y bonificaciones", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021.

Ortiz De Solórzano Aurusa, C.: "La recomendación del Pacto de Toledo sobre la edad de jubilación en un sistema abierto de acceso a la pensión", Cavas Martínez, F.: "La separación de las fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social: realidades y nuevas propuestas", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Ojeda Avilés, A.: "Treinta años después del "Modelo Chileno" de Fondos de pensiones", en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet,* Barcelona, Atelier, 2017.

Ojeda Avilés, A.: "Sostenibilidad de la Seguridad Social y Fondos colectivos de pensiones", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación,*(I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social celebrado en Madrid, en 2017), Murcia, Laborum, 2017.

Ojeda Avilés, A.: "Treinta años después del "Modelo Chileno" de Fondos de pensiones", en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet,* Barcelona, Atelier, 2017, pp. 229-245

Ojeda Avilés, A.: "Por un modelo normativo de Plan de Pensiones de Empleo", en *Trabajo y Derecho,* núm. 89 (2022).

Ortega Lozano, P.G.: "La precarización y el desempleo como factores de debilitamiento de la protección de las personas mayores", en Péran Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022.

Pazos Morán, M.: "Pensiones e igualdad de género", en Antón, A. (Coord.) *et altri*: *La reforma del sistema de pensiones,* Madrid, Talasa, 2010.

Palomeque López, C: "Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución", VV.AA. en el volumen: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980

Pino, A. y Yermo, J.: "Los efectos de las crisis de 2007-2009 en los fondos de pensiones privados y de la seguridad social: ¿una amenaza para su solidez financiera?", *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 63, núm. 2, 2010.

Péran Quesada, S.: "Topes máximos y Mínimos de la pensión de jubilación", en VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L. y López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

Perán Quesada, S.: "El envejecimiento activo desde la perspectiva de género", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granada, Comares, 2021

Péran Quesada, S.: "La edad como factor de discriminación", en Péran Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022

Péran Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022.

Pérez Prado, D.: "La reforma del régimen de financiación de la Seguridad Social ¿Cambio de rumbo en la sostenibilidad de las pensiones?", en *Temas Laborales,* núm. 163 (2022).

Redondo Rincón, Gl.: "Reparto versus capitalización: estudio comparativo de los sistemas financieros de pensiones de jubilación de siete países de la Unión Europea", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Concialdi, P. "Les fonds de pension et l'avenir des retraites en France", *Droit Social*, núm. 9-10, 1995.

Rodríguez-Piñero, M.: "Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1988.

Rodríguez-Piñero, M y González Ortega, S: "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma", en VV.AA, *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Prados De Reyes, F.J (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

Roqueta Buj, R.: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro,* Valencia, tirant lo blanch, 2010.

Romeral Hernández, J.: "Nuevas perspectivas de acción para el fomento del empleo", Cavas Martínez, F.: "La separación de las fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social: realidades y nuevas propuestas", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Romero Burillo, A. M.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002.

Romero Coronado, J.: "La jubilación en el mundo agrario", en VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L., López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

Ruesga, S.: "Hacia donde caminar en el futuro del sistema público de pensiones. Una reflexión al hilo del Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad de las pensiones (junio 2013)", *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013.

Ruesga Benito, S.M: "Reflexionando sobre el futuro de los sistemas de pensiones", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Nº23, 2020.

Sánchez-Urán Azaña, Y. y Aguilera Izquierdo, R.: "La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social", en VV.AA, Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.): *EL modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

Sánchez-Rodas Navarro, C.: *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la Unión Europea y Monetaria y el Pilar Europeo de Derechos Sociales,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Serrano Pérez, F.; García Díaz, M.A. y Bravo Fernández, C.: *El sistema español de pensiones*, Barcelona, Ariel, 2004.

Suárez Corujo, B.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*, Valladolid, Lex Nova, 2003.

Suárez Corujo, B: "La protección social privada", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2012.

Suárez Corujo, B.: *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad,* Valladolid, Lex Nova, 2014.

Suárez Corujo, B.: "La pensión de jubilación: algunas claves para sus sostenibildiad en el contexto europeo", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Tortuero Plaza, J.L.: *La reforma de la jubilación (Marco de referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social),* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2012.

Tortuero Plaza, J.L. y AGUILA CAZORLA, O. Del: "Los sistemas de pensiones en Europa y Latinoamérica: realidades, expectativas e ideas para un debate", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 54, 2004.

Tortuero Plaza, J.L. y Vila Tierno, F.: "Solidaridad y suficiencia. La construcción silenciosa de un cambio de modelo", en Hierro Hierro, F.J. (Dir.): *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo»,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2021.

Tortuero Plaza, J.L.: "La construcción de un nuevo marco para el sistema en España", en Péran Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022.

Tortuero Plaza, J.L. (Dir.) *et altri: Cien años de Protección Social en España. Libro Commemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión,* Madrid, MTAS-INSS, 2007.

Tortuero Plaza, J.L. y Vila Tierno, F.: "Solidaridad y suficiencia. La construcción silenciosa de un cambio de modelo", en Hierro Hierro, F.J. (Dir.) *et altri: Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2021,

Torres López, J.(Coord.) *et altri: Pensiones públicas: ¿Y mañana qué?,* Barcelona, Ariel, 1996. (Libro que contiene aportaciones doctrinales relevantes y premonitarias)

Triguero Martínez, L.Á.: "La compatibilidad entre el trabajo profesional y la pensión de jubilación", en VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L., López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

Trillo García, A.R.: "Seguridad Social y COVID-19", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 23 (2020).

Trillo García, A.R.: "Trabajar y pensión de jubilación", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Val Tena, A.L. De, *La Exteriorización de los Compromisos por Pensiones: el Régimen Jurídico de la Protección de los Trabajadores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.

Valdueza Blanco, M.D.: *La Seguridad Social en la Jurisprudencia constitucional (1981-2020),* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Vela Díaz, R.: "El impacto de las desigualdades de género sobre el sistema de protección social: la brecha pensional en el acceso a las prestaciones de jubilación", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Venturi, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

Vila Tierno, F. y Moreno Romero, F.: "Equilibrio entre suficiencia y sostenibilidad", en Álvarez Cortes, J.C. (Dir.) *et altri: Trabajadores maduros y seguridad social,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2018.

Vila Tierno, F.: "La protección de los mayores frente a la carencia de rentas en un contexto de reformas por la sostenibilidad", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 61 (2022).

Vila Tierno, F.: "El derecho de la Unión Europea en materia de protección a las personas mayores", en Péran Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Bomarzo, 2022.

Vila Tierno, F. y Gutiérez Bengoechea, M. (Dirs.) *et altri*: *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional. Especial atención a las personas mayores,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2021.

Vila Tierno, F. y Gutiérez Bengoechea, M. (Dirs.) *et altri*: *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones,* Gómez Salado, M.Á. (Coord.), Granada, Comares, 2020.

Villar Cañada, I.M.: "Últimas reformas en materia de pensión de jubilación: la sostenibilidad del sistema desde un enfoque de género", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de Octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Villa Gil, L.E. De La, "El modelo constitucional de protección social", en VV.AA. (Sempere Navarro, A. Dir.): *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

Yanini Baeza, J.: *Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral*, Madrid, Edersa, 1995.

VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España,* Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002.

VV.AA.: Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003.

VV.AA.: *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias* (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

VV.AA.: (ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL): *La reforma de las Pensiones en la Ley 27/2011* (VII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Celebrado en Madrid, octubre de 2011), Murcia, Ediciones Laborum, 2011. VV.AA.: *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas,* Frades, J. (Coord.), Madrid, Fundación Largo Caballero, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011.

VV.AA.: *La edad de jubilación*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2011.

VV.AA.: (ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL) *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L., López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

VV.AA.: *La reforma de la pensión de jubilación*, García Romero, B. y López Aniorte, M.C. (coordinadoras), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

VV.AA.: (Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. Dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social,* 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2017.

VV.AA.: *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

VV.AA.: (ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL) *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral* (II Congreso Internacional y XV Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, octubre de 2018), 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2018.

VV.AA.: *Reforma y Modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Sempere Navarro, A.V. y Fernández Orrico, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2012.

VV.AA.: *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2003.

VV.AA.: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma,* Monereo Pérez, J.L., López Cumpre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.) Granada, Comares, 2015.

VV.AA.: *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas,* Frades, J. (Coord.), Madrid, Fundación Largo Caballero, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011. http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/fflc-sistema-01.pdf

VV.AA.: *Financiación del Derecho a pensiones públicas suficientes: alternativas sostenibles desde el lado de los ingresos,* Documento de Trabajo/Grupo de estudios sobre "pensiones suficientes, seguridad social universal y democracia", Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2017.

Zubiri, I.: "Un análisis económico de la reforma de las pensiones: el camino que aún falta por recorrer", en VV.AA.: *El Sistema Público de Pensiones de Jubilación. Desafíos y respuestas*, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2011.

Zubiri, I.: "Reforma y sostenibilidad del sistema de pensiones: una valoración crítica", *Economía Española y Protección Social*, núm. 4, 2012.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Parte X. Protección social complementaria", en VV.AA, Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C (Dir y Coord.): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Comares, 2009.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes de pensiones en el sector público*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2008.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014. ISBN: 9788430964567

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación u nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 2. Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones. La apuesta por la calidad de la pensión y por el principio de progresividad", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson- Reuters&Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 16. La política del derecho de fomento de los planes de pensiones del sistema de empleo de carácter complementario", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L., López Insua, B.M. y Guindo Morales, S.: *La protección socio-laboral de los trabajadores autónomos: Entre Derecho normal y Derecho de la Emergencia,* Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Viñas Armada, J.M.: "Acción protectora" (art. 39 CE), en VV.AA, Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N. (Dirs): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social, Tomo I. Arts. 1 a 127*, Granada, Comares, 1999.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *Envejecimiento activo y vida laboral,* Granada, Comares, 2019.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N. y Maldonado Molina, J.A: *Manual de Derecho de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* nº 25, 4º Trimestre 2020. ISSN: 2386-7191 (Impresa). ISSN: 2387-0370 (Digital)

Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A y Gutiérrez Bengoechea, M: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996.

Monereo Pérez, J.L.: "Los planes y fondos de pensiones", en VV.AA, De La Villa Gil, L.E.: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch 4º edición, 2004.

Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº Extra 1, 2010.

Monereo Pérez, J.L.: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L. (Dir.), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *RMTAS*, Número Extraordinario (2008).

Monereo Pérez, J.L.: "El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual", en VV.AA, Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008.

Monereo Pérez, J.L.: "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de reforma", en *Derecho de las relaciones laborales,* núm. 2 (2018).

Monereo Pérez, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis,* Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "Los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460 (julio 2021).

Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social" (art. 41 CE), en VV.AA, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C y Moreno Vida, M.N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002. ISBN: 84-8444-637-9

Monereo Pérez, J.L.: "El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria", *Revista Relaciones Laborales,* nº14, 1991. Monereo Pérez, J.L.: *Los planes del sistema de empleo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1997. *ISBN*: 9788480024884.

Monereo Pérez, J.L.: "El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del pacto de Toledo", *Aranzadi Social,* nº 15-10, diciembre 2010.

Monereo Pérez, J.L.: "Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34 de la Carta de la Unión Europea)", en Monereo Atienza y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y coors.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013.

Monereo Pérez, J.L.: "Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada)", en Monereo Atienza y Monereo Pérez, J.L. *(Dirs. y coors.): La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada,* Albacete, Bomarzo, 2019.

Monereo Pérez, J.L.: "Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias", en VV.AA: *Los Planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social),* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

Palomeque López, C.: "Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución", VV.AA. en el volumen: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980. ISBN: 84-259-0642-3

Rodríguez-Piñero, M. y González Ortega, S.: "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma", en VV.AA, Prados De Reyes, F.J (Coord.): *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985. ISBN: 978-84-616-1888-0

Rodríguez-Piñero, M.: "Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1988. ISSN: 0213-0556

Ruesga Benito, S.M.: "Reflexionando sobre el futuro de los sistemas de pensiones", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Nº23, 2020. ISSN: 2386-7191

Tortuero Plaza, J.L. y Vila Tierno, F.: "Solidaridad y suficiencia. La construcción silenciosa de un cambio de modelo", en Hierro Hierro, F.J. (Dir.) *et altri: Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2021, pp. 663 y sigs.

Salvador Pérez, F: "Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social"*, Revista Española de Derecho del Trabajo,* nº 43, julio/septiembre, 1990.

Sánchez-Urán Azaña, Y. y Aguilera Izquierdo, R.: "La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social", en VV.AA, Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Martín Jiménez, R (Coord.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

Suárez Corujo, B.: *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex-Nova, 2014. Suárez Corujo, B: "La protección social privada", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2012.

Suárez Corujo, B.: "RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones: un nuevo paso en el empecinado intento de fomentar la protección social complementaria", *Relaciones Laborales*, Nº15/16, Tomo II, 2004. ISSN: 0213-0556

Suárez Corujo, B.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores,* Madrid, Lex Nova, 2003.

Venturi, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995. ISBN: 84-7434-863-3

Vila Tierno, F. y Moreno Romero, F.: "Equilibrio entre suficiencia y sostenibilidad", en Álvarez Cortes, J.C. (Dir.) *et altri: Trabajadores maduros y seguridad social,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2018.

VV.AA., López Cumbre, L. (responsable): *La participación privada en el sistema de protección social español*, publicado en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/b7b282b5-a55b-4bd5-b044-86c8ec2ad44e/25_PF10_1.pdf?MOD=AJPERES

VV.AA.: *El Sistema Público de Pensiones de Jubilación. Desafíos y respuestas*, Frandes, J. (Coord.), Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2011. http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/fflc-sistema-01.pdf

Yanini Baeza, J.: "La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias. Mutualidades. Contrato de Seguro", en VV.AA, De La Villa Gil, L.E.: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch 4º edición, 2004. I

Comunicaciones

Necesidad *versus* oportunidad de las prestaciones a favor de familiares en un contexto de sostenibilidad y equidad

Jorge Baquero Aguilar
Investigador Postdoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

1. Introducción

Nuestro actual sistema de protección social es fruto de una larga evolución a lo largo de décadas. El carácter universalista del mismo ha conllevado el hecho de que la expansión del sistema de seguridad social haya ido albergando, cada vez más, nuevas instituciones jurídicas en aras de proteger las necesidades de los ciudadanos y de los trabajadores. Cierto es también que, en las últimas décadas, esa expansión del marco de protección también ha ido endureciendo los requisitos de acceso a las prestaciones. De tal forma que, el número de las mismas ha ido evolucionando y creciendo conforme la sostenibilidad del sistema público se ha ido debilitando, lo que ha derivado en la necesidad de llegar a ciertos pactos políticos y sociales que favorezcan la sostenibilidad y la pervivencia de nuestro actual sistema público de seguridad social.

En ese amplio abanico de prestaciones se enmarca el análisis objeto de este trabajo de investigación: la prestación a favor de familiares. Alberga la misma un amplio abanico de posibles perceptores con unos requisitos determinados que, a pesar de ser residual en nuestro sistema, contempla un gran número de posibles perceptores. Partiendo del análisis de esta particular prestación se pretende reflexionar sobre la necesidad *versus* oportunidad de este tipo de prestaciones. No posicionándonos en contra de la misma por su utilidad social, cierto es que

sí que planteamos la exigencia de una revisión profunda de nuestro sistema que racionalice el funcionamiento, el control y la viabilidad futura del mismo.

El análisis del régimen jurídico de esta prestación, en cierta forma, sirve de a modo de excusa para plantear una llamada de atención sobre la necesidad de reformular ciertos postulados del sistema si queremos mantener un sistema público de prestaciones que atienda a las necesidades reales de la población en un marco de sostenibilidad de cara al futuro que garantice el principio rector de la política social y económica sobre las pensiones públicas que alberga nuestro texto constitucional.

2. La evolución, la universalidad y la extensión del sistema de protección social

El origen del denominado Estado de Bienestar surge como consecuencia de los movimientos sociales del siglo XIX ante la precaria situación de los trabajadores[1]. Pero no es hasta la introducción de las medidas del Canciller Otto von Bismarck cuando se plantean medidas sociales para paliar la denominada cuestión social[2]. Tal y como plantean Rodríguez Ramos, Gorelli Hernández y Vílchez Porras, "*La opción por el Estado de una fórmula abstencionista o intervencionista no ha dependido del mayor o menor número de situaciones de necesidad o de sujetos necesitados -aunque sin duda fueron factores decisivos en la Revolución Industrial-, sino de las diferentes corrientes políticas y, por ello, de cuestiones de política legislativa e incluso ha estado vinculada a los ideales de una persona, así Beveridge*[3] *en Gran Bretaña, Bismarck en Alemania o Cánovas en España*"[4]. Hasta el momento de la creación de nuestro actual sistema de seguridad social, las medidas a las que se podían acudir eran el ahorro individual o colectivo, sin olvidar las medidas de caridad o las acciones de beneficencia. Aunque importantes y decisivas para su desarrollo posterior, dichas medidas iniciales, en cierta forma, fueron adoptadas más para mantener el *statu quo* imperante que por convicción política. No obstante, dieron lugar al desarrollo posterior tanto en Europa como en España de medidas progresivas, aunque lentas, que desembocarían en el desarrollo de los sistemas de seguridad social tal y como los conocemos[5].

La irradiación de los sistemas de protección social al resto de los países europeos tuvo una implantación lenta y progresiva. No fue sino después de la Segunda Guerra Mundial cuando se inicia un verdadero desarrollo hasta llegar a los sistemas de seguridad social que conocemos en la actualidad. La catástrofe humana que provocó el conflicto desemboca en un cambio de paradigma que confluye en un intervencionismo estatal que permite un amplio desarrollo de sistemas de protección social a todos los niveles, puesto que hasta el momento habían sido los contratos de seguro los que proporcionaban cierto nivel de protección social[6]. Se produce una

[1] "*Hasta el siglo XIX, las técnicas de protección han presentado un carácter inespecífico puesto que se han utilizado instituciones jurídicas genéricas para solucionar los problemas derivados de aquellos*". Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (Dirs.): *Derecho de la Seguridad Social,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 32.

[2] Véase al respecto de la cuestión social: Messner, J.: *La cuestión social,* Madrid, Rialp, 1960.

[3] Sobre Beveridge y la concepción de los actuales modelos de seguridad social véase el interesante trabajo llevado a cabo por parte de: Monereo Pérez, J.L.: "William Henry Beveridge (1879-1963): la construcción de los modernos sistemas de seguridad social", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum,* núm. 4, 2015, pp. 279-305. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/406429.

[4] Rodríguez Ramos, M.J., Gorelli Hernández, J. y Vílchez Porras, M.: *Sistema de Seguridad Social,* Madrid, Editorial Tecnos, 2008 (10ª edición), p. 27.

[5] Sobre la génesis histórica de la seguridad social véase: Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S.: *Compendio de Seguridad Social,* Madrid, Editorial Tecnos, 1991 (4ª edición), pp. 22-26.

[6] En nuestro país, con la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 se inicia la promoción de los seguros sociales. Nuestro sistema todavía alberga reminiscencias de este sistema de protección mediante las todavía vigentes pensiones del Seguro obligatoria de Vejez e Invalidez (SOVI). *Vid* al respecto del SOVI en relación con la prestación a favor de familiares y la concesión de la misma teniendo en cuenta la perspectiva de género: Baquero Aguilar, J.: "De las prestaciones a favor

transformación de los sistemas de protección social caracterizada por la universalización de la protección, donde la financiación sufre también un cambio de paradigma basada en el sistema de cotización y el de asignación presupuestaria estrechamente vinculada esta última a los sistemas de tributación.

La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de Seguridad Social (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1963) sienta los principios de nuestro actual sistema de seguridad social. Dicha norma fue desarrollada posteriormente con la Ley de la Seguridad Social de 1966 que ha sufrido múltiples modificaciones hasta la actual regulación del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31/10/2015). La entrada en vigor de la Constitución Española de 1978[7] configura como principio rector de la política social y económica en su art. 41 el mantenimiento de un "*régimen público de Seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo*"[8], siendo libres la asistencia y prestaciones complementarias[9].

La problemática latente desde hace décadas sobre el equilibrio financiero del sistema dio lugar al Pacto de Toledo que fue aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados durante la sesión del 6 de abril de 1995[10]. De tal forma que el debate sobre la sostenibilidad del sistema gira en torno a las cada vez más largas carreras de cotización, a la aportación al sistema de mayores ingresos a través de normas presupuestarias o la introducción de los seguros privados de forma paulatina como medida de estabilización de nuestro actual sistema de protección social. En ese sentido, para Hernádez de Cos, Jimeno y Ramos, "*En todo caso, el desarrollo de la capitalización resulta complejo y requiere un análisis previo detallado de algunas cuestiones, como el período de tiempo requerido para su implantación, su carácter voluntario u obligatorio, la rentabilidad que puede ofrecer en un escenario de estancamiento demográfico y bajo crecimiento de la productividad,*

de familiares cuando su causante era beneficiaria de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: "la cuestión de género" como elemento clave para la revisión de doctrina del tribunal supremo. Sentencia del Tribunal Supremo 416/2020, de 29 de enero de 2020. ECLI: ES:TS:2020:416", en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* núm. 153, 2020, pp. 245-262. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7640260.

[7] Un análisis del texto constitucional cercano a la época de su promulgación, aprobación y entrada en vigor muy interesante por su cercanía en el tiempo es que plantean en su momento: Cazorla Pérez, J., Ruiz-Rico López-Lendínez, J.J. y Bonachela Mesas, M.: *Derechos, instituciones y poderes de la Constitución de 1978,* Granada, Gráficas Monachil, 1983.

[8] Un análisis exhaustivo sobre la evolución de nuestro sistema de seguridad social desde los inicios hasta la configuración actual puede verse en: Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Molina Navarrete, C, Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social,* Madrid, Editorial Tecnos, 2022 (18ª edición), pp. 30-69. Obsérvese también al respecto: Rodríguez Ramos, M.J., Gorelli Hernández, J. y Vílchez Porras, M.: *Sistema de Seguridad Social, op. cit.,* pp. 27-32.

[9] Véase al respecto el interesante trabajo de: Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., De La Casa Quesada, S., Caballero Pérez, M.J. y Vida Fernández, R.: "Pensiones, desempleo y previsión social complementaria", en *Revista española de derecho del trabajo,* núm. 252, 2022, pp. 219-280.

[10] Sobre la revisión del Pacto de Toledo véase el interesante artículo de: Barrios Baudor, G.L.: "La "Revisión" del Pacto de Toledo", en *Temas Laborales,* núm. 73, 2004, pp. 145-176. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=963734. A pesar de ser criticable la actuación de la *Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo* por las pocas novedades introducidas y por el escaso nivel de compromiso, para este autor, "*(…) el mayor mérito de la Comisión reside en institucionalizar el consenso político y el diálogo social como vías de permanente consolidación y perfeccionamiento de nuestro sistema público de protección social*" (p. 176).

o la distribución del coste asociado al cambio que supone esta implantación entre las distintas generaciones"[11].

Prueba de la problemática de la sostenibilidad del sistema actual ha sido la aprobación de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (BOE núm. 312, de 29/12/2021). Tal y como recoge el Preámbulo de dicha norma, "*El pasado 19 de noviembre de 2020 el pleno del Congreso de los Diputados aprobó el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo en el que, por tercera vez desde su aprobación inicial en 1995, se recogen un conjunto de recomendaciones que reivindican la centralidad del sistema público de pensiones dentro del entramado institucional que conforma nuestro Estado social y marca las líneas de actuación para la defensa y mejora del citado sistema en los próximos años*". En esa línea, el componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia también recoge un conjunto de reformas del sistema de pensiones acordes a las recomendaciones del Pacto de Toledo y que encuentran su plasmación en esta normativa aprobada[12].

El 19 de noviembre de 2020 el pleno del Congreso aprobó el Informe de Evaluación y reforma del Pacto de Toledo donde se recogían un conjunto de recomendaciones que reivindicaban la centralidad de nuestro actual sistema público de pensiones. En el Preámbulo del texto normativo se destaca que, "*la renovación del Pacto de Toledo supone el reforzamiento de las señas de identidad de nuestra Seguridad Social despejando las incertidumbres que derivan de la magnitud del reto demográfico provocado por la jubilación*[13] *de la generación del baby boom y de la orientación fallida de la reforma de 2013; y recuperando la senda de la mejor tradición reformista en este ámbito que tiene como último hito la reforma consensuada de 2011*"[14]. La problemática ocasionada por el SARS-CoV-2 ha sido un factor determinante también, de ahí "*el valor de que las fuerzas políticas alcancen este punto de encuentro que expresa la necesidad y el compromiso de preservar el protagonismo de las pensiones públicas como eje central de nuestro modelo de convivencia*"[15]. De tal forma que "*la renovación del Pacto de Toledo constituye la expresión de un consenso político que ha servido de presupuesto para la apertura de un proceso de diálogo con los interlocutores sociales*

[11] Hernádez De Cos, P., Jimeno, J.F. y Ramos, R.: *El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma,* Documentos Ocasionales, núm. 1701, Banco de España, Eurosistema, 2017, p. 43. Documento disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasionales/17/Fich/do1701.pdf.

[12] *Cfr.* GOBIERNO DE ESPAÑA. *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.* Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/plan-espanol-de-recuperacion-transformacion-y-resiliencia.

[13] Sobre la jubilación, véase: Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Ediciones Laborum, 2020 (1ª edición). En clave de derecho comparado comunitario véase el interesante trabajo de: Martínez Mateo, C.J.: "Análisis comparado de la garantía constitucional del derecho a la pensión de jubilación en la Unión Europea", en *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019, Vol. 2, 2019, pp. 691-704.

[14] Para Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta, "*(…) con la reforma unilateral de las pensiones en 2011 se ha producido una ruptura del modelo consensuado en la esfera político-jurídica y social de reforma de las pensiones*", en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación, op. cit.,* p. 223.

[15] En ese sentido, véase: Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre. A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum,* núm. 23, 2º trimestre de 2020 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre el COVID-19), pp. 357-389. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7477522.

que ha culminado con la suscripción de un gran acuerdo que refuerza la legitimación social de esta iniciativa legislativa"[16].

Se vuelve a poner de relieve, como ya sucedió a principios de la década del 2000, la importancia del consenso político y el diálogo con los interlocutores sociales a la hora de plantear la renovación del Pacto de Toledo. No obstante, parece ser criticable también, en este caso, la falta de determinación en relación a la adopción de ciertas medidas al respecto del futuro del mantenimiento de nuestro sistema de protección social. En palabras de Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta, "*Sin perder de vista la "correlación de fuerzas" que en cada momento existe y se sepa construir, es innegable que el Pacto de Toledo es un lugar privilegiado para la búsqueda de puntos de encuentro entre las diferentes opciones sociales y políticas. Es asimismo un espacio político adecuado para establecer la planificación y el tiempo de las reformas, porque solo así se podrá establecer las prioridades en función de un horizonte marcado por la visibilidad del rumbo a seguir, es decir, el modelo de pensiones que se desea implantar*"[17].

3. El régimen jurídico de las prestaciones a favor de familiares

Dentro del Capítulo XIV del Título II del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social[18], perteneciente al Título II relativo al Régimen General de la Seguridad Social, se regula en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones de muerte y supervivencia en las que se encuadran las prestaciones a favor de familiares objeto de esta investigación[19]. Dichas prestaciones, conforme al art. 216 de la LGSS, en caso de muerte (cualquiera que fuera su causa), y siempre que se cumplan con los requisitos que se exijan, se reconocerán una serie de prestaciones entre las que se encuentran la pensión vitalicia o, en su caso, el subsidio temporal a favor de familiares (letra e) del apartado 1 del art. 216)[20]. Según contempla el apartado 2 del mismo artículo, en caso de que la muerte haya sido causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se le reconocerá, además, al beneficiario supérstite, una indemnización a tanto alzado que se regula en el art. 227 de la LGSS[21].

Pero, para el caso de estas prestaciones de seguridad social, los sujetos causantes (*ex* art. 217 de la LGSS) serán diferentes de los sujetos que podrán percibir las prestaciones a las que venimos haciendo referencia. De tal forma que, podrán ser considerados como causantes del derecho a la prestación a favor de familiares (en base a lo preceptuado en el apartado 1 del art. 217) las personas incluidas en el régimen general de la seguridad social que cumplan con la condición

[16] *Cfr.* Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum,* núm. 25, 2020, pp. 13-32. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7726714.

[17] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación, op. cit.,* p. 224.

[18] *Vid.* Monereo Pérez, J.L.: "Los derechos de la Seguridad Social en la Carta Social Europea", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos (Ejemplar dedicado a: La Carta Social Europea revisada y el protocolo de reclamaciones colectivas: ¿abre su ratificación una revolución jurídico laboral?),* núm. 460, 2021, pp. 129-146.

[19] Sobre dicha prestación, véase con carácter general: Márquez Prieto, A.: "Capítulo 16. Prestación a favor de familiares", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Rodríguez Iniesta, G. (Coord.), Maldonado Molina, J.A. (Coord.) y De Val Tena, A.L. (Coord.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II,* Murcia, Ediciones Laborum, 2017, pp. 157-165.

[20] Así lo recoge también la letra d) del apartado 1 del art. 1 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 Social.

[21] De igual forma se determina en el apartado 2 del art. 1 de la Orden de 13 de febrero de 1967.

general exigida en el art. 165.1 (letra a))[22]: los perceptores de subsidios por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural que cumplan con el período de cotización establecido (letra b)), así como los titulares de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente (letra c))[23].

De tal forma que, para ser perceptor de la prestación a favor de familiares[24] de han de cumplir una serie de requisitos previstos en el art. 226 de la LGSS. Se le reconocerá derecho a esta prestación a los siguientes sujetos: hijos o hermanos de los beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente. Para ello también se han de cumplir una serie de circunstancias previstas en el apartado 2 del art. 226:

a) Que se haya convivido con el causante[25] y que este haya estado a su cargo[26].

b) Ser mayores de cuarenta y cinco años, permanecer solteros o divorciados o viudos.

c) Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante[27].

d) Carecer de medios propios de vida[28].

El apartado 1 del propio art. 226 establece que las normas de desarrollo de esta ley determinarán otra serie de familiares o asimilados que puedan tener derecho a pensión o subsidio por muerte del causante en la cuantía que respectivamente se fije. Todo ello, claro está, siempre que reúnan los requisitos que se establezcan para cada uno de ellos y previa prueba de su dependencia económica con respecto al causante de la prestación. Les será de aplicación a las prestaciones a favor de familiares lo establecido en el párrafo segundo del art. 219.1 de la LGSS, que establece que también tendrán derecho a la pensión de viudedad del cónyuge superviviente "*aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años*". Para el caso de la duración de los subsidios temporales por muerte y supervivencia, el apartado 3 del propio artículo establece que se establecerán por las normas de desarrollo de esta ley.

---

[22] Según la dicción literal del precepto, podrán causar derecho a las prestaciones del Régimen General, las personas incluidas en su campo de aplicación que *"habrán de cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario*".

[23] En relación a los sujetos causantes de la prestación, el desarrollo reglamentario se encuentra en el art. 2 de la Orden de 13 de febrero de 1967.

[24] Para Roqueta Buj y García Ortega, esta prestación constituye una "*modalidad de protección de carácter "residual o subsidiario" que se reconoce a favor de determinados familiares consanguíneos del causante*", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (Dirs.): *Derecho de la Seguridad Social, op. cit.,* p. 418. En ese sentido, cabe destacar que la STC 375/1993, de 20 de diciembre, ya consideraba que esta prestación tenía un carácter "*residual o subsidiario*".

[25] Lo que se puede demostrar con el preceptivo certificado de empadronamiento en el respectivo Ayuntamiento.

[26] Sobre esta cuestión obsérvese el interesante trabajo realizado por parte de: Martínez Barroso, M. De Los R.: "*In dubio pro muliere.* Hijas cuidadoras y pensión a favor de familiares. Interpretación flexible y con perspectiva de género del requisito de convivencia: A propósito de la STSJ de Canarias de 13 de marzo de 2020 (Rec. 1400/2019), en *Lex Social: Revista de Derechos Sociales,* Vol. 11, núm. 2, 2021, pp. 842-866. Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5971.

[27] Dicha cuestión podría acreditarse con los respectivos informes de los Servicios Sociales Comunitarios de la localidad donde se resida.

[28] "*La dependencia económica constituye, de esta forma, la exigencia común de acceso a unas prestaciones que, a diferencia de la viudedad y la orfandad, tienen por finalidad, en todo caso, atender a la situación real de necesidad en que quedan una serie de familiares tras producirse el fallecimiento*". Para estos autores, no "*resulta baladí, en ese sentido, la relación de requisitos generales impuestos por la norma reglamentaria (…)*". Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (Dirs.): *Derecho de la Seguridad Social, op. cit.,* p. 418.

En ese sentido, no sólo los hijos o hermanos del causante pueden ser beneficiarios de dicha prestación, sino que también, en ese desarrollo reglamentario al que hace referencia el precepto de la LGSS sobre la materia objeto de este trabajo, podrán ser beneficiarios de la misma otra serie de familiares tal y como recoge el art. 22 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 Social (BOE núm. 46, de 23/02/1967). El apartado 1 de dicho artículo establece que podrán ser beneficiarios de la pensión a favor de familiares los consanguíneos del causante que se determina en los siguientes apartados y que reúnan una serie de condiciones[29]. Dichos beneficiarios son los siguientes: nietos y hermanos, madres y abuelas y padres y abuelos. Pasemos a analizar cada uno de ellos.

1º) Nietos y hermanos.

a) Menores de 18 años o que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en el grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

b) Huérfanos de padre y madre.

c) Que convivieran con el causante a sus expensas al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél.

d) Que no tenga derecho a pensión pública.

e) Que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos según la legislación civil[30].

Para este caso, se entiende que se carece de medios de subsistencia cuando los ingresos en cómputo anual sean iguales o inferiores a la cuantía (también en cómputo anual) que se establezca para el salario mínimo interprofesional (SMI) para trabajadores con dieciocho años[31]. Cuando el nieto o hermano de dieciocho o más años realizase un trabajo por cuenta ajena o una actividad profesional por cuenta propia, los ingresos anuales no deberán superar el 75 % del importe (en cómputo anual), del SMI.

No obstante lo anterior, tal y como recoge el párrafo primero de la letra a), punto 1) del art. 22; si no realizasen trabajo lucrativo, o llevándolo a cabo (tanto por cuenta propia como por cuenta ajena) y los ingresos resultasen inferiores al 75 % del SMI (también en cómputo anual), los nietos y hermanos del causante podrían ser beneficiarios de la pensión a favor de familiares siempre que fuesen menores de veintidós años de edad. Dicho derecho de percibo de prestación quedará en suspenso al realizar un trabajo por cuenta propia o ajena siempre que se superen los límites indicados. Lo anterior también será de aplicación para los menores de dieciocho años. En tal caso, la suspensión tendrá efectos en la fecha de cumplimiento de los dieciocho años. El derecho a percibir la pensión se recuperará cuando se extinga el contrato de trabajo, el cese de actividad por cuenta propia, la prestación por desempleo, la incapacidad temporal, etc.

[29] Además de todo lo anterior, será necesario que el causante "*al fallecer se encontrase en activo o en situación asimilada al alta, hubiese cubierto un período de cotización de quinientos días dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento, salvo que la causa de éste sea un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso no se exigirá este requisito*".

[30] Lo que se regula en los arts. 142 a 153 (De los alimentos entre parientes) del Título VI del Libro Primero del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que publica el Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25/07/1889).

[31] El art. 1 del Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional (BOE núm. 46, de 23/02/2022), establece el SMI en 33,33 euros/día o 1.000 euros/mes, según el salario esté fijado por días o por meses.

2º) Madres y abuelas.

a) Viudas casadas cuyo marido esté incapacitado para el trabajo[32], o solteras.

b) Que convivieran con el causante y a sus expensas (al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquel), que no tengan derecho a pensión pública, y que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos según la legislación civil.

3º) Padres y abuelos.

a) Que tengan cumplidos los sesenta años de edad o se hallen incapacitados para el trabajo.

b) Que convivieran con el causante y a sus expensas (al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquel), que no tengan derecho a pensión pública, y que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos según la legislación civil[33].

Por otro lado, en caso de situación legal de separación[34], el apartado 4 del mismo art. 226 establece que, a efectos de estas prestaciones a favor de familiares tendrán, respecto de sus ascendientes o descendientes, los mismos derechos que los que les corresponderían de estar disuelto el matrimonio[35]. Por último, el apartado 5 del mismo artículo establece que a las prestaciones a favor de familiares le será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del art. 223.1. Es decir, dicha prestación a favor de familiares, al igual que la de viudedad (incluido el supuesto de parejas de hecho[36]), será incompatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad, "*en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos, durante quince años*". Lo que podría dar lugar a dos prestaciones de la misma categoría por dos causantes diferentes, en su caso.

Para el cálculo de la prestación, la base reguladora de las prestaciones por muerte y supervivencia derivada de contingencias comunes (*ex* párrafo primero del art. 228 de la LGSS), se computará "*la totalidad de las bases por las que se haya efectuado la cotización durante el período establecido reglamentariamente anterior al mes previo al del hecho causante*". El límite de las cuantías lo determina el art. 229 de la LGSS, teniendo una limitación puesto que las pensiones de orfandad tendrán una preferencia sobre las pensiones a favor de familiares, estableciéndose un orden de preferencia al respecto (apartado 2 del art. 229):

[32] El apartado 2 del art. 22 del reglamento de desarrollo determina que, se entenderá por incapacidad para el trabajo, en los supuestos previstos en los apartados a) del punto 1), a) del punto 2) y a) del punto 3), "*la de carácter permanente y absoluta que inhabilite por completo para toda profesión u oficio*".

[33] Sobre esta cuestión véase el interesante trabajo realizado en su momento por parte de: Castro Argüelles, M.A.: "Prestaciones a favor de familiares: requisitos generales y alcance del deber de alimentos: STSJ Aragón 25 de Marzo de 1998; AS 1998, 913", en *Aranzadi Social,* núm. 1, 1998, pp. 2581-2586.

[34] La separación se regula en los arts. 81 a 84 del Código Civil.

[35] El art. 220 de la LGSS establece, en relación a la pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, todos los aspectos legales al respecto. La disolución del matrimonio se regula en los arts. 85 a 89 del Código Civil.

[36] La regulación de las parejas de hecho por parte de nuestro legislador se lleva a cabo mediante la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (BOE núm. 100, de 23/05/2003).

1º.- Nietos y hermanos del causante, menores de dieciocho años o mayores incapacitados[37].

2º.- Padre y madre del causante.

3º.- Abuelos y abuelas del causante.

4º.- Hijos y hermanos del titular de una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente mayores de cuarenta y cinco años y que reúna los requisitos establecidos[38].

Por último, el art. 24 de la Orden de 13 de febrero de 1967 determina los casos de extinción de la prestación a favor de familiares que se producirá por las siguientes causas:

a) La de los nietos y hermanos por las señaladas para la pensión de orfandad: cumplir la edad mínima fijada en cada caso, cesar en la incapacidad que le otorgaba el derecho a pensión, adopción, contraer matrimonio (con la salvedad de que se estuviera afectado por incapacidad en los grados señalados) y fallecimiento (art. 21 de la Orden).

b) La de los ascendientes por contraer matrimonio o por fallecimiento del perceptor.

La extinción del subsidio a favor de familiares (*ex* art. 27 de la Orden) se producirá siempre que se den las siguientes circunstancias:

a) Por agotamiento del período de duración fijado como máximo.

b) Por observar una conducta deshonesta o inmoral.

c) Por fallecimiento del perceptor[39].

[37] *Vid in extenso* sobre la diferenciación entre discapacidad e incapacidad: Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.:"Deslinde e interconexión entre discapacidad e incapacidad permanente: norma y praxis jurisprudencial", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social,* núm. 62, 2022. Véase también por su relación con lo anterior: Monereo Pérez, J.L. y Guindo Morales, S.: "¿Es equiparable automáticamente y a todos los efectos la Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez a la declaración de discapacidad del 33 %? A propósito de la STS núm. 156/2020, de 19 de febrero de 2020 y la incursión en "ultra vires" del art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* núm. 152, 2022, pp. 211-223.

[38] La cuantía de esta prestación viene regulada de forma reglamentaria en los arts. 17 y 23 de la Orden de 13 de febrero de 1967.

[39] *Vid in extenso* sobre esta prestación a favor de familiares: Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Molina Navarrete, C, Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social, op. cit.,* pp. 374-377.

Si llevamos a cabo un análisis estadístico de las pensiones en vigor a fecha de 1 de agosto de 2022 según el régimen de seguridad social por clase pensión nos encontramos con los siguientes datos:

PENSIONES EN VIGOR A 1 DE AGOSTO DE 2022 Según Régimen de Seguridad Social por clase de pensión						
Régimen	Total[40]	Incapacidad Permanente[41]	Jubilación[42]	Viudedad[43]	Orfandad[44]	Favor de familiares[45]
Total del sistema	9.948.815	951.986	6.258.422	2.350.745	343.182	44.480
General	7.315.434	726.795	4.554.043	1.741.749	260.846	32.001
Trabajadores autónomos	1.976.072	114.801	1.321.110	466.505	63.737	9.919
Trabajadores del mar	119.424	6.783	65.706	40.854	4.855	1.226
Trabajadores del carbón	60.504	2.057	35.311	20.587	1.911	638
Accidentes de trabajo	202.841	85.578	54.279	51.699	10.787	498
Enfermedades profesionales	33.279	11.799	10.479	9.757	1.046	198
SOVI	241.261	4.173	217.494	19.594	----------	----------

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos de la página oficial de la Seguridad Social[46].

Como se puede observar, los datos sobre el total de la pensión en favor de familiares son los menores de todo el sistema. No obstante, si pasamos a analizar dichos datos por clase de pensión y sexo nos encontramos con los siguientes resultados en relación a dicha prestación:

PENSIONES A FAVOR DE FAMILIARES EN VIGOR A 1 DE AGOSTO DE 2022 Según Régimen de Seguridad Social por clase de pensión y sexo						
TODOS LOS REGÍMENES	TOTAL		HOMBRES		MUJERES	
	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media
	44.480	638,99	14.877	612,02	29.603	652,54

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos de la página oficial de la Seguridad Social[47].

De los datos aportados se extrae la conclusión de que, del número total de pensiones a favor de familiares el porcentaje es muy superior en las mujeres con respecto a los datos aportados

[40] La pensión media en cómputo total es de 1.091,28 €.

[41] La pensión media de la incapacidad permanente es de 1.035,00 €.

[42] La pensión media de jubilación es de 1.255,92 €.

[43] La pensión media de viudedad es de 779,62 €.

[44] La pensión media de orfandad es de 438,55 €.

[45] La pensión media a favor de familiares es de 638,99 €.

[46] GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: *Estadísticas, Presupuestos y Estudios. Pensiones por sexo, regímenes y clase.* Datos disponibles en: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/2575/e1950fb1-119d-4afe-96d0-40d944806750/93e233b8-615d-4df9-91f1-156b4013fcc8/993a8326-bc7a-44b9-b569-58cd82a518fb.

[47] *Ibídem.*

para los hombres (en torno al 66,5 % para las mujeres y al 33,5 % para los hombres[48]). De lo que se deduce que es una prestación muy feminizada por la tradición del cuidado de los familiares que siempre ha recaído en las mujeres de la familia. Aún así, como dato a favor, la pensión media es ligeramente superior en el caso de las mujeres con respecto a los hombres. Por otro lado, en el caso de la pensión a favor de familiares con complementos a mínimos asciende a un total de 22.878, de los que los hombres son beneficiarios en cómputo global en la cantidad de 7.733 y las mujeres en 15.145[49].

No cabe duda de que esta prestación ha sido un mecanismo de cubrir las necesidades de un sector que ha dedicado parte de su vida al cuidado de los familiares no pudiéndose incorporar al mercado de trabajo. Sin duda, el sistema ha cubierto de forma adecuada a este sector de población mayoritariamente femenino[50]. Pero no menos cierto es que la incorporación al mercado de trabajo de las mujeres y la suplencia de los cuidados de los familiares por parte de otros mecanismos que se han venido instaurando a lo largo de los últimos años (dependencia[51], servicio de ayuda a domicilio, residencias especializadas, etc.)[52], hace que la necesidad de acudir a este tipo de prestaciones cada vez sea menor. Con lo cual, teniendo en cuenta el gran número de posibles beneficiarios (nietos/as, hermanos/as, madre y abuelas, padre y abuelos, hijos/as y hermanos/as de pensionistas de jubilación o incapacidad permanente), nos preguntamos si no cabría la posibilidad de repensar el régimen jurídico de esta prestación con unos límites más ajustados a la realidad de la sociedad actual. Puesto que se podría estar incurriendo -en algunos casos, que no en todos- en lo que se podría considerar como una posible planificación para el acceso a la prestación entrando en un posible *pseudo* fraude en el percibo de dicha prestación.

Claro está que no nos posicionamos en contra de dicha prestación, sino que lo que se viene a reivindicar es un mayor control o un régimen jurídico mucho más estricto que beneficie a las personas que realmente lo necesitasen. Sobre todo, por el hecho de que la mayoría de las situaciones de necesidad que puede cubrir esta prestación podrían ser cubiertas por otras tantas de nuestro sistema. Y no sólo sucede esto con la prestación objeto de esta investigación, sino que también con otras prestaciones de nuestro actual sistema que, junto con la problemática de la sostenibilidad, coadyuvan a la insostenibilidad del mismo. En algunos casos, y partiendo del análisis de esta prestación, se podría estar incentivando más el cobro de las prestaciones que el acceso al mercado de trabajo. Es por lo que se considera por nuestra parte que se ha de llevar a cabo una revisión de los límites de esta y otras prestaciones al objeto de alcanzar una mayor racionalización del gasto público, sin dejar de contemplar, claro está, el importante factor de la

[48] *Ibídem.*

[49] *Vid in extenso* sobre la prestación a favor de familiares: Mas García, E.: *Las prestaciones de Seguridad Social a favor de familiares,* Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016.

[50] Aunque, como se puede observar analizando las estadísticas, también existe un porcentaje considerable de varones que son beneficiarios de esta prestación.

[51] Véase al respecto de la dependencia el interesante trabajo llevado a cabo por parte de: Rodríguez Cabrero, G.: "Longevidad y dependencia. La nueva contingencia del siglo XXI", en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía,* núm. 96, 2º semestre de 2019, pp. 140-169. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7235577. Se lleva a cabo un análisis de los sistemas europeos de Cuidados de Larga Duración (CLD), el desarrollo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) en España, destacando los retos de futuro en nuestro país de cara a mejorar la atención domiciliaria y comunitaria.

[52] Sobre esta cuestión véase la interesante y reciente obra colectiva: Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países iberoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Editorial Bomarzo, 2022. Se lleva a cabo en esta obra colectiva un análisis comparado del marco de protección de la seguridad social en relación a las personas mayores de los países iberoamericanos con los del sur de Europa. Se parte del análisis de la protección de las personas mayores en el marco internacional, pasando por las cuestiones más problemáticas en materia de protección adecuada a las personas mayores, para llegar a realizar una serie de propuestas sobre los retos del siglo XXI ante esta realidad social.

cuestión de género ya que, tal y como se ha señalado *ut supra,* es una prestación muy feminizada por la larga tradición de los cuidados que ha recaído sobre la mujer en el seno familiar.

4. La sostenibilidad de las pensiones: necesidad *versus* oportunidad de las prestaciones a favor de familiares prestaciones

Podría decirse que, desde el inicio de los actuales sistemas de seguridad social, el carácter universalista de los mismos, unido al sistema de protección tanto contributivo como no contributivo, ha derivado en el carácter expansivo del mismo que, a lo largo de las últimas décadas, ha conllevado ciertos niveles de recesión (sobre todo por el endurecimiento de los requisitos de acceso a las prestaciones) y ha pasado por momentos que han estado vinculados a los diversos ciclos políticos y a las crisis económicas sufridas en los últimos años. La afirmación de que los límites de extensión de la protección del sistema, van unidos también, por el contrario, a un endurecimiento del mismo. De tal forma que se ha venido hablando casi desde el principio de las crisis del sistema de seguridad social replanteándose una reformulación del mismo en diversas épocas[53]. Los cambios de la estructura demográfica, el envejecimiento paulatino de la población, la cada vez mayor esperanza de vida[54], el cambio de la pirámide demográfica, la extensión de los límites de la protección, las altas tasas de desempleo, la volatibilidad de nuestro mercado de trabajo, las nuevas realidades laborales[55], etc., vienen provocando una situación de cierta inestabilidad de nuestro sistema de protección social.

En ese sentido el debate sobre la estabilidad del sistema de pensiones en nuestro país podría decirse que ha sido una constante. De tal forma que se ha ampliado el gasto vinculando el mismo a los Presupuestos Generales del Estado. Por otro lado, también se ha abierto el debate sobre la introducción en nuestro sistema del aseguramiento privado. Es decir, se propone, sobre todo por parte de las empresas de seguro, la introducción del sistema privado de pensiones que complementaría la carrera de cotizaciones en el sistema público, de tal forma que si se instaura el sistema mixto se daría el caso de poder establecer una carrera de cotizaciones en el sistema público de pensiones que daría lugar a una pensión de jubilación mínima que sería complementada con un sistema privado de prestaciones de cara, no sólo a cubrir la jubilación, sino que abriría la puerta también al resto de contingencias.

En esa línea de debate, también se ha generado un debate en el marco *iuslaboralista* sobre el sistema de cotizaciones de las nuevas realidades laborales. Fruto de ello es la consideración o no de los trabajadores de plataformas como trabajadores por cuenta ajena en vez de trabajadores

---

[53] Una de las reformas más importantes que se han producido ha sido mediante el ya derogado Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29/06/1994).

[54] Según datos aportados por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), "*En el año 2020, con cifras provisionales, a nivel nacional la esperanza de vida al nacer se sitúa en 82,4 años. Se produjo una bajada de 1,2 años de la esperanza de vida en el 2020, en relación con el año anterior (…). En la UE-27, en el año 2019 la esperanza de vida al nacer fue de 81,3 años y en España 84,0 años*". En relación a los datos por sexo, "*(…) la esperanza de vida al nacer es más alta en las mujeres. Las cifras provisionales de la esperanza de vida al nacer en el año 2020 fueron de 85,1 años para las mujeres y de 79,6 años para los hombres*". INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): *Indicadores de Calidad de Vida. Dimensión 3. Salud. 3.1.1. Esperanza de vida a diferentes edades.* Datos disponibles en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES &c=INESeccion_C&cid=1259944484459&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleFichaIndicador&param3=1259947308577.

[55] En ese sentido se viene hablando desde hace tiempo de una cuarta revolución industrial estrechamente vinculada al desarrollo tecnológico que ha creado nuevas realidades laborales con la consiguiente problemática laboral y, para lo que nos interesa, de la problemática de financiación del sistema. Véase al respecto de dicha revolución: Gómez Salado, M.A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021 (1ª Edición).

por cuenta propia[56]. También se viene poniendo sobre la mesa la cuestión de las cotizaciones de los robots que, en cierta forma, sufragarían los gastos de la seguridad social con la base de que eliminan puestos de trabajo y, por ende, cotizaciones y contribuciones económicas al sistema[57].

Pero lo que no se termina de resolver desde un punto de vista normativo y político es la cuestión de reformular nuestro sistema público de pensiones de forma que siga manteniendo la equidad y la universalidad pero con unos mayores niveles de sostenibilidad. En ese sentido, la problemática de las altas tasas de desempleo, el sistema productivo de nuestro país vinculado sobre todo a pequeñas y medianas empresas, la problemática de la contratación laboral con altas tasas de temporalidad, la parcialidad de las contrataciones, etc.[58], conlleva el hecho de que las carreras de cotizaciones no sean muy largas. Ello da lugar a que la contribución al sistema vía cotizaciones (que son las que sufragan el gasto de las prestaciones) no sea sostenible.

Es en ese marco de insostenibilidad donde se enmarca este análisis de la prestación a favor de familiares. Como se ha analizado *ut supra,* los posibles beneficiarios que podrían tener acceso a la misma son muchos. Los requisitos no son demasiado estrictos. De igual forma, también es cierto que no es una prestación que tenga unas estadísticas muy altas. Sobre todo está vinculada la misma al sector femenino que es el que, en mayor medida, y de forma tradicional, se ha encargado del cuidado de las mayores y los enfermos de la familia[59]. Hemos tomado esta significativa y residual prestación como ejemplo de la necesidad de una reformulación de ciertos postulados del sistema.

Quizá deberíamos plantearnos de cara a un futuro no muy lejano la idea de limitar el alcance de las prestaciones planteando unos mayores niveles de control. Desde el inicio de nuestro sistema de seguridad social los límites expansivos cada vez han ido desarrollándose más. También es cierto que los requisitos de acceso han ido endureciéndose con los años, pero la gran cantidad de prestaciones y el gran número de posibles beneficiarios hace que se ramifique en un gran número

[56] *Cfr.* Aragüez Valenzuela, L.: "La consideración del trabajador como mercancía en la economía de plataformas virtuales", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Vol. 8, núm. 1, 2020, pp. 50-71. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7306914. De la misma autora obsérvese también: Aragüez Valenzuela, L.: "Comentario crítico al Real decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales", en *Revista de privacidad y derecho digital,* Vol. 6, núm. 22, 2021, pp. 199-205.

[57] *Vid a*l respecto de la cuestión: Sierra Benítez, E.M.: "La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y la robótica", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum,* núm. 11, 2017, pp. 133-1659. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6036012. Para esta autora, "*El problema se agrava cuando los trabajadores se sustituyen por robots y las empresas no contribuyen al sistema de seguridad social configurado en el estado de bienestar*". Se mantiene la postura, por tanto, por parte de esta autora, de una necesidad "*de contribuir a la adaptación de nuestro sistema de protección social a las nuevas realidades del trabajo de acuerdo con los postulados del trabajo decente y con la promoción de los principios y derechos fundamentales del trabajo de la OIT"* (p. 133).

[58] De entrada, la reforma laboral de 2022, con las medidas introducidas por parte del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, a pesar de poder ser celebradas en parte, parece que no han terminado del todo con la problemática de la temporalidad, sino que se ha trasladado la misma a otros escenarios de contratación.

[59] Para Roqueta Buj y García Ortega, citando la STC 3/1993, de 14 de febrero, nos encontramos ante una prestación cuya "*función debe ser considerada como el otorgamiento de rentas de subsistencia a quienes, por carecer de todo tipo de ingresos, se encuentra en un estado de necesidad*". Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (Dirs.): *Derecho de la Seguridad Social, op. cit.,* p. 420. Obsérvese al respecto de las rentas el trabajo de: Blasco Lahoz, J.F.: "Las prestaciones a favor de familiares: una protección contributiva sujeta a carencia de rentas", en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* núm. 27, 2017, pp. 25-43.

de posibilidades que ponen en peligro nuestro actual sistema de pensiones[60]. Sobre todo, por el hecho de que las cotizaciones vinculadas a las contrataciones no son suficientes para cubrir la sostenibilidad del sistema teniendo que recurrir cada vez más a las Leyes de Presupuesto que no hacen sino vincular dicho gasto a los impuestos.

Y no es que nos manifestemos en contra de que el nivel de protección social y de las prestaciones tenga una cobertura amplia y universalista, todo lo contrario[61]. Nuestra postura es la de mantener el sistema público de pensiones y de protección social. Lo que intentamos poner de relieve es el hecho de que quizás sea oportuno que, en algún momento, nos replanteemos la racionalidad de nuestro actual sistema de cara a un mantenimiento sostenible del mismo para el futuro a medio y largo plazo. No sólo en cuanto a los ingresos, sino que también en cuanto al acceso a las prestaciones. Se viene demandando desde hace tiempo un incremento de personal en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que podría suponer un mayor y efectivo control sobre muchos aspectos que tienen que ver con el control e ingreso a las arcas de las Seguridad Social. Tampoco estamos en desacuerdo con los sistemas de previsión social complementarios. Lo que ocurre en este último caso es que, desde nuestra óptica personal, en estos momentos no sería viable vincular la jubilación con un sistema mixto. Sobre todo por el hecho de que la estabilidad en el empleo no permitiría a gran parte de la población poder acceder a un sistema de aseguramiento privado que complementase al público[62]. Sin contar con la problemática de la fecha

[60] Ejemplo claro de lo que venimos poniendo de manifiesto es el Real Decreto 789/2022, de 27 de septiembre, por el que se regula la compatibilidad del Ingreso Mínimo Vital con los ingresos procedentes de rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la prestación (BOE núm. 233, de 28/09/2022). No nos manifestamos en contra de estas medidas garantistas de protección social que, en este caso, podría coadyuvar al acceso al mercado de trabajo de estos beneficiarios hasta su estabilización laboral. Lo que podría suceder es que, si no se plantean unos límites de control adecuados y efectivos, ello podría dar lugar a un inadecuado uso del sistema de protección y un posible fraude a la seguridad social. Sobre el Ingreso Mínimo Vital obsérvese: Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum,* núm. 24, 2020, pp. 29-62. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7586218.

[61] Véanse las interesantes propuestas generales sobre el sistema de seguridad social y particulares sobre la pensión de jubilación que se proponen por parte de: Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación, op. cit.,* pp. 225-248. Se toman en consideración por parte de los autores una serie de cuestiones antes de plantear ciertas reformas o mejoras del sistema vinculas al reforzamiento constitucional de la garantía de las pensiones. De tal forma que se plantean una serie de prioridades en las reformas (política de pleno empleo de calidad y decente, política de envejecimiento, vejez y jubilación, la necesidad de un incremento de las medidas legales que impida las discriminaciones por razón de género, medidas orientadas a la familia, género y pensiones, condicionamientos económicos de la sostenibilidad del sistema, garantía del principio de suficiencia y adecuación de las pensiones públicas, etc.). Se proponen, además, una serie de reformas, ajustes o adecuaciones en torno al modelo de sistema de pensiones, sobre la necesidad de una racionalización de los ingresos del sistema y de garantizar una pensión adecuada y sostenible. También se lleva a cabo por parte de los autores una serie de propuestas concretas de reformas de la pensión de jubilación que giran en torno a revitalizar u olvidar la noción de contingencia protegida, abordar la complejidad y trascendencia que para el beneficiario supone elegir adecuadamente la edad de acceso y la modalidad de la misma en atención a sus expectativas, sobre el retraso de la edad de jubilación como factor de sostenibilidad, sobre el problema de fomentar o penalizar las jubilaciones anticipadas, la revisión de la jubilación parcial, la revisión de la carrera de seguro para los trabajadores a tiempo parcial, el fomento de la prolongación voluntaria de la vida activa, la permisión del trabajo de los pensionistas y las medidas fiscales. Por último, se lleva a cabo también una serie de propuestas vinculadas a los retos de reforma de la protección social complementaria.

[62] Tal y como ponen de relieve Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta, "*el Libro Blanco sobre pensiones de la Unión Europea (…) apuesta por un "sistema multipilar" a tres niveles o pilares (nivel de pensiones básico obligatorio; nivel de pensiones complementarias colectivas; y nivel de pensiones adicionales individuales), con el fomento explícito de los planes de ahorro privados complementarios de jubilación -colectivos e individuales-".* Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación, op. cit.,* pp. 224-225. *Vid* sobre el Libro Blanco de la Unión Europea: COMISIÓN EUROPEA: *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles,* Bruselas, 16/02/2012, COM (2012) 55 final. Disponible en: https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/32eda60f-d102-4292-bd01-ea7ac726b731.

de inicio de dicho sistema "*dual*", el período transitorio que debería albergar su implementación, etc[63].

5. Conclusiones

Partiendo del análisis de la prestación a favor de familiares, y como pretexto para hacer extensivo el mismo al resto de prestaciones de nuestro actual sistema de seguridad social, llegamos a la conclusión general de que nuestro actual sistema de pensiones necesita de una revisión si pretendemos que sea viable y de calidad en un futuro a medio y corto plazo.

Los límites de protección del actual sistema de seguridad social se han ido extendiendo a lo largo de los años. Cierto es también que los requisitos se han ido endureciendo. No obstante así, queda clara la idea de que nuestro sistema adolece de cierta salud económica que permita su pervivencia futura promoviendo con ello el principio rector de la política social y económica que alberga nuestra Carta Magna con un mantenimiento de lo público sin dejar de lado la participación de la empresa privada como recurso complementario.

La controversia no es para nada baladí, como tampoco son fáciles las posibles soluciones. Pasan por la convergencia de muchos factores diversos de entre los que destacan el sistema productivo de nuestro país, la problemática de la invertida pirámide de población, las altas tasas de temporalidad en la contratación laboral, la volatilidad de nuestro mercado de trabajo, las altas tasas de desempleo, el control de los ingresos, etc.

Posicionándonos a favor de un sistema público prestacional de calidad, no dejamos de contemplar tampoco la necesidad de un mayor control y de una racionalización más adecuada de nuestro actual sistema de seguridad social.

6. Bibliografía

Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S.: *Compendio de Seguridad Social,* Madrid, Editorial Tecnos, 1991 (4ª edición).

Aragüez Valenzuela, L.: "Comentario crítico al Real decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales", en *Revista de privacidad y derecho digital,* Vol. 6, núm. 22, 2021, pp. 199-205.

Aragüez Valenzuela, L.: "La consideración del trabajador como mercancía en la economía de plataformas virtuales", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Vol. 8, núm. 1, 2020, pp. 50-71. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7306914.

Baquero Aguilar, J.: "De las prestaciones a favor de familiares cuando su causante era beneficiaria de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: "la cuestión de género" como elemento clave para la revisión de doctrina del tribunal supremo. Sentencia del Tribunal Supremo 416/2020, de 29 de enero de 2020. ECLI: ES:TS:2020:416", en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* núm. 153, 2020, pp. 245-262. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7640260.

[63] Sobre los desafíos que garanticen la sostenibilidad de las pensiones véase: Monereo Pérez, J.L. "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* núm. 3, 2021 (Ejemplar dedicado a: La protección social de los mayores frente al reto de la sostenibilidad y suficiencia de las pensiones), pp. 21-84. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8103190.

Barrios Baudor, G.L.: "La "Revisión" del Pacto de Toledo", en *Temas Laborales,* núm. 73, 2004, pp. 145-176. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=963734.

Blasco Lahoz, J.F.: "Las prestaciones a favor de familiares: una protección contributiva sujeta a carencia de rentas", en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* núm. 27, 2017, pp. 25-43.

Castro Argüelles, M.A.: "Prestaciones a favor de familiares: requisitos generales y alcance del deber de alimentos: STSJ Aragón 25 de Marzo de 1998; AS 1998, 913", en *Aranzadi Social,* núm. 1, 1998, pp. 2581-2586.

Cazorla Pérez, J., Ruiz-Rico López-Lendínez, J.J. y Bonachela Mesas, M.: *Derechos, instituciones y poderes de la Constitución de 1978,* Granada, Gráficas Monachil, 1983.

COMISIÓN EUROPEA: *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles,* Bruselas, 16/02/2012, COM (2012) 55 final. Disponible en: https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/32eda60f-d102-4292-bd01-ea7ac726b731.

GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: *Estadísticas, Presupuestos y Estudios. Pensiones por sexo, regímenes y clase.* Datos disponibles en: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/2575/e1950fb1-119d-4afe-96d0-40d944806750/93e233b8-615d-4df9-91f1-156b4013fcc8/993a8326-bc7a-44b9-b569-58cd82a518fb.

GOBIERNO DE ESPAÑA. *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.* Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/plan-espanol-de-recuperacion-transformacion-y-resiliencia.

Gómez Salado, M.A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021 (1ª Edición).

Hernádez De Cos, P., Jimeno, J.F. y Ramos, R.: *El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma,* Documentos Ocasionales, núm. 1701, Banco de España, Eurosistema, 2017. Documento disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasionales/17/Fich/do1701.pdf.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): *Indicadores de Calidad de Vida. Dimensión 3. Salud. 3.1.1. Esperanza de vida a diferentes edades.* Datos disponibles en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259944484459&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout& param1=PYSDetalleFichaIndicador&param3=1259947308577.

Márquez Prieto, A.: "Capítulo 16. Prestación a favor de familiares", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Rodríguez Iniesta, G. (Coord.), Maldonado Molina, J.A. (Coord.) y De Val Tena, A.L. (Coord.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II,* Murcia, Ediciones Laborum, 2017, pp. 157-165.

Martínez Barroso, M. De Los R.: "*In dubio pro muliere.* Hijas cuidadoras y pensión a favor de familiares. Interpretación flexible y con perspectiva de género del requisito de convivencia: A propósito de la STSJ de Canarias de 13 de marzo de 2020 (Rec. 1400/2019), en *Lex Social: Revista de Derechos Sociales,* Vol. 11, núm. 2, 2021, pp. 842-866. Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5971.

Martínez Mateo, C.J.: "Análisis comparado de la garantía constitucional del derecho a la pensión de jubilación en la Unión Europea", en *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019, Vol. 2, 2019, pp. 691-704.

Mas García, E.: *Las prestaciones de Seguridad Social a favor de familiares,* Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016.

Messner, J.: *La cuestión social,* Madrid, Rialp, 1960.

Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social,* Madrid, Editorial Tecnos, 2022 (18ª edición).

Monereo Pérez, J.L. "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* núm. 3, 2021 (Ejemplar dedicado a: La protección social de los mayores frente al reto de la sostenibilidad y suficiencia de las pensiones), pp. 21-84. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8103190.

Monereo Pérez, J.L. y Guindo Morales, S.:"¿Es equiparable automáticamente y a todos los efectos la Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez a la declaración de discapacidad del 33 %? A propósito de la STS núm. 156/2020, de 19 de febrero de 2020 y la incursión en "ultra vires" del art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* núm. 152, 2022, pp. 211-223.

Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Deslinde e interconexión entre discapacidad e incapacidad permanente: norma y praxis jurisprudencial", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social,* núm. 62, 2022.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum,* núm. 24, 2020, pp. 29-62. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7586218.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum,* núm. 25, 2020, pp. 13-32. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7726714.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre. A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum,* núm. 23, 2º trimestre de 2020 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre el COVID-19), pp. 357-389. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7477522.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Ediciones Laborum, 2020 (1ª edición).

Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., De La Casa Quesada, S., Caballero Pérez, M.J. y Vida Fernández, R.: "Pensiones, desempleo y previsión social complementaria", en *Revista española de derecho del trabajo,* núm. 252, 2022, pp. 219-280.

Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Rodríguez Iniesta, G. (Coord.), Maldonado Molina, J.A. (Coord.) y De Val Tena, A.L. (Coord.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II,* Murcia, Ediciones Laborum, 2017.

Monereo Pérez, J.L.: "Los derechos de la Seguridad Social en la Carta Social Europea", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos (Ejemplar dedicado a: La Carta Social Europea revisada y el protocolo de reclamaciones colectivas: ¿abre su ratificación una revolución jurídico laboral?),* núm. 460, 2021, pp. 129-146.

Monereo Pérez, J.L.: "William Henry Beveridge (1879-1963): la construcción de los modernos sistemas de seguridad social", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum,* núm. 4, 2015, pp. 279-305. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/406429.

Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. Estudio comparado de los países iberoamericanos y del sur de Europa,* Albacete, Editorial Bomarzo, 2022.

Rodríguez Ramos, M.J., Gorelli Hernández, J. y Vílchez Porras, M.: *Sistema de Seguridad Social,* Madrid, Editorial Tecnos, 2008 (10ª edición).

Rodríguez, G.: "Longevidad y dependencia. La nueva contingencia del siglo XXI", en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía,* núm. 96, 2º semestre de 2019, pp. 140-169. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7235577.

Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (Dirs.): *Derecho de la Seguridad Social,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Sierra Benítez, E.M.: "La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y la robótica", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum,* núm. 11, 2017, pp. 133-1659. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6036012.

Pacto de Toledo: pasado, presente y futuro

Aída Cabello Roldán
Estudiante de Relaciones Laborales y Recursos Humanos
Universidad de Málaga

1. Introducción

La Seguridad Social puede definirse como el principal instrumento de un Estado Social de Derecho moderno para garantizar a la ciudadanía unas prestaciones mínimas para afrontar una serie de contingencias que pueden poner en riesgo o provocarles una pérdida sobrevenida de sus rentas, como puede ser una enfermedad, accidente de trabajo, desempleo o jubilación. El sistema español es público, ya que es el Estado el que se encarga de proporcionarlo, y se encuentra regulado en el artículo 41 de la Constitución Española[1], así como en la Ley General de la Seguridad Social[2].

Pues bien, es por este motivo por el que se considera un ámbito tan importante, que pretende alejarse de continuos cambios generados por las alternancias políticas que puedan perjudicar a colectivos cuya única vía de ingresos sean dichas prestaciones. En este sentido, en 1995 se aprobó el Pacto de Toledo, como documento consensuado por partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales para analizar aquellos problemas estructurales que suponen un riesgo para la Seguridad Social, con perspectivas de que fuese objeto de reformas conforme a la realidad social del momento, pero siguiendo las bases fundamentales que se incorporaban en el texto original.

[1] BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978.

[2] Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en BOE nº 261, de 31 de octubre de 2015.

No obstante, ni este Pacto ni las diferentes leyes aprobadas en desarrollo a las medidas incluidas en las reformas del texto han evitado que siga existiendo, y cada vez más agravada, un gran debate y preocupación sobre el futuro del sistema de pensiones español. Sin embargo, parece claro que la atención sobre el futuro de estas prestaciones debe estar concentrada en el sistema público de reparto, en contraposición a los sistemas privados complementarios (que se basan en la capitalización del ahorro de manera individualizada).

En este sentido, y de forma muy simplificada, es evidente que para que el sistema de pensiones sea sostenible, es necesario que haya un mayor número de personas trabajadoras que de pensionistas; esto es, la continuidad de nuestro sistema depende en gran medida de la pirámide poblacional. Sin embargo, el número de personas trabajadoras ha disminuido como consecuencia de la alta tasa de paro española (de 12,48 % en el segundo trimestre de 2022[3]), mientras que el número de pensionistas sigue aumentando. Es decir, esta situación, unida a una evolución demográfica en la que la tendencia parece indicar que cada vez habrá un mayor número de jubilados y que, además, su esperanza de vida aumenta de manera progresiva e ininterrumpida, ha puesto en duda si el sistema de pensiones es sostenible a largo plazo.

Por ello, si bien es complicado proponer una medida que solucione la problemática, parece que ninguna es suficiente para recuperar o al menos mantener los ingresos con los que cuenta el sistema de la Seguridad Social. De esta forma, en el presente trabajo se realiza un breve análisis de las diferentes propuestas que se están debatiendo actualmente para paliar con esta situación.

2. Precedentes del Pacto de Toledo

Los denominados "Pactos de la Moncloa", cuyo documento íntegro fue aprobado el 27 de octubre de 1977, son el precedente inmediato del acuerdo que es objeto de este estudio, el "Pacto de Toledo", tratándose ambos de convenios en los que se logró el consenso de todas las formaciones políticas mayoritarias del momento, así como de los sindicatos y las asociaciones empresariales más representativas del Estado. Cada uno tenía una finalidad distinta, el primero buscaba la paz social y la unidad en tiempos de crisis política y económica durante los difíciles años de la Transición y, por otro lado, el Pacto de Toledo de 1995 pretendía garantizar la persistencia del sistema de la Seguridad Social.

Sin embargo, la extensión de estos dos acuerdos no es comparable, ya que los Pactos de la Moncloa[4] eran ampliamente más ambiciosos, englobando temas diferenciados en dos convenios: el conocido como "Pacto Económico", oficialmente denominado Acuerdo sobre el Programa de Saneamiento y Reforma de la Economía (que es el que aquí nos interesa al incluir una serie de directrices fundamentales en materia de política presupuestaria y de la Seguridad Social, que serán posteriormente analizadas); y un "Pacto Político", como un Acuerdo sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política.

Entre las medidas que se recogen en el "Pacto Económico" relativas al ámbito de la Seguridad Social podemos encontrar las siguientes:

1ª) Limitar los gastos consuntivos tanto del Estado como de la Seguridad Social.

[3] Encuesta de Población Activa (EPA) en Notas de prensa de fecha 28 de julio de 2022, elaborada por el INE.

[4] Ministerio de la Presidencia (2012). *Los Pactos de la Moncloa: texto completo del acuerdo económico y del acuerdo político: Madrid, 8-27 octubre 1977*, en el Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado, con URL: https://cpage.mpr.gob.es/producto/los-pactos-de-la-moncloa/

2ª) Orientar e intentar dar prioridad al gasto público en materia de fomento de empleo, destinando el sesenta por ciento de las aportaciones que se realicen al presupuesto de la Seguridad Social a la prestación de desempleo.

3ª) Clarificar el déficit presupuestario para poder hacer compatible su cuantía con la correspondiente evolución monetaria.

4ª) A raíz de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, promover la progresividad del sistema tributario.

5ª) Minorar los costes para las empresas a través de un crecimiento más lento de las cuotas dirigidas a la Seguridad Social y un control de las prestaciones sociales por parte de las fuerzas sociales, los empresarios y los representantes de los trabajadores.

6ª) Los aumentos de las pensiones de la Seguridad Social se llevarán a cabo conforme a criterios de progresividad en cuanto a su distribución se refiere, teniendo como preferencia la elevación de aquellas pensiones que sean más reducidas.

En tal Pacto se recogen otras medidas de reforma del sistema de la Seguridad Social, basándose en los principios de racionalización, descentralización y eficacia social.

Una vez aprobados los Pactos de la Moncloa, entró en vigor la Constitución Española de 1978, en la que también se incluyeron algunos presupuestos sobre los que se debía orientar la Seguridad Social, determinando la existencia de un sistema contributivo y otro asistencial. En este sentido, la Constitución hace referencia a este sistema en aspectos como la protección de la familia o de la salud (artículos 39.1 y 2, y 43.1, respectivamente), el tratamiento y la debida rehabilitación de los disminuidos físicos (artículo 49), la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos de tercera edad mediante pensiones adecuadas y actualizadas (artículo 50), entre otros preceptos.

El artículo más importante y sobre el que giran los anteriores es el 41, que establece que todos los poderes públicos deben mantener un sistema público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones suficientes para todos los ciudadanos ante posibles situaciones de necesidad, sobre todo en el caso de desempleo. A esta protección deben poder acceder todos los ciudadanos sin distinción, en iguales condiciones, e independientemente de que hayan contribuido o no durante su vida al sistema de la Seguridad Social (de ahí la existencia de los citados sistemas: contributivo -para aquellos que contribuyen a base de cotizaciones- y el asistencial -para los que no cuentan con medios suficientes como para contribuir con el sistema, es decir, estén o puedan estar en una situación de necesidad-). Cabe destacar que, a estos dos niveles de ámbito público y obligatorio, debemos añadir un tercero, complementario y de contratación libre, formado principalmente por los Fondos de Pensiones y Entidades de Previsión Social, por lo que no forma parte del sistema de solidaridad[5].

A pesar de estas garantías, a mediados de los años ochenta se identificaron posibles quiebras en el sistema. La natalidad fue disminuyendo poco a poco y, por ende, la existencia de una población envejecida implicaba que, en algún momento, no habría un número de jóvenes suficiente para cubrir las pensiones de la población anciana. Esta situación de emergencia que generaría una crisis económica obligó al acuerdo y aprobación de la Ley 26/1985, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y acción protectora de la Seguridad Social[6]. Entre sus medidas más relevantes se incluía un incremento del número de años cotizados (de diez a quince años), la

[5] Gómez Salado, M.A.: "Los tres pilares fundamentales en los que se apoya el modelo español de pensiones: ¿Hacia dónde vamos?, IUSLabor, *Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, nº 3, 2021, pp. 8-10.

[6] BOE nº 183, de 1 de agosto de 1985.

modificación de la base reguladora que establece la cuantía de la prestación en base a los últimos ocho años (sustituyendo el sistema anterior que estaba basado en los dos últimos), así como la mejora de las pensiones que no alcanzasen el Salario Mínimo Interprofesional, entre algunas otras.

Como las medidas que incluía esta Ley parecían no ser suficientes para poner fin a la crisis, en los años noventa todas las fuerzas españolas, incluyendo tanto a partidos políticos, como a sindicatos y organizaciones empresariales, se pusieron de acuerdo para firmar un convenio que modificara el sistema de pensiones de manera progresiva de forma que fuese sostenible y duradero en el tiempo. A este se le llamó el "Pacto de Toledo"[7]. Este acuerdo regulaba aspectos como la garantía del poder adquisitivo de las pensiones indexándolas al IPC, la creación de un Fondo de Reserva[8], la fijación de la edad de jubilación a los sesenta y cinco años, la separación entre gastos sanitarios y de pensiones, entre otros. Aparentemente, se pusieron en marcha un gran número de medidas que podían mejorar o incluso solucionar la problemática a corto plazo, pero no se resolvía el problema que dio origen a esta crisis: la baja tasa de natalidad española.

De esta forma, el número de pensionistas ha ido incrementándose desde entonces, además de la cuantía de sus pensiones, siendo en la actualidad uno de los mayores gastos del Estado. Sin embargo, por mucho que haya un mayor número de trabajadores cotizando al sistema de la Seguridad Social en activo, no es ni mucho menos suficiente para cubrir el importe mensual correspondiente a prestaciones contributivas, que a 1 de junio del presente año 2022, asciende a 10.857 millones de euros[9]. De hecho, desde 2011 hasta 2019 (e incluso podríamos atrevernos a decir que en la actualidad), la Seguridad Social ha presentado un desequilibrio financiero, lo que ha implicado que se haya minorado en gran parte el fondo de reserva de que disponía (en 2011, por una suma de 66.800 millones[10], cifra que ha disminuido a los 2.000 millones aproximadamente en el año 2019).

Finalmente, otra incidencia imprevisible e importante con un notable impacto en la situación financiera de las entidades gestoras de la Seguridad Social ha sido, sin duda, la pandemia de la COVID-19, tanto por la caída del empleo, la disminución de la creación de empresas y el incremento del desempleo, como por todas las ayudas que se regularon con el objetivo de la pervivencia y del mantenimiento del empleo. En efecto, el reciente informe nº 1.476, del Tribunal de Cuentas de fiscalización sobre el impacto económico producido por la crisis de la COVID-19 en las administraciones socio-laborales y la Seguridad Social[11], pone de manifiesto la notoria afectación que las ayudas han supuesto, fundamentalmente para el SEPE, más del 50 % del total del resto de las entidades gestoras, cifrado en 15.426.403.942,86 euros; seguidamente, las Mutuas

[7] Aprobación por el Pleno de la Cámara del texto aprobado por la Comisión de Presupuestos sobre la base del 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, así como votos particulares. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de fecha 12 de abril de 1995, nº 134 y nº de expediente 154/4, con URL: https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/E/E_134.PDF.

[8] Creado finalmente en el año 2000 en el marco del citado Pacto de Toledo.

[9] Datos ofrecidos por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en nota de prensa en fecha 26 de agosto de 2022.

[10] Información contenida en el Informe a las Cortes Generales: *Evolución, actuaciones del año 2011 y situación a 31 de diciembre de 2011*, elaborado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (actual Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones).

[11] Informe de Fiscalización sobre el impacto económico producido por la crisis derivada del COVID-19 en las entidades y organismos del ámbito de la Administración Socio-Laboral y de la Seguridad Social durante el ejercicio 2020, aprobado en fecha 29 de junio de 2022, con URL: https://www.tcu.es/repositorio/89a573e1-322e-4a27-83da-08b1759be35b/I1483.pdf.

colaboradoras de la Seguridad Social asumieron un 25,77 % de la afectación económica (un importe de 7.425.552.878,77 euros) y la Tesorería General, el 20,26 % (que corresponde a una cantidad de 5.837.086.222,34 euros).

Estos datos no son sorprendentes por la regulación que, a través de los sucesivos Reales Decretos Leyes se fueron publicando a partir del nº 8/2020, de 17 de marzo[12], que estableció, inicialmente, las medidas extraordinarias en el ámbito laboral derivadas de dicha pandemia, y cuyos objetivos fueron tanto la protección del empleo como las distintas ayudas al tejido empresarial. En ese sentido, el impacto económico más elevado correspondió, como era de esperar, a las medidas de suspensión de los contratos de trabajo fundamentalmente por causas de fuerza mayor, pero también por causas "ETOP" (económicas, técnicas, productivas y organizativas), suponiendo un total de 19.211.247.007,75 euros, el cual se desglosa tanto en las prestaciones contributivas de desempleo de las personas afectadas por los referidos ERTEs, como en las exoneraciones de las cotizaciones empresariales de la Seguridad Social en los ERTEs de fuerza mayor.

También tuvieron un notorio impacto otras medidas, tales como la prestación por el cese de actividad de los autónomos (abonadas por las Mutuas colaboradoras), e igualmente sus exenciones y exoneraciones de las cotizaciones de sus cuotas. Supuso un total por ambos conceptos de 7.182.063.583,97 euros.

No podemos obviar tampoco, otro gasto adicional e importante durante ese periodo, que fue el ocasionado por el gran incremento de las prestaciones de cobertura sanitaria, consecuencia totalmente lógica de la propia pandemia que influyó en la cobertura por las incapacidades temporales asimiladas a accidente de trabajo por la COVID-19 (la nada despreciable suma total de 1.694.325.113,09 euros).

Un aspecto también interesante que se ha de destacar de dicho informe es el referente a la financiación recibida por la Tesorería General de la Seguridad Social en ese periodo, llevado a efecto a través de dos transferencias por importes de 20.002.593.690 euros y de un préstamo a largo plazo de 16.500.000.000 euros, el cual ha elevado la deuda de la Seguridad Social frente al Estado a la suma de 85.350.923.211,95 euros, que supone el 7,61 % del PIB.

En definitiva, si la situación financiera de las entidades gestoras de la Seguridad Social se encontraba ya en una posición preocupante, el pasado más reciente ha venido a agravarle aún más por hechos absolutamente imprevisibles e inesperados.

3. El Pacto de Toledo en los momentos actuales

Es conocida y evidente la importancia que tiene el Pacto de Toledo para el sistema español de la Seguridad Social. Si nos centramos en una simple idea, podemos decir que ha permitido crear unas bases fuertes y firmes para garantizar la sostenibilidad del sistema de protección social de nuestro país. En la actualidad, se encuentran vigentes los fundamentos principales sobre los que este Pacto se constituyó en 1995, aunque se han llevado a cabo diversas reformas en los años siguientes, pero no han cambiado las ideas acerca del compromiso con un sistema solidario y de reparto, basado en contribuciones de personas empresarias y trabajadoras.

A partir de la firma del inicial Pacto de Toledo, se estableció una nueva manera de afrontar el que iba a ser el futuro del sistema de la Seguridad Social, *lo que indudablemente supuso un sistema más racional, más previsor y más protector*[13]. Por esa razón, actualmente todas las fuerzas

[12] BOE nº 73, de 18 de marzo de 2020.

[13] Aibar Bernad, J.: "El Pacto de Toledo y la financiación de la Seguridad Social. Avances recientes y cuestiones abiertas a debate", *Revista de Justicia Laboral*, nº 54, 2013, pp. 1-2.

políticas españolas con representación parlamentaria y los agentes sociales, tienen una idea común acerca del sistema de pensiones, por lo que persiste el pensamiento de que este Pacto sirve como amortiguador ante las distintas alternancias políticas. De esta forma, se intenta afectar mínimamente el sistema, sobre todo en situaciones de recesión.

Sabemos que el texto inicial fue aprobado en el año 1995, pero este no se encuentra vigente actualmente, debido a la necesidad de su renovación en tres ocasiones diferentes (en 2003, 2011 y 2021), que incluyen o modifican las recomendaciones iniciales, considerando las transformaciones ocurridas desde entonces, tanto en términos de la realidad económica del país, como en relación a las previsiones demográficas y las orientaciones comunitarias.

3.1. ¿Qué es y cuál es su finalidad?

El propio texto del Pacto de Toledo, en sus diferentes versiones, pero especialmente en la de 2011, manifiesta que pocos sectores españoles son tan sensibles como el de los pensionistas, ya que está formado por personas jubiladas o viudas que no suelen tener opción de otra fuente de ingresos. Este fue precisamente el motivo por el que todos los partidos políticos del momento se pusieron de acuerdo para evitar que se utilizase como arma electoral y que pudiera sufrir cambios continuos o repentinos que pudiesen poner a este colectivo en riesgo o en situación de necesidad.

Tomando esta idea como base, la Comisión consensuó quince recomendaciones que pretendían orientar las siguientes reformas del documento, garantizando su viabilidad y, su mejora (en aquellos supuestos en los que esto fuera posible). Por ende, el texto del Pacto de Toledo no es ni mucho menos estático, sino que es dinámico y está sometido, por ello, a las modificaciones que se van adoptando para adaptarlo al momento en el que debe ser aplicado.

En ese sentido y desde un punto de vista material, podemos definir el Pacto de Toledo como *un texto bajo la forma de acuerdo o resolución del Congreso de los Diputados en el que, se analizan las principales variables económicas que pueden afectar a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y (...) se establece una serie de recomendaciones que debe servir para guiar las futuras reformas de la Seguridad Social*[14].

Este acuerdo, además de establecer la tipología de pensiones (contributivas y no contributivas) para garantizar que todos la ciudadanía pudiera recibir a su vejez unos ingresos suficientes para poder mantenerse, en 1996, el Gobierno y los sindicatos más representativos se pusieron de acuerdo para pactar lo que constituyó la Ley 24/1997, de fecha 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social[15]. Esta normativa fue importante porque dio lugar a la creación del Fondo de Reserva de la Seguridad Social (comúnmente conocido como la "hucha de las pensiones"), que fue formado con la finalidad de acumular recursos para combatir situaciones de debilidad económica.

La finalidad principal de este documento siempre ha ido encaminada a garantizar la fiabilidad de la Seguridad Social, es decir, mantener un sistema que siempre se encuentre vigente, ya que es la mejor manera de protegernos de la vejez (además de en múltiples otras situaciones). Sin embargo, debemos atender a aspectos como el crecimiento demográfico, y prestar atención a los momentos de recesión económica, ya que interrumpirán y perjudicarán la labor del sistema debido a los escasos ingresos.

[14] Gutiérrez Cassillas, I.: "El Pacto de Toledo: fundamento, precedentes, concepto, contenido y revisión parlamentaria", *Revista de las Cortes Generales*, nº 103, Primer cuatrimestre (2018), pp. 399-428.

[15] BOE nº 169, de 16 de julio de 1997.

Por este motivo, actualmente se buscan nuevos recursos para ingresar en el Fondo de Reserva, ya que cuenta con muy poca liquidez por la crisis económica que ha sufrido España durante los últimos años, además de la crisis energética actual. Como consecuencia, se han llevado a cabo varias reuniones para consensuar las posibles soluciones ante esta coyuntura, lo que implicará una modificación en cuanto a las cantidades a cobrar, así como ajustes en la edad de jubilación, ya que según los expertos, son de las pocas soluciones a corto plazo que podrían ayudar a conseguir recursos para poder mantener el sistema.

3.2. ¿Cuáles son las recomendaciones?

Originariamente, el Pacto recogía en quince recomendaciones el informe sobre el diagnóstico de todos los problemas que se encontraron en el sistema, así como las soluciones que se sugerían al Gobierno para superarlas. Varias se referían al sistema de financiación, optando por la progresiva separación de fuentes, el ajuste de las bases de cotización para aparejarlas a los salarios reales, la reducción de la cantidad de Regímenes Especiales, etc. Por otro lado, hubo medidas dirigidas a la mejora de las prestaciones, como el incremento del esfuerzo de cotización, el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones o intentar facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa.

A grandes rasgos, podemos decir que estos fueron los fundamentos sobre los que se basaba el texto originario del Pacto de Toledo de 1995, el cual ha servido de base para los cambios que se han ido produciendo en la sociedad y, como consecuencia inmediata, en el sistema de la Seguridad Social español. El siguiente cambio importante se dio a principios del siglo XXI, cuando la Comisión del Pacto de Toledo empezó a desarrollar trabajos de renovación y a pensar en un posible nuevo informe del mismo.

En este sentido, en la versión del Pacto de 2003[16] se aprobaron un total de veintitrés recomendaciones, que se dividían en cuatro bloques: el primero sobre la actualización de las recomendaciones originales del Pacto, añadiendo una referencia sobre la importancia de su cumplimiento; en el segundo se incluían cinco recomendaciones nuevas, en relación a las posibles nuevas formas de trabajo y de desarrollo profesional, a la mujer y protección social, a la dependencia, la discapacidad y la inmigración; en el tercero se hacía referencia a las orientaciones de la Unión Europea (mecanismos de coordinación, sostenibilidad financiera, movilidad de las personas trabajadoras dentro de la zona comunitaria); y, por último, se hacía alusión tanto al seguimiento como a la evolución de las nuevas medidas en el futuro[17].

Más tarde, en el año 2011 hubo otra reforma del texto[18], pero sin incluir cambios relevantes. Esta versión contaba con veintiuna recomendaciones, por lo que era muy parecida a la anterior, puesto que mantenía las mismas ideas sobre la mejora de un sistema público de pensiones, siempre basado en los principios de reparto y de solidaridad.

La última versión fue aprobada en una de las sesiones de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, el día 27 de octubre del año 2020. Está formada por veinte recomendaciones, que principalmente se centran en flexibilizar algunas de las condiciones que fueron impuestas en las últimas reformas. Aunque la base sobre las pensiones se

[16] Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo. Texto del Informe y votos particulares. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de fecha 2 de octubre de 2003, nº 596 y nº de expediente 053/1, con URL: https://epsv.org/src/uploads/2016/08/Pacto-de-Toledo.pdf

[17] Cardenal Carro, M.: "El nuevo pacto de Toledo", *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 13, 2003, pp. 1-4.

[18] Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo. Aprobación por el Pleno y votos particulares. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de fecha 31 de enero de 2011, nº 513, y nº de expediente 153/1, con URL: https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/D/D_513.PDF

mantiene en integridad, se han propuesto determinadas modificaciones relativas a la jubilación anticipada, el método de revalorización o las cotizaciones necesarias.

A continuación, se exponen los principales fundamentos sobre los que versan las recomendaciones de esta última versión del Pacto de Toledo de 2020:

1ª Evitar un déficit en el año 2023: la Comisión defiende la separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social, optando por destinar las cotizaciones sociales de manera exclusiva a la financiación de las prestaciones contributivas. En cambio, las no contributivas deberán efectuarse mediante aportaciones del Estado al presupuesto de la Seguridad Social.

2ª La revalorización de las pensiones: como mecanismo de conservación del poder adquisitivo de las pensiones, y una vez recuperado el consenso sobre este mecanismo, se opta por su revalorización anual en base al IPC real. En este sentido, se establece que toda subida por encima de dicho indicador debe sufragarse con cargo a otro tipo de recursos financieros.

3ª El Fondo de Reserva o "hucha de pensiones": se muestra la clara preocupación ante una reducción abismal, en el que quedan menos de 2 millones de euros, habiendo llegado a disponer de más de 66 millones (conforme a datos oficiales anunciados en el Informe anual del Fondo de Reserva de la Seguridad Social). La única solución que se propone es la de no acudir a estas reservas para solucionar problemas económicos de naturaleza estructural.

4ª La convergencia de regímenes: la Comisión apuesta por la existencia exclusiva de dos regímenes (trabajadores por cuenta ajena y autónomos) para evitar la dispersión actual. De esta forma, se pretende equiparar los derechos y obligaciones de ambos regímenes, así como aproximar las bases de cotización.

5ª El periodo de cotización: se considera adecuado el mantenimiento en quince años del periodo mínimo de cotización exigido para el acceso a una pensión contributiva, además de los veinticinco años (a partir de este presente año 2022) para calcular tal prestación. Como aspecto novedoso, la Comisión recomienda que se evalúe la posibilidad de elegir los años más favorables al determinar la base reguladora de la prestación, ya que ciertos colectivos experimentan una importante reducción de sus ingresos cuando llegan a una determinada edad, por situaciones como el desempleo o la precariedad laboral de los trabajos ofertados para aquellos que tengan a partir de cincuenta años.

6ª Los incentivos al empleo: es importante el fomento de las medidas de contratación, sobre todo a las personas trabajadoras mayores de cincuenta y cinco años, además de priorizar la selección de colectivos de personas discapacitadas, víctimas de violencia de género o en riesgo de exclusión social.

7ª El sobre naranja: se reitera la importancia de concienciar a la ciudadanía de forma individualizada y periódica sobre sus futuras pensiones de jubilación, de conformidad con sus carreras de cotización. En este sentido, cabe resaltar que ningún Gobierno ha conseguido remitir esta información a los mayores de cincuenta años.

8ª La nueva agencia: con el fin de mejorar la gestión del sistema español, se opta por la creación de una agencia de la Seguridad Social, encargada de garantizar la economía de costes, simplificación, eficacia y racionalización de la misma, así como atender a que sean de aplicación los principios de solidaridad, equidad e igualdad de trato entre generaciones.

9ª La Mutuas Colaboradoras: simplemente se cree necesaria la modernización y la transparencia en cuanto a su funcionamiento, y se considera importante darles flexibilidad.

10ª La lucha contra el fraude: para evitarlo, se propone que todas las administraciones tengan la posibilidad de cruzar sus datos con los del sistema de la Seguridad Social. Además, se propone el refuerzo de las inspecciones y, cuando proceda, la imposición de sanciones.

11ª La pensiones mínimas: en esta recomendación, la Comisión busca la mejora de las pensiones más reducidas y combatir la brecha de género. Según datos proporcionados por la propia Seguridad Social, un tercio de las pensiones de jubilación no llegan a los 750 euros mensuales, cantidad que es bastante reducida si se compara con el SMI (1.000 euros al mes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto 152/2022[19]).

12ª La edad de jubilación (jubilación anticipada): este es uno de los aspectos que ha sufrido mayores modificaciones. La Comisión pretende que se fomente la permanencia de las personas trabajadoras en el mundo laboral, de manera que se aproxime la edad real de jubilación (actualmente, por encima de los 64 años) a la legal (en 2020, 65 años y 10 meses y, en 2027, 67 años)[20]. De esta forma, la jubilación anticipada quedaría reservada a colectivos que tienen largas carreras de cotización y no como vía para regular el empleo.

13ª Las prestaciones de viudedad y orfandad: el documento propone acomodar la pensión de viudedad a la nueva realidad social y familiar, ya que ha cambiado bastante en las últimas décadas, cuando la mujer apenas ejercía funciones laborales. En ese sentido, se busca un cambio en el enfoque y pasar a concentrarse en aquellas personas beneficiarias de dicha prestación con más de 65 años, ya que sería su principal fuente de ingresos, con el fin de garantizar una situación de renta que sea equiparable a la que existía antes del fallecimiento del conviviente o cónyuge. Sobre la pensión de orfandad se solicita un aumento de su cuantía.

14ª Supresión de esta recomendación sobre reordenamiento del tratamiento tributario.

15ª El refuerzo de la solidaridad y garantía de suficiencia: a este respecto, es precisa la fijación de una referencia adecuada, como la tasa de sustitución (que es el porcentaje de la pensión media sobre el salario medio de las personas trabajadoras ocupadas), así como el establecimiento de un ámbito territorial de medición comparada, como pueden ser los países de la Unión Europea más avanzados.

16ª Los sistemas complementarios: en relación a los datos actuales del sistema y de sus posibles problemas de sostenibilidad a largo plazo, es necesario el impulso de los planes de pensiones de empleo, que se sustentan en el marco de la negociación colectiva, siempre que la información sobre sus costes sea más transparente, para evitar que el partícipe se vea implicado en rendimientos negativos.

17ª y 17ª bis: Las mujeres y los jóvenes: se recomienda la adopción de medidas de carácter estructural para equiparar la cobertura de las pensiones entre mujeres y hombres, así como favorecer la corresponsabilidad entre géneros. En cuanto a los jóvenes, que a día de hoy forman otro colectivo vulnerable, se propone el impulso de políticas que ayuden a la transición del sistema educativo al mercado de trabajo (formación profesional, interrelación entre la universidad y las empresas, entre otras).

18ª Las personas con discapacidad: se debe intentar favorecer su acceso al empleo, además de permitir la compatibilidad de percibir la prestación por incapacidad permanente y la realización de un trabajo en estos casos.

[19] BOE nº 46, de 23 de febrero de 2022.

[20] Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2022, pp. 2-3.

19ª y 19ª bis: Las personas trabajadoras migrantes: es cierto que el mercado laboral español cuenta con determinadas áreas en las que existe una gran demanda de trabajadores. Una solución podría ser permitir la incorporación al mismo de migrantes, para lo que el sistema de la Seguridad Social debe adaptar los procedimientos para facilitar los trámites de contratación, afiliación e integración y asimismo sería necesaria, posiblemente, una reforma de la Ley de Extranjería[21].

20ª El control parlamentario, seguimiento, evaluación y reforma del Pacto de Toledo: anualmente, el Gobierno debe comparecer ante la Comisión, informando de la situación de la Seguridad Social del momento, sobre el cumplimiento de las recomendaciones que habían sido aprobadas. Transcurridos cinco años, el Congreso de los Diputados llevará a cabo una revisión general de las mismas, y una evaluación de su grado de cumplimiento.

Estas son las recomendaciones que se encuentran en vigor actualmente y que, después de haberlas analizado y comparado, no son tan distintas a las que se incluyeron en el texto original. Es cierto que se han ido modificando levemente hacia medidas para intentar hacer que el sistema de pensiones no se vuelva insostenible, y que se pueda dar cobertura a las pensiones de las personas que están trabajando a día de hoy.

Recientemente, en 2021 se aprobó un Proyecto de Ley de Reforma de Pensiones[22], que tiene como finalidad el mantenimiento del poder adquisitivo de la ciudadanía y que pretende ampliar y reforzar las proyecciones descritas en la última versión del Pacto. Este Proyecto de Ley afecta a cuestiones como la jubilación forzosa en los convenios colectivos, la jubilación activa, coeficientes reductores aplicables a la jubilación anticipada, incentivos para intentar alargar la edad de jubilación, el factor de sostenibilidad, entre otras medidas[23].

4. España 2020-2070: proyecciones demográficas en relación al sistema de pensiones

Los estudios sobre la evolución demográfica son relevantes para la elaboración y la reforma del Pacto de Toledo para conocer las previsiones poblacionales para gestionar los gastos e ingresos relativos al sistema de pensiones. Y es por esta razón por la que hoy día existe tanta preocupación acerca de su sostenibilidad; España sufre un rápido proceso de envejecimiento generado por un aumento de la esperanza de vida y, sobre todo, por la caída de la tasa de natalidad, que ha reducido hasta tal punto que España cuenta con uno de los índices de fecundidad más bajos del mundo. Si bien la entrada masiva de inmigrantes durante la primera década del siglo XXI provocó que se revirtiera parcialmente y por corto tiempo este proceso, la crisis de 2008 supuso que en poco tiempo volviésemos a la tendencia anterior.

Las proyecciones demográficas se llevan observando desde hace unos años, ocupando un apartado en los informes elaborados por la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo en los años 2003, 2011 y 2020. En ellas, se da gran importancia al indicador de fecundidad, que se acompaña de un aumento progresivo de la esperanza de vida, lo que conlleva a un saldo vegetativo negativo y al envejecimiento de la población. Por lo tanto, es importante prestar especial atención a los cambios demográficos que se esperan en la población española para intentar gestionar eficazmente el sistema de la Seguridad Social, así como para

[21] Ley Orgánica 4/2000, de fecha 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en BOE nº 10, de 12 de enero de 2000.

[22] Proyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de fecha 6 de septiembre de 2021, Serie A nº 66-1, nº de expediente 121/6, con URL: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-66-1.PDF

[23] Gala Durán, C.: "Las novedades del Proyecto de Ley de Reforma de Pensiones de 2021", *La Administración Práctica*, nº 11, 2021, p. 3-9.

proponer soluciones a las posibles deficiencias del mismo. En este sentido, se llevará a cabo un breve análisis de los datos estadísticos proporcionados tanto por el INE (fuente nacional) como por Eurostat (fuente comunitaria) comparando sus resultados e intentando dar conclusiones sobre lo que implicaría para el sistema de pensiones.

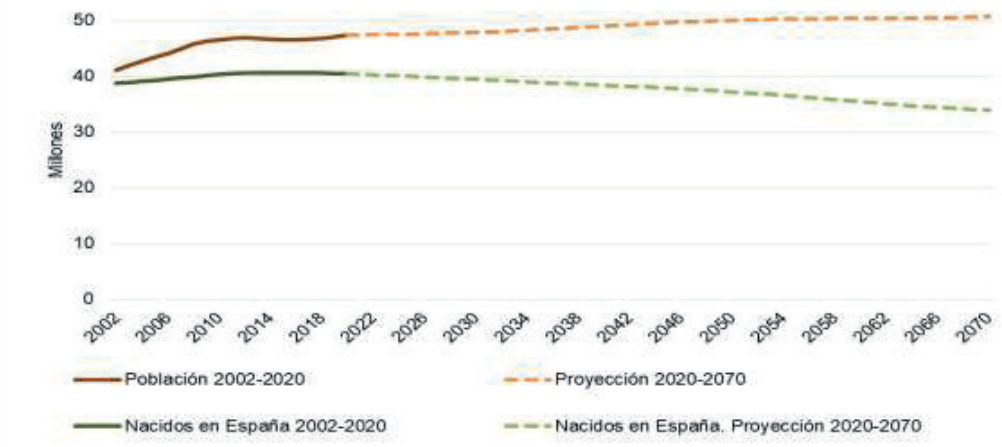
4.1. Proyección demográfica según fuentes nacionales (INE)

El 22 de septiembre de 2020 el Instituto Nacional de Estadística publicó en Notas de prensa las últimas Proyecciones de Población para los años 2020-2070[24], donde realiza un análisis sobre la evolución de la población española (manteniéndose las tendencias actuales). En el propio texto se indica que el hecho más destacado consiste en la proyección migratoria que, según los expertos, aumentaría de manera sostenida, dando lugar a un crecimiento de la población durante los cincuenta años que son examinados (salvo coyunturalmente en 2020).

De acuerdo con las proyecciones publicadas, en los próximos años España aumentaría su población hasta los 50,6 millones en 2070, por lo que no es un aumento significativo, sino más bien lo contrario. Sin embargo, existe un aumento progresivo e ininterrumpido de las defunciones, dando lugar a un saldo vegetativo negativo al ser mayores que los nacimientos. Este saldo es superado por el saldo migratorio positivo, lo que provoca un ligero aumento de la población hasta e laño proyectado. Por lo tanto, el incremento de población se debería, de manera exclusiva, a la migración internacional.

Esto significaría que, dentro de la proyección de 2020-2070, la población nacida en España disminuiría siempre, tal y como se puede observar en el siguiente gráfico:

Gráfico 1. Proyección de la población residente en España 2020-2070



Fuente: Notas de prensa INE de 22 de septiembre de 2020 ("Proyecciones de Población 2020-2070") p. 2

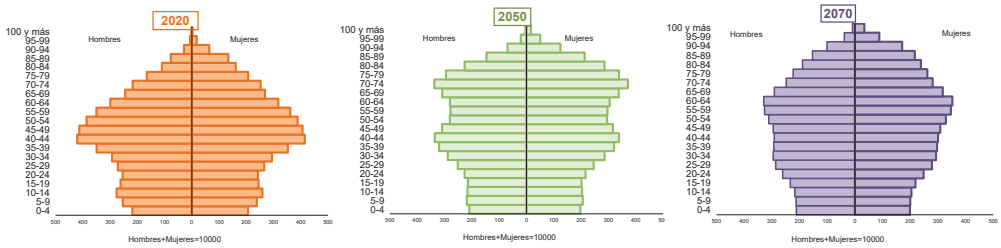
Como podemos ver en el gráfico, el número de nacimientos sigue reduciéndose durante el periodo proyectado, aunque es cierto que se estima un leve aumento en la tasa de fecundidad de las mujeres, que pasaría de un 1,23 en 2020, a un 1,31 en 2034. Esta tendencia al alza es leve pero progresiva, aunque no implica que los nacimientos sigan siendo menores que las defunciones, aun incluyendo los datos migratorios.

[24] Proyecciones de Población 2020-2070 en Notas de prensa de fecha 22 de septiembre de 2020, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística, con URL: https://ine.es/prensa/pp. 2020_2070.pdf

En cuanto a la esperanza de vida (que se ha visto reducida por la situación coyuntural de la COVID-19), el INE estima que se recuperaría en el año 2021, y según datos actualizados que ha proporcionado la misma fuente, así ha sido. Si obviamos estos efectos, la esperanza de vida alcanzaría los 85,8 años en hombres en 2069 y los 90,0 en mujeres (datos que son más que sorprendentes si los comparamos con la esperanza de vida existente a principios del siglo XX, que era de poco más de 35 años para ambos géneros).

El informe también muestra el rápido proceso de envejecimiento que está sufriendo nuestro país en base a las pirámides de población, siempre que se mantenga la tendencia demográfica actual:

Gráfico 2. Pirámides de población de España (años 2020, 2050 y 2070)



Fuente: Notas de prensa INE de 22 de septiembre de 2020 ("Proyecciones de Población 2020-2070") p. 7

A este respecto, podemos observar cómo en 2020 el grupo de edad más numeroso es el de los nacidos en los años 1970-1979 (personas de entre 40 y 49 años), y lo seguiría siendo en 2050 (que pasarían a tener entre 70 y 79 años). En los últimos años que se analizan, parece que habría cierto rejuvenecimiento conforme se extinga la generación de los 70 del siglo XX, que fue una época de mayor fecundidad. De esta forma, el grupo más numeroso sería el de los nacidos entre los años 2005 y 2014 (de unos 55 y 64 años).

Así, la población española de entre 20 y 64 años (es decir, en edad de trabajar) que en la actualidad supone un 60,8 % de la población total, representaría en 2050 el 51,9 % y, en 2070, el 54,4 %. Por tanto, parece que cada vez contamos con menos personas trabajadoras, pero con más pensionistas, que además cobrarían la prestación durante una media de veinte años (al jubilarse con aproximadamente 67 años y siendo la esperanza de vida de unos 87). Estos datos implican que si existen pocos nacimientos y la población española es cada vez más longeva, llegará un momento en el que no habrá personas trabajadoras suficientes para soportar los gastos que generan las prestaciones de jubilación de la población. Este es un tema controvertido ya que no hay soluciones eficaces a largo plazo, porque la edad de jubilación tampoco puede ser pospuesta mucho más allá de los 67 años, edad a la que es ya complicado ejercer ciertas profesiones que tienen un carácter más físico.

En cuanto a las oscilaciones migratorias, difícilmente calculables a corto plazo, es aún más complicado si se trata del plazo sobre el que se está realizando el estudio, ya que es un dato que puede verse afectado con mucha facilidad. Un ejemplo claro es el efecto de la COVID-19, que durante 2020 ha reducido enormemente los desplazamientos migratorios en todo el mundo, y sigue afectando, aunque según los datos del INE siempre sería positivo.

4.2. Proyección demográfica según fuentes europeas (EUROSTAT)

Las proyecciones sobre la población realizadas por las agencias estadísticas española (INE) y europea (Eurostat[25]) coinciden en gran parte de su contenido, sobre todo con respecto a la esperanza de vida (ignorando los efectos de la COVID-19) que seguirá aumentando con los avances tanto en medicina como en salud pública durante las próximas décadas; así como en que la baja tasa de natalidad española va a recuperarse poco a poco para acercarse a la de otros países europeos (aunque sin alcanzar los 2,1 hijos que sería el dato necesario para el mantenimiento constante de la población sin contar con flujos migratorios).

Asimismo, ambas proyecciones analizadas apuntan que continuará el envejecimiento de la población, algo que evidentemente supone una gran presión en el sistema español de pensiones, pero señalando que este no es el único ámbito afectado, sino también el sanitario y el de la dependencia, que son ámbitos de gasto público importantes. Como posible solución a esta problemática, Eurostat apuesta por un fuerte y progresivo saldo migratorio neto; sin embargo, no está comprobado que pueda llegar a darse y, sobre todo, que sea suficiente para ser capaz de resolver los problemas del sistema de pensiones.

Una política pública migratoria laxa puede no ser la solución al problema español, y esto puede deberse a que no es suficiente que existan altos índices de inmigración para que se garantice la sostenibilidad del sistema, sino que habría que atender al tipo de inmigrantes que España acogería. Para solventar la problemática, es necesario que una gran parte de las personas desplazadas (casi la mayoría), sean jóvenes y con un nivel de cualificación alto, lo que no es fácil de conseguir (sobre todo si hablamos de un influjo elevado).

5. Conclusiones: ¿Cuál es el futuro del sistema de pensiones?

El debate sobre el futuro de las pensiones es una controversia recurrente, sobre todo en épocas de crisis económicas y elevados niveles de desempleo, como ha ocurrido tanto en los inicios de la década pasada como en la actual.

En primer lugar, deberíamos analizar si dicha problemática obedece a una situación estructural del sistema español o, por el contrario, es imputable a momentos y aspectos que son coyunturales. La cuestión no es baladí, puesto que si el déficit fuese estructural, quizás el planteamiento debería ser el análisis de la viabilidad del sistema actual, mientras que si consideráramos que es coyuntural, la disyuntiva se plantearía desde la óptica de las medidas acotadas en el tiempo para revertir estos tramos temporales que generan el déficit.

Es evidente que hay argumentos para defender ambas tesis. Es cierto que el sistema de pensiones nació con unas características demográficas (mayor tasa de natalidad, menor esperanza de vida, etc.), económicas (importe medio de las pensiones bastante inferior a la actual), sociales (referidas a la tasa de desempleo), y jurídicas (en el sentido de la ampliación de los diferentes ámbitos de protección de las personas necesitadas, así como en la intensidad de tales prestaciones) muy diferentes a las actuales, lo que ha provocado ciertas disfunciones en el sistema; ahora bien, no lo es menos que la problemática se acentúa en la medida en que se producen periodos de crisis que conllevan a una inferior recaudación de cuotas por el incremento del número de personas desempleadas. Quizás podríamos concluir que estamos ante situaciones coyunturales, pero recurrentes, ya que se reproducen con cierta periodicidad en el tiempo, de forma simultánea a las incidencias económicas del mundo globalizado en el que nos encontramos.

[25] Methodology of the Eurostat population projections 2019-based (EUROPOP2019), en Luxemburgo en fecha 30 de abril de 2020, elaborado por la Comisión Europea.

Como hemos podido observar en los apartados precedentes, las medidas planteadas para intentar reconducir el desfase económico del sistema han oscilado entre la austeridad en el gasto o, por el contrario, el incremento de los ingresos. En definitiva, siendo la principal característica del sistema español de pensiones el principio de solidaridad entre las distintas personas y entidades cotizantes, el debate, pues, se contrae a qué colectivo debe asumir el esfuerzo económico y ser el damnificado por las medidas de ajuste financiero. Si se opta por la reducción del gasto, es evidente que ello implicaría la limitación de la revalorización de las pensiones[26], por lo que los afectados por dicha medida serían los actuales pensionistas. En ese sentido, si bien el artículo 50 de nuestra Carta Magna establece la garantía de la actualización de las pensiones y la suficiencia económica de las personas de la tercera edad, no avala que dichas actualizaciones estén indexadas al IPC u otro índice alternativo.

Tal ha sido el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 49/2015, de fecha de 5 de marzo[27], que desestimó por mayoría del Pleno (si bien contando con votos particulares) el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 146 Diputados de distintos Grupos Parlamentarios contra el artículo 2.1 del Real Decreto Ley 28/2012, de fecha 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social[28], que en aquel contexto de crisis económica dejó sin efecto para la anualidad del año 2012 la revalorización de las pensiones para el supuesto de que el IPC real fuera superior al previsto, en virtud del cual se calculó dicha revalorización. Dicho Tribunal concluye que el artículo 50 de la Constitución no obliga a los poderes públicos a que todas y cada una de las pensiones se revaloricen cada año conforme al IPC anual, validando, en ese supuesto, la congelación de las pensiones más elevadas. Por consiguiente, la alternativa de la reducción del gasto es viable jurídicamente y solo depende de las políticas legislativas que se planeen en ciertos momentos de crisis, que permiten diferentes modulaciones, con actualizaciones atemperadas para las pensiones de cuantía inferior y posibles congelaciones para las que estén en los topes máximos o sean superiores a determinados umbrales que se establezcan. Ha de valorarse asimismo la confluencia de otros factores, como el incremento que se lleva a cabo en las actualizaciones de las retribuciones de las personas empleadas públicas en las Leyes de Presupuestos anuales o el índice de revalorización de los salarios en las empleadoras privadas por las cláusulas convencionales de sus convenios colectivos. Parecería obvio que debería existir cierta correlación en las medidas adoptadas en ambos colectivos, el de las personas empleadas, por una parte, y el de las personas pensionistas por otra, exigiéndoles, en su caso, un esfuerzo proporcionado.

La segunda alternativa que se ha planteado para equilibrar la situación financiera es el incremento de los ingresos, lo cual puede proceder de varias fórmulas que se barajan con cierta continuidad: incremento global de las cotizaciones de las personas trabajadoras y de las empresas; eliminación de bonificaciones o subvenciones para la contratación; supresión de los topes de cotización o elevación de dichos topes; incremento de la edad de jubilación o potenciación de vías de jubilación activa o flexible que impliquen una continuidad voluntaria e incentivada de la vida laboral. Prácticamente casi todas estas medidas pueden tener cierto impacto negativo en el nivel de desempleo de las personas más jóvenes, pero podría ser asumible en buenas épocas económicas; sin embargo, en situaciones de crisis, el efecto de algunas podría ser devastador para la generación de empleo, como ahora razonaremos[29].

[26] Ortega Lozano, P.G.: "La pensión de jubilación", *Trabajo y derecho*, nº 16, 2016, pp. 3-4.

[27] RTC 2015/49, en BOE nº 85, de 9 de abril de 2015, pp. 209 a 230.

[28] BOE nº 289, de 1 de diciembre de 2012.

[29] Cabero Morán, E.: "Del factor de sostenibilidad de las pensiones al mecanismo de equidad intergeneracional", *Trabajo y derecho*, nº 87, 2022, p. 5.

El incremento de las cotizaciones actuales, tanto para las personas trabajadoras como para las empresas, así como la supresión de subvenciones o bonificaciones, implicaría una minoración de los ingresos líquidos de las personas trabajadoras y de los resultados netos empresariales. Si observamos el pasado reciente, tanto en la crisis de los inicios de la década pasada, como en la situación de la pandemia de la COVID-19, estas alternativas son poco viables, por obvias razones. Y dicha situación puede ser trasladable al futuro inmediato, de máxima incertidumbre por la situación en Ucrania, la elevación del precio de las fuentes energéticas, así como la incesante tendencia inflacionista que amenaza al mundo occidental. Teniendo en. cuenta estas circunstancias, parecería contradictorio el incremento adicional de los costes laborales y sociales para las empresas (en particular, para las PYME y el tejido empresarial de menores dimensiones) cuando se hacen necesarias ayudas para soportar estas incidencias. Por otra parte, desde la óptica de las personas trabajadoras, tampoco parecería coherente el disminuir sus ingresos líquidos cuando el incremento del IPC es continuo y es imposible conocer el final de tan incesante escalada. Supondría exigirles un sacrificio que es difícilmente asumible en determinados supuestos y, a mayor abundamiento, desconociendo su viabilidad futura, ya que el mayor ingreso que se podría obtener por el aumento de las cotizaciones podría verse compensado con la disminución de la tasa de empleo si algunas empresas pudieran soportar gastos adicionales por los efectos de la crisis.

También tiene sus efectos perjudiciales la supresión de los beneficios en la cotización ya que estos promueven la contratación indefinida inicial o la conversión a indefinidos de contratos temporales, de colectivos que necesitan igual o superior protección que las personas pensionistas, como pueden ser personas con discapacidad, víctimas de violencia de género, terrorismo, trata de seres humanos, desempleadas de larga duración, etc.

Menos problemática parece, a priori, la eliminación del tope máximo de cotización, aunque implicará un gasto más elevado para las empresas, que podrían aumentar los precios de los productos que fabriquen o vendan, o los servicios que presten. En cuanto a las personas trabajadoras afectadas, si llega a tener un impacto importante, podría llegar a generar una fuga del talento a otros países en los que podrían obtener un rendimiento superior[30].

La medida que más consenso parece generar es el incremento de la edad de jubilación, ya articulada; parece lógico que el alza de la esperanza de vida implica una mayor longevidad de estas prestaciones, por lo que indexar la edad de jubilación a tal esperanza de vida, como existe en países cercanos es una medida congruente y acertada. También resultan idóneas las políticas de incentivación de jubilación activa y flexible al promover un envejecimiento activo de las personas ancianas. Cierto es que estos planteamientos pueden afectar también al acceso al mercado laboral de determinados sectores de la población con dificultades para encontrar trabajo, como el de los parados de larga duración o, sobre todo, los desempleados mayores de cuarenta y cinco años (en cambio, podría afectar en menor medida a la población joven que busca su primer empleo, dada la enorme diferencia entre las características de las personas jubiladas que pretendan este tipo de compatibilidad y los jóvenes). Por otro lado, parece colisionar con algunas tendencias recientes de ciertos colectivos dirigidas a obtener una jubilación anticipada mediante la aplicación de coeficientes reductores. Es innegable que en determinados casos esto está perfectamente justificado por el desgaste físico de trabajos excesivamente peligrosos, y que serían difícilmente reubicables en otros puestos de trabajo (trabajadores del mar, minería, etc.), pero surgen mayores dudas el seguir manteniendo o promoviendo estas jubilaciones a colectivos

[30] Pérez del Prado, D.: "Qué es, dónde está y qué hacer con la revalorización de las pensiones", *Trabajo y derecho*, nº 60, 2019, pp. 5-6.

como el de funcionarios públicos, que podrían acceder a puestos de segunda actividad con una importante disminución de su esfuerzo físico.

Por lo que respecta a la facilitación del trabajo a personas inmigrantes, no cabe duda de que sería una alternativa para incrementar los ingresos, siempre y cuando no impidiera el acceso al mundo laboral de las personas residentes en nuestro país, y por ello, precisamente, nuestra normativa actual de extranjería limita las autorizaciones de trabajo a que la situación nacional de empleo permita dicha contratación.

Por último, en determinadas épocas se ha planteado la compatibilidad del sistema público con otros planes de pensiones privados, mediante la suscripción global de los mismos bien por las administraciones públicas como por las empresas privadas (en muchos supuestos por incluirse en los convenios colectivos). Esta alternativa se vio frenada en ambos ámbitos. En el público, tras la crisis de inicios de la década pasada, porque las leyes de presupuesto limitaban las aportaciones a dichos planes de pensiones por las administraciones públicas; y, en el ámbito privado, porque en épocas de dificultades económicas de las empresas, no se incrementan las aportaciones por las mismas al preferir las partes negociadoras de convenios colectivos la liquidez inmediata al futurible de los beneficios de tales planes de pensiones.

En definitiva, el futuro de la estabilidad y sostenibilidad del sistema de pensiones es incierto, y las soluciones colisionan, en la gran mayoría de ellas, con otros colectivos u otras medidas que priorizan intereses contrapuestos.

6. Bibliografía

Aibar Bernad, J.: "El pacto de Toledo y la financiación de la Seguridad Social. Avances recientes y cuestiones abiertas a debate", *Revista de Justicia Laboral*, nº 54, 2013.

Cabero Morán, E.: "Del factor de sostenibilidad de las pensiones al mecanismo de equidad intergeneracional", *Trabajo y derecho*, nº 87, 2022.

Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2022.

Cardenal Carro, M.: "El nuevo pacto de Toledo", *Revista Doctrinal Aranzadi social*, nº 13, 2013.

Gala Durán, C.: "Las novedades del Proyecto de Ley de Reforma de Pensiones de 2021", *La Administración Práctica*, nº 11, 2021.

Gutiérrez Cassillas, I.: "El Pacto de Toledo: fundamento, concepto, precedentes, concepto, contenido y revisión parlamentaria", *Revista de las Cortes Generales*, nº 103, primer cuatrimestre 2018.

Gómez Salado, M.A.: "Los tres pilares fundamentales en los que se apoya el modelo español de pensiones: ¿Hacia dónde vamos?", *IUSLabor, Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, nº 3, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, nº 3, 2021.

Ortega Lozano, P.G.: "La pensión de jubilación", *Trabajo y derecho*, nº 16, 2016.

Pérez del Prado, D.: "Qué es, dónde está y qué hacer con la revalorización de las pensiones", *Trabajo y derecho*, nº 60, 2019.

Sánchez Quiñones, L.: "La reforma de las pensiones en España. ¿Sistema equitativo o sistema agonizante?" *Diario La Ley*, nº 9224, 2018.

Vila Tierno, F.: "El difícil equilibrio entre la sostenibilidad y la suficiencia. Una visión general de la situación general del sistema de pensiones pensando en el futuro", en VV.AA.: "La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones", *Editorial Comares*, 2020.

VV.AA.: "Algunas reflexiones sobre el informe del Pacto de Toledo y los planes del Gobierno en materia de pensiones", *Fedea Policy Papers*, vol. 3, 2020.

Entre la recomendación 18 del Pacto de Toledo (2020) y la Realidad Legislativa de las pensiones de Seguridad Social en personas con discapacidad

Fco. Javier Fernández Orrico[1]
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández

1. Cuestiones previas

Se puede afirmar que se ha hecho mucho, en favor de las personas con discapacidad en el ámbito laboral: cuota de reserva, compatibilidad de las prestaciones de Seguridad Social con el trabajo, cotizaciones, acción protectora, empleo con apoyo, etc. Sin embargo, todavía son muchas las reivindicaciones de este colectivo, no solo de mejora de tales medidas, sino también de la incorporación de nuevas propuestas que, teniendo en cuenta que no son privilegios sino instrumentos necesarios para superar esas barreras, permiten la igualdad de oportunidades entre quienes presentan una discapacidad y aquellos otros que no la tienen.

De lo que se trata en esta investigación, es de comprobar, una vez transcurridos casi dos años desde la publicación de la recomendación 18, del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo: 1º) si las actuaciones que aconseja la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo[2], en la recomendación 18, responden a la líneas maestras de la

[1] Comunicación presentada por el autor (IP) en el marco del Proyecto de Investigación, titulado: *Vías de acceso y permanencia en el empleo de personas con discapacidad* (referencia: AICO 2021/109), financiado por la Consellería de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital, de la Generalitat Valenciana.

[2] En adelante: "Comisión".

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006 (CDPD) ratificada por España[3]. 2º) Si se han desarrollado adecuadamente sus previsiones en la legislación, sobre todo, con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. 3º) Presentar propuestas que respondan a exigencias más acordes a las necesidades de este colectivo con relación a las pensiones de Seguridad Social. De hecho, la Comisión se reafirma en «que las personas con discapacidad constituyen un colectivo prioritario para los poderes públicos, tanto en términos de cobertura social, como de incorporación al mercado de trabajo» (4º párrafo, Recomendación 18). De ahí, la importancia de poner el acento en este análisis sobre si, las pensiones de Seguridad Social establecidas para las personas con discapacidad, son dignas y adecuadas, según sus circunstancias personales, en especial sobre el tipo y grado de discapacidad; y si deberían preverse otras acciones positivas que garanticen la igualdad con los demás, en esta materia. Y es precisamente en este aspecto, en el que propugna que «deben intensificarse las medidas dirigidas a eliminar los obstáculos a la activación de dichas personas, favoreciendo su acceso a un empleo digno, suficiente y de calidad. Además, la Comisión en el resumen de la Recomendación 6 sobre incentivos al empleo, se reitera esta idea, en el sentido de que «el sistema de incentivos debe concentrarse en las situaciones y colectivos, (como el de personas con discapacidad), cuyo empleo se persigue favorecer de una forma especial». Especificando, a continuación, que solo deben priorizarse a estos colectivos en relación al establecimiento de tales incentivos. «Para ello, la Comisión reitera que la legislación debe facilitar la incorporación inclusiva al mercado de trabajo de este colectivo y, también, propiciar su mantenimiento en su actividad profesional originaria en casos de discapacidad sobrevenida, coadyuvando a su plena autonomía y a su participación social efectiva». Hubiera sido deseable, en este sentido, que la Comisión incluyera algún ejemplo concreto.

2. Discapacidad y pensiones de Seguridad Social

A mi parecer, a la discapacidad no se le puede adjudicar una única normativa jurídica que lo regule, un derecho autónomo de la discapacidad, porque es una realidad transversal que se encuentra en las personas, y que afecta a diversas vertientes del ordenamiento jurídico, que puede establecer su protección desde la normativa, civil, administrativa, laboral, de Seguridad Social, penal, etc. Además, incide en distintas formas de discapacidad (física, sensorial, mental, intelectual) y diferentes grados de intensidad, lo que ocasiona una mayor o menor gravedad a la situación de las personas afectadas, en función de su grado de discapacidad. De ahí que son múltiples los frentes que este colectivo debe lidiar. Uno de ellos, no poco presente en la sociedad, es el de impedir que sean discriminadas por esta condición, proporcionándoles los apoyos necesarios para su inclusión en los diversos ámbitos de la sociedad (laboral, cultural, deportivo, de ocio…) que les permitan participar en las mismas condiciones que las demás personas que no tienen discapacidad. En ese sentido, la discriminación no solo se manifiesta por acciones concretas en contra de personas, ya sea por su condición racial, religiosa, clase social, sexo, y en este caso por su discapacidad, sino por la inacción por omisión de las medidas que faciliten la equiparación en igualdad de condiciones entre las personas con y sin discapacidad. La discriminación, quizá la más cruel, es aquella que, bajo la apariencia de equidad, trata de forma igualitaria a todos, sin considerar las circunstancias personales que impiden la igualdad de condiciones con los demás, es decir, una indiferencia que permite discriminaciones efectivas por falta de acciones positivas que las impidan.

[3] Convención ratificada por España, el 30 de marzo de 2007 (BOE de 21 de abril de 2007).

Y una de las esferas que afectan directamente al riesgo de discriminación con respecto a quienes no presentan discapacidad, es el amplio campo de las pensiones de Seguridad Social. Si el derecho a una pensión contributiva de Seguridad Social, responde, fundamentalmente a la intensidad y duración del trabajo desarrollado por el trabajador durante su vida activa laboral, es patente, que en ocasiones (no siempre[4]), la actividad desarrollada por el trabajador con discapacidad resultará menos intensa, en aquellos factores (temporalidad en la contratación, parcialidad de la jornada, etc.) que son determinantes, no solo para alcanzar el derecho a la pensión, también a la hora de calcular su importe. De manera, que a igual puesto de trabajo y a igual período de carencia o de cotización considerado, si no se adoptaran acciones positivas en favor del trabajador con discapacidad, la pensión de este último tiene grandes posibilidades de resultar sensiblemente inferior respecto de quienes no presentan discapacidad alguna. Y ello, porque según las reglas establecidas para causar el derecho a las pensiones y la determinación de sus cuantías, se tienen en cuenta el tiempo trabajado y las cotizaciones ingresadas a la Seguridad Social.

3. Aproximación a la regulación jurídica de las pensiones de Seguridad Social de personas con discapacidad

Si hay una norma relevante que contiene los derechos de las personas con discapacidad a nivel internacional es la CDPD. La Convención establece en el art. 28, que los Estados parte deben reconocer el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familiares e incluye el derecho a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. Y ello, en coherencia con la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad «a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables» [art. 27.1.a) CDPD]. De manera que no desconoce que, para causar derecho a unas pensiones dignas, se necesita acceder y permanecer en un empleo digno, en unas condiciones acordes con las circunstancias de cada trabajador con discapacidad. Sin embargo, nada dice la Convención sobre las pensiones de Seguridad Social, sino que se refiere genéricamente a la protección social, en términos difusos que no nos sirve para el objetivo que pretendemos, que es el de la mejora de las pensiones de Seguridad Social, concretamente en España.

La Comisión, recuerda que nuestro ordenamiento jurídico dio pasos significativos en esta materia a través de la adaptación de la normativa española a la Convención, así como de la aprobación de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad social y su inclusión social, por Real Decreto legislativo 1/2013 (LGDPD). Y en materia de empleo continúa diciendo, que deben eliminarse «los obstáculos a la activación de dichas personas, favoreciendo su acceso a un empleo digno, suficiente y de calidad». Es consciente la Comisión de la importancia del empleo digno y de calidad para este colectivo no solo de cara a la obtención de unas rentas y unas condiciones laborales aceptables, sino también, de cara a causar en el futuro el derecho a unas pensiones adecuadas y suficientes. Ambas vertientes deberían tenerse muy en cuenta.

En ese sentido, la LGDPD, ha mantenido los principios de la Convención en materia de empleabilidad, reconociendo el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, «en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación», convenientemente desarrollados en los arts. 35 y 36 LGDPD. Sin embargo, esta ley no prevé protección social prestada por la seguridad Social, sino tan solo una serie de prestaciones sociales

[4] Téngase en cuenta, que el hecho de presentar una discapacidad, no siempre va a suponer un inconveniente de cara al trabajo. Dependerá del tipo de trabajo y de la clase y grado de discapacidad. Pues sería posible acreditar una discapacidad que no exigiera la necesidad de eliminar barreras en el desempeño del trabajo.

y económicas para personas con discapacidad incardinadas en un sistema especial de acción protectora «para las personas con discapacidad que, *por no desarrollar una actividad laboral*, no están incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social». Se trata, ésta, de una afirmación incorrecta del legislador, pues por el hecho de no desarrollar una actividad laboral, el trabajador con discapacidad no está excluido de la acción protectora de la Seguridad Social, pues podrían ser beneficiarios de alguna prestación o pensión no contributiva o tratarse de alguna prestación por muerte y supervivencia, que no exige un trabajo previo del beneficiario, sino solo del sujeto causante. Por lo demás, las prestaciones económicas que otorga este sistema especial de prestaciones sociales y económicas son de escasa cuantía, o se trata de prestaciones de tipo técnico (arts. 8 y ss. LGDPD. En realidad, este sistema recoge algunas directrices respecto de una serie de prestaciones económicas asistenciales que se han mantenido y que proceden de anteriores regímenes de protección social, como ocurre con la derogada Ley de Integración Social del Minusválido de 1982 (LISMI), precedente de la LGDPD, tales como el subsidio de garantía de ingresos mínimos[5], el subsidio por ayuda de tercera persona[6], y el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte[7] o la asistencia sanitaria.

Se observa, por tanto, que estamos ante dos formas de proteger a las personas con discapacidad: una, la que tiene como destinatarias a la población objeto de la acción protectora por la Seguridad Social, y la otra, dirigida a un sector más reducido de personas, precisamente las que presentan más dificultades para desarrollar su vida diaria a causa de su discapacidad. Sin embargo, ambas medidas no deben contemplarse como si de dos compartimentos estancos se trataran, especialmente, desde la perspectiva de la Seguridad Social. De manera, que deberá ser la Seguridad Social, la que establecerá diversas medidas que tendrán como objeto, equiparar el acceso a las prestaciones económicas de las personas con discapacidad con los demás beneficiarios que no sufren discapacidad. Y de eso trata este análisis, de cómo pueden mejorarse los requisitos de acceso a las pensiones de Seguridad Social de los sujetos protegidos con discapacidad para reducir sus diferencias con los demás, pues, en definitiva, sobre esta última cuestión se refiere uno de los aspectos de la Recomendación 18 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo[8].

4. Líneas de actuación propuestas por la comisión y situación actual de las pensiones de Seguridad Social en personas con discapacidad

La Comisión en su último informe (2020) «reafirma su convencimiento de que el sistema de Seguridad Social, como instrumento esencial de la política social, debe contribuir a que las personas con discapacidad puedan ejercer de forma efectiva sus derechos de ciudadanía y, de esta forma, garantizar su plena inclusión y participación sociales». Para ello, analizaremos, la Recomendación 18 del Informe. En ese sentido, la Comisión se felicita por el hecho de que el ordenamiento jurídico haya seguido la línea de la Recomendación 18 de 2011, al haber dado «pasos significativos en esta materia a través de la adaptación de la normativa española a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, así como de la aprobación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con

[5] Para el año 2022, el importe del subsidio de garantía de ingresos mínimos se cifra en 149,86 euros al mes (disposición adicional trigésimo novena.Dos, de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 LPGE 2022, en relación con la disposición transitoria única de la LGDPD).

[6] Para el año 2022, el importe del subsidio por ayuda de tercera persona se cifra en 58,45 euros al mes (disposición adicional trigésimo novena.Dos LPGE 2022, en relación con la disposición transitoria única de la LGDPD.

[7] Para el año 2022, el importe del subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte es de 70,90 euros al mes (disposición adicional trigésimo novena.Dos, en relación con el art. 31 LGDPD).

[8] En adelante, lo citaré como, Informe.

discapacidad y de su inclusión social (Real Decreto Legislativo 1/2013)». En efecto, supuso un importante avance la adaptación de la normativa española a la Convención, así como la aprobación de la LGDPD, que han puesto los cimientos para construir una normativa que permita ejercer los derechos que garanticen la plena inserción y participación de las personas con discapacidad

También valora positivamente, que se hayan articulado medidas que refuerzan la cobertura social de las personas con discapacidad, y concretamente señala: «el establecimiento de mecanismos de anticipación de la edad de jubilación de trabajadores con grados de discapacidad que comporten menor esperanza de vida, la configuración de convenios especiales que posibilitan la inclusión en la Seguridad Social de personas que, en razón de su discapacidad, encuentran mayores dificultades para su inserción socio-laboral o la flexibilización de los umbrales de compatibilidad entre actividad lucrativa y pensiones no contributivas de incapacidad». En efecto, se trata de medidas que de alguna manera o de otra, facilitan el acceso a las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente. Si bien, son figuras o instituciones que están funcionando hace tiempo, incluso antes de la anterior recomendación de 2011, por lo que no supone una novedad significativa, al tratarse de medidas que vienen aplicándose desde la primera década del presente siglo.

5. Las pensiones de personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico

Por su parte, la reforma de las pensiones de 2021[9], apenas ha realizado cambios en las pensiones que afectan a personas con discapacidad, si exceptuamos el anticipo de la edad de la jubilación. Tan solo se localiza en la DA cuarta, un compromiso de que remitirá, en el plazo de seis meses a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo un informe sobre los aspectos relacionados con la protección social de las personas con discapacidad que se recogen en la recomendación 18 del Pacto de Toledo[10]. Si bien, este informe seguirá desarrollando diversos aspectos relacionados con la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad[11], precisamente materia que ya ha sido desarrollada reglamentariamente.

De modo que pocas cosas se han hecho en favor de este colectivo, pese a que la Comisión haya subrayado que el sistema de protección social considere a las personas con discapacidad como «una situación merecedora de especial protección», para lo que debe reforzar la cobertura de todas las contingencias en las que la discapacidad sea un hecho relevante.

En consecuencia, en una primera aproximación se observa una insuficiente atención de la diversa normativa en lo que respecta a las pensiones de Seguridad Social de las personas con discapacidad, caracterizándose, además, por su dispersión.

---

[9] Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

[10] En dicho informe, especifica la DA cuarta de la Ley 21/2021, «se prestará una atención particular a los problemas que afecten al colectivo de personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo como las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental o con discapacidad intelectual, incluidas las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento». Pese a ello, no consta que se haya remitido el Informe a la Comisión.

[11] En efecto, el segundo párrafo de la DA cuarta de la Ley 21/2021, también se compromete a que «en el plazo de tres meses adicionales, el Gobierno impulsará una reforma del marco regulador establecido en los Reales Decretos 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía y 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento».

6. Efectos de la discapacidad sobrevenida sobre la actividad profesional del trabajador

6.1. Propuestas de la comisión y su relación con la incapacidad

Por su importancia de cara a las futuras pensiones de este colectivo, uno de los objetivos que propugna la Recomendación 18, respecto de las personas con discapacidad, como colectivo prioritario para los poderes públicos lo constituye su incorporación al mercado de trabajo en coordinación con las políticas activas de empleo. Para ello señala que deben intensificarse las medidas que se dirigen a eliminar los obstáculos a la activación de dichas personas, favoreciendo un empleo digno, suficiente y de calidad. En ese sentido se marca dos objetivos: el primero, viene a reiterar la Recomendación 18, de 2011, y consiste en «facilitar la incorporación inclusiva al mercado de trabajo de este colectivo». En la anterior Recomendación 18 (2011), se decía que el «sistema de Seguridad Social no comporte trabas para la activación y, por tanto, el acceso al empleo de calidad de las personas con discapacidad». Es clara, por tanto, la intención de la Comisión de que se adopten las medidas necesarias para que se eliminen las barreras que impiden a las personas con discapacidad acceder al empleo en las mismas condiciones que las demás. Sin embargo, la Recomendación 18 no se queda en el acceso al empleo de este colectivo, sino que incorpora un nuevo objetivo, cual es, el de «propiciar su mantenimiento en su actividad profesional originaria en casos de discapacidad sobrevenida». En efecto, la novedad que aporta la Recomendación 18 (2020), consiste en la mejora de las condiciones de trabajo, mediante propuestas que ayuden a la incorporación y a la permanencia de las personas con discapacidad, especialmente en supuestos en que se dé la discapacidad de forma sobrevenida durante la realización de la actividad laboral. Para ello, debe partirse de la necesidad de sensibilizar a las empresas para que mantengan a las personas trabajadoras, cuando contraigan alguna discapacidad. Se trata de llevar a cabo acciones positivas que desmitifiquen la mentalidad de que contratar a una persona con discapacidad y darle continuidad, va a suponer un problema y más si esa discapacidad es mental o intelectual.

El supuesto concreto al que parece referirse la Recomendación 18, es el del trabajador que encontrándose prestando servicios en una empresa, resulta afectado por una discapacidad y que, como consecuencia de ello, sea necesaria la adaptación de su puesto de trabajo o se le traslade a otro compatible con su discapacidad, o en su versión más extrema pueda ser causa de un despido objetivo.

Sobre este asunto conviene distinguir varias cuestiones:

La primera, es la distinción entre el concepto de discapacidad[12], y el concepto de incapacidad permanente[13].

En realidad, lo que distingue la discapacidad de la incapacidad permanente es que, en esta última, se considera, no tanto el estado personal intrínseco del trabajador, sino su pérdida de capacidad de trabajo. Es decir, la eficiencia en los resultados de su actividad, como consecuencia de la enfermedad o del accidente. De ahí que se trate de dos realidades diferentes. Ello no impide que puedan coincidir. En efecto, es habitual que, al contraer una discapacidad, paralelamente, se produzca en el trabajador una reducción de su capacidad laboral. Y, al contrario, que, al declararse una incapacidad permanente, se reconozca una discapacidad. Son dos conceptos

[12] Son personas con discapacidad «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (art. 4.1 LGDPD).

[13] El concepto legal de incapacidad permanente lo proporciona el artículo 193.1 de la LGSS y así, es incapacidad permanente, «la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral».

independientes pero que pueden encontrarse simultáneamente. Muestra de ello, es el intento de asimilación efectuado por el art. 4.2 LGDPD, según el cual: «A todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». Pese a la claridad de la redacción, el Tribunal Supremo afirma que el art. 4.2. de la LGPD «ha incurrido en *ultra vires* por exceso en la delegación legislativa, porque no ha respetado el contenido del art. 1 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que, además de atribuirle esa delegación, ratifica el contenido de aquel art. 2.1 Ley 51/2003, que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase "*a los efectos de esta ley*" por la de "*a todos los efectos*", en una evidente alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir, hasta el extremo de que su aplicación conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar». En consecuencia, cabe entender que, quienes tienen reconocida la pensión de incapacidad permanente, en los grados de total, absoluta o gran invalidez, no se pueden equiparar de forma automática a las personas con discapacidad, y, para que se les reconozca el grado de discapacidad correspondiente, deberán seguir el procedimiento ordinario establecido para ello.

En segundo lugar, y centrándome más concretamente en la discapacidad sobrevenida del trabajador, cabría distinguir a su vez dos supuestos: que la discapacidad suponga una pérdida de capacidad laboral en su puesto de trabajo o, que no influya en su rendimiento. Y el tratamiento es el mismo que el que se otorga a cualquier otro trabajador, en el sentido de que, en el primer caso, procede, en su caso, la declaración del grado de incapacidad permanente porque se reconoce que existe una pérdida de su capacidad laboral, y en ese caso se le reconocerá una prestación, cuya modalidad y cuantía dependerá del grado de incapacidad reconocida. Más delicado es el segundo supuesto, en el que la aparición de la discapacidad no suponga pérdida de capacidad laboral, pues en este caso, no hay motivos para cambiarle de puesto de trabajo y menos aún para prescindir de él, pues en este caso, entraríamos en situaciones de discriminación por razón de discapacidad.

6.2. Situación actual de la normativa

En materia laboral, hay dos lugares en los que aparece la palabra "sobrevenida". En ninguno de ellos, se alude a las situaciones de discapacidad, sin embargo, al acompañarla otra palabra como es la "ineptitud", y posibilitar con ello, el despido objetivo [art. 52.a) ET], salvo cuando venga originado por el cambio de funciones (art. 39.3 ET), puede ocurrir que esa ineptitud sobrevenida tenga su causa en una discapacidad sobrevenida, lo que podría justificar un despido objetivo, y eso es lo que parece que quiere evitar la Recomendación 18.

6.2.1. Discapacidad sobrevenida

Con relación a las situaciones de discapacidad sobrevenida de los trabajadores, en la que la Comisión propicia "su mantenimiento en su actividad profesional originaria", creo que la normativa actual contempla resortes jurídicos suficientes por dos razones: la primera porque la aparición de una discapacidad no implica necesariamente la adopción de medidas especiales de apoyo, esto dependerá del tipo y grado de discapacidad reconocida, existiendo en la actualidad figuras e instrumentos, como el empleo con apoyo en empresas ordinarias que con la ayuda de un preparador laboral pueden facilitar la accesibilidad del trabajador en las funciones que debe

desarrollar en su puesto de trabajo; la segunda, porque si desde la Seguridad Social se comprobara que como consecuencia de esa discapacidad sobrevenida, se produjera una disminución de su capacidad laboral, se podrá iniciar un expediente de incapacidad permanente, pudiendo en ocasiones compatibilizar la prestación o pensión que le corresponda con un trabajo que le permita su nueva situación de incapacidad permanente.

No obstante, siempre es positivo que se adopten por el legislador medidas que estimulen la permanencia en el empleo de personas con discapacidad[14].

En la LGSS, aparece una referencia a la discapacidad sobrevenida. Concretamente, se refiere a la dotación de los excedentes de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Sabido es que se viene ajustando legalmente cada vez más el control de los gastos de las Mutuas. Concretamente, un 10 % de los excedentes que resulten, después de haber dotado la Reserva de Estabilización de Contingencias Profesionales, se aplicará a la dotación de la Asistencia Social, que se destinará al pago de prestaciones de asistencia social autorizadas, entre cuyas acciones se dirige, «en particular, para aquellos con discapacidad sobrevenida»[15].

Aparece así una nueva referencia a la discapacidad, que puede ser objeto de ayudas de asistencia social de la correspondiente Mutua, siempre que esa discapacidad sea sobrevenida. Algo que no se entiende, pues no debería tratarse como a la incapacidad permanente porque no es lo mismo.

Pero es que, como veremos a continuación, el art. 193.1 párrafo segundo LGSS, se refiere a aquellas personas con discapacidad, que solo se les considera una disminución de la capacidad laboral desde el momento de su afiliación a la Seguridad Social. Sin considerar que tengan reducida su capacidad de trabajo en ese momento, pues, en la fecha de la afiliación se las considera como si estuvieran al 100 % de su capacidad, desde el punto de vista de la incapacidad permanente. Por lo que, en este caso, se consideran las reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad de trabajo con referencia al momento de la afiliación a la Seguridad Social.

Ya se ha visto, que no es lo mismo la incapacidad permanente que la discapacidad. En este último caso, estamos analizando el caso de asistencia social, y, por tanto, el hecho de que sea o no sobrevenida la discapacidad no es relevante, por lo que el destino de la ayuda debería ir encaminada a la persona con discapacidad sin distinguir si es o no sobrevenida.

Por otro lado, al no especificar la clase y el grado, deberemos entender que se refiere al que acredite el mínimo del 33 %.

6.2.2. Discapacidad inicial

A diferencia del supuesto que se refleja en la Recomendación 18, el art. 193.1 párrafo segundo LGSS, trata de la relación existente entre la discapacidad y la incapacidad permanente, pero en el caso contrario. Es decir, que inicia su relación laboral como persona con discapacidad y durante su relación laboral contrae una incapacidad permanente. En ese caso, establece el mencionado

[14] Esta es una de las vertientes del Proyecto de investigación competitivo, en el que se enmarca el presente estudio, titulado: «*Vías de acceso y permanencia en el empleo de personas con discapacidad*» (ref. AICO 2021/109), en el que se investigan no solo los medios de accesibilidad en el empleo de las personas con discapacidad, también la forma de que continúen en su puesto de trabajo, mediante instrumentos que permitan su accesibilidad como es la formación personalizada.

[15] Las otras acciones previstas por la normativa hacen referencia a las «acciones de rehabilitación y de recuperación y reorientación profesional y medidas de apoyo a la adaptación de medios esenciales y puestos de trabajo, a favor de los trabajadores accidentados protegidos por las mismas y, en particular, para aquellos con discapacidad sobrevenida, así como, en su caso, ayudas a sus derechohabientes, las cuales serán ajenas y complementarias a las incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social» (art. 96.1.b) párrafo segundo LGSS).

artículo que, «las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la "*fecha de la afiliación*· del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación». Se habilita así, la posibilidad de que personas con discapacidad previa al inicio de la relación laboral puedan acceder a la pensión de incapacidad permanente, sin considerar a la persona con discapacidad como sujeto de una enfermedad o lesión congénita, sino que se considerará únicamente la agravación que disminuya su capacidad laboral respecto al momento de su afiliación a la Seguridad Social, en que seguía siendo persona con discapacidad. Es decir, en este caso, la discapacidad no se produce durante la relación laboral, sino que, siendo persona con discapacidad en el momento de su contratación, contrae una incapacidad durante la relación laboral, y en este caso, para medir la pérdida de su capacidad se toma la que presentaba en el momento de su afiliación a la Seguridad Social, al igual que en el caso de personas sin discapacidad.

A ello cabe objetar que, en realidad no debiera considerarse, el momento de la afiliación a la Seguridad Social, pues es sabido que la afiliación supone el alta en la Seguridad Social por primera vez en el sistema de la Seguridad Social por el inicio de un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. De manera que, según la redacción del precepto, siempre iniciaría la actividad con el tipo y grado de discapacidad reconocido en la fecha de la afiliación, lo que puede variar a lo largo de los años, por haber sido dado de alta y de baja en la Seguridad Social en diversas empresas. De modo que considero, que no debería tenerse en cuenta ese 100 % de capacidad del trabajador cuando se afilia a la Seguridad Social, sino más bien, en el momento que inicia la actividad por cuenta ajena en cada empresa, es decir, en la fecha es que es dado de alta en la Seguridad Social en la correspondiente actividad.

7. Compatibilidad pensión de incapacidad permanente o invalidez y el trabajo en personas con discapacidad

En palabras de la Recomendación 18, «la Comisión estima necesario seguir introduciendo modificaciones en la normativa de Seguridad Social que afecten, entre otras cuestiones, al régimen jurídico de la percepción de las pensiones por incapacidad permanente y a su compatibilidad con la realización de un trabajo, evitando la litigiosidad existente en este ámbito». Y ello que poco antes, valoraba positivamente, entre las medidas que refuerzan la cobertura social de las personas con discapacidad, «la flexibilización de los umbrales de compatibilidad entre actividad lucrativa y pensiones no contributivas de incapacidad». En este caso se refiere a las medidas de compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de invalidez no contributivas. Pero parece que ahora se quiere poner el acento en la compatibilidad del trabajo con una pensión de incapacidad permanente (contributiva).

En efecto, otra de las cuestiones de interés que propugna la Comisión, junto con el favorecimiento del empleo de personas con discapacidad, es la referente a la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente de las personas con discapacidad y el trabajo. Y es que, a diferencia de otros Estados de nuestro entorno, el criterio general en materia de Seguridad Social, es restrictiva en cuanto se refiere a la compatibilidad de las prestaciones económicas y la realización del trabajo. Sin embargo, en el campo de la incapacidad permanente, así como en la pensión de invalidez no contributiva se abren diversas posibilidades de compatibilidad. Pues bien, lo que trata de impulsar la Comisión es una mayor flexibilización de esa compatibilidad, en el caso de las personas con discapacidad.

7.1. Compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente y el trabajo

La compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente y el trabajo, en el caso de personas con discapacidad resulta compleja porque esa compatibilidad no es genérica, sino que va a depender del tipo de trabajo y de la clase de pensión, sabiendo que en incapacidad permanente existen hasta cuatro modalidades de prestación o pensión, siendo la incapacidad permanente total, la modalidad cualificada de esta última, la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez, las que presentan más problemas de compatibilidad.

Se puede adelantar, que el legislador no ha permanecido ocioso en esta materia de la compatibilidad y ha permitido con las lógicas cautelas la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente, así como, de la invalidez no contributiva con el desarrollo de una actividad. Sin embargo, no ha tenido en cuenta las circunstancias específicas de las personas con discapacidad en el caso de la incapacidad permanente. De ahí, que la propuesta de la Recomendación 18 resulta adecuada y merecedora de consideración. Si bien, a la hora de su regulación concreta debería distinguirse con cuidado, el tipo y grado de discapacidad. Debiendo tenerse en cuenta no solo su capacidad residual y real de trabajo, sino otras circunstancias que pudieran constituir barreras que impidan su actividad en iguales condiciones que una persona que no haya contraído discapacidad.

7.1.1. Incapacidad permanente total

Con relación a la incapacidad permanente total, el art. 198.1 de la LGSS previene, que «en caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente *será compatible con el salario* que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total». No hay, pues, incompatibilidad con el trabajo, salvo que las funciones que desempeñe en este nuevo trabajo coincidan con las del anterior trabajo que dio lugar a la incapacidad. Por ello, parece razonable que si se reduce la capacidad de trabajo, se compense al trabajador con una cuantía económica y periódica, en forma de pensión, que compense la pérdida del salario proporcional a la reducción de la capacidad laboral.

A este respecto se puede «convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 % del importe de la pensión» (art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969, que dicta normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social).

La condición que se determina reglamentariamente en el art. 2 del Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, consiste en que «los pensionistas de incapacidad permanente para la profesión habitual, absoluta y gran invalidez que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, deberán comunicar tal circunstancia a la Entidad gestora competente». En caso de incumplimiento de tal comunicación, se incurre en la comisión de una infracción leve prevista en el art. 24.1 LISOS[16], sancionable con la pérdida de la pensión durante un mes impuesta por la Entidad Gestora (INSS)[17]. Obsérvese que, en este caso, al encontrarse el trabajador percibiendo un salario en la empresa, se presume que está de alta en la Seguridad Social, sin que por tanto se exija esta última condición de modo expreso.

[16] 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 Social.

[17] Véanse el artículo 47.1.a) del precepto citado.

7.1.2. Incapacidad permanente total "*cualificada*"

Con respecto a la incapacidad permanente total cualificada, el art. 198.1 segundo párrafo de la LGSS, establece: «De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 196 (20 % de la base reguladora de la pensión) y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social». La determinación de la incompatibilidad se concreta en el Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en donde especifica su art. 6.4: «El incremento (de la pensión de incapacidad permanente total cualificada) quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo». En este caso, es perfectamente lógico, que, pese a perder capacidad de trabajo, si se le otorga al trabajador un incremento por su edad o por no tener trabajo, se le suspenda por dejar de cumplir ese requisito al haber encontrado un empleo.

7.1.3. Incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez

En caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, el apartado 2 del art. 198 de la LGSS, aclara: «Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión». Como he explicado en numerosas ocasiones, de forma sorprendente la LGSS considera la posibilidad de que un beneficiario de incapacidad permanente absoluta o, con menos motivo un gran inválido pueda trabajar, cuando la propia Ley establece en su art. 194.5[18], que, se «entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio». Igual que en la total, en la incapacidad permanente absoluta y en la gran invalidez, se debe comunicar la realización del trabajo a la Entidad gestora, siendo obligatoria su alta y cotización, siempre que el desarrollo de los trabajos, den lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación del Sistema de la Seguridad Social[19].

Por otro lado, según el art. 198.3 LGSS, «el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva». De este modo, se equipara, la pensión de incapacidad permanente, con la pensión de jubilación a los efectos de su compatibilidad con la realización de un trabajo, al cumplir la edad ordinaria de jubilación.

7.2. Compatibilidad entre la pensión de invalidez no contributiva y el trabajo

Aunque es una cuestión que se resolvió con anterioridad al Informe (2020), sucede igual que en la pensión de incapacidad permanente, en el sentido de que también se ha acometido en la pensión de invalidez no contributiva la cuestión de su compatibilidad con el trabajo. En ese sentido, «las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo» (art. 366 LGSS). La especialidad prevista para la pensión de invalidez consiste en compatibilizar el trabajo con determinados límites en el art. 366 de la LGSS:

[18] En la redacción de la disposición transitoria vigésimo sexta. Uno LGSS.

[19] Resolución de 2 de noviembre de 1992, BOE del 24, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social.

> *«En el caso de personas que con anterioridad al inicio de una actividad lucrativa vinieran percibiendo pensión de invalidez no contributiva, durante los 4 años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez (calculada) y de los ingresos obtenidos por la actividad no podrá ser superior, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, de la suma del IPREM, excluidas las pagas extraordinarias (6.948,24 euros al año[20]), y la pensión de invalidez no contributiva vigentes en cada momento (la prevista en el año 2022 es de 5.899,60 euros al año[21]). Si excediera de esa cuantía, se reducirá el importe de la pensión en la cuantía que resulte necesaria para no sobrepasar dicho límite (esta reducción no afecta al complemento por discapacidad equivalente al 50 % del importe de la pensión de invalidez no contributiva).*

De forma esquemática sería lo siguiente:

INGRESOS + PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA (PNC) no puede ser superior a IPREM + PNC. Si excede, se percibe ese límite (IPREM + PNC)

8. La pensión de jubilación en personas con discapacidad

La Comisión valora de forma positiva en la Recomendación 18, «la articulación de medidas que refuerzan la cobertura social de estas personas, tales como el establecimiento de mecanismos de anticipación de la edad de jubilación de trabajadores con grados de discapacidad que comporten menor esperanza de vida». Asimismo, se insta por la mencionada recomendación, a que se «corrijan los desajustes normativos que se hayan producido en las medidas de anticipación de la edad de jubilación, flexibilizando las regulaciones que se han revelado rígidas y que excluyen situaciones materialmente dignas de protección; en este sentido, también se analizará la problemática en el acceso anticipado a la pensión de jubilación de las personas trabajadoras con discapacidad, en relación con las exigencias en el tiempo de cotización requerido, así como para resolver las dificultades que se presentan respecto a la acreditación del mismo».

Como es evidente tales recomendaciones implican necesariamente un incremento en el gasto de las pensiones, que debe asumir el sistema de Seguridad Social, en lugar de la normativa sobre discapacidad o de dependencia. Porque, no es lo mismo alcanzar la edad de jubilación en plenas condiciones físicas, mentales, etc., que llegar con problemas de salud, con discapacidad o/y con dependencia de otras personas. Por eso, creo que el tratamiento debe ser diferente, en especial desde la perspectiva de la Seguridad Social, que es el sistema que mayores garantías ofrece en materia de protección social. La realidad, es que la acción protectora que dispensa va dirigida a los ciudadanos en general y el LGSS no incluye un título específico dirigido a las personas con discapacidad (sean o no trabajadores), si bien es verdad que contiene en su articulado de forma un tanto anárquica, algunas previsiones específicas, cuyos destinatarios son precisamente las personas con discapacidad. Previsiones que de alguna manera intentan mejorar las condiciones de las personas con discapacidad con objeto de que accedan a los beneficios que otorga el sistema de Seguridad Social, en iguales condiciones que los demás sujetos protegidos del sistema. En este sentido, existe mucho por hacer, y sobre todo, tengo la sensación de que no se han tenido en cuenta lo suficiente, las dificultades por las que atraviesa este colectivo a la hora de acceder a las prestaciones que ofrece el sistema de Seguridad Social, en particular la pensión de jubilación,

[20] DA centésima primera, Ley 22/2021, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022.

[21] Art. 17.1 Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022.

pese a que, con todo, ha sido la prestación que ha tenido más en cuenta al colectivo de personas con discapacidad.

Entrando en la normativa vigente, son cuatro, las previsiones que contiene la LGSS respecto a las personas trabajadoras con discapacidad: 1) su consideración a los efectos de reducir su edad ordinaria o legal de jubilación, en función de los años trabajados con discapacidad; 2) su pensión máxima en los casos de jubilación anticipada, y por fin, 3) el período de cotización mínimo establecido para las personas con discapacidad en la jubilación parcial.

8.1. El adelanto de la edad ordinaria de jubilación para personas con discapacidad

Desde la creación del retiro obrero en 1919 hasta el año 2013, la edad ordinaria de jubilación, se estableció en 65 años. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, modificó la edad a partir de 2027, en 67 años, manteniéndose la de 65 años, en el caso de que el trabajador acredite un determinado período de tiempo cotizado, concretamente 38 años y 6 meses [art. 205.1.a) LGSS]. Hasta entonces, será posible jubilarse con 65 años o menos de 67 años aplicando un período transitorio[22], incrementando un mes por cada año desde 2013 a 2019 y dos meses desde 2020 a 2027, con los requisitos generales. En 2022, la edad ordinaria de jubilación es de 66 años y dos meses o, de 65 años, con la contrapartida de haber cotizado 37 años y 6 meses o más. En consecuencia, se ha alargado la edad mínima en la que es posible acceder a la pensión de jubilación ordinaria o legal, conforme establece la normativa, salvo que se acredite una importante cotización previa. Y ello afecta naturalmente a las personas con discapacidad. Para ellas, se ha establecido un mecanismo, preexistente a la Ley 27/2011, cuya finalidad es la de reducir su edad ordinaria de jubilación, en función del tiempo que hayan trabajado en situación de discapacidad, y según su grado de discapacidad. Es obvio, que un mayor grado de discapacidad requerirá un mayor esfuerzo y, por tanto, parece razonable establecer una mayor reducción en la edad ordinaria de jubilación en función del período trabajado en tales condiciones.

Concretamente, este mecanismo de reducción de edad, consiste en dos medidas creadas específicamente para los trabajadores con discapacidad, que se contienen en el art. 206 bis LGSS[23] y desarrolladas reglamentariamente, según su grado de discapacidad y sus circunstancias: la primera se estableció en el año 2003[24] y va dirigida a aquellas personas que hayan trabajado durante su vida laboral con al menos un grado de discapacidad del 65 %. La otra, establecida en 2009[25], va dirigida a trabajadores con discapacidad, que hayan trabajado durante quince años con discapacidad igual o superior al 45 %, que presenten evidencias que determinan una reducción de la esperanza de vida.

8.1.1. Trabajadores con un grado de discapacidad de, al menos un 65 por ciento

Se trata de un desarrollo reglamentario del art. 206 bis LGSS, que se aplica a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes General, de Trabajadores del Mar y de la Minería del

[22] Ese período de aplicación gradual desde 2013 a 2027, figura en la tabla de la disposición transitoria séptima LGSS.

[23] Este artículo ha sido incorporado por el art. 1.5 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, si bien su contenido ya figuraba en el anterior art. 206.2 LGSS, modificado por la mencionada ley.

[24] Se desarrolla en el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía.

[25] Esta medida, se contiene en el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

Carbón que realicen una actividad retribuida y durante ésta acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento.

En estos casos, la determinación de la edad de jubilación de los trabajadores con un grado de discapacidad igual o superior al 65 %, se realiza teniendo en cuenta, que la edad ordinaria, exigida para el acceso a la pensión de jubilación, se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado en situación de discapacidad los siguientes coeficientes, que se corresponden al grado de discapacidad (art. 3 del RD 1539/2003):

a) El coeficiente del 0,25, en los casos en que el trabajador tenga acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento.

b) El coeficiente del 0,50, en los casos en que el trabajador tenga acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento y acredite la necesidad del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria.

Por ejemplo, un trabajador, que hubiera cotizado a la Seguridad Social por contingencias comunes, en un período de 6 años con un grado de discapacidad del 65 %, y en otro período durante 4 años con un grado de discapacidad del 65 %, y que además necesita el concurso de una persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria se reducirá de la edad legal vigente de jubilación en el caso de que fuera en 2022, lo siguiente:

Como la edad de jubilación en 2022 (suponiendo que no haya cotizado, al menos 37 años y 6 meses), es de 66 años y 2 meses, al trabajador con discapacidad se le adelanta la edad ordinaria un poco antes. Concretamente, por los 6 años con el 65 % de discapacidad, se le reduce 6 x 0,25 = 1 año y 6 meses. Y por los 4 años con el 65 % de discapacidad y la necesidad del concurso de esa tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida 4 x 0,50 = 2 años. Con carácter general, su edad de jubilación ordinaria, sin reducción de su cuantía, sería 66 años y 2 meses a los que deben deducirse, 3 años y 6 meses = 62 años y 8 meses. Esta sería la edad ordinaria de jubilación del trabajador con discapacidad, en las mencionadas circunstancias[26], con el límite de los 52 años, como establece el art. 206.6 LGSS.

En cuanto al importe de la pensión, se determina de la misma forma que para la jubilación ordinaria, con la salvedad, respecto al porcentaje, de que ese período de tiempo en que resulta reducida la edad de jubilación del trabajador, se computará como cotizado[27].

8.1.2. Trabajadores con grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento

En cuanto a quienes acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, se les reduce la edad ordinaria siempre que, se trate de «discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida»[28] (art. 206 bis.1 LGSS)[29]. En concreto, se aplica «a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en cualquiera

[26] En el caso de que hubiera cotizado 37 años y 6 meses o más en este año 2022, los 3 años y seis meses se restan de los 65 años como edad ordinaria con la mencionada cotización por contingencias comunes, pudiendo jubilarse a los 61 años y seis meses.

[27] Art. 5 del RD 1539/2003.

[28] Sobre el particular, véase Rodríguez Iniesta, G.: «La jubilación anticipada», *La reforma de la pensión de jubilación* (coordinadoras: Belén García Romero y Mª del Carmen López Aniorte). Tirant Lo Blanch. Monografías 905, Valencia, 2014, p. 216-219,

[29] Este artículo ha sido incorporado por el art. 1.5 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, si bien su contenido ya figuraba en el anterior art. 206.2 LGSS, modificado por la mencionada ley.

de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, que acrediten que, a lo largo de su vida laboral, han trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al período mínimo de cotización que se exige para poder acceder a la pensión de jubilación, afectados por alguna de las discapacidades enumeradas en el artículo siguiente[30] y que hayan determinado durante todo ese tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento» (art. 1 RD 1851/2009).

En estos casos, para el adelanto de la jubilación de trabajadores con discapacidad, además del requisito de encontrarse de alta o asimilada en la fecha del hecho causante, se requieren tres condiciones:

Que se trate de un trabajador con un grado de discapacidad de al menos un 45 por cien[31].

Que se trate de discapacidades en las que concurren evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida, concretadas en las diversas clases de discapacidad que se contienen en el art. 2 del RD 1851/2009.

1º.- Que el trabajador acredite que ha trabajado durante quince años en situación de discapacidad en las condiciones anteriores.

En este punto se descubren las dificultades y la problemática a que hace alusión la Recomendación 18. Y, es que, aunque parezca sencillo acreditar todo ello, no lo es, pues como ha señalado la doctrina[32], al referirse al RD 1851/2009 (a mi entender extensible también al RD 1539/2003), esta es una de las cuestiones más polémicas, porque el trabajador puede encontrarse con alguno de los siguientes problemas: a) no contar con declaración de discapacidad durante todo el período de duración de la actividad; b) con declaración de discapacidad pero sin indicar el tipo de dolencia; c) podría contar con la prueba de la discapacidad e incluso con el tipo de dolencia que la genera, pero no puede acreditar el grado del 45 % durante todo el período de actividad. Ahora tiene la ocasión el legislador o el ejecutivo en funciones de legislador de facilitar la acreditación de la discapacidad en tales aspectos, por supuesto con todas las garantías.

En este caso, no existe una edad de jubilación adelantada, que se determina a través de un coeficiente reductor de la edad ordinaria en función de los años trabajados, sino que, cumpliendo

[30] El desarrollo reglamentario ha realizado una lista de cuáles son esas discapacidades que podrán dar lugar a la anticipación de la edad de jubilación. Y así, según el art. 2 del RD 1851/2009, las discapacidades en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida son las siguientes: a) Discapacidad intelectual (antes retraso mental); b) Parálisis cerebral; c) Anomalías genéticas: 1.º Síndrome de Down, 2.º Síndrome de Prader Willi, 3.º Síndrome X frágil, 4.º Osteogénesis,imperfecta, 5.º Acondroplasia, 6.º Fibrosis Quística, 7.º Enfermedad de Wilson; d) Trastornos del espectro autista; e) Anomalías congénitas secundarias a Talidomida; f) Secuelas de polio o síndrome postpolio; g) Daño cerebral (adquirido): 1.º Traumatismo, craneoencefálico, 2.º Secuelas de tumores del SNC, infecciones o intoxicaciones; h) Enfermedad mental: 1.º Esquizofrenia, 2.º Trastorno bipolar, i) Enfermedad neurológica:
1.º Esclerosis Lateral Amiotrófica, 2.º Esclerosis múltiple, 3.º Leucodistrofias, 4.º Síndrome de Tourette, 5.º Lesión medular traumática.

[31] En este sentido resulta interesante la STS (Sala de lo Social) 27 septiembre 2017 rec. que resuelve en sentido afirmativo, la posibilidad de alcanzar ese 45 % de discapacidad contemplada en el listado de las que determinan de modo generalizado una reducción de la esperanza de vida, cuando el citado porcentaje se alcanza con otras dolencias concurrentes, al tener la dolencia del listado, un grado relevante o determinante (en este caso un 40 % de discapacidad mientras que la otra dolencia era de un 24 % de discapacidad).

[32] Esteban Legarreta, R.: «Anticipación de la edad de jubilación por discapacidad: más allá de las enfermedades listadas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017, recurso 4233/2015», cit., p. 159.

todas las condiciones, es posible excepcionalmente, jubilarse como mínimo a los 56 años (art. 3 RD 1851/2009). Por lo tanto, ese es límite (56 años) y no los 52 años que prevé la LGSS[33].

Con respecto al importe de la pensión, esta se determina como si tuviera la edad ordinaria general de jubilación, tampoco se les aplican coeficientes reductores en el importe (como en la medida anterior), y, además, dado que no han tenido la ocasión de alcanzar esa edad, con respecto al porcentaje que se aplica a la base reguladora que corresponda, se les considerará como si hubieran llegado computando el período no cotizado hasta la citada edad ordinaria legal de jubilación. De manera que como establece el art. 7 RD 1851/2009, para calcular el importe de la pensión de jubilación el período de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador, «se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora». En consecuencia, el cálculo del importe de la pensión viene ser similar al de la anterior medida.

8.1.3. Cuestiones comunes

Ambas medidas son incompatibles entre sí, pero quien pueda acogerse a las dos porque cumple las condiciones de ambas, podrá optar o escoger la que prefiera (la más favorable, según DA primera del RD 1851/2009) pero en ningún caso simultanearlas. En ese sentido, no veo posibilidad tampoco, de que pueda saltar de una a otra medida de manera que la medida escogida será la definitiva, salvo que volviera a trabajar, en cuyo caso habría que estudiar caso por caso, si se cumplen los requisitos de la nueva opción.

Para acreditar la existencia de discapacidad, así como el grado correspondiente, debe solicitarse una certificación del Instituto de Mayores y Servicios Sociales o del órgano correspondiente de la respectiva comunidad autónoma[34] que haya recibido la transferencia de las funciones y servicios de aquél, que son quienes tienen la competencia de reconocer la discapacidad, el tipo, el grado e incluso el período en que el trabajador viene sufriendo la discapacidad[35] y que necesitará para solicitar la pensión de jubilación ordinaria adelantada ante el INSS.

8.2. El tope máximo de la pensión de jubilación anticipada para personas con discapacidad

La Ley de Presupuestos Generales del Estado establece en cada ejercicio un tope máximo en el importe de las pensiones públicas[36]. Esta previsión en el caso de la jubilación anticipada con coeficientes reductores, provocaba, que trabajadores con altas retribuciones que venían cotizando

[33] La razón debe buscarse, porque esta edad se refiere a supuestos en los que la edad ordinaria se determina mediante la aplicación de coeficientes reductores, y no es el caso en esta segunda medida en la que cumpliendo los requisitos a partir del momento en que cumpla la edad mínima (56 años) puede acceder a la pensión de jubilación adelantada sin aplicar coeficientes reductores de edad.

[34] Con carácter general son los Equipos de Valoración y Orientación (EVO) o los servicios técnicos establecidos por los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas los que se encargan de la baremación de la discapacidad.

[35] En la actualidad, el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE de 26 de enero de 2000) regula, el reconocimiento del grado de discapacidad. Para ello los instrumentos que se utilizan son los baremos que figuran en los anexos I y II de la mencionada norma, mediante dos clases de valoración, la denominada valoración de la discapacidad que se expresa en un porcentaje mediante la aplicación de los baremos que figuran en el anexo I, apartado A) y la valoración de los factores sociales, considerados como complementarios, obtenido mediante la aplicación del baremo que se contiene en el anexo I apartado B).

[36] Según el art. 3 del Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022, el límite máximo de percepción de pensión pública entre la que se encuentra la pensión de jubilación contributiva, es de 2.819,18 euros al mes o 39.468,52 euros al año.

por cuantías cercanas a la base máxima de cotización les compensara jubilarse anticipadamente, porque por mucho que se les redujera la cuantía de la pensión al aplicarse los correspondientes coeficientes reductores, siempre iban a percibir la pensión máxima debido a que el límite máximo de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes siempre sería muy superior al tope máximo establecido para las pensiones[37].

Con ello, el trabajador obtenía la pensión máxima de igual forma, ya se jubilara cuatro años antes de la edad legal establecida, que al cumplir esta, con lo que el incentivo era doble, no solo porque anticipaba la pensión unos años antes, sino también porque su importe sería el mismo que si tuviera la edad ordinaria, sirviendo en este caso de muy poco, el efecto desincentivador de los coeficientes reductores del importe de la pensión. El legislador se percató de esta maniobra, y estableció una restricción, que consiste en que, una vez calculada la pensión de jubilación anticipada, con aplicación de los coeficientes reductores, el importe resultante de la pensión no podrá ser superior a la cuantía resultante de reducir el tope máximo de pensión en un 0,5 % por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación. Con ello, se reduce algo el límite de la cuantía de la pensión, aun cuando una vez aplicados los coeficientes reductores, siguiera alcanzando el tope máximo de la pensión de jubilación, pero ya no percibiría el tope máximo general sino el reducido como consecuencia de la aplicación de la reducción del 0,5 % del tope máximo por trimestre o fracción sobre el propio tope máximo.

En las personas con discapacidad, se produce una acción positiva análoga al caso anterior. Si bien, en este caso, se refiere a trabajadores con discapacidad sin distinción de grado y con importantes ingresos dado el alto nivel de cotizaciones por alcanzar el tope máximo de la pensión de jubilación, que pueden aprovechar este importante beneficio que supone verse liberado del citado coeficiente reductor por trimestre del 0,5 %[38].

8.3. Cotización mínima exigida en la jubilación parcial a personas con discapacidad

La jubilación parcial es una modalidad de jubilación, que permite combinar el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial con parte de la pensión de jubilación. Si en un tiempo fue una modalidad frecuentemente aplicada, por sus grandes ventajas (gradual acceso a la jubilación, fomento de empleo por la exigencia de contratar a un relevista, consideración de la parte no trabajada del trabajador que se jubila como si hubiera sido cotizada a los efectos de la pensión definitiva de jubilación, etc.), se han ido endureciendo los requisitos exigidos para acceder a este tipo específico de jubilación, en particular, la modalidad que se refiere a la jubilación parcial anticipada. Uno de ellos consiste, como establece el art. 215.2.d) LGSS, en haber cotizado como mínimo durante 33 años. De modo que quien no cumpla este requisito no podrá acceder a la jubilación parcial anticipada.

La medida incorporada para las personas con discapacidad en cuanto al período de carencia exigido, consiste en una rebaja del número de años cotizados. Concretamente, son 25 años cotizados, en lugar de 33 años. Supone una rebaja de 8 años, respecto a quienes no sufren

[37] Concretamente, para 2022, la base máxima de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes es, en todos sus grupos de cotización de 4.139,40 euros al mes (art. 3 de la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el año 2022), mientras que el límite máximo de percepción de pensión pública entre la que se encuentra la pensión de jubilación contributiva, es de 2.819,18 euros al mes (art. 3 del Real Decreto 65/2022, de 25 de enero).

[38] Según el art. 210.5 LGSS, este coeficiente de reducción del límite máximo de la pensión vigente (0,5 %), aplicado por cada trimestre de anticipación respecto de la edad ordinaria de jubilación, *no se aplica* a los grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, o se refieran a *personas con discapacidad*.

discapacidad. Sin embargo, no se justifica la razón de esa reducción a 25 años y no, de 15 o 20 años cotizados. Pero es que, además, la rebaja resulta discriminatoria respecto al grado de discapacidad entre personas con discapacidad, pues se exigen los mismos años, con independencia del grado de discapacidad que presente el trabajador. Siendo una medida de acción positiva hacia las personas con discapacidad, sin embargo, representa cierta desigualdad entre los propios trabajadores con grados y tipos de discapacidad diferentes. No debe valorarse igual cada año trabajado de una persona con un grado de discapacidad del 33 %, que otra con un 75 %, pues el trabajo realizado en estas condiciones por la última, le habrá supuesto un esfuerzo mucho mayor para alcanzar esos 25 años. Por eso, en esta cuestión sí creo en la necesidad de distinguir el período de cotización exigido, en función del grado y de la clase de discapacidad, es decir, según sea discapacidad física, sensorial, intelectual, etc. En ese sentido, se podrían mantener esos 25 años cotizados para personas con un grado de discapacidad del 33 %, pero deberían reducirse a 15 años si esa discapacidad fuera intelectual, además de ir reduciendo el número de años exigidos a medida que se incrementa el grado de discapacidad, en especial, en el caso de discapacidad intelectual, hasta llegar incluso, creo que las circunstancias lo merecen, a no exigir período de carencia alguno, debido a las barreras que encuentran las personas con discapacidad en el empleo.

9. Reflexiones en torno a la mejora de pensiones de personas con discapacidad

En lo que afecta a las pensiones de personas con discapacidad, la Recomendación 18, no aporta esencialmente nada nuevo, se limita a valorar de forma positiva los mecanismos de anticipación de la edad de jubilación de los trabajadores con discapacidad que ya estaban en funcionamiento incluido su desarrollo reglamentario hace más de diez años o la creación del convenio especial de la Seguridad Social, para personas con discapacidad. Tampoco en materia de compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente y el trabajo, propone ninguna novedad reseñable, pues, aunque anima a introducir modificaciones en la normativa, sin embargo, no se indica qué tipo de modificaciones deberían establecerse que puedan evitar la litigiosidad, como podría ser la de la plena compatibilidad entre la pensión y el trabajo.

Por otro lado, la reforma de la Seguridad Social operada por la Ley 21/2021, tampoco ha incorporado novedades reseñables en torno a las pensiones de Seguridad Social de este colectivo.

En definitiva, se confirma una insuficiente atención de la regulación jurídica en materia de pensiones de Seguridad Social de las personas con discapacidad, caracterizándose, además, por el mantenimiento de su dispersión en la vigente normativa como se ha podido comprobar al analizar cada una de las previsiones vigentes, una vez plasmada la reforma por Ley 21/2021.

En consecuencia, solo me queda hacer algunas propuestas que mejoren la situación de las personas con discapacidad con relación a las pensiones de Seguridad Social.

- Con respecto al tratamiento que se otorga a las personas con discapacidad al inicio de su actividad laboral, en relación a la previsión del art. 193.1 segundo párrafo LGSS, cabría plantearse la modificación de la actual consideración de su capacidad laboral al 100 %, siendo así que podrían encontrarse en inferioridad de condiciones, al iniciar su trabajo, especialmente, frente a otro trabajador sin discapacidad, pues, tendría mayores dificultades para ser contratado.

- Con objeto de evitar la anarquía en el establecimiento de medidas específicas destinadas a pensionistas con discapacidad, debería establecerse un adecuado esquema sistemático de todas las pensiones aplicable a personas con discapacidad, teniendo en cuenta sus circunstancias personales (tipo y grado de discapacidad); forma de contraer la discapacidad (anterior al inicio de la actividad o sobrevenida).

— Graduar la intensidad de los requisitos establecidos en cada pensión en función de las barreras que ha presentado en las personas con discapacidad el desarrollo de su actividad, algo que se ha considerado solo en el adelanto de la jubilación ordinaria, mediante el establecimiento de coeficientes reductores de la edad, en función del grado de discapacidad, pero que podría ampliarse al resto de pensiones de Seguridad Social.

— Convendría que se coordinaran adecuadamente las medidas de Seguridad Social con aquellas otras prestaciones de tipo técnico, como las de asistencia social, entre las que se encuentran la ayudas a la discapacidad o a la dependencia, que puedan presentar los pensionistas con discapacidad. Ello mejoraría la atención del pensionista al tratarle de forma integral, según sus circunstancias personales, y además, no tendrían que verse en la tesitura de tener que ir peregrinando de organismo en organismo para formular las correspondientes solicitudes de forma aislada, sin tener en cuenta las demás circunstancias del pensionista.

— Por último, establecer un mecanismo más flexible de compatibilidad de las pensiones con el trabajo, especialmente en el caso de la pensión de incapacidad permanente, de manera que se respete el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, cuidando, en todo caso, que las funciones que desarrolle en el puesto de trabajo se correspondan con la capacidad laboral del pensionista-trabajador con discapacidad.

Estas son algunas de las propuestas de mejora de las pensiones de Seguridad Social de las personas con discapacidad, con el objetivo claro de equiparar su disfrute con el de las demás personas que no presentan discapacidad. Y desde luego, en este sentido, todavía existe un largo recorrido de mejora.

Mesa Primera

Ponencias

El mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones

Amparo Esteve-Segarra
Profesora Titular Universidad de Valencia. Acreditada CU.
orcid: 0000-0003-3773-4668.

"Los derechos sociales, y en particular en materia de seguridad social, están condicionados por lo que podemos calificar de reserva de lo posible".

Voto particular a la STC 49/2015, formulado por don Fernando Valdés Dal-Ré y don Luis Ignacio Ortega Álvarez

I. Introducción: indexación de las pensiones al IPC, cambios geopolíticos, en el comercio y en la inflación

En la reforma de las pensiones del 2021, una medida estrella fue la de revalorización de las pensiones, reindexándolas al índice de precios al consumo (IPC). Desde entonces, la disposición ha generado controversia al producirse junto a la eliminación del factor de sostenibilidad y su sustitución por el llamado mecanismo de equidad intergeneracional (MEI) en cuanto a la afectación de la sostenibilidad futura del sistema de pensiones y de las finanzas públicas. Las reglas han tenido un determinado sesgo ideológico, político, para la sostenibilidad del sistema y la adecuación de las pensiones[1]. Aunque el propio concepto de sostenibilidad o adecuación es interpretable en diferentes sentidos. La Comisión Europea alude a la sostenibilidad en un sentido financiero, mientras que el Gobierno de España en la vigente legislatura alude al concepto de

[1] Esta idea en Sánchez y Del Cubo (2021), p. 508.

sostenibilidad social, con la búsqueda de una redistribución de rentas. Esta subjetividad también se refiere a la garantía de ingresos adecuados o dignos, porque la consideración de tales depende de cada cual.

Por otra parte, si analizamos la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es cierto que el tribunal ha afirmado que el elemento de revalorización de las pensiones forman parte del cálculo de su cuantía y constituyen un aspecto esencial de protección de la vejez en la vertiente de garantizar la disposición de medios adecuados para hacer frente a sus necesidades, y que cabe una discriminación indirecta por razón de sexo en el caso de que se acredite que la forma de revalorización adoptada afecta de forma más intensa a las mujeres[2], pero no fija la forma en la que se haya de producir la revalorización en cada país, que puede tener en cuenta diferentes parámetros, la evolución de los salarios, de la riqueza nacional, la evolución de los precios, etc. Es decir, no existe un sistema predeterminado. En otros países, el sistema de revalorización de las pensiones tiene en cuenta diferentes elementos, como los salarios o la relación entre activos y pasivos, como es el caso de Alemania[3]. Por ejemplo, en Canadá, se establece una valoración cada tres años y si hay problemas de sostenibilidad, se produce una congelación de las pensiones[4]. En Suecia hay un sistema actuarial, de manera que si la tasa de crecimiento de pasivos y activos se desvía, el sistema frena el crecimiento hasta reequilibrarse[5].

Aunque es difícilmente cuestionable, que un buen Estado de Bienestar ha de mantener el poder adquisitivo de los pensionistas, las modificaciones de las reglas de actualización del valor de las pensiones son particularmente delicadas, porque modifican el sistema operativo, actuando como un acelerador o multiplicador de su gasto, y tienen un gran impacto en las cuentas de la Seguridad Social.

La reindexación automática de las pensiones al IPC se ha hecho en un momento de transición entre una recuperación económica tras los años iniciales de la pandemia por COVID-19, donde llegó a haber un IPC negativo, y un ciclo económico totalmente distinto derivado de cambios geopolíticos con la invasión de Ucrania, que ha agravado la crisis energética, las tensiones en las cadenas mundiales de suministro y, por lo que nos interesa, provocando todo ello un fuerte repunte de la inflación y de las previsiones del gasto en pensiones[6]. Por lo que el campo de juego ha cambiado rápidamente al poco tiempo de aprobarse la deseada vinculación automática de las pensiones al IPC.

El artículo 58 de LGSS y el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, establecen la regulación del derecho a la revalorización de las pensiones en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el art. 50 CE. Este mecanismo ha sufrido varias modificaciones a lo largo de los años.

---

[2] STJUE 20-10-2011, asunto C-123/2010.

[3] *Vid.* anexo del Informe del Comité de expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones, pp. 41 y ss.

[4] *Ídem*.

[5] *Ídem*.

[6] *Vid.* AIReF (2022). En la presentación del Informe emitido el 15-7-22, se estimó que con las previsiones de inflación, la revalorización de las pensiones en el 2023 tendría un coste estimado de 15.000 millones de euros, siendo el aumento del gasto en pensiones de 10.1 % para el próximo ejercicio. Datos en: https://www.elconfidencial.com/economia/2022-07-15/airef-dispara-prevision-inflacion_3461692/

II. Los mecanismos anteriores de indexación o congelación de las pensiones

1. El sistema anterior a 1997: la indexación limitada al IPC previsto

Hasta el año 1997 las pensiones contributivas de jubilación o por incapacidad permanente eran revalorizadas al comienzo de cada año, de acuerdo con el índice de precios al consumo previsto para dicho año, mientras que el resto de las pensiones reconocidas por el sistema de la Seguridad Social eran revalorizadas periódicamente por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, teniendo en cuenta, entre otros factores indicativos, la elevación del nivel medio de los salarios, el índice de precios al consumo y la evolución general de la economía, así como las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social. Si se producía una desviación respecto a las previsiones de la inflación de cada año, se tenía en cuenta para el año siguiente pero exclusivamente, a los efectos de mejorar las pensiones contributivas inferiores al salario mínimo interprofesional.

2. La indexación automática al IPC previsto

La reindexación de las pensiones al IPC establecida en el artículo 58 de la LGSS supone una vuelta, aunque no exacta, a lo establecido en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social. Esta ley, previó expresamente la revalorización automática de las pensiones, estableciendo que habían de actualizarse al comienzo de cada año, en función del correspondiente IPC previsto para dicho año. Como el IPC se basaba en una estimación, el mecanismo tenía la siguiente dinámica. En primer lugar, a principios de cada año, sobre la base del incremento de IPC previsto en la ley de presupuestos para cada ejercicio presupuestario, se producía un incremento de las pensiones contributivas. En segundo lugar, una vez transcurrido dicho ejercicio presupuestario, si al final de noviembre, y por comparación con el final de noviembre del año precedente, se había producido una desviación positiva de la inflación prevista, se producía un pago único en el primer trimestre del año siguiente, para compensar la diferencia entre la inflación prevista y la efectivamente producida. En tercer lugar, este diferencial quedaba incorporado a la cuantía de la pensión.

Sin embargo, la comprensión de la última reforma del artículo 58 de la LGSS ha de entenderse en clave de reacción al período de cuasi congelación de las pensiones operado desde la crisis económica del 2008.

3. La búsqueda del equilibrio financiero del sistema: el índice de revalorización de las pensiones establecido mediante la Ley 23/2013

La crisis económica del 2008 y el pinchazo de burbuja inmobiliaria en nuestro país tuvo un impacto notable en el sistema de seguridad social, y en concreto, y por lo que aquí interesa, en la pérdida de poder adquisitivo de los pensionistas. Hubo una congelación de las pensiones, prevista en el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, Posteriormente, con la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos generales del estado para el 2011 se revalorizaron un 1 %, lo que se mantuvo también en el 2012[7]. Ello se planteaba como una suspensión excepcional y coyuntural de la revalorización y se justificaba en el deber de estabilidad presupuestaria y el cumplimiento del "compromiso del Gobierno de España con la sostenibilidad de sus finanzas públicas". En la misma línea, el art. 11.5 de la Ley 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera,

[7] *Vid.* RDL 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social como medida excepcional y coyuntural, dejó sin efecto la actualización para el 2012 del 1 % y el abono de la diferencia entre el IPC real (2,9 % en el 2012) y el previsto para la actualización de 1 %. Ello se justificó por el elevado déficit del sistema de la Seguridad Social durante el ejercicio 2012 y la necesidad de cumplir con el objetivo del déficit público.

establecía que las Administraciones públicas de Seguridad Social mantendrán una situación de equilibrio interno o superávit presupuestario. Y añadía, el precepto vigente: "Excepcionalmente podrán incurrir en un déficit estructural de acuerdo con las finalidades y condiciones previstas en la normativa del Fondo de Reserva de la Seguridad Social. En este caso, el déficit estructural máximo admitido para la administración central se minorará en la cuantía equivalente al déficit de la Seguridad Social".

Además de esta norma, aprobada en el 2012, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social, afectó a las pensiones de los pensionistas futuros con el factor de sostenibilidad, y desvinculó la revalorización de las pensiones de los pensionistas presentes, del IPC, sujetando la actualización de las pensiones a situaciones de déficit. Esta norma recogió con carácter inmediato, una de las recomendaciones de un informe de un Comité de Expertos[8] de 7 de junio de 2013[9], que proponía la no revalorización de las pensiones sobre la base del IPC, sino también de otros indicadores (ingresos del sistema de Seguridad Social, el número de pensiones contributivas del Sistema, la variación interanual de la pensión media del sistema en un año en ausencia de revalorización y el importe de los gastos del sistema de la Seguridad Social). En concreto, se estableció que las pensiones contributivas, se revalorizarán en función del índice de revalorización de pensiones (IRP) sobre la base de un complejo factor anual, conocido como factor de revalorización anual (FRA), que era un índice previsto anualmente en la correspondiente Ley de presupuestos generales del estado (LPGE) y que se debía aplicar al inicio de cada año. Este índice se calculaba según una compleja fórmula matemática que buscaba el equilibrio financiero vinculando una ratio de ingresos y gastos del sistema. Se tenía en cuenta la diferencia entre los gastos del sistema y la tasa de crecimiento nominal de la Seguridad Social. Se preveía que, en situación de déficit del sistema, en ningún caso, el resultado podía dar lugar a un incremento anual de las pensiones inferior al 0,25 %[10], con independencia de que el IPC fuera al alza. En cambio, incluso si la economía y el sistema de pensiones públicas estaba en una situación de bonanza, se topaba la subida que, en ningún caso, podía ser superior al 0,50 %. El sistema era lineal, no diferenciando las subidas según la cuantía de las pensiones y afectaba a las pensiones mínimas, con complementos para mínimos, y a las no contributivas.

El sistema logró el objetivo de contención del gasto que perseguía, pues se pasó de un gasto del 29 % en 2008 al 22 % en 2015[11]. Y fue validado por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 49/2015, de 5 de marzo, con voto particular de varios magistrados[12]. La

[8] El nombre y cualificación profesional de los expertos puede consultarse en un artículo del diario El país. https://elpais.com/economia/2013/04/12/actualidad/1365774171_333537.html. Según un artículo del mismo periódico, "El informe de los expertos, que ha sido asumido por 10 de los 12 miembros del grupo, con tres votos particulares (y con un voto en contra y una abstención), ha sido entregado hoy al Ejecutivo. Los votos particulares corresponden a Miguel Ángel García, jefe del gabinete de estudios de CC OO, quien no obstante ha votado a favor del texto. También, a Santos Ruesga, catedrático de Economía Aplicada y que entró a propuesta del PSOE, que lo ha rechazado. El último es de José Luis Tortuero, catedrático de Seguridad Social y también propuesto por el PSOE, que ha optado por abstenerse". Este resultado en: https://elpais.com/economia/2013/06/07/actualidad/1370606867_446764.html

[9] El texto íntegro está disponible en: https://www.rtve.es/contenidos/documentos/informe_sostenibilidad_pensiones.pdf

[10] Esta medida implicó en su aplicación que el gasto en pensiones respecto al PIB se contuvo, e incluso disminuyó. Datos extraídos del Informe OPINIÓN SOBRE LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (p. 21)

[11] *Vid.* Proposición a la mesa del Congreso de 5 de julio de 2017 del grupo parlamentario Confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea a iniciativa de la diputada Yolanda Díaz Pérez, p. 25.

[12] La STC 49/2015, contiene en su fundamento jurídico quinto un buen resumen de la doctrina constitucional en la materia: *a) «Corresponde al legislador determinar el alcance del derecho de los ciudadanos a obtener y la correlativa obligación de los poderes públicos de otorgar una pensión durante la tercera edad, estableciendo los requisitos y condiciones que se precisen para hacer efectivo ese derecho» (STC 114/1987, de 6 de julio, FJ 3); b) el art. 50 CE tiende «a erradicar*

posición mayoritaria del Tribunal Constitucional consideró que la suspensión del derecho a la revalorización de las pensiones en su modalidad contributiva conforme al IPC para el 2012 no era contraria a la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales garantizada constitucionalmente (art. 9.3 CE), en relación con el mandato constitucional de actualización periódica de las pensiones a los efectos de asegurar su suficiencia económica (art. 50 CE)[13].

Desde otra órbita, el IRP fue sometido a fuertes críticas encabezadas por partidos de izquierda y por un sector muy autorizado de la doctrina científica especializada en el Derecho de la Seguridad Social[14]. Por los primeros se aduciría que el mecanismo de revalorización teniendo en cuenta el IPC implicaba una proporción muy relevante del gasto público en pensiones y, por tanto, había un interés claro en su supresión[15], señalando el carácter opaco del diseño y funcionamiento del FRA, que dejaba muchos márgenes a la discrecionalidad. Analizando su aplicación, se argumentaba que la revalorización de las pensiones no sólo no garantizó durante los años siguientes el mantenimiento de su poder adquisitivo, sino que se produjo, en algunos años una clara pérdida de éste. Ello, unido al factor de sostenibilidad que se preveía de aplicación[16], iba a suponer una fuerte disminución de la tasa de sustitución de las pensiones.

situaciones de necesidad, que habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse, por ello, que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 127/1987, de 16 de julio, FJ 4); c) este precepto constitucional, no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual. La «garantía de actualización periódica, no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones» (STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5); d) y, por último, la limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, «en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable» (STC 100/1990, de 30 de mayo, FJ 3).

[13] La sentencia contiene dos argumentos. Primero, interpreta que no existiría un derecho subjetivo, individualizado a la actualización poseyendo: "*el legislador un cierto margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del Sistema, sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales*" (STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5). Y, segundo, considera que hasta que no se incorpore la actualización cada año a la pensión, no se habría consolidado el derecho, existiendo una mera expectativa.

[14] Entre otros, Monereo Pérez y Fernández Bernat (2013); Monereo Pérez y Fernández Bernat (2014) y López Gandía (2022), pp. 47 y ss.

[15] *Vid.* Proposición a la mesa del Congreso de 5 de julio de 2017 del grupo parlamentario Confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea a iniciativa de la diputada Yolanda Díaz Pérez, p. 25.

[16] El factor de sostenibilidad apareció por primera vez en el apartado segundo bajo el título Acuerdo para la reforma y fortalecimiento del sistema público de pensiones del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones suscrito por el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales en marzo de 2011. El objetivo del factor de sostenibilidad del sistema de pensiones era mantener la proporcionalidad entre prestaciones y contribuciones al sistema de la Seguridad Social. El diseño del factor se estableció en la Ley 27/2011 para su entrada en vigor a partir del 2027. Se introdujo una DA quincuagésima en el TRLGSS de 1994. En esencia, el factor se aplicaría a la cuantía de las pensiones vinculando el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas a los 67 años de la población. Se trataría de mantener la proporcionalidad entre contribuciones y prestaciones y ajustar las pensiones a la evolución de la esperanza de vida. El factor se aplicaba a la pensión que más gasto suponía en el sistema, sin que fuera de aplicación a las de viudedad o incapacidad permanente.
Posteriormente, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social, previó adelantar su aplicación del 2027 al 1-1-2019, como contrapartida al rescate bancario europeo y aduciendo medidas para combatir el déficit fiscal en un contexto de crisis económica. Finalmente, el factor de sostenibilidad no entró en vigor en la fecha prevista pues la DF 38ª de la Ley 6/2018, de PGE para 2019, dispuso que la aplicación del factor de sostenibilidad se produciría una vez que se acordasen, en el seno de la

Desde un sector de la academia, se aducía su carácter injusto en las consecuencias al suponer una importante pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, el contravenir el artículo 50 de la CE que obliga a los poderes públicos a garantizar, mediante pensiones adecuadas y literalmente, "periódicamente actualizadas la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad", diversos tratados internacionales, como el art. 12 de la Carta Social Europea (ahora revisada), ni el convenio 102 de la OIT[17], el Código Europeo de Seguridad Social de 1964. Se cuestionaba la vertiente tecnocrática de muchas de las reformas amparadas por comités de expertos, que les otorgaba un carácter determinista.

4. El abandono del sistema de cuasi congelación de las pensiones

El IRP entró en crisis a partir del 2018 y, pese a no ser formalmente derogado, resultó inaplicado. En primer lugar, la ley de presupuestos generales del 2018 no lo aplicó y, en su lugar, procedió a una actualización de las pensiones en un porcentaje de un 1.6 %. Esta misma línea de no aplicar el IRP se mantuvo en el 2019 y 2020, al no haber aprobado la correspondiente ley de presupuestos generales del estado para dichos años. En este sentido, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal[18] (en adelante, AIReF), en un informe de 2019, había criticado el sistema de revalorización adoptado en el 2013, señalando que: "*el ajuste del sistema mediante el índice de revalorización se ha revelado como una estrategia no sostenible de contención del gasto, ya que, una vez llegado el momento de aplicarlo en sus extremos más costosos políticamente, los incentivos para deshacer la reforma han resultado demasiado fuertes*"[19].

En segundo lugar, algunos grupos parlamentarios habían presentado una proposición de ley dirigida a suprimir el factor de sostenibilidad, derogando los arts. 210.1, último párrafo 211 y la disposición adicional vigésimo segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y la disposición final única último párrafo del Real Decreto 8/2015, de 30 de octubre[20]. Aunque la proposición no prosperó, los cambios de gobierno en 2018 y 2019 posibilitarían un giro político favorable a las posiciones de los partidos de izquierda que habían abogado por la supresión del factor de sostenibilidad y un cambio en las políticas de revalorización de pensiones.

Pero además del cambio en el ciclo económico y del cambio político, se produjo un consenso en la renovación del Pacto de Toledo, para mantener el poder adquisitivo de las pensiones como objetivo del sistema, y más concretamente por volver a ligar su revalorización al IPC[21].

Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad del sistema. No se fijaba una fecha tope para su introducción, sino que se dejaba a criterio de la Comisión del Pacto de Toledo, pero sí establecía que no podía ir más allá de cinco años, esto es, del 1-1-2023. Finalmente, la Ley 21/2021 optaría por derogar expresamente el art. 211 de la LGSS que regulaba el factor de sostenibilidad y, en su lugar, establecer el llamado mecanismo de solidaridad intergeneracional.

[17] El art. 65.10 reza: Los montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez, para los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales (a excepción de los que cubran la incapacidad de trabajo), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida.

[18] Este organismo se configura como un ente público independiente que tiene responsabilidades en materia de análisis de la Seguridad Social, tanto a corto como largo plazo. Y ello por cuanto su objeto es garantizar el cumplimiento efectivo por las Administraciones Públicas del principio de estabilidad presupuestaria previsto en el artículo 135 de la Constitución Española, mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público, y el análisis de las previsiones económicas (art. 2 de la Ley orgánica 6/2013, de 14 de noviembre de su constitución),

[19] OPINIÓN SOBRE LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, AIReF, 2019.

[20] Presentada por el grupo parlamentario En Marea y Unidas Podemos, por la diputada Yolanda Díaz con el título PROPOSICIÓN DE LEY sobre reforma de las pensiones y otras medidas del orden social. Madrid, 5 de julio de 2017

[21] En concreto, en la recomendación 2 del tercer informe de renovación, evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado el 19 de noviembre de 2020 por el pleno del Congreso de los Diputados.

III. La reforma del 2021

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, modifica la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante, LGSS) para regular como uno de sus aspectos fundamentales, la revalorización y garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y las modalidades de acceso a la jubilación, dando nueva redacción al artículo 58 de la LGSS y en la misma línea al artículo 27 de la Ley de Clases Pasivas.

En esencia, se prevé la revalorización automática de las pensiones, a través de su actualización conforme a la evolución de los precios, con la finalidad (declarada en el preámbulo de la norma) de que se mantenga en todo momento el poder adquisitivo de las prestaciones. El objetivo es reforzar el papel que presta el sistema de Seguridad Social en nuestro Estado de Bienestar y reformar el índice de revalorización de las pensiones para preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las mismas. El uso de expresiones en el preámbulo de la norma como "a la vista de la experiencia histórica más reciente", "recuperar", evidencian claramente que la fórmula establecida ha sido una reacción frente al sistema del IRP.

A diferencia de esta fórmula, que fue impuesta, la revalorización conforme al IPC a la que se volvió con la Ley 21/2021, trasladó la recomendación del Pacto de Toledo y se produjo tras dos acuerdos en materia de pensiones, de julio y octubre de 2021, si bien, el segundo de ellos no fue firmado por las organizaciones empresariales. El acuerdo fue tramitado como proyecto de ley, y tras alguna enmienda se plasmó en la mencionada Ley 21/2021. La ley atendería también al componente 30 del Plan de recuperación, transformación y resiliencia de ejecución de fondos europeos hasta el 2023 a través del instrumento *Next Generation EU*, que mencionaría la sostenibilidad del sistema de pensiones como contrapartida a los fondos del plan.

Esta ley tendría pues tres ejes, a saber:

El primero fue el del mecanismo de revalorización.

El segundo eje serían las reformas paramétricas de la pensión de jubilación, tomando como punto de partida la reforma de 2011 en cuanto a la edad, base reguladora de la pensión, porcentajes aplicables, integración de lagunas, etc. Y es que ante el reto demográfico al que el sistema se enfrenta por la inminente jubilación de la generación del *baby boom*, se realizan reformas paramétricas, modificando nuevamente el régimen jurídico de la pensión de jubilación en la línea iniciada por la Ley 27/2011, en cuanto, sobre todo, a las jubilaciones anticipadas y demoradas.

El tercer eje fue establecer un mecanismo de equidad intergeneracional dirigido a establecer medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera del sistema, sustituyendo al factor de sostenibilidad.

La valoración conjunta de los tres ejes evidencia que los recortes se habrían centrado en las reformas paramétricas, más fáciles de implementar. Como se habría señalado con clarividencia "*quienes perciben las pensiones son más sensibles a cambios ante los que no pueden reaccionar que quienes están en la fase de cotizar y desarrollar su carrera de seguro*"[22].

[22] Editorial Revista de Derecho Social (2018). "La movilización por las pensiones", *RDS* (81).

1. La reindexación de las pensiones al IPC promedio del año anterior

La Ley 21/2021 da nueva redacción al art. 58 LGSS. Se establece que las pensiones contributivas, incluido el importe de la pensión mínima, mantendrán su poder adquisitivo en los siguientes términos:

— Se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al promedio del IPC de año anterior. La fórmula utilizada es concretamente "el valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior" (art. 58.2 LGSS). Ello implica que se toma como criterio de revalorización el promedio del IPC del año anterior, y no el acumulado. Ello introduce una diferencia con la fórmula histórica prevista en la Ley General de Seguridad social tras la Ley 24/1997, que preveía aplicar el IPC acumulado como índice de revalorización.

  Y en la confrontación de estas dos fórmulas, se ha señalado que "si bien la acumulada parece más representativa de cada mes, si el cómputo fuera mensual, la adopción de la media recoge mejor el promedio en cómputo anual"[23].

2. Las reglas adicionales de revalorización de las pensiones en caso de inflación negativa y el tope de la pensión máxima

El vigente artículo 58 LGSS establece además dos reglas adicionales:

— Si el valor medio del IPC promedio de año anterior fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año, conforme al art. 58.3 LGSS. Se trata de un mecanismo que obviamente busca evitar que, si la variación en el IPC fuera inferior a lo previsto, se produzca una bajada en las pensiones.

— El siguiente apartado del artículo 58 establece que el importe de la revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social no podrá determinar para estas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular.

3. La previsión quinquenal de valoración de la garantía del poder adquisitivo de las pensiones

La Ley 21/2021[24] procedió a introducir una DA 39ª a la LGSS, que establece que con el objetivo de preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y garantizar la suficiencia económica de los pensionistas, el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas realizarán, en el marco del diálogo social, una evaluación periódica, cada cinco años, de los efectos de la revalorización anual de la que se dará traslado a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo. En caso de que se observase alguna desviación, dicha evaluación incorporará una propuesta de actuación para preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

Es evidente que esta previsión es una reacción a anteriores mecanismos, donde la revisión se dejaba en manos de comités técnicos, sin necesidad de alcanzar ningún acuerdo político o social.

[23] López Gandía, J. (2022), p. 56.

[24] En su artículo 1.17.

4. Los criterios para las pensiones mínimas y la evolución del SMI

Por otra parte, se habría apuntado que la garantía del poder adquisitivo de las pensiones, pese a la mejora de las pensiones actuales con su reindexación al IPC, estaba aún lejos de conseguirse si se atiende al tema de las pensiones mínimas. Un elemento en la valoración es que no se ha alcanzado una de las aspiraciones de equiparar la pensión mínima y el salario mínimo interprofesional o de un porcentaje del 60 % del salario medio, según recomendación de la Carta Social Europea de la que España es parte. Y ello es debido a una confluencia de factores, puesto que el salario mínimo ha ido creciendo, especialmente en la última legislatura, pero por otra parte algunos regímenes como el de autónomos o en el caso de personas trabajadoras agrarias o que son empleados del hogar, el recurso a complementos a mínimos ha sido una tónica, derivada en parte de la posibilidad de elegir en el caso de los autónomos la base de cotización, y un porcentaje muy alto de ellos, hacerlo por la base mínima. Ciertamente, la disposición final quinta de la Ley 21/2021 establece una previsión en relación con la suficiencia de las pensiones, previendo que el Gobierno español abordará en el marco del diálogo social una revisión de los criterios para la determinación de las cuantías de las pensiones mínimas con el fin de garantizar su suficiencia en cumplimiento del art. 50 de la Constitución y del artículo 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea. Teniendo en cuenta esta revisión, el Gobierno impulsará, en el plazo máximo de un año, las modificaciones normativas necesarias para establecer reglas relativas a la evolución de las pensiones mínimas que tengan en cuenta la evolución del salario mínimo interprofesional, garantizando la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

5. La derogación del *non nato* factor de sostenibilidad y el mecanismo de equidad intergeneracional

La Ley 21/2021 optó por derogar expresamente el art. 211 de la LGSS que regulaba el factor de sostenibilidad y lo sustituyó por un mecanismo de equidad intergeneracional. Dada la carga excepcional que va a suponer a las generaciones más jóvenes la jubilación de la generación del *baby boom*, se consideró necesario incorporar indicadores que ofrezcan una imagen más fidedigna del desafío que supone para el sistema el envejecimiento de la población y que libere a las generaciones más jóvenes de la jubilación de grupos de trabajadores más numerosos.

Así pues, la DF 4ª de la Ley 21/2021 regula el mecanismo de equidad intergeneracional que tiene por finalidad, como ya se ha apuntado, preservar el equilibrio entre generaciones y fortalecer la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social en el largo plazo. El funcionamiento de este mecanismo prevé dos fases, elementos o componentes sucesivos en el tiempo:

El primer componente se aplica a partir de 2023 y por un período de diez años. Consiste en fijar una cotización adicional finalista destinada a nutrir el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Esta cotización será de 0,6 puntos porcentuales que se distribuirán entre empresa y trabajador[25]. Esta cotización se mantendrá hasta 2032. Las dotaciones del Fondo de reserva en la década entre 2023 y 2032 buscan evitar que el Fondo de reserva se utilice con otras finalidades, en línea con la recomendación número 3 del Pacto de Toledo, que insiste en que el Fondo de Reserva es una herramienta para resolver desequilibrios coyunturales entre los ingresos y gastos de la Seguridad Social y debe limitarse su uso para esta finalidad. Se adaptará la normativa sobre el Fondo de Reserva y esta cuota finalista y los rendimientos que genere se

[25] Se ha considerado por una parte de la doctrina una "cantidad moderada: alrededor de 12 € mensuales para una base reguladora media y de 6 € mensuales para un salario de mil euros a ingresar". En este sentido, López (2022), p. 57, señala el autor que "*Con la subida de 0.6 de cotización el peso de las cotizaciones en el PIB aumentará 0.2: de 13,7 al 13,9 aún por debajo de los países de nuestro entorno, salvo Grecia y Portugal. La previsión es que alcance 40.000 millones en 2032, más los posibles rendimientos de un 3,5 %, la rentabilidad histórica, al menos, es decir, en total un 2,3 del PIB*".

utilizarán exclusivamente para atender las desviaciones en el nivel de gasto de las pensiones. Por consiguiente, a diferencia de situaciones pretéritas, el Fondo de Reserva de la Seguridad Social se nutrirá con una cotización adicional de carácter finalista y temporal, y no con excedente. Por otra parte, el segundo componente se aplica a partir del 2033, por lo que las eventuales dificultades derivadas de coyunturas económicas desfavorables exigirán acudir a otras medidas distintas del Fondo de Reserva. La apuesta por un sistema de cuotas mantiene el carácter contributivo del sistema.

a) El segundo componente se aplica a partir de 2032 y se articula en función del gasto en pensiones. Se dispone que, con una periodicidad trienal, se verificará si, de acuerdo con las últimas previsiones del *Ageing Report d*e la Comisión Europea o documento análogo, el nivel de gasto en 2050 supera la previsión para ese año del citado informe de 2024 una vez descontado el efecto que habría tenido el derogado factor de sostenibilidad. Por tanto, en 2033:

   —Si el nivel de gasto previsto no supera este umbral, no se aplicará ninguna medida. En ese caso, en el marco del dialogo social, se podrá proponer a la Comisión del Pacto de Toledo la utilización de los recursos del Fondo de Reserva para reducir las cotizaciones sociales o mejorar la cuantía de las pensiones.

   —En el supuesto de que el nivel de gasto previsto supera el citado umbral, se establece una prelación de medidas.

      1. Se usarán los activos del Fondo de Reserva para la financiación del gasto en pensiones contributivas, con un límite de disposición anual del 0,2 % del PIB.

      2. Cuando la citada desviación sea superior a ese 0,2 % o cuando se hayan agotado los activos del Fondo de Reserva, el Gobierno negociará con los interlocutores sociales para proponer a la Comisión del Pacto de Toledo o bien minorar el porcentaje de gasto en pensiones en términos de PIB a través de medidas enmarcadas en las recomendaciones del Pacto de Toledo, o bien incrementar el tipo de cotización, o cualquier otra fórmula alternativa para aumentar los ingresos, teniendo especialmente en cuenta el principio de suficiencia.

Estas medidas deberán compensar la desviación en la previsión de gasto en pensiones en 2050 que no esté cubierta por los activos del Fondo de Reserva con un límite del 0,8 % del PIB, de acuerdo con una senda que refleje el impacto creciente que habría tenido la aplicación del factor de sostenibilidad que ahora se deroga y con un efecto temporal que no podrá prolongarse más allá de 2060. El gobierno había anunciado en diciembre de 2021 que en el 2022 negociaría una subida de ingresos por cotizaciones en las base mínimas y máximas para asalariados y autónomos, pero la situación de la crisis energética ha complicado enormemente estas subidas.

No se prevé de momento una modificación de la base reguladora de la pensión de jubilación de extensión a toda la vida laboral, aunque no se excluye. Tampoco se excluye una mayor aportación estatal por la vía fiscal, sino que dejan abiertas las diferentes posibilidades de profundizar las reformas paramétricas o buscar vías alternativas de financiación.

IV. Las valoraciones de un criterio de revalorización de las pensiones vinculado a la inflación

La reforma de pensiones del 2021, y más específicamente, la regla de reindexación al IPC, ha merecido valoraciones positivas y negativas.

1. Valoraciones positivas: consenso, justicia y equidad

Las valoraciones positivas habrían destacado que la reforma de las pensiones ha sido fruto del acuerdo social y el consenso parlamentario en torno al Pacto de Toledo, lo que las dotaría de una legitimidad de la que estuvo ausente la reforma del 2013, llevada a cabo mediante Decretos-Leyes y sin concertación social[26]. También se habría destacado el carácter más justo y equitativo de la reforma, al evitar castigar de forma desproporcionada a los jóvenes como hacía el factor de sostenibilidad, distribuyendo el esfuerzo entre generaciones, ser sensible a la evolución del sistema y operar sólo si es necesario[27]. Se incidiría también en que los incentivos al retraso de la jubilación contribuirían a la sostenibilidad del sistema.

Por los defensores de la vinculación las pensiones al IPC, se abogaría por la idea de un "derecho" a la revalorización de las pensiones, que se sustenta sobre ideas siguientes. En primer lugar, que la revalorización de las pensiones tiene una relación con la garantía constitucional de suficiencia de las pensiones a que hace referencia el artículo 50 CE, en su vertiente de desenvolvimiento temporal. No sería una mera expectativa de derecho, sino un aspecto esencial del derecho a la protección, ya que las pensiones de jubilación se perciben durante dilatados períodos de tiempo. En segundo lugar, que la Seguridad Social es buena para contrarrestar y neutralizar las crisis económicas, el desempleo y hacer frente a las reestructuraciones. La seguridad social es un activo, no una carga, por lo que debe ser sufragada con los presupuestos generales del Estado y las pensiones han de ser, no solo adecuadas, sino suficientes. En tercer lugar, se aludiría a que es difícil hacer proyecciones de esperanza de vida a tan largo plazo. El empleo, productividad y los salarios puede evolucionar positivamente. Se critica el carácter determinista de las previsiones demográficas y de gasto del sistema. Se critica el carácter tecnocrático de los informes del comité de expertos y su carácter presumiblemente apolítico. En cuarto lugar, se argumentaría que deben buscar nuevas reformas profundas en las fuentes de la financiación. Las críticas a que las políticas económicas de gasto público están determinando y condicionando el gasto en prestaciones de seguridad social y en el modelo de la seguridad social.

Por otra parte, se cuestionaría a algunos informes por agoreros e interesados en incentivar planes pensiones de jubilación[28] y que la revalorización con el sistema IRP, si bien había supuesto un ahorro, se consideraba inadecuado porque rebajaría la tasa de cobertura de las pensiones en España en 9 puntos[29].

2. Valoraciones negativas: huida hacia delante y riesgo para el sistema

Una de las primeras críticas que se lanzó por los detractores de la reforma es que en la memoria económica de la Ley no se contenía una previsión de gasto por la reindexación. Sin embargo, fuentes gubernamentales lo justificaron indicando que ello era difícilmente previsible.

[26] Baylos (2021) y López (2022), p. 54.

[27] López (2022), p. 60.

[28] https://www.elconfidencial.com/economia/2021-12-08/la-ocde-alerta-de-la-presion-del-envejecimiento-en-las-pensiones-en-espana_3337695/

[29] Informe 1 p. 66.

Y precisamente, esta falta de previsión económica ha centrado buena parte de las críticas, que se han lanzado desde la perspectiva de las agencias de calificación de la deuda soberana[30], foros académicos de economistas, partidos de centro derecha y órganos nacionales e internacionales, como la OCDE[31], el Fondo Monetario Internacional[32], o la Comisión Europea a través del informe *Ageing Report*. Es decir, se señalaría que la reforma sería demasiado ambiciosa, haciendo que España pasara a ser uno de los países europeos con mayor gasto en pensiones en las próximas décadas. De modo que, en vez de garantizar la sostenibilidad del sistema, la reforma sería una huida hacia delante, pues la medida de incrementar la cotización conseguiría una recaudación adicional ínfima frente a un incremento del gasto, con lo que, al parecer de algunos existiría el riesgo de una futura crisis de deuda, que a la postre, llevara a un recorte de pensiones al estilo griego[33]. En esencia, entre los críticos existiría cierto consenso en que el factor de revalorización supondría incrementar el gasto en pensiones desde el 12 % del PIB actual, al 16 o 16,50 % en el 2050.

Además de las críticas desde la perspectiva más económica, se lanzarían invectivas de carácter político señalando que las medidas de reindexar las pensiones a la inflación se buscaría una mayor aceptabilidad social, en definitiva, medidas de carácter mediático, populista y electoralista, con alguno de los calificativos aplicados por los detractores, que irían en contra de la necesidad de reducir y racionalizar el gasto para garantizar a la larga la sostenibilidad financiera del sistema. En este sentido, se atacaría a la reforma de seguridad social del 2021 señalando que tendría un carácter timorato y habría beneficiado al colectivo de actuales pensionistas, en detrimento de los futuros pensionistas (con las reformas paramétricas). En este sentido, se aludiría a que la edad media de los votantes ha ido creciendo. Es decir, se atacaría la indexación como una reforma partidista. A ello se añadiría la idea de que la regla de vinculación de las pensiones al IPC no podría cambiarse, al no contar uno de los partidos de gobierno con apoyos políticos[34].

V. Las difíciles perspectivas del mecanismo de indexación en contextos inflacionistas

Las medidas de revalorización de las pensiones deben ser consistentes temporalmente porque generan una confianza legítima clave en la adopción de decisiones. Y ello ha planteado un reto

[30] Por ejemplo, dando cuenta del informe negativo a estar reforma de la Agencia S&P Global Ratings, *vid.* https://www.elconfidencial.com/economia/2022-01-20/s-p-advierte-de-que-el-plan-de-escriva-retrasa-la-reforma-estructural-de-las-pensiones_3361661/

[31] *Vid.* Anexo para España del informe bienal de la OCDE 'Pensiones de un vistazo". El informe consideraba inadecuada, no sólo la reindexación, sino también las previsiones de recaudación del mecanismo de equidad intergeneracional por la vía de incrementar las cotizaciones durante 10 años son de un 2,3 del PIB. En su opinión estas estimaciones eran demasiado optimistas y se quedaban cortas, porque la Comisión Europea ha calculado que la indexación de las pensiones al IPC supondrá un gasto anual de 1 % del PIB en 2030 y del 2,6 % anual del PIB desde 2050.

[32] Por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional ha criticado las medidas aprobadas en cuanto a la revalorización de las pensiones y la eliminación del factor de sostenibilidad, señalando que ello supondrá un incremento del gasto de 42.000 millones de euros, es decir, unos 3,5 puntos porcentuales del PIB y se elevará progresivamente el desequilibrio del sistema con la jubilación de la generación del *baby boom*, de manera que supondrá una factura anual para la Seguridad Social del 16,5 % del PIB en 2050. Dando cuenta de estas cifras. *Vid.* El economista. Pensiones: sostenibilidad en el aire. Noticia de 22-12-21.

[33] Declaraciones de Luis Garicano, recogidas en prensa en https://www.elconfidencial.com/economia/2021-11-23/reforma-escriva-espana-pais-europeo-mas-gasto-pensiones_3328871/.

[34] Sánchez, C. (2022), alude a: "el Gobierno insiste en que cumplirá la ley (entre otras cosas, porque difícilmente puede encontrar una mayoría parlamentaria suficiente para derogar la subida de las pensiones en línea con lo que se incremente el IPC), y aporta un argumento técnico. Mientras que los salarios afectan a los costes de producción -son, de hecho, la parte más significativa del gasto en la mayoría de las empresas-, el incremento de las pensiones no incide sobre la competitividad del tejido productivo, pero sí lo hace sobre el crecimiento del consumo en unos momentos en que la economía se ha debilitado". https://www.elconfidencial.com/economia/2022-07-15/economia-descarta-espiral-inflacionista-subida-salarios-beneficios_3461347/

en el actual contexto económico donde se ha producido un cambio de ciclo. Algunas de las valoraciones negativas de la reforma aludían precisamente a la posibilidad de que se produjesen desviaciones extremas en la inflación[35]. Y precisamente, ello es lo que ha acaecido. Aún no se había mojado la tinta del Boletín Oficial del Estado, cuando las perspectivas de recuperación económica se ensombrecieron como consecuencia de la invasión de Ucrania y la crisis energética. Es cierto que la inflación ya había empezado a crecer en el 2021, pero el repunte fue extraordinario a partir del 2022, y, sobre todo, las esperanzas de que el repunte de la inflación fuera coyuntural se volatizaron.

El problema es que esta reforma se hizo en el 2021, en un contexto de crecimiento económico y del empleo, donde las cotizaciones sociales también habían subido mucho desde el 2018. Y además después de un ciclo económico de varias décadas de inflación baja, o incluso de deflación. Y ya en ese momento, se señalaba por los defensores de la reforma que la revalorización de las pensiones era una variable de tal magnitud que suponía una cuarta parte del gasto en pensiones, con un incremento de 2.400 millones anuales, en caso de que el aumento del gasto fuera de 2.5 puntos del PIB hasta 2050[36], pero tomando como referencia una inflación de alrededor del 2 %, que se daba por supuesta[37]. El problema es que el contexto económico cambió diametralmente en el 2022 con lo que dadas las cifras de inflación actuales puede ser una estimación demasiado optimista. La reindexación al IPC ha aparecido en un contexto de fuerte inflación y no se pude desconocer que la fórmula elegida es por definición, muy dependiente de la variación de precios y de coyunturas de inflación y, aún peor, de estanflación. En el 2021, la inflación fue la más alta en tres décadas y ello arrojó una diferencia de 3,1 puntos entre la inflación acumulada (5,6) y la del promedio del año anterior (2,5)[38]. En este sentido, algunos análisis habían incidido en que "*en el mes de noviembre los ingresos por cotizaciones de la Seguridad Social fueron de 11.000 millones de euros. Esta cifra es un 16,*4 *% más que en junio del año 2018, esto es, un rápido crecimiento que, sin embargo, se queda por detrás del alza del 2*1 *% en el gasto. En total, el gasto en pensiones de jubilación ha crecido tanto como los ingresos por cotizaciones, pero al sumar el resto de prestaciones, la cifra se queda por debajo (unos 400 millones al mes de déficit). La subida de las pensiones contributivas desde el año 2018 hasta 2021 ha sido del 6,*9 *%, mientras que los precios subieron un 5,*2 *%"*[39]. Pero la inflación en el 2022 se ha casi doblado respecto a la del 2021.

La inflación ha provocado cambios en las previsiones del gasto en pensiones, e incluso una reforma sobre los parámetros del cálculo de la inflación, por estimar que no estaba siendo bien medida, al estar fuertemente influida por la forma en que se valoran las subidas en las tarifas

[35] Así, por ejemplo, Sánchez y Del Cubo, 2021, p. 522, advertían: "*cualquier economista sabe que, en una economía abierta, una de las variables macroeconómicas más difíciles de controlar es precisamente, el IPC. Y también de las más peligrosas e impredecibles*".

[36] En este sentido, López Gandía, 2022, p. 50.

[37] Así, por ejemplo, en la proposición de ley de Unidas Podemos con otros grupos se señalaba "*Ante los niveles de inflación habituales en España, lo normal en las coyunturas expansivas en nuestro sistema económico, de al menos un* 2 %*, el nuevo factor se traduce en un pérdida de poder adquisitivo de un 1,*75 *% anual al congelarse durante muchos años la revalorización en un 0,*25 *%...Suponiendo que la inflación media sea de un* 2 *% y teniendo en cuenta la esperanza de vida la pensión media puede depreciarse en torno al 28,*5 *% en los hombres y en torno a un 33,*4 *% en las mujeres*".

[38] En aplicación del criterio elegido, el Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022 (BOE 26-01-2022), procedió al desarrollo y ejecución de las previsiones contenidas, en materia de revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas, en la Ley 12/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022. En concreto, con efectos económicos de 1 de enero de 2022, se fijó que las pensiones contributivas y de las clases pasivas se revalorizarían un 2,5 por ciento. Por su parte, las pensiones no contributivas tendrán una revalorización del 3 por ciento.

[39] Jorrín, J. (2022).

eléctricas[40]. Pese a los anunciados cambios para ajustar mejor la valoración de las subidas de precios, es indudable que una fuerte inflación implica un incremento del gasto notable con un criterio de revalorización de las pensiones vinculado al promedio de la inflación del ejercicio anterior. En una sociedad del riesgo, las reglas sobre revalorización de pensiones pueden haber quedado anticuadas al día siguiente de nacer y la previsión quinquenal que somete estas reglas al acuerdo político y social puede ser demasiado tiempo. En este terreno, la revalorización de las pensiones quizá haya de partir de diagnósticos más precisos y acotados en el tiempo. Frente a este escenario, cabe plantearse varios interrogantes para el debate.

1. ¿Es posible una vinculación automática al IPC de las pensiones a cambio de más reformas paramétricas?

Establecida la garantía social del contenido esencial al derecho al mantenimiento de la actualización conforme al IPC a través del compromiso de aportaciones estatales necesarias para garantizar este derecho, y dejando de lado la lógica de buscar un equilibrio en el presupuesto de la seguridad social o en los presupuestos del Estado, un posible escenario es el de profundizar en las reformas paramétricas para compensar el incremento del gasto en pensiones por su indexación a la inflación y para hacer frente a los riesgos del envejecimiento poblacional. Por ejemplo, es previsible que se opte por profundizar en las reformas paramétricas computando toda la vida laboral. Estas reformas tienen una implementación más gradual y suavizada. Otra medida posible de carácter paramétrico es la de destopar los topes salariales mínimos y máximos de cotización. También cabría retrasar la edad de jubilación efectiva por la vía de reformar los despidos de los trabajadores de más edad. Una vía podía ser la de dificultar las prejubilaciones o limitar los despidos de los trabajadores mayores, al estilo de lo que ocurre en países europeos, como Alemania, donde el despido debe hacerse por orden de antigüedad inversa, afectando a los trabajadores que mayores posibilidades tienen de volver a ser activo, de reinsertarse en el mercado de trabajo. Justo lo contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en las prejubilaciones en el sector bancario, y en la selección de trabajadores por un criterio de antigüedad. En muchos despidos colectivos en España, donde se sustituye mano de obra de edad avanzada por personas trabajadoras más jóvenes, o directamente, se eliminan puestos de trabajo.

Sin embargo, aunque es deseable un retraso en la edad efectiva de jubilación, no está claro si sería posible, ni qué efectos tendría por varias razones. La primera es de carácter técnico. Las estimaciones sobre cuánto se consigue frenar el gasto retrasando la edad no es fácil de meDir. Las estimaciones sobre el impacto del gasto en pensiones son variadas, incluso cuando las hace un mismo organismo. Es ilustrativo el caso de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal[41] que emitió un informe en el 2019, en el que se señalaba que se preveía "*un déficit estructural en la Administración de la Seguridad Social entre el 1,3 y el 1,*5 *% del PIB, que se prevé que se mantenga en el futuro*" y de un reto demográfico "*en los próximos 30 años, este gasto se incrementaría ligeramente por debajo de 3 puntos de PIB en el escenario central de la AIReF, llegando a representar el 13,*4 *% del PIB en 2048*". En este mismo informe se preveía que, como contrapartida, retrasando en un año la edad efectiva de jubilación, se produciría una contención adicional del gasto entre un 0.4 y un 1.2 en 2048 y una mejora de entre 1 y 3 puntos en la tasa de

[40] Inicialmente sólo se tenía en cuenta las variaciones el precio del mercado con tarifas eléctricas reguladas, que son las que más estaban subiendo.

[41] Este organismo se configura como un ente público independiente que tiene responsabilidades en materia de análisis de la Seguridad Social, tanto a corto como largo plazo. Y ello por cuanto su objeto es garantizar el cumplimiento efectivo por las Administraciones Públicas del principio de estabilidad presupuestaria previsto en el artículo 135 de la Constitución Española, mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público, y el análisis de las previsiones económicas (art. 2 de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre de su constitución).

cobertura, junto con una contención del gasto de un 0,5 en el 2048 de alargar el cómputo de las cotizaciones hasta los 35 años[42].

Sin embargo, en el informe del año siguiente, publicado por AIReF, las previsiones se modificaron[43]. Ello se justificó por tener en cuenta datos demográficos que antes no se habían tenido en cuenta previendo un gasto en pensiones en el 2050 de un 14,2 % del PIB, lo que supone un incremento del 3,3 por ciento respecto al gasto del PIB en el 2020. Además, en dicho informe las posibilidades de reducción por el retraso en un año de la edad de jubilación se comprimieron en un tercio, 0,4 % de incremento en el PIB del retraso en un año en la edad de jubilación efectiva y mejora de la tasa de cobertura en 1,6 puntos[44]. Sin embargo, estos mismos informes que rebajaban las previsiones del ministro, han sido falibles en cuanto a las previsiones de inflación y los flujos migratorios, como consecuencia de la invasión de Ucrania[45].

Pero además de las cuestiones técnicas de dificultad de hacer proyecciones y medir el impacto de medidas futuras, como el retraso en la edad de jubilación, cabe señalar que la experiencia del pasado enseña que los estímulos para demorar la edad de jubilación no han sido demasiado efectivos, ni han paliado el incremento de las pensiones, por ejemplo, por el alargamiento de la esperanza de vida, que ha ido incrementándose en los últimos años[46]. Además, las reformas paramétricas perjudican a las generaciones futuras, con recortes en el acceso a las pensiones futuras, lo que tampoco parece justo, con el sistema de reparto, máxime cuando los salarios de las nuevas cohortes que se incorporan al mercado laboral están siendo significativamente inferiores al de las nuevas pensiones que pasan a depender del sistema[47]. Al hilo de lo anterior, en el informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad de las pensiones de 7 de junio de 2013, se

[42] OPINIÓN SOBRE LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Recuperable en: https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/OPINIONES/190109_Opinion_Seguridad-Social.pdf., p. 67.

[43] ACTUALIZACIÓN DE PREVISIONES DEMOGRÁFICAS Y DE GASTO EN PENSIONES DOCUMENTO TÉCNICO 1/20. Recuperable en: https://www.airef.es/wp-content/uploads/2020/09/PREVIS-DEMOGRAFICAS/200928-Documento-T%C3%A9cnico-previsiones-demogr%C3%A1ficas-y-gasto-en-pensiones.pdf. El Informe justificaba los cambios en las previsiones en lo siguiente: "*La AIReF revisa al alza la previsión del gasto en pensiones sobre PIB respecto de la Opinión de 2019, principalmente por un aumento en el número de pensiones y una previsión del PIB más negativa que hace dos años. La pensión media es menor en esta previsión, lo que limita el incremento del gasto. Esto es debido a un mayor envejecimiento de la población, que se refleja tanto en el mayor número de pensiones como en la menor pensión media debido a un mayor impacto del factor de sostenibilidad (ver cuadro 4). Una parte de esta diferencia, 0,3 puntos, se debe a la diferencia con el punto de partida debida a crecimientos del gasto en pensiones por medidas no contempladas en la Opinión como la revalorización por encima del IPC de las pensiones no contributivas y complementos a mínimos*" (p. 39).

[44] p. 42.

[45] Se señalaba: "*En cuanto a la inflación, se supone que converge desde las cifras esperadas en 2020 y 2021 en el escenario de corto plazo, hasta el 1,8 %, compatible con el valor de referencia de la política monetaria del Banco Central Europeo. Para calcular el PIB nominal es necesario además establecer una senda esperada para la inflación. En este caso, se supone que tras registrar tasas de 0,3 % en 2020 y 0,7 % en 2021 se produce una convergencia lineal hacia el valor de referencia de la política monetaria -una tasa de inflación próxima, pero por debajo del 2 %. Además, desde 2022 en adelante se supone que el deflactor del PIB y el índice de precios de consumo mantienen las mismas tasas de crecimiento a lo largo del horizonte de previsión. Las sendas proyectadas para el crecimiento del PIB real y de la inflación determinan el crecimiento del PIB nominal*", p. 28.

[46] Por ejemplo, respecto a los estímulos para retrasar el cese de la actividad por encima de la edad de jubilación, las cifras disponibles en el 2021 señalaban que sólo el 4,83 de los que se jubilan lo han hecho demorando su edad de jubilación, siendo la mayoría trabajadores por cuenta propia. En cambio, la esperanza de vida ha pasado de 80,97 en 2007 a 82,58 años en el 2022. Datos de Maldonado Molina, 2022, p. 331.

[47] Sánchez y Del Cabo, 2021, p. 515, y pp. 517-518, inciden que aunque la ganancia media por trabajador ha crecido en los últimos 10 años un 8,4 %, los trabajadores que se encuentran cercanos a la jubilación, la cohorte de 60 a 64 años ha tenido un incremento que dobla la media, situándose en un 19,7 %, los más jóvenes y en particular los que se incorporan al mercado laboral sin estudios universitarios han visto cómo se reducían sus ganancias un -5'4 % con respecto a lo que ganaban sus iguales en 2009.

advertía que: "*Cuando los desequilibrios potenciales no se anticipan adecuadamente, el proceso de reformas termina siendo un juego muy injusto, por el cual los representantes políticos y la sociedad deciden darle la espalda a un problema y largárselo a las generaciones futuras*"[48].

Expuestos los argumentos de debate, conviene entrar en otro interrogante para el debate.

2. ¿Es posible una vinculación automática al IPC sin tener en cuenta otros factores?

Pero entremos en el debate de la revalorización de pensiones y su vinculación al IPC o si deberían tenerse en cuenta otros elementos. En el informe de expertos sobre el factor de sostenibilidad de las pensiones de 7 de junio de 2013 se apostaba por desvincular la revalorización de las pensiones respecto al IPC, señalando: *"El compromiso de que las pensiones crezcan según el IPC es relativamente moderno. Y en el tiempo en que lleva aplicándose se ha quebrado en varias ocasiones. Ello demuestra que es un compromiso matizado, que viene a decir: se mantendrá el poder adquisitivo de las pensiones siempre que se puedan pagar. Esta segunda parte de la frase no se formula, pero está ahí"*. En esta línea cabría argumentar que en contextos de fuerte desempleo o de incremento de precios, en primer lugar, la vinculación de las pensiones al IPC, aunque deseable, puede ser difícil de mantener. En segundo lugar, la ley habla de "garantía" del poder adquisitivo de las pensiones, pero garantizar esto es complejo en un contexto de dificultades sabidas del sistema con el pago de un número de pensiones creciente que deben abonarse también por un período dilatado de tiempo, por la esperanza de vida, ya que España es afortunadamente, uno de los países del mundo con mayor esperanza de vida.

Frente a este argumento de corte economicista, cabría contrargumentar que el objetivo de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones debe defenderse, por razones éticas, jurídicas (art. 50 CE), pero también económicas. Y es que no debe perderse de vista que el problema de algunas mediciones económicas es que no miden el impacto positivo del mantenimiento del poder adquisitivo, las externalidades positivas de un Estado de Bienestar[49], que nuestro país tiene una envidiable tasa de reemplazo[50] y, en concreto, que parafraseando a Monereo Pérez "que la Seguridad Social es un *activo*, no una *carga* económica".

Pero frente a esta posición, se ha argumentado que, si la revalorización con el IPC de las pensiones aspiraba a ser estable, debería haberse establecido un instrumento previsible, y ello no puede hacerse al margen del contexto. Para los defensores de desvincular las pensiones del IPC, se necesitaría de un mecanismo de revalorización con un diagnóstico más ajustado, que permita valorar más elementos. Se aduciría que el problema es que el sistema diseñado en la reforma del 2021 ha nacido pensando en un contexto de inflación baja o con repuntes de inflación coyunturales. Sin embargo, el cambio de ciclo lo ha pillado con el pie cambiado. En esencia, se denunciaría que no se va a conseguir un sistema estable de revalorización de las pensiones con el IPC, que va a estar muy al albur de las condiciones del mercado. En definitiva, en esta posición el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones no puede ser un objetivo absolutamente desvinculado de la situación financiera de la Seguridad Social, del crecimiento de los salarios y del empleo, y de una inflación desbocada. El sistema de seguridad social previsto en el art.

[48] p. 4.

[49] *Vid.* Mazzucato (2019).

[50] La tasa de reemplazo de las pensiones españolas es la más alta de la UE. *Vid.* UE, The 2021 Ageing Report Economic &Budgetary Projection the EU Member States (2019-2070). Recuperable en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/economy-finance/ip. 48_en.pdf. Para la ficha española. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/economy-finance/es_-_ar_2021_final_pension_fiche.pdf
También es una de las más altas de la OCDE, donde puede consultarse *gross pension replacement ra*te en https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=PAG

41 CE establece una garantía institucional, pero deja al legislador su configuración teniendo en cuenta las circunstancias económicas y sociales. Por lo que en esta línea habría quien defendería volver al sistema propuesto por el comité de expertos y acogido parcialmente por el gobierno en 2013, considerando que si bien este había sido criticado por ser demasiado estricto, establecer una vinculación automática al IPC puede pecar también de automatismo y suponer poner en riesgo la viabilidad y eficacia del sistema, si no se permite ningún ajuste.

En este sentido, se aludiría a que en un escenario en el que diferentes grupos de población como personas trabajadoras por cuenta ajena, por cuenta propia, y empleados públicos sufren una pérdida de poder adquisitivo, el sistema de vinculación al IPC puede conducir a que los pensionistas reciban más que otros grupos sociales, por ejemplo, si sus pensiones se actualizan a la inflación mientras que otros grupos sociales no tendrían este derecho. Otro argumento que ha aflorado en seminarios o debates informativos es que, si se lograse establecer ahora o en el futuro un pacto de rentas para topar la inflación, a cambio, por ejemplo, de tratar de mantener el empleo, sería interesante establecer excepciones a la vinculación del IPC de las pensiones y, por ejemplo, aplicar criterios similares que los fijados para los salarios.

3. Si queremos mantener la vinculación al IPC ¿qué vías podemos implementar para ingresar más?

> *"No los podremos conseguir a largo plazo, si antes no logramos una distribución de los ingresos más racional y menos desigual (…) La retribución por el trabajo de una jornada tiene que ser - de media- más alto que ahora, y los beneficios del capital, sobre todo el capital invertido de forma especulativa, tienen que ser más bajos".*
>
> Discurso de toma de posesión, Roosevelt, 4-3-1933.

El sistema de reparto ofrece grandes ventajas frente a los de capitalización, como lo ha demostrado la experiencia aplicativa, pero ha de tenerse en cuenta que requiere de elementos de corrección. Los parámetros que motivaron su nacimiento han cambiado, en particular, la ratio entre activos y pasivos. Y es que, aunque la tasa de empleo crezca, el crecimiento de la tasa de pasivos también va a ser elevada, a lo que se une el salario de las nuevas personas empleadas. Muchos análisis acaban diciendo que ello obliga a dar un mayor peso a la financiación vía presupuestaria, vía impuestos, pero no se señalan cuáles, ni cómo montar un sistema alternativo al de las cotizaciones sociales. Sin embargo, ello no significa sin más aceptar las recetas neoliberales de apostar por sistemas de capitalización, ni ir siempre por la línea de aumentar el número de activos, incrementar las cotizaciones sociales, retrasar la jubilación y aumentar el ahorro privado y los sistemas complementarios.

Si atendemos a las fuentes de financiación, en España hay un claro desequilibrio financiero, con un claro protagonismo de los ingresos por la vía de las cotizaciones, pero ello parte de un concepto de empresa obsoleto. Las empresas más poderosas del planeta, y en particular las vencedoras en la actual década como son las tecnológicas, no son necesariamente empresas con muchas personas empleadas, o si tienen empleados, en muchos casos, estos trabajos se caracterizan por retribuciones bajas. Además, el comercio *on line* está destruyendo empresas ubicadas en el territorio, las cuales pagan impuestos locales y esta destrucción genera desempleo. Ello puede implicar que empresas con cifras de negocio impresionantes en nuestro país, puedan contribuir

comparativamente muy poco a las arcas del Estado[51], de manera que cualquier ciudadano de clase media comprobaría con asombro cómo paga más impuestos que alguna de las empresas que más beneficios obtienen en España[52]. Ello es coherente con los análisis económicos de que desde hace décadas se ha producido un crecimiento de las rentas de capital frente a las de trabajo, que soportan gran parte de la tributación[53].

La propia Seguridad Social no puede ser ajena a esta realidad y debería establecer mecanismos de ingresos distintos de los vinculados al empleo, pagados por empresarios y trabajadores, que deberían estar más vinculados a la cifra de negocios o facturación de las empresas en nuestro territorio, en particular de las multinacionales, que se benefician de la estructura en grupo, de las operaciones intragrupo y de la existencia de paraísos fiscales. Una vía que puede explorarse es establecer cotizaciones sociales vinculadas a la facturación de las empresas en nuestro país, sin tener en cuenta las operaciones vinculadas intragrupo para evitar el truco del autopago a las empresas del grupo, o también a las empresas por el comercio *on-line* con distribución física de productos y servicios en nuestro país, con tributaciones por el uso de carreteras y la contaminación ambiental, donde el grupo de expertos encargado de proponer la reforma tributaria ha lanzado propuestas interesantes. Es más, en la doctrina norteamericana están publicándose interesantes trabajos sobre cómo las empresas de plataforma tienen efectos destructivos en los salarios, las pensiones, las empresas de la competencia con comercio *face-to face*, los tributos municipales, el equilibrio social y regional en el país[54], por lo que una vía que debería explorarse es exigir cotizaciones sociales a estas empresas.

Entre los economistas ha habido propuestas de establecer un IVA sobre productos y servicios tecnológicos para cubrir finalidades sociales[55]. Pero volvamos a poner el foco el foco en el IVA. Este tributo ofrece un elemento que no está presente en otros impuestos, y es que se tributa en el país en el que se venden los productos, no donde tenga la sede la empresa ni donde un particular resida o elija resiDir. No es además un tributo directo sobre las rentas generadas por las compañías, que resultan muy minoradas, sino un tributo indirecto sobre las ventas. La llamada tasa Google ha resultado un fracaso, porque grava los ingresos publicitarios, pero existe una notable opacidad en relación a los generados. Quizá por ello, debería buscarse un impuesto especial para empresas tecnológicas en función de su facturación, y utilizando para determinar la facturación, los datos de lo recaudado por IVA en el grupo de empresas. Con ello se trataría de evitar la evaporación de beneficios en el mundo *off-shore*.

La tradicional territorialidad de la declaración de una relación de trabajo y de las cotizaciones vinculadas al trabajo escapa a la preferencia de las plataformas digitales por la extraterritorialidad.

---

[51] Para evitar calificar esta descripción de prejuicio, sirvan, a modo de ilustración, dos ejemplos concretos de tributación de empresas de plataforma. En el primero, la multinacional norteamericana de comercio electrónico Amazon no pagó en 2020 ningún tipo de impuesto sobre sociedades en ocho estados europeos, entre los cuales se encontraba España, a pesar de acumular unas ventas de 43.840 millones de euros, su récord histórico. Fuente: Diario Ara 4-5-21. Algo similar ocurrió con Netflix, que en el año 2019 pagó un total de 3.146 euros en concepto de impuestos de sociedades en España. Fuente: González (2019). Para datos de fiscalidad en EEUU de esta empresa, *vid.* MacGillis, A. (2021).

[52] Ello también se explica porque muchas empresas de plataforma utilizan precios por debajo del coste a cambio de ocupar un mercado y desplazar a los competidores. Aunque la estrategia de precios predatorios y venta a pérdidas es irracional desde la perspectiva del liberalismo económico, es perfectamente racional para empresas como Amazon o Uber, interesadas en desplazar a los competidores y dominar una línea de negocio, que a su vez puede alimentar otras. Estas estrategias son premiadas en Bolsa por los inversores, que consideran que, aunque las compañías pierdan dinero durante un tiempo, pueden recuperarlo. Más ampliamente sobre estas estrategias, *vid.* Khan, L.M. (2017).

[53] Piketty, T. (2014).

[54] MacGillis, A. (2021).

[55] Rifkin, J. (2004), p. 335. En el caso del autor norteamericano, los fondos conseguidos irían dirigidos a lo que él denomina el tercer sector, integrado por actividades de voluntariado y organizaciones sin ánimo de lucro.

No se olvide que la extraterritorialidad de las plataformas digitales es un recurso en sí mismo para estas empresas, a nivel tributario y de propiedad intelectual[56], pero crea disfunciones para nuestro sistema impositivo, e indirectamente para nuestro sistema de seguridad social. A través de un rompecabezas de filiales y redes de empresas, las plataformas conseguirían la magia de que, aunque la cifra de negocios sea millonaria las filiales nacionales den prácticamente pérdidas, al imponerse cargos a las empresas matrices por el *Know how* del algoritmo y la deslocalización de sus beneficios utilizando la sede social de las empresas no sólo de execrables paraísos fiscales, sino en países de la UE con regímenes atractivos como Holanda, Irlanda o Luxemburgo.

Frente a esta táctica, en diversos países europeos como Francia (*taxe GAFA*), Reino Unido (*Diverted Profited Tax,* que vendría a traducirse como impuesto de los beneficios desviados) o España se ha aprobado una tasa digital, con el objetivo de que las empresas tecnológicas paguen -una pequeña parte- de los impuestos allá donde generen la actividad y no en función de donde tengan su domicilio social, que como es bien sabido, les puede llevar a elegir países o territorios que les ofrecen condiciones fiscales más favorables, como Seattle para Amazon. Se trata de un instrumento incipiente, que está lejos de ser perfecto, sobre todo por la falta de transparencia sobre sus beneficios, pero que constituye una herramienta de lucha contra la evasión fiscal ¿Podemos desde el derecho de la Seguridad Social importar alguna enseñanza de la legislación tributaria? Esta tasa se basa en una idea que sería es exportable al derecho social, y que por lo demás no es nueva, la empresa que genera la actividad debe hacerse responsable de un trabajo decente, con respeto a derechos fundamentales, normas de prevención de riesgos y pago de impuestos y cotizaciones sociales. No se trata de prohibir la actividad de las empresas de plataforma, ni el desarrollo tecnológico, pero sí de impedir una distribución en la que la empresa de plataforma maximiza sus beneficios, aprovechándose del creciente consumo de bienes y servicios *on line*, pero sin responder empresarialmente ni contribuir a mantener el estado social, en directa competencia con empresas que sí pagan impuestos de sociedades en nuestro territorio. A estos efectos, el ordenamiento ha de aprender la realidad y dado que las empresas de plataformas no han conseguido evaporarse del todo al necesitar vender sus productos y recurrir a personal para realizar su actividad, ha de tomar estos elementos para vincularlas jurídicamente. Recuérdese que en estas empresas no hay tampoco una correlación entre los beneficios de la empresa y los salarios de los empleados directos, siendo aún más brutal la desigualdad salarial entre los salarios del personal directivo y los de los empleados operativos de empresas externas. No hay un éxito compartido.

4. ¿Cabe establecer sistemas de revalorización con componentes redistributivos?

Un cuarto elemento del debate es cómo aplicar las revalorizaciones. Dada la brecha de género existente en las pensiones más bajas, es posible plantear que deben establecerse factores no lineales en la actualización de las pensiones que permitan establecer índices de actualización según la cuantía de las pensiones, en sentido inverso, es decir, favoreciendo a las más bajas en detrimento de las más altas. Téngase en cuenta que la relación entre cuota y prestación no es, en palabras del Tribunal Constitucional, "*de índole puramente matemática*"[57].

[56] Sobre la estrategia común de facturación intrasocietaria y desvío a empresas ubicadas en paraísos fiscales, así como posibles respuestas a este *dumping* fiscal, *vid.* el interesante trabajo de dos profesores de la universidad de Berckeley. Saez, E. *et* Zucman, G. (2020).

[57] STC 134/1987, de 21 de julio. A ello cabría añadir, lo recogido en un argumento del voto particular a la STC 49/2015, de 5 de marzo "*como se afirma en la STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5, el concepto de pensión adecuada del art. 50 CE 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 medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales*".

Pero en el debate de los sistemas de revalorización no lineales y que distingan en función de la cuantía de las pensiones, cabe ir incluso más lejos, planteando que la revalorización de las pensiones tenga ajustes según sea la renta mobiliaria e inmobiliaria y capacidad económica de los pensionistas, pues existe todo un mundo entre los pensionistas y la situación de estos en comparación con la de algunos trabajadores pobres en activo.

VI. Bibliografía

AIReF Informe sobre la ejecución presupuestaria, la deuda pública y la regla de gasto. Informe 22/22.

AIReF (2020). Actualización de previsiones demográficas y de gasto en pensiones, Documento técnico 1/2020.

AIReF (2019). Opinión sobre la Sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social, Opinión 1/19.

Aragón Gómez, C. (2014). Otra vuelta de tuerca a la reducción de la cuantía de las pensiones: la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del índice de Revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social.

Baylos, A. (2021). Primeras impresiones sobre el pacto en pensiones. Blog de 29 de junio de 2021.

Castro Medina, R. (2021). Un análisis del modelo de pensiones de Canadá, en VV.AA. (Dir. F. Vila Tierno y M. Gutiérrez Bengoechea) (2021). *La suficiencia y sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 413-440.

Editorial Revista de Derecho Social (2018). "La movilización por las pensiones", *RDS* (81).

Jorrín, J. (2022). El gasto en pensiones crece cuatro veces más que el número de jubilados desde 2018. Diario El confidencial. 26-1-2022. Recuperable: https://www.elconfidencial.com/economia/2022-01-26/gasto-pensiones-jubilación-dispara-21-sanchez_3364490/

Khan, L.M. (2017). Amazon antitrust paradox. *The Yale Law Journal*. Vol. 126. (3). Recuperable en: https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox.

López Gandía, J. (2022). Del factor de sostenibilidad al mecanismo de equidad intergeneracional. *RDS* (96), pp. 47-61.

MacGillis, A. (2021). *Fulfillment (Winnnig and Losing in One-Click America)*. New York: Farrar, Straus and Giroux.

Maldonado Molina, J.A. (2022). La protección de personas mayores a través de prestaciones de naturaleza contributiva. En VV.AA. (Dir. S. Perán Quesada y F. Vila Tierno). *La protección de Seguridad Social de las personas mayores, retos para el siglo XXI*, Albacete: Bomarzo, pp. 321-347.

Mazzucato, M. (2019). *El valor de las cosas. Quién produce y quién gana en la economía local*. Taurus.

Monereo Pérez, J.L. Notas sobre la sostenibilidad de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Sugerencias y propuestas de mejora para la reflexión.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A. (2013). El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?, *RDS* (62)

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A. (2014). La sostenibilidad de las pensiones públicas. Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social. Madrid: Tecnos.

Piketty, T. (2014). *El capital en el siglo XXI*. Traducción de Eliane Cazanave-Tapie Isoard. Madrid: Fonde de Cultura Económica.

Rifkin, J. (2004) *El fin del trabajo, Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Barcelona: Paidós. Traducción obra por Guillermo Sánchez. Título original: *The decline of the global labor force and the dawn of the post market era.*

Saez, E. et Zucman, G. (2020). *Le triomphe de l'injustice*, Paris: Seuil.

Sánchez Ollero, J. y Del Cubo Arroyo, E.I. (2021). Algunas reflexiones sobre la incidencia de los cambios de ciclo y otras variables económicas en la sostenibilidad de las pensiones. En VV.AA. (Dir. F. Vila Tierno y M. Gutiérrez Bengoechea) (2021). *La suficiencia y sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 507-557.

Sánchez, C. (2022). "Economía descarta una espiral inflaccionista por la subida de salarios y beneficios". *El Confidencial*. 15-7-22. Recuperable en: https://www.elconfidencial.com/economia/2022-07-15/economia-descarta-espiral-inflacionista-subida-salarios-beneficios_3461347/

VV.AA. (Dir. F. Vila Tierno y M. Gutiérrez Bengoechea) (2021). *La suficiencia y sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

VV.AA. (Dir. S. Perán Quesada y F. Vila Tierno). (2022). *La protección de Seguridad Social de las personas mayores, retos para el siglo XXI*, Albacete: Bomarzo.

La fotografía de la vida activa/pensionable después de la edad de jubilación. La jubilación demorada[1]

José Luis Tortuero Plaza
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad de la Universidad Complutense de Madrid

I. Panorámica de la situación marcada por los acontecimientos

Con la idea de dibujar el modelo final que se pretende alcanzar con el proceso reformador iniciado en 2020, conviene identificar los retos a los que nos enfrentamos, los objetivos de las reformas y la identificación de las distintas piezas que conformarán el "todo"[2].

Junto a los impactos del factor demográfico y la llegada de la generación *baby boom*, se hace referencia al factor económico, en el sentido de que el sistema productivo y todas sus derivaciones están sufrido las consecuencias de todo un conjunto de fenómenos de distinta naturaleza y de

[1] El presente trabajo en el marco de los diferentes Proyectos de Investigación: RETOS,REFORMAS Y FINANCIACION DEL SISTEMA DE PENSIONES: ¿SOSTENIBILIDAD VERSUS SUFICIENCIA? RTI2018-094696-B-I00, Programa Estatal de I+D+i «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad; Proyecto P18-RT-2585 "Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza, Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020); Proyecto de Investigación "LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL IMPACTO EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL IMPACTO SOCIO-ECONÓMICO DE LA ECONOMÍA DIGITAL", del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, Ref. UMA18 FEDERJA 028. Red Temática de Investigación Interuniversitaria: Nuevas formas de prestación y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores (UMA) 2022. De todos ellos el que suscribe participa en calidad de Investigador o en el equipo de trabajo.

[2] Una valoración y análisis en VV.AA.: Grupo Interuniversitario de Estudios sobre "Pensiones, Seguridad Social universal y democracias sustantiva": *Las reformas del sistema de pensiones y de otras ramas de prestaciones de la Seguridad Social*, Informe para la Fundación Francisco Largo Caballero, abril 2022.

carácter global. Prácticamente enlazadas en el tiempo y retroalimentados entre sí, se han y se están sucediendo, la gran crisis financiera (2008) , la pandemia (2020) con sus múltiples efectos[3] -incluidos la actual escasez de materias primas y el correspondiente desabastecimiento que impactará en la mayoría de las actividades económicas, con sus importantes consecuencias-, la invasión de Ucrania por Rusia y la derivada crisis energética sin precedentes (2022). Junto a todas ellas y con identidad propia, los cambios en las estructuras productivas basados en el proceso de digitalización[4], la inteligencia artificial y la robótica, el nuevo papel del trabajo autónomo[5], entre otros factores.

Por su efecto inminente y de gran impacto, conviene hacer mención a la llegada de las generaciones del *baby boomers*, cuyo impacto acumulativo alcanzará hasta los años 50, momento en el que comenzaremos a recuperar la senda normalizada. El periodo referido se caracterizará por un incremento notable del número de pensionistas, una elevación de la esperanza de vida, así como de unas pensiones en alza, ya que los nuevos pensionistas tendrán series históricas de cotización más altas. No cabe duda de que el reto exigirá el esfuerzo de todos los ciudadanos a través de las transferencias desde los presupuestos del Estado, en clara compensación solidaria con las aportaciones de todo orden que realizaron las generaciones de los *baby boomers* a la conformación de nuestras sociedades.

II. La necesaria respuesta

1. De las reformas impuestas, inaplicadas y derogadas al reencuentro con el acuerdo político y el pacto social

El diálogo, el pacto, el equilibro de responsabilidades generacionales constituyen elementos que pretenden asegurar, entre otras cosas, que las reformas no se enfrenten a una resistencia política y social con el riesgo consiguiente de ser derogadas en el momento mismo en el que deberían comenzar a ser plenamente aplicadas. Las experiencias europeas y española con la reforma del 2013, son notables hasta el punto de que son advertidas en estos términos por las instituciones comunitarias[6]. En efecto, es una evidencia que las reformas de las pensiones van acompañadas de una extraordinaria sensibilidad social. La causa no es otra que la aplicación de un canal unidireccional cuando se afronta la sostenibilidad financiera de los sistemas, a saber, la reducción de los gastos mediante la reducción de las pensiones a través de múltiples factores. A este efecto que eufemísticamente denominamos "sensibilidad social" se enfrentan las reformas.

En todo caso, es vertebrador buscar y mantener el equilibro de las cargas asumidas y transferidas a cada generación.

---

[3] Desde el Sistema y entre los múltiples efectos que forzaron respuestas y transformaciones inmediatas, son analizadas y estacas por Álvarez Cortés, J.C. "E-Administración en la Seguridad Social", VV.AA., Efectos laborales, sindicales y de Seguridad Social de la digitalización, (Dir. López Cumbre), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022,

[4] El Pacto de Toledo (2020) dedico a la materia la Recomendación núm. 20. La Recomendación ha sido analizada con un sinfín de valoraciones y sobre todo de aportaciones por Sánchez-Urán Azaña, M.Y. y Grau Ruiz, A "Seguridad Social y economía digitalizada", VV.AA. (Dir. Hierro Hierro, F.J.) *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de Evaluación y Reforma del Pato de Toledo (2020)*, Aranzadi 2021, pp. 905-946.

[5] Desde esta perspectiva ver, Saez Lara, C. "Sostenibilidad del sistema de protección social de los trabajadores autónomos", VV.AA. José Manuel Gómez Muñoz (Dir.) *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Edit. Bomazo, 2019, pp. 441-473.

[6] "*Pension Reforms in the EU since the Early 2000's: Achievements and Challenges Ahead*», elaborado en el seno de la Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros de la Comisión Europea en diciembre de 2016 (*Discussion Papers* 42. December 2016.). Las afirmaciones son recogidas por el análisis que acompaña a las Recomendaciones del Pacto de Toledo.

Una de las características más relevantes de las reformas de las pensiones es, sin duda, el reencuentro reformista con los espacios del pacto político y del diálogo social[7]. Este nuevo marco pretende romper las fracasadas estrategias unilaterales que caracterizó el espacio reformador del 2013[8]. Cambio de rumbo que tiene como antecedente un rechazo social, político y sindical de reformas impuestas con un marcado carácter penalizador. Me refiero al índice de revalorización escasamente aplicado y al factor de sostenibilidad que nunca entró en vigor.

Con este nuevo talante basado en el pacto y en el diálogo, la vigente reforma enlaza su sintonía con los pactos que concluyeron en la reforma del 2011[9].

La cristalización de los espacios referidos, toma cuerpo en la renovación del Pacto de Toledo aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados de 19 de noviembre de 2020[10], cuya dificultad se evidencia en el espacio temporal que media entre el referido informe (2020) y su precedente (2011), hasta el punto de que la propia Comisión intenta ofrecer un intento de justificación poco convincente[11]. Así, se afirma que *"Los trabajos parlamentarios para la elaboración del Informe y las Recomendaciones del Pacto de Toledo se han prolongado durante varias legislaturas (XI, XII, XIII y XIV que abarcan desde el año 2016 hasta la actualidad). Han sido sobre todo circunstancias de carácter coyuntural (con sucesivas e intermitentes convocatorias electorales) las que han interrumpido y retrasado los trabajos parlamentarios más de lo previsible"*

En el espacio del Dialogo Social (con mayúsculas) tiene relevancia propia el Acuerdo entre el Gobierno y los interlocutores sociales que sustenta el conjunto de las reformas. Por un lado, las operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. Junto a ella, la importante e innovadora reforma de la protección social complementaria, mediante Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre[12]. Y finalmente la perla del proceso reformador que constituía una de las históricas asignaturas pendientes, consistente en la reforma del sistema de cotización de los trabajadores por cuenta propia, que transita desde la elección voluntaria de bases de cotización a la cotización sobre ingresos reales. Reforma aprobada por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por

[7] Monereo Pérez, J.L.: "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020, pp. 16-83. https://revistas.uma.es/index.php/rejlss/article/view/10403/10516.

[8] Martín-Serrano Jiménez, E. y De Lara Guarch, A. "Seguridad Social: los diferentes efectos de las reformas de 2011 y 2013 sobre el modelo de jubilación", en Martín-Serrano Jiménez, E. (Coord.) *El sistema de protección social en España 2018*. Comisiones Obreras, Madrid, 2019, pp: 47-103.

[9] Una visión general de la evolución de nuestra seguridad social al hilo de la historia de los Pactos de Toledo puede verse el ilustrativo trabajo de Panizo Robles, J.A. "Dos décadas de reformas de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo de 1995 al Acuerdo Social y Económico de 2011", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, nº 336, 2011.

[10] Un análisis completo de todas las recomendaciones en, VV.AA. (Dir. Hierro Hierro, F.J.) *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de Evaluación y Reforma del Pato de Toledo (2020)*, Aranzadi 2021,

[11] Monereo Perez, Jl. y Rodríguez Iniesta, G. "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Edit. Laborum, núm. 25, 2020.págs 13-31

[12] Un estudio completo de la reforma y todas sus implicaciones en Monereo Pérez, J.L. y Martín-Serrano Jiménez, E. *La nueva regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones tras la reforma creadora de los Fondos de Pensiones de promoción pública.* (Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo). Editorial Laborum, Murcia, 2022

el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad.

Como veremos, la cristalización de los acuerdos en normas reformadoras es todavía más amplia que lo referido, que en sí mismo es excepcional en la historia de nuestra seguridad social, tanto por la amplitud temática de las reformas, como por sus contenidos[13].

2. El equilibrio necesario en el proceso reformador y la ausencia presencial de los responsables del pago futuro de las pensiones

Ya hemos afirmado que las reformas deben considerar cuidadosamente -y esta es la parte esencial del equilibrio- la lógica de redistribución y equidad de los sistemas de pensiones, teniendo en cuenta la creciente carga demográfica sobre las generaciones futuras de trabajadores[14]. Si no encontramos el necesario equilibrio, la muerte del sistema está anunciada. En este espacio, no basta con que hagamos partícipes -como explicita y es importante, el Pacto de Toledo- a las generaciones jóvenes de las bondades del sistema, es necesario, como ya hemos afirmado, reconstruir el pacto social donde las generaciones jóvenes sean los protagonistas.

En este espacio las afirmaciones de la Comisión del Pacto de Toledo recogidas en la Recomendación núm. 18 son bastante elocuentes. Así, la Comisión advierte "…del descrédito que sufre nuestro sistema de Seguridad Social entre la juventud: Muchos jóvenes están convencidos de que no accederán a una pensión pública o de que ésta no será suficiente para poder vivir dignamente. Por eso, ellos deben ser protagonistas esenciales del fortalecimiento del sistema de pensiones y del principio de solidaridad intergeneracional, como elemento clave del contrato social. Es imprescindible que recuperen la confianza perdida en aquél, lo cual exige la adopción de medidas que les hagan partícipes de la necesidad de la preservación del sistema y de sus virtudes. Debe reforzarse la confianza de este colectivo en el Estado de Bienestar".

Puede decirse que la derogación del factor de sostenibilidad y la creación del mecanismo de equidad intergeneracional, van en la dirección apuntada. No obstante, las medidas son claramente insuficientes en su contexto y en su explicación

III. El alcance de la reforma: la parcelación y el enfoque global de las reformas

El espacio reformador tiene tiempos escalonados y una pluralidad de materias -mayores y menores- que están vinculados a la programación y ejecución de programas de reforma. Las acciones que concretan esta orientación se recogen como uno de los componentes más destacados del Plan de recuperación, transformación y resiliencia que ha de guiar la ejecución de fondos europeos hasta 2023 a través del instrumento *Next Generation EU*. Así, dentro del componente 30 se reúnen un conjunto de reformas del sistema de pensiones que dan cumplimiento a las principales de recomendaciones del Pacto de Toledo (2021) y que, en buena medida, se plasman en un conjunto normativo en distintas fases.

[13] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social", *Revista Derecho de la Seguridad Social*, 30, 2022, pp. 11-60.

[14] A este respecto Llorente Alvarez, A. "Una Seguridad Social para el futuro, con un apunte sobre automatización, robots y seguridad social", en VV.AA. (Dir. Sánchez-Urán, Y. y Grau Ruiz, A.) *Nuevas tecnologías y Derecho*, edit. Juruá, 2019.

Las primeras y muy importantes reformas se integraron en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021[15] y en normativa de urgencia en el peor espacio de la pandemia, singularmente la creación del Ingreso Mínimo Vital (Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, sustituido después por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre)[16] y la creación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico)[17].

Las segundas reformas conforman un triple escenario, por un lado, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[18] (LGyS)[19], en la que se ha integrado el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (11/2021); por otro, los que se han incorporado a la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 (en adelante LPGE.22). Junto a ellos, la importante e innovadora reforma de la protección social complementaria, mediante Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre. Y finalmente la perla del proceso reformador que constituía una de las históricas asignaturas pendientes, consistente en la reforma del sistema de cotización de los trabajadores por cuenta propia, que transita desde la elección voluntaria de bases de cotización a la cotización sobre ingresos reales. Reforma aprobada por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad.

El conjunto de estas reformas, -en una visión de globalidad del diseño, esperemos que también en el resultado-, pretenden propiciar un cambio en nuestro modelo -no del modelo- de alcance excepcional, casi sin precedentes. En definitiva, posiblemente estemos reconfigurando nuestro sistema de pilares múltiples, donde tendremos que integran y revitalizar los diversos espacios públicos y privados[20]. En este espacio y como he afirmado en múltiples ocasiones, la reforma reordenadora de la protección social complementaria, ha perdido la oportunidad de buscar

[15] Sobre este tema ver Panizo Robles, J.A. "La Seguridad Social en los Presupuestos para 2021 (Comentarios a la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2021)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF.* La LPGE.22 puede consultarse del mismo autor en https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/LPGE_2022_PANIZOROBLES.pdf

[16] Asignatura pendiente en el ámbito de la seguridad social y de compleja aplicación y coordinación. Este acertado análisis en De Nieves Nieto, N. "Ingreso mínimo vital y la renta activa de inserción", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 236, 2020, pp. 113-148.

[17] Una valoración citica del complemento de maternidad y una primera aproximación al complemento por brecha de genero en Moreno Romero, F. "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ISSN-e 1696-9626, Nº. 58, 2021. Un análisis completo en, Vivero Serrano, J.B. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*. Editorial Comares,2021.

[18] Maldonado Molina, J.A. "La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30, 2022, pp. 63-89 [ISSN: 2386-7191]

[19] Con una perspectiva integradora en un espacio diverso, enfocan la reforma Vila Tierno, F., Gutierrez Bengoechea, M., Benitez Llamazares, N. "Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional", Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social*: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, ISSN 1138-9532, Nº. 467, 2022, pp. 119-147.

[20] Gómez Salado, M.A. "El sistema multipilar de pensiones en España y su caracterización jurídico-social y económica: el viejo debate entre lo público y lo privado". AA.VV. (Dir. Vila Tierno y Gutiérrez Bengoechez) *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores.* Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p., 350.

un nexo de obligatoriedad en la configuración del segundo pilar profesional. Este instrumento hubiera reconducido las dudas que se plantean sobre el éxito de la reforma.

IV. Nuevamente el reto de trabajar mas reformando "solo" los tipos de jubilación: más de los mismo

Una medida clásica nunca alcanzada, siempre deseada y recomendada por la Unión Europea es la aproximación entre la edad legal de jubilación y la edad de expulsión del mercado laboral de los trabajadores de mayor edad. El distanciamiento entre ambas edades está en el tejado de los empresarios, que aprovechan y se benefician de todas las herramientas que el ordenamiento ofrece, con finalidad distinta, para amortizar puestos de trabajo, rejuvenecer plantillas… a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social. La lucha contra este vicio del mercado se plantea siempre en términos de consecuencia involuntaria y forzada, mediante la reducción y penalización de las pensiones y no de la conducta originaria y causal que está en sede empresarial. Incluso apostando de forma decidida por políticas de empleo innovadoras, agresivas que actúen sobre el espacio cultural empresarial[21].

No estoy nada convencido, sobre el impacto de las reformas de la jubilación anticipada, especialmente la voluntaria, en términos de alcanzar el objetivo de elevar la edad real de expulsión de los trabajadores del mercado laboral. Si nos situamos en la edad de acceso a la protección por desempleo -contributiva y asistencial- de los trabajadores expulsados a edades tempranas y la comparamos con la edad legal y la edad de acceso a la jubilación anticipada, no creo que la distorsión proceda del uso desproporcionado de la jubilación voluntaria. Probablemente la búsqueda del objetivo -necesario y deseado- tenga su espacio más complejo, pero más efectivo, en la adopción de medidas que operen sobre el mercado laboral. La fijación, en un espacio único, de penalizaciones a trabajadores que han realizado un intenso esfuerzo contributivo y la ausencia de fórmulas efectivas que impidan la expulsión indiscriminada y en muchas ocasiones encubierta, carece de racionalidad y de equidad. El tiempo y las cifras reales enjuiciarán los resultados y el cumplimiento de los objetivos.

El reto planteado se afronta en la reforma mediante la reordenación de los distintos parámetros de ordenación de la jubilación, singularmente, desincentivación de las jubilaciones anticipadas, especialmente las voluntarias, fomento del mantenimiento en activo tras el cumplimiento de la edad de jubilación, retoques en la jubilación activa[22]. Podríamos decir que la finalidad del conjunto de materias es propiciar "trabajar más tiempo" y especialmente aproximar la edad legal de jubilación con la edad real de expulsión del mercado laboral.

Sin duda han quedado muchos espacios en el tintero. Es imprescindible una reordenación completa del espacio de compatibilidad entre jubilación y trabajo, bien a favor o bien en contra. Lo que es inadmisible es el "privilegio", casi individual, que constituye el acceso a la jubilación activa de trabajadores por cuenta propia y ajena, prácticamente singularizados; así como los espacios de privilegio de ciertos colectivos frente a la compatibilidad plena de la jubilación y los

[21] En estos espacios son de interés las reflexiones de López Insua, B.M.: "Las políticas activas de empleo para los trabajadores de edad avanzada", en *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, dirigida por Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., Granada, Editorial Comares (Col. Trabajo y Seguridad Social), 2021, pp. 53-82.

[22] Martín-Serrano Jiménez, E. "Capítulo XVI. El verdadero objetivo de la compatibilidad de pensión de jubilación con trabajo: ¿envejecimiento activo, suficiencia, sostenibilidad o cambio de paradigma?. Evolución del modelo en el marco del Pacto de Toledo (1995-2019)" en VV.AA. *Por una pensión de jubilación, adecuada,segura y sostenible*. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Tomo I. Ediciones Laborum, Murcia, 2019, pp. 535-550.

ingresos del trabajo[23] - o a las tantas veces denunciadas pensiones de incapacidad permanente[24], - o por el contrario el silencio normativo asociado a la inseguridad jurídica de la situación de los pertenecientes al sistema de Clases Pasivas en relación a los trabajadores por cuenta ajena. En definitiva, es necesario apostar por una figura o por otra y proceder a la ordenación correspondiente[25].

V. Desplazar el tiempo de la fotografía vida activa/pensionale: la jubilación postergada o demorada

Con la expresión clasificadora y tipológica de "jubilación postergada" estamos haciendo referencia a la conveniencia o a la necesidad de trabajar durante más tiempo, o mejor dicho seguir trabajando, omitiendo el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, qué es como regla general de acceso voluntario

En los años 90 del siglo pasado los planteamientos de la Unión Europea iniciaron un cambio de estrategia que tenía y tiene como principal preocupación el control del gasto público y a la estabilidad financiera de los sistemas de seguridad social. Así comienza un nuevo mensaje, "hay que incentivar el retraso voluntario en el acceso a la jubilación". A partir de entonces se inician en todos los estados de la UE un proceso de reformas donde la idea es conseguir un desplazamiento hacia delante de la etapa o fase de la vida activa, según los estados, en el entorno de los 60/65 años. En definitiva, la idea gráfica es trasladar la foto de la vida (activa, pensionable) de los 60 años a los 65, a los 67 o a los 70 años.

Con esta finalidad aparecen toda una serie de retos[26]. Así, debilitar la utilización de las jubilaciones anticipadas y figuras de protección vinculadas (desempleo, incapacidad temporal), elevar de forma progresiva la edad de jubilación e igualar las edades entre hombre y mujeres, potenciar las jubilaciones flexible, incentivar la permanencia voluntaria en activo más allá de la edad de jubilación -lo que nos sitúa en espacios de edad avanzada, al subir la edad general- y finalmente, la potenciación del envejecimiento activo, singularmente mediante la creación o consolidación, según los Estados- de formas de compatibilidad entre la jubilación y el trabajo.

Al margen de las jubilaciones anticipadas que tienen una problemática singular[27], los retos de las materias referidas -elevación de la edad de jubilación, jubilación postergada y jubilación flexible y activa- están conectadas entre sí como eslabones de una cadena, y en definitiva constituyen los perfiles del modelo de jubilación.

Como analizaremos más adelante la conformación de las piezas del puzle debe ser realista, con la finalidad de que los instrumentos sean efectivos en términos de objetivos y así sean medidos.

---

[23] Cabeza Pereiro, J. *Jubilación y envejecimiento activo*, en Temas Laborales, 2022.

[24] Como destaca acertadamente Moreno Romero, F.(b) "De la compatibilidad a la compatibilidad y viceversa: legislación inadecuada y espacio para la construcción jurisprudencial", *Rev. Derecho de la Seguridad Social*, núm.27,2021, pp. 47-70

[25] Maldonado Molina, J.A. "La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista", en Monereo y Maldonado (Dirs), *El Índice de Envejecimiento Activo y su proyección en el Sistema de Protección Social español*, Comares, 2021, p. 170.

[26] Chabannes, M.: "El discurso de la Unión Europea en materia de pensiones en el marco de la Estrategia Europa 2020" en Vila Tierno, F.; Gutiérrez Bengoechea (Dirs.) *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores*, Aranzadi, 2021, pp. 89-118.

[27] Como analiza y destaca Maldonado Molina, J.A. "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 467, 2022, pp. 149-188. También a este respecto, Moreno Romero, F. y Chabannes, M. "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial" en Vila Tierno, F.; Gutiérrez Bengoechea (Dirs.), *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Comares, 2020, pp. 133-162.

Deben ser equitativos, sin propiciar espacios de privilegios para unos poco que pagamos todos. No deben distorsionar la imagen de modelo, en el sentido de que deben forma parte de un todo armonizado y coherente. Como también diré más adelante, es posible que todas estas exigencias y algunas otras, aconsejen cambiar el modelo, lo que significa acomodar la construcción jurídica a la realidad social sobre la que opera, incluso cuando ambas se han alejado/distorsionado tanto que han terminado generando "chiringuitos" particulares tan enraizados que es imposible su reconversión. En definitiva, si esto es así, deberíamos cambiar el modelo.

1. Conformación histórica de la figura

La singladura española en la ordenación de la incentivación para posponer la decisión de jubilación más allá de la edad ordinaria, que es una constante en nuestro proceso reformador, en la mayoría de los casos está vinculada vinculado a las recomendaciones del Pacto de Toledo y a los acuerdos del dialogo social. Es de interés una breve reflexión sobre el proceso reformador referido, con la idea de destacar sus claros y sus sombras, como fórmula de aprendizaje de futuro.

El proceso arranca con la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, que habilitó al Gobierno para introducir desgravaciones o deducciones de cotizaciones sociales en caso de que los trabajadores continuasen en activo tras la edad ordinaria de jubilación. Así, el artículo 12 de la Ley con la rubrica " de la permanencia en activo", incorpora al TRLGSS.94 una nueva disposición adicional, la vigésima sexta, con el siguiente contenido:

"El Gobierno podrá otorgar desgravaciones, o deducciones de cotizaciones sociales, en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo, una vez alcanzada la edad de sesenta y cinco años, con suspensión proporcional al percibo de la pensión. La regularización de los mismos se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas".

Con alcance distinto al diseñado en la Ley 24/1997, que más bien anunciaba cosa distinta, la previsión incentivadora se hizo realidad con la reforma incorporada por el Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, que se convertiría en la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. La norma conectada con el acuerdo procedente del dialogo social, anuncia en su Exposición de Motivos el alcance de la reforma, así:

"En el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, la Confederación de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, se incluyeron un conjunto de medidas en relación con la flexibilidad de la edad de jubilación, a fin de dotar a la misma de los caracteres de gradualidad y progresividad.

Con dicha finalidad, se estimó conveniente proceder a la modificación de la regulación de la pensión de jubilación, en el sentido de que la misma no viniera a impedir una presencia social activa de los ciudadanos, teniendo en cuenta, a su vez, que esta permanencia repercute en la propia autoestima del trabajador, tiene efectos positivos sobre el sistema de pensiones y, de modo más general, presenta indudables ventajas para el conjunto de la sociedad que, de esta forma, puede aprovechar la experiencia y los conocimientos de los trabajadores de más edad.

Consecuentemente, con el objetivo de lograr una mayor permanencia en la actividad, el Gobierno quedó comprometido por dicho Acuerdo a introducir las modificaciones legales necesarias que posibilitaran la adopción de las siguientes medidas".

En esta línea y centrándonos en la materia que nos ocupa, la referida exposición de motivos explicita las líneas de reforma y, entre ellas las referentes a las siguientes materias reguladas en el TRLGSS.94

— La exoneración del pago de cotizaciones sociales, por contingencias comunes, salvo en lo que se refiere a la incapacidad temporal, correspondientes a los trabajadores de sesenta y cinco o más años, que acrediten 35 años efectivos de cotización y que decidan voluntariamente la continuación o la reiniciación de su actividad laboral. A este respecto se introduce un nuevo artículo 112 bis (exoneración de cuotas de Seguridad Social respecto de los trabajadores por cuenta ajena con 65 o más años)

— Los contratos de trabajo de carácter indefinido, suscritos con trabajadores de 60 o más años de edad y con una antigüedad en la empresa de 5 o más años, darán derecho a una bonificación del 50 % de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, sobre las cuotas devengadas a partir del 1 de enero del año 2002, incrementándose dicha bonificación en un 10 % en cada ejercicio hasta alcanzar un máximo del 100 %.(A estos efectos se añade un nuevo apartado tres a la disposición adicional cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que prorrogaba durante 2002 el programa de fomento del empleo regulado en el capítulo II de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad).

— Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora será el resultante de sumar al 100 %, un 2 % adicional por cada año completo que, en la fecha del hecho causante de la pensión, se haya cotizado desde el cumplimiento de los 65 años, siempre que en dicho momento el interesado tuviera acreditados 35 años de cotización. En otro caso, el porcentaje adicional indicado se aplicará, cumplidos los 65 años, desde la fecha en que se haya acreditado dicho período de cotización. Para tal finalidad se reforma el artículo 163 (cuantía de la pensión).

— Se abordan los efectos en el cálculo de la base reguladora de los periodos de exención de cotización respecto de los trabajadores por cuenta ajena (se añade un nuevo apartado 6 en el artículo 162) y por cuenta propia (añade una nueva disposición adicional trigésima segunda).

— La introducción de previsiones que posibiliten que el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación pueda superar el 100 %, respecto de aquellos trabajadores que permanezcan en activo más allá de los sesenta y cinco años de edad y acrediten un mínimo de treinta y cinco años de cotización. Reformándose al efecto el artículo 163.

En esta primera aproximación a la ordenación y potenciación de la permanencia en activo más allá de la edad ordinaria de jubilación, el enfoque realizado permite distintas valoraciones.

Aunque podríamos decir que las políticas de fomento del empleo de los trabajadores de mayor edad eran claramente insuficientes, al menos el enfoque de la potenciación de la permanencia en activo después de la edad de jubilación tiene ciertas conexiones con las políticas activas de empleo o mejor dicho con la única existente, a saber, las bonificaciones a partir de los 60 años y la exención de la cotización a partir de los 65 años.

La reflexión tiene un elemento de conexión y justificación indubitada. Sí la expulsión del mercado laboral se produce a edades tempranas, cómo conseguiremos que los trabajadores continúen trabajando después de los 65 años, si la mayoría están ya jubilados. La conexión entre ambas realidades es compleja, pero hay que actuar sobre ellas, tanto desde la perspectiva de la cultura empresarial, como desde las políticas de fomento del empleo. Hasta tal punto esto es así que, sin trabajadores en activo, la jubilación postergada no existe o es un espacio de privilegio para unos pocos que pagamos todos. Como veremos esta reflexión es aplicable a muchas materias en la ordenación de la jubilación.

En el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, que a su vez, trae causa de la Declaración para el Diálogo Social firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004, se incluyen una serie de compromisos que implican modificaciones en normas con rango de Ley. Igualmente se vincula a las prioridades marcas por el Pacto de Toledo en su renovación parlamentaria de 2003. En este espacio se sitúa la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En la materia que nos ocupa, lo más notable de la reforma operada por la Ley 40/2007 es la universalización del acceso a la jubilación postergada, al eliminar la exigencia de acreditar 35 años de cotización y reconducir la exigencia a la carencia general de 15 años. A estos efectos se reforma el apartado 2 del artículo 163 en los siguientes términos:

"2. Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 161.1.b), (tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho) se reconocerá al interesado un porcentaje adicional consistente en un 2 por ciento por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión. Dicho porcentaje se elevará al 3 por ciento cuando el interesado hubiera acreditado al menos cuarenta años de cotización al cumplir 65 años".

La reforma hace suponer, por un lado, el escaso éxito de la selección de sujetos habilitados a la continuidad en la actividad laboral premiada, y de otro y como consecuencia, el escaso impacto para el sistema, que en definitiva es el objetivo principal.

La cuestión es importante en la medida en que la figura queda universalizada, de forma que, sin perjuicio de las dificultades del mercado de trabajo, todo el que tenga derecho a la jubilación y pueda y quiera seguir trabajando, este habilitado para hacerlo. El tema no era poder seguir trabajando, ya que en la medida en que el acceso a la pensión tiene carácter voluntario, no existía impedimento alguno. La cuestión era el acceso al premio por trabaja más allá de la edad de jubilación.

Dos cuestiones adicionales, pero de importancia, incorporan la reforma del 2007. Por un lado, la mejora del premio, aunque vinculado a la carrera de cotización acreditada. De esta forma se establece un porcentaje universal del 2 % por cada año de trabajo por edad, que se eleva al 3 % con 40 años de cotización. Por otro y para completar la atracción del premio, se posibilita la ruptura del techo de la pensión pública, de forma que a través de esta fórmula el tope de pensión

se sitúa en la cuantía de la base de cotización máxima[28]. Así se pretende incentivar a quienes estaban en la pensión máxima y por tanto el premio no les impactaba.

La ordenación realizada en el 2007 plantea un posible efecto desincentivador con la fijación de porcentajes tan alejados en el tiempo, esto es, desde 15 años y desde 40 años de cotización Todo ello sin perjuicio del efecto fiscal al que me referiré más adelante.

La fijación del premio en los extremos tan separados se corrigió por la reforma operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

La nueva reforma se realiza en el marco del Diálogo social, en el que los interlocutores sociales y el Gobierno suscribieron, con fecha 2 de febrero de 2011, el Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, cuya parte II está referido al Acuerdo para la reforma y el fortalecimiento del sistema público de pensiones, en el marco del cual se recogen una serie de compromisos. Igualmente, las medidas enumeradas en el Acuerdo indicado siguieron las orientaciones contenidas en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011.

En el marco que nos ocupa, un espacio relevante de esta reforma y del acuerdo político social, es la identificación del problema subyacente y el paralelismo de las medidas necesarias. En efecto, el problema es que la tasa de participación de las personas mayores de 50 años sigue siendo insuficiente, como se constata en el marco de la UE. La Exposición de Motivos de la Ley reconoce el problema y lo singulariza en España al afirmar que " … En España, además, los efectos de la situación descrita son mayores debido precisamente al rápido incremento de la población de edad y de su esperanza de vida, así como por las dificultades existentes en la legislación de nuestro país para hacer frente a esos retos, que se han visto acentuados por la situación económica global, y que motivan la conveniencia de incorporar las correspondientes modificaciones en nuestro sistema".

Por esta razón y por primera vez, se planifica en enfoque global. Así, en el "Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones" se ha previsto la adopción de una Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad, con el objetivo de favorecer su mantenimiento en el mercado de trabajo y promover la reincorporación de quien pierde su empleo en los últimos años de su vida laboral.

Las buenas intenciones quedaron simplemente en buenas intenciones. La Ley 27/2011, asumió la ordenación de la parte II del Acuerdo social y económico referido la reforma y el fortalecimiento del sistema público de pensiones. Nunca se puso en práctica una estrategia global de empleo para los trabajadores de mayor edad. Tan solo por Acuerdo del Consejo de ministros

[28] Así el precepto reformado primero identifica el límite general y luego posibilita a través de una formula la ruptura del límite y la aplicación de la base máxima de cotización, en los siguientes términos:
"El porcentaje adicional obtenido según lo establecido en el párrafo anterior se sumará al que con carácter general corresponda al interesado de acuerdo con el apartado 1, aplicándose el porcentaje resultante a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión, que no podrá ser superior en ningún caso al límite establecido en el artículo 47.
En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida alcance el indicado límite sin aplicar el porcentaje adicional o aplicándolo sólo parcialmente, el interesado tendrá derecho, además, a percibir anualmente una cantidad cuyo importe se obtendrá aplicando al importe de dicho límite vigente en cada momento el porcentaje adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeado a la unidad más próxima por exceso. La citada cantidad se devengará por meses vencidos y se abonará en catorce pagas, sin que la suma de su importe y el de la pensión o pensiones que tuviera reconocidas el interesado, en cómputo anual, pueda superar la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual".

de 28 de octubre de 2011, que aprobó la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más), por la que se establece el marco general de las políticas que se dirijan a favorecer el empleo de las personas de más edad.

En materia de jubilación postergada, esto es, en el objetivo de incentivar la permanencia en activo más allá de la edad de jubilación, se plantean dos cuestiones. Por un lado, se rectifica la fijación de los porcentajes del premio y, por otro, se ignora la dificultad provocada por la elevación progresiva de la edad general de jubilación.

En efecto, la reforma afronta una apertura en abanico más razonable del premio por edad. Así se modifica el artículo 163.2 del TRLGSS.94, estableciendo que:

"…el porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía estará en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas, según la siguiente escala:

- Hasta 25 años cotizados, el 2 %.
- Entre 25 y 37 años cotizados, el 2,75 %.
- A partir de 37 años cotizados, el 4 %"

La nueva escala diversifica el impacto del tiempo previo de cotización, fija un porcentaje intermedio y eleva el porcentaje máximo del 3 % al 4 %, disminuyendo el tiempo de cotización exigido.

La segunda cuestión es el incremento de las dificultades para permanecer trabajando según la edad general de jubilación va evolucionando hacia los 67 años. Posiblemente la idea de un programa global de empleo para los trabajadores de mayor edad hizo omitir la nueva dificultad añadida, que se petrifico al no ponerse en práctica ningún programa de empleo.

2. La identificación de los espacios de privilegio en las jubilaciones con premio

Antes de continuar conviene que explique que quiero decir con espacios de privilegio, que reitero en múltiples ocasiones a modo de denuncia. Me refiero a espacios de acceso restringido, esto es, no universales y ordenados jurídicamente de forma que solo unos pocos trabajadores puedan acceder[29], o cambiar de privilegio según cambian las regulaciones.[30]

Tres cuestiones deben aclarase, primera, cómo se construye el espacio; segunda, quiénes son los privilegiados o destinatarios; y tercera, en qué consiste el privilegio. Me referiré a ellas de forma sucinta y espero que clara.

El espacio se construye mediante una ordenación jurídica que estructura el acceso restringido, en ocasiones con resultado final sorprendente cuando la norma se integra en el conjunto del ordenamiento[31].

---

[29] Una valoración crítica y fundamentada, que comparto en Cabeza Pereiro, J. *Jubilación y envejecimiento activo*, en Temas Laborales, 2022.

[30] Así lo reconoce la propia seguridad social en el Informe económico-financiero del Proyecto de presupuestos 2022, donde se constata el tránsito de trabajadores por cuenta propia de la jubilación demorada a la jubilación activa; la referencia es de Maldonado Molina, *La reforma* cit. pág. 85.

[31] Un ejemplo con resultado insospechado en la construcción jurídica con fundamentación doctrinal ha sido analizado y destacado por Moreno Romero, F. "La garantía prestacional por contingencias profesionales en el sistema especial de empleados de hogar: interrogantes de ordenación y aplicación" *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, ISSN 2386-7191, Nº.16, 2018, pp. 131-154.

Así, en una primera época, solo pudieron acceder a la mejor pensión por jubilación demorada, quienes tenían 35 años de cotización (más adelante se corrigió, como veremos). Repárese que el "premio es por trabajar más allá de…, no por haber trabajado antes de…"[32]. El segundo espacio de selección viene determinado por la posibilidad misma de trabajar más allá de la edad general de jubilación, como veremos más adelante.

Igualmente, se constata que poner la jubilación activa a partir de la edad general de jubilación (o ahora un año después), y no a partir de cualquier edad de jubilación, unido a la exigencia de acreditar el 100 % de la pensión (determinado por la edad y el elevado tiempo de cotización), configura un espacio de selección restringida. El envejecimiento activo no es un concepto restringido a un colectivo determinado[33].

Si a las exigencias anteriores le añadimos que la habilitación de compatibilidad parcial es por trabajar más allá de la edad de jubilación, el espacio se reduce aún más.

El máximo espacio de restricción se produce con la vinculación a colectivos, a saber, trabajador por cuenta propia titular de una actividad y empleador de un trabajador…a trabajadores colegiados con mutualidades propias, o a quienes realizan de actividad de "creación artística" …

En definitiva, en todos los supuestos referidos, y otras más existentes, el acceso se ordena jurídicamente para que sea restringido.

La identificación de los sujetos destinatarios es clara en todos sus aspectos. Así, las exigencias de altos periodos de cotización previos, realiza una selección de sujetos que son privilegiados, en el sentido de haber podido tener una vida profesional constante y larga. Esta regla que "premia", podríamos decir, a las largas carreras profesionales, limita los impactos económicos de la norma para el sistema ya que, la exigencia provoca en si misma restricciones aplicativas. Son pocos los que pueden trabajar después de la edad de jubilación o son pocos los que pueden ejercitar la jubilación activa.

Quiero decir con estas afirmaciones que, la selección, minimiza el colectivo seleccionado y minimiza el impacto económico de la medida sobre el sistema, que es la finalidad más importante.

Sin perjuicio de lo anterior e igualmente importante, es la dimensión de género. Las exigencias de pasado y/o su carga de efectos, sin duda proporcionan una penalización añadida a las mujeres,

---

[32] Las implicaciones en materia de género son analizadas por Péran Quesada, A.: "El envejecimiento activo desde la perspectiva de género", en *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, dirigida por Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., Granada, Editorial Comares (Colección Trabajo y Seguridad Social), 2021, pp. 13-30.

[33] La figura d la jubilación activa tuvo una respuesta -y la continuará teniendo- interesante y con frecuencia critica en la doctrina científica. Son de interés a este respecto López Aniorte, M.C. «Acerca de la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2012, núm. 156, pp. 59 ss; y, «Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación», en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, núm.164, pp. 84-85; Selma Penalva, A. «Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo», en Revista Doctrinal Aranzadi Social, 2013, núm. 2, p. 5 de la versión digital. Mercader Uguina, J. «Compatibilidad entre trabajo y pensión ordinaria (y completa) de jubilación", en J. Mercader Uguina (Dir.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 145; Vivero Serrano, J.B. "La compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo", *Documentación Laboral* núm. 103, año 2015-vol.I pp. 117-128. Lousada Arochena, J.F. y Ron Latas, R.P.: *La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo*, Murcia, Ed. Laborum (Colección Temas Puntuales), 2019. Rodríguez Iniesta, G.: "Jubilación activa", capítulo quinto de la parte tercera de la obra colectiva, en *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con el trabajo*, obra dirigida por Sánchez Trigueros, C., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/ Aranzadi, 2016.

en el sentido de que son las que habrán tenido mayores interrupciones de su vida laboral y por tanto mayores dificultades para alcanzar las exigencias de cotización.

El segundo elemento que ayuda a identificar a los sujetos seleccionados, se obtiene respondiendo a la siguiente pregunta ¿quien puede trabajar a partir de la edad de jubilación? o ¿quiénes son los trabajadores que pueden compatibilizar pensión y trabajo?. La primera pregunta tiene la siguiente respuesta. Puede trabajar más allá de la edad de jubilación, los trabajadores por cuenta ajena que hayan llegado a esa edad trabajando (pocos en sí mismos) y que la continuidad venga determinada porque tiene un alto nivel de control de su permanencia en activo, o que tienen una alta capacidad de decisión sobre la vigencia de su relación contractual - por cierto, a estos trabajadores van destinas las últimas versiones de la dip. Ad. 10ª de ET, para posibilitar la extinción de sus contratos por edad-, en definitiva, un colectivo minoritario. Junto a ellos, están los trabajadores por cuenta propia. Estos tienen la posibilidad de decidir la permanencia en el tiempo pasado (acreditando el tiempo de cotización) y en el futuro (pudiendo trabajar después de la edad por decisión propia), si la explotación económica se lo permite[34].

Finalmente están los colectivos donde el elemento selectivo es la pertenencia a …, así, trabajadores colegiados (abogados, médicos, arquitectos…), trabajadores con pertenencia a las mutualidades sustitutorias o trabajadores que realizan actividades artísticas..., entre otros, y sus formas de organización, individual, societaria en sus distintas formas, y de aplicación conflictiva[35]

Finalmente, conviene aclarar en que consiste el privilegio, que ya he venido anunciado. El privilegio significa que perciben o pueden realizar algo que los demás, bien no lo perciben, bien no lo pueden realizar e incluso pueden ser sancionados si lo realizan. Me refiero a percibir una pensión más alta, incluso superior a la pensión máxima, exceptuándose así la limitación de aplicación universal. Me refiero a compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia y ajena, incluso con el 100 % de la pensión, rompiendo la regla universal de incompatibilidad.

La guinda del pastel es que el beneficio lo pagan los demás, esto es, quienes mayoritariamente no pueden o no podrán obtenerlo.

En conclusión, podríamos decir que sin una política adecuada, plural, agresiva e innovadora que potencia el mantenimiento o la vuelta al empleo de los trabajadores a partir de los 55 años, más o menos, las políticas que actúan sobre la edad de jubilación y sus variantes, jubilación postergada, flexible, activa…, son cánticos de sirena, que crean espacios de privilegio sin efectos positivos para el sistema.

Esforzarse para convencer a los políticamente convencidos es una mala estrategia, pagar por trabajar a quieres no necesitan estímulos y lo harían gratis es una mala estrategia.

[34] Los distintos tipos de jubilación de los trabajadores por cuenta propis y su valoración critica en Moreno Romero, F.: *La calificación del trabajador subordinado o autónomo como delimitador del régimen protector*, ISBN: 978-84-1369-363-7, Editorial Comares, 2022.

[35] Saez Lara, C.: "Jubilación activa y persona autónoma societaria. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Julio de 2021", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 30, 2022.

3. La reforma innovadora de 2021

Tras un periodo de reposo legislativo de 10 años[36], la jubilación demorada/postergada vuelve a ser objeto de una importante reforma llevada a cabo por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

Nuevamente y tras un largo periodo de ruptura con la vocación histórica de reformas basadas en el acuerdo político y el dialogo social, las actuales se conectan con la renovación del Pacto de Toledo aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados de 19 de noviembre de 2020 y el Acuerdo entre el Gobierno y los interlocutores sociales que sustenta el conjunto de las reformas realizadas.

La ley reformadora procede a dar nueva redacción al artículo 210.2 del TRLGSS.15, con dos importantes novedades, a saber, la universalización del premio por edad y la implantación de nuevo sistema indemnizatorio que actúa como alternativa a la elevación de la pensión.

Conviene comenzar por determinar las reglas aplicativas para la determinación del supuesto. Así, el artículo 210. 2 establece que :

"Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo establecido en el artículo 205.1.a), siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b), se reconocerá al interesado por cada año completo cotizado que transcurra desde que reunió los requisitos para acceder a esta pensión…"

Completando el precepto con los artículos de referencia, cabría decir que:

- Para quienes acrediten el tiempo de cotización que les permite jubilarse a los 65 años (en el año 2022, 37 años y 6 meses) el premio comenzará, si continúa trabajando, a partir de los 66 años, esto es, un año después de su edad de jubilación.
- Para quienes acrediten menos tiempo de cotización (en el año 2022, más de 15 años y menos de 37 años y 6 meses) el premio comenzará a partir de los 67 años y 2 meses, esto es, un año después de la edad de jubilación (66 años y 2 meses en 2022).

La distinción referida quiere decir que el tiempo de cotización previo no solo tiene impacto en la fijación de la edad de jubilación, sino también y de forma correlativa en la fijación de la edad a partir de la cual se puede optar al premio. No es lo mismo, como edad mínima premiada, trabajar hasta los 66 años, que trabajar hasta los 67 años y 2 meses. En el año 2027 cuando finalice el periodo transitorio de la disposición transitoria séptima del TRLGSS.15, el acceso al premio será a partir e los 66 años o a partir de los 68 años.

El articulo 210.2 fija los términos de la opción al establecer que "…se reconocerá…, un complemento económico que se abonará de alguna de las siguientes maneras, a elección del interesado:

a) Un porcentaje adicional del 4 por ciento por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión.

[36] La foto de la regulación de la jubilación en este espacio temporal fue destacada por Sánchez-Urán Azaña, Y.M. y Gil Plana, J.: *Pensión de jubilación: últimas reformas legales*, Cavitas, Navarra,2014 y García Romero B. y López Aniorte, M.C. (Coord.), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, Panizo Robles, J.A. y Presa García-López, R.: *La pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social*, Guía Práctica, Valladolid, Lex Nova/Thomson Reuters, 2ªed. 2015.

Se universaliza el porcentaje adicional por edad fijando en el 4 %, - el más elevado de la escala anterior- en el sentido de que todo trabajador que acceda a la pensión de jubilación (con cualquier tiempo de cotización a partir de los 15 mínimos) a una edad superior a la legalmente prevista, tendrá derecho al incremento adicional, ahora -y como veremos- en forma de opción.

b) Una cantidad a tanto alzado por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía vendrá determinada en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas, diferenciándose la fórmula de cálculo, si se acreditan más o menos de 44 años y 6 meses de cotización.

Esta es la novedad más destacable de la reforma, en el sentido de ofrecer como estimulo la sustitución del incremento de la pensión por una indemnización. Sin perjuicio de la valoración de conjunto que realizare mas adelante, el reconocimiento de la opción elevación de la pensión / indemnización, pone en el tejado del trabajador el dilema y por tanto las infinitas justificaciones de la opción personal. En todo caso siempre me han parecido impropios los mecanismos indemnizatorios en un sistema público de reparto.

Si toca la lotería de Navidad en mi lugar de vacaciones y no compre…dice el anuncio publicitario. En este espacio, el trabajador podrá pensar, si me muero antes…, si vivo más,

En todo caso será importante la valoración del impacto fiscal. No es lo mismo la tributación sobre una elevación de la pensión, por ejemplo 500 euros anuales, que la pensión sin incremento más la indemnización.

c) Una combinación de las opciones anteriores en los términos que se determine reglamentariamente.

Probablemente esta sea la opción más atractiva y menos arriesgada para el trabajador, pero todavía no está operativa.

Según la información proporcionada por la propia seguridad social[37] datos aproximativos de los términos de la posible elección, sería la contemplada en el cuadro siguiente:

Importe inicial de pensión	Incentivo a tanto alzado por año de demora (*)		Complemento mensual 4% adicional por año de demora
	Periodo cotizado		
	Inferior a 44,5 años	Superior a 44,5 años	
2.819 €	11.300 €	12.400 €	113 €
2.400 €	10.200 €	11.300 €	96 €
2.000 €	9.200 €	10.100 €	80 €
1.600 €	8.000 €	8.800 €	64 €
1.200 €	6.700 €	7.400 €	48 €
1.000 €	6.000 €	6.600 €	40 €
600 €	4.400 €	4.900 €	24 €

(*) cantidades orientativas

Finalmente se estable que la elección se llevará a cabo por una sola vez en el momento en que se adquiere el derecho a percibir el complemento económico, no pudiendo ser modificada con posterioridad. De no ejercitarse esta facultad, se aplicará el incremento de la pensión.

[37] https://revista.seg-social.es/-/20220407-importes-jubilación-demorada

Una regla importante es la que determina que "la percepción de este complemento es incompatible con el acceso al envejecimiento activo regulado en el artículo 214" y que la regla es solo aplicable a los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor de la Ley 21/2021, y no a las pensiones de jubilación ya reconocidas. A esta materia refiere el criterio de gestión 7/2022, de 2 febrero que rectifica el más restrictivo 2/2022 de 10 de enero.[38]

La comprensión de la regla trae su causa del desplazamiento temporal previsto en la reforma de la jubilación activa. En efecto, el nuevo artículo 214.1.a) establece que "el acceso a la pensión deberá haber tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205.1.a) …". Combinando ambas reglas (arts. 210 y 214) la justificación de la incompatibilidad entre la jubilación demora y activa, está en

[38] Esta incompatibilidad entre el complemento por demora y el acceso al envejecimiento activo no estaba prevista con anterioridad al 1 de enero de 2022, por lo que se planteó si dicha incompatibilidad debe aplicarse también a los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022 (fecha de entrada en vigor de la Ley 21/2021).
El último párrafo del apartado a) del criterio de gestión 2/2022 de esta entidad gestora, aplicando la literalidad de la Ley 21/2021 y ante la ausencia de una disposición transitoria que hubiera salvaguardado el derecho al acceso al envejecimiento activo de los pensionistas con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022, se concluyó que "Toda vez que desde el 1 de enero de 2022, fecha de entrada en vigor de la Ley, el complemento por demora es incompatible con el acceso al envejecimiento activo, es decir con el percibo del 50 % o del 100 %, en su caso, de la pensión inicialmente reconocida por compatibilizar dicha pensión con una actividad laboral por cuenta propia o por cuenta ajena, al amparo del artículo 214 del TRLGSS, en el caso de que el acceso a la jubilación activa se produzca a partir del 1 de enero de 2022, el complemento por demora, independientemente del momento en que se haya reconocido (antes o después de 1 de enero de 2022) quedará en suspenso mientras dure la actividad laboral compatible con la pensión."
Sin embargo, por parte de esta Entidad gestora se elevó consulta a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) planteando otra interpretación más favorable a los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022, a los que es de aplicación el complemento por demora previsto en el artículo 210.2 del TRLGSS en la redacción anterior a la LPAP. Esta otra interpretación permitiría compatibilizar el percibo de dicho complemento con el acceso al envejecimiento activo previsto en el artículo 214 del TRLGSS.
En la citada consulta, esta entidad gestora exponía que el régimen jurídico de la pensión de jubilación es el vigente en el momento del hecho causante, salvo que se hubiera establecido expresamente la aplicación de otro distinto, por lo que a las pensiones causadas con anterioridad a 1 de enero de 2022 les es de aplicación el régimen jurídico de la pensión vigente con anterioridad a la LPAP. Y, por otra parte, el régimen jurídico de la compatibilidad entre el trabajo y el percibo de la pensión de jubilación no viene determinado por el hecho causante de la misma, si no por el vigente en el momento en el que el pensionista inicia dicha compatibilidad.
Sentado lo que antecede, en el supuesto de hecho que nos ocupa cabe tener en cuenta que la incompatibilidad entre el complemento por demora y el acceso al envejecimiento activo no se incardina en el régimen jurídico del envejecimiento activo regulado en el artículo 214 del TRGSS, sino en el artículo 210 del mismo texto legal, destinado a regular aspectos de ese régimen jurídico, como son la cuantía y el propio complemento por demora. Así, a los pensionistas con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022 a los que se les reconoció el complemento por demora con anterioridad a la Ley 21/2021, se les reconoció conforme a las características y condiciones establecidas en el artículo 210.2 del TRLGSS, sin que se contemplase entonces su incompatibilidad con el acceso al envejecimiento activo.
La DGOSS comparte los razonamientos anteriores. Asimismo, considera que, de imponerse a los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022 una limitación que el artículo 210.2 en su redacción anterior a la LPAP no impone, se estaría dotando al artículo 210.2 en su nueva redacción de un efecto retroactivo que no aparece expresamente en su contexto y que vulneraría el principio general de irretroactividad recogido en el artículo 2.3 del Código Civil.
En consecuencia, se considera necesario modificar el criterio de gestión 2/2022 y afirmar que los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior al 1 de enero de 2022, a los que es de aplicación el complemento por demora previsto en el artículo 210.2 en su redacción anterior a la introducida por la Ley 21/2021 podrán compatibilizar su percibo con el acceso al envejecimiento activo previsto en el artículo 214 del TRLGSS.
Por último, conviene precisar que las suspensiones en el percibo del complemento por demora ocasionadas por la incompatibilidad con el acceso al envejecimiento activo establecida en el último párrafo del apartado a) del criterio de gestión 2/2022 deberán ser objeto de revisión en beneficio del interesado , de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al objeto de reponer el abono del complemento por demora suspendido".

evitar que el desplazamiento temporal de un año en la jubilación activa, se cubra con el premio de la jubilación demorada.

La valoración de la figura de la jubilación demorada y de la reforma misma, pasa por determinar su racionalidad y equidad, en virtud de la identificación posible de los destinatarios y del impacto económico sobre el sistema.

Como ya hemos dicho, la cuestión pasa por identificar a los destinatarios de la figura, en un modelo donde no existen programas de empleo para los trabajadores de mayor edad. La ausencia de programas de empleo es importante ya que deja al trabajador por cuenta propia o ajena aislado en sus propias posibilidades.

En las valoraciones que siguen, no entro en la disyuntiva de si quiero o no seguir trabajando. Doy por sentado que sí quiero y se trata de determinar quiénes, queriendo pueden seguir trabajando

Sí es complicado poder jubilarse a la edad general (la legal es de 65 o 66 años y 2 meses, en 2022, siendo la edad media real de acceso inferior a los 65 años, sin contabilizar los posibles tiempos de permanencia en desempleo) qué sentido tiene para el sistema incrementar una pensión de por vida en un 4 % o anticipar el coste, en términos dialécticos, en forma de indemnización. Al gasto que esto supone, habría que añadir el coste de la exención de cotización para empresarios y trabajadores, en los términos que vimos. Y a ello el añadido adicional -en término de costes- referido a que los tiempos de exención se computan como cotizados a los efectos de acceso a las prestaciones y de cálculo de la base reguladora[39]. En el otro lado de la balanza tan solo se sitúa el tiempo de retraso en el acceso a la pensión. *Prima facie* la foto no es clara y, salvo error por mi parte, en las memorias de la seguridad social se ofrecen las estadísticas de acceso a la jubilación demorada, pero no un estudio de costes y, menos aún, un estudio comparativo (ingresos/ gastos y tiempo de amortización de la indemnización…etc.) de la reforma. Los términos referenciales, el equilibrio vendría de la mano, como hipótesis, del número de jubilaciones demoradas y de su cuantía.

En todo caso y como ya advertí, la jubilación demorada, y por tanto el premio-privilegio, tan solo es accesible para aquellos trabajadores por cuenta ajena que por sus características "controlan" su permanencia en activo, en el sentido de ser preponderante su voluntad. Es imaginable que nos referimos a un colectivo muy minoritario, que se reduce considerablemente si descontamos a los trabajadores vinculados en términos generales al sector público. En definitiva, serian trabajadores que seguirían trabajando sin el premio.

A ellos añadiríamos a los trabajadores por cuenta propia, en la medida en que la decisión de permanencia en activo depende de ellos mismos y, por supuesto de la actividad económica de que desarrollen, que lógicamente sí les permitió llegar a los 65 años, por ejemplo, no habrá

[39] El art. 152 del TRLGSS (modificado por Ley 21/2021) establece que los empresarios y trabajadores quedan exentos de cotizar a la seguridad social por contingencias comunes (más desempleo, FOGASA y formación profesional), salvo por IT derivada de las mismas, siempre que hayan alcanzado la edad de acceso a la pensión de jubilación que en cada caso resulte de aplicación según lo dispuesto en el art. 205.1.a) TRLGSS. Los periodos a los que corresponda la exención serán computados como cotizados a efectos de acceso a las prestaciones y determinación de su cuantía, con la precisión en que durante dichos periodos la base reguladora se determinará conforme al art. 161.4 TRLGSS.
Estas reglas son aplicables al conjunto de los trabajadores del Régimen General, excepto los que prestan servicios en Administraciones u organismos públicos (art. 152.3 TRLGSS). También se aplica a socios trabajadores y socios de trabajo de cooperativas (art. 152.1) y a los trabajadores del Régimen Especial del Mar en general (DA 1ª.2 a y b) TRLGSS) y del RETA (art. 311 TR LGSS), para los que se establece asimismo un mecanismo de actualización de las bases de cotización mediante la aplicación del IPC con vistas a la determinación de la base reguladora en los supuestos de exención de cotización, con el suelo mínimo de las bases mínimas o únicas fijadas para cada ejercicio presupuestario.

dificultades para llegar a los 66 años. La referencia a los trabajadores por cuenta propia integra todas las formas posibles, desde el denominado "clásico" a todas las formas societarias y a un colectivo extraordinariamente heterogéneo

La relevancia referencial de los dos bloques de colectivos se encuentra en los datos estadísticos existentes, donde la balanza se inclina de forma sustancial respeto de los trabajadores por cuenta propia, que tiene la capacidad de decisión en términos absolutos. Para este colectivo, la jubilación demorada es una inversión extraordinariamente rentable y sin riesgos[40]. Así, dejan de cotizar, el tiempo no cotizado mejora su situación protectora ante el sistema y, además el sistema "se lo paga" en términos de cuantificación prestacional y, por último, mejoran en un 4 % su pensión o perciben una indemnización, que puede ser sustancial.

VI. A modo de conclusión

El balance general no es positivo para el sistema, ni en términos de equidad, ni en términos de equilibrios económicos, ni por su impacto social.

De lo anterior deriva que es necesario replantearse el modelo, en el sentido de conformar un espacio trabajo/jubilación/trabajo de nueva configuración.

Pienso que el impacto del modelo histórico nos ha impedido valorar nuevos espacios, por ejemplo, liberar la compatibilidad jubilación/trabajo- con lo que terminaríamos con los chiringuitos- y mantener la obligación de cotización plena -lo que generaría ingresos al sistema-, sin que las cotizaciones impacten en la pensión ya generada, incorporando así elementos de equidad. Probablemente fórmulas de esta naturaleza sean más eficaces que elevar la edad de jubilación. En todo caso, el modelo no tiene que tener premios adicionales, no debe crear espacios de privilegio y debe ser de acceso universal, sin que la historia pasada impacte sobre la futura.

VII. Bibliografía

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible*, III Congreso Internacional y XVI Nacional de la AESSS (Madrid, 17-18 de octubre de 2019), 2 Tomos, Murcia, Ed. Laborum, 2019.

Álvarez Cortés, J.C. "E-Administración en la Seguridad Social", VV.AA.: *Efectos laborales, sindicales y de Seguridad Social de la digitalización*, (Dir. López Cumbre), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022,

Cabeza Pereiro, J. *Jubilación y envejecimiento activo*, en Temas Laborales, 2022.

Chabannes, M.: "El discurso de la Unión Europea en materia de pensiones en el marco de la Estrategia Europa 2020" en Vila Tierno, F.; Gutiérrez Bengoechea (Dirs.) *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores*, Aranzadi, 2021, pp. 89-118.

De Nieves Nieto, N. "Ingreso mínimo vital y la renta activa de inserción", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 236, 2020, pp. 113-148.

García Romero, B. y López Aniorte, M.C. (Coords.), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014,

[40] Moreno Romero, F.: *La calificación del trabajador subordinado o autónomo como delimitador del régimen protector*, ISBN: 978-84-1369-363-7, Editorial Comares, 2022.

Gómez Salado, M.A. "El sistema multipilar de pensiones en España y su caracterización jurídico-social y económica: el viejo debate entre lo público y lo privado". VV.AA. (Dir. Vila Tierno y Gutiérrez Bengoechez) *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores*. Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Llorente Alvarez, A. "Una Seguridad Social para el futuro, con un apunte sobre automatización, robots y seguridad social", en VV.AA. (Dir. Sánchez-Urán, Y. y Grau Ruiz, A.) *Nuevas tecnologías y Derecho*, edit. Juruá, 2019.

Lousada Arochena, J.F. y Ron Latas, R.P.: *La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo*, Murcia, Ed. Laborum (Colección Temas Puntuales), 2019.

López Aniorte, M.C. "Acerca de la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2012, núm. 156, pp. 59 ss.

López Aniorte, M.C. "Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, núm.164, pp. 84-85.

López Insua, B.M.: "Las políticas activas de empleo para los trabajadores de edad avanzada", en *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, dirigida por Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., Granada, Editorial Comares (Col. Trabajo y Seguridad Social), 2021, pp. 53-82.

Maldonado Molina, J.A. "La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista", en Monereo y Maldonado (Dirs), *El Índice de Envejecimiento Activo y su proyección en el Sistema de Protección Social español*, Comares, 2021, p. 170.

Maldonado Molina, J.A. "La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30, 2022, pp. 63-89 [ISSN: 2386-7191]

Maldonado Molina, J.A. "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 467, 2022, pp. 149-188.

Martín-Serrano Jiménez, E. "Capítulo XVI. El verdadero objetivo de la compatibilidad de pensión de jubilación con trabajo: ¿envejecimiento activo, suficiencia, sostenibilidad o cambio de paradigma? Evolución del modelo en el marco del Pacto de Toledo (1995-2019)" en VV.AA. *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Tomo I. Ediciones Laborum, Murcia, 2019, pp. 535-550.

Martín-Serrano Jiménez, E. y De Lara Guarch, A. "Seguridad Social: los diferentes efectos de las reformas de 2011 y 2013 sobre el modelo de jubilación", en Martín-Serrano Jiménez, E. (Coord.) *El sistema de protección social en España 2018*. Comisiones Obreras, Madrid, 2019, pp. 47-103.

Mercader Uguina, J. "Compatibilidad entre trabajo y pensión ordinaria (y completa) de jubilación", en J. Mercader Uguina (Dir.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013.

Monereo Pérez, J.L.: "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020, pp. 16-83. https://revistas.uma.es/index.php/rejlss/article/view/10403/10516

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et altri*: *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2020, 619 pp.

Monereo Pérez, J.L. y Martín-Serrano Jiménez, E. *La nueva regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones tras la reforma creadora de los Fondos de Pensiones de promoción pública*. (Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo). Editorial Laborum, Murcia, 2022

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Edit. Laborum, núm. 25, 2020. págs 13-31.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social", *Revista Derecho de la Seguridad Social*, 30, 2022, pp. 11-60

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, edit. Laborum, 2ª edic. 2022.

Moreno Romero, F.(b) "De la compatibilidad a la compatibilidad y viceversa: legislación inadecuada y espacio para la construcción jurisprudencial", *Rev. Derecho de la Seguridad Social*, núm. 27, 2021, pp. 47-70

Moreno Romero, F. "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ISSN-e 1696-9626, Nº. 58, 2021

Moreno Romero, F. *La calificación del trabajador subordinado o autónomo como delimitador del régimen protector*, ISBN: 978-84-1369-363-7, Editorial Comares, 2022.

Moreno Romero, F. "La garantía prestacional por contingencias profesionales en el sistema especial de empleados de hogar: interrogantes de ordenación y aplicación" *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, ISSN 2386-7191, Nº.16, 2018 , pp. 131-154.

Moreno Romero, F. y Chabannes, M. "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial" en Vila Tierno, F.; Gutiérrez Bengoechea (Dirs.), *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Comares, 2020, pp. 133-162.

Panizo Robles, J.A. "Dos décadas de reformas de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo de 1.995 al Acuerdo Social y Económico de 2011", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, nº 336, 2011.

Panizo Robles, J.A. "La Seguridad Social en los Presupuestos para 2021 (Comentarios a la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2021)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*. La LPGE.22 puede consultarse del mismo autor en https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/LPGE_2022_PANIZOROBLES.pdf

Panizo Robles, J.A. y Presa García-López, R.: *La pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social*, Guía Práctica, Valladolid, Lex Nova/Thomson Reuters, 2ªed. 2015.

Péran Quesada, A.: "El envejecimiento activo desde la perspectiva de género", en *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, dirigida por Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., Granada, Editorial Comares (Colección Trabajo y Seguridad Social), 2021, pp. 13-30.

Rodríguez Iniesta, G.: "Jubilación activa", capítulo quinto de la parte tercera de la obra colectiva, en *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con el trabajo*, obra dirigida por Sánchez Trigueros, C., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/ Aranzadi, 2016.

Saez Lara, C.: "Jubilación activa y persona autónoma societaria. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Julio de 2021", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 30, 2022.

Saez Lara, C. "Sostenibilidad del sistema de protección social de los trabajadores autónomos", VV.AA. José Manuel Gómez Muñoz (Dir.) *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Edit. Bomazo, 2019, pp. 441-473.

Sánchez-Urán Azaña, M.Y. y Grau Ruiz, A. "Seguridad Social y economía digitalizada", VV.AA. (Dir. Hierro Hierro, F.J.) *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de Evaluación y Reforma del Pato de Toledo (2020)*, Aranzadi 2021.

Sánchez-Urán Azaña, Y y Gil Plana, J, *Pensión de jubilación: últimas reformas legales*, Civitas, Navarra,2014.

Selma Penalva, A. "Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2013, núm. 2.

Vila Tierno, F., Gutierrez Bengoechea, M. y Benitez Llamazares, N. "Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional", Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social*, Nº. 467, 2022, pp. 119-147.

Vivero Serrano, J.B. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*. editorial Comares,2021.

Vivero Serrano, J.B. "La compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo", *Documentación Laboral* núm. 103, año 2015-vol.I pp. 117-128.

VV.AA.: *Grupo Interuniversitario de Estudios sobre "Pensiones, Seguridad Social universal y democracias sustantiva": Las reformas del sistema de pensiones y de otras ramas de prestaciones de la Seguridad Social*, Informe para la Fundación Francisco Largo Caballero, abril 2022.

VV.AA. (Dir. Hierro Hierro, F.J.) *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de Evaluación y Reforma del Pato de Toledo (2020)*, Aranzadi 2021.

El fortalecimiento de la estructura de la financiación y la asunción de gastos impropios de la Seguridad Social por el Estado

Rocío Gallego Losada
Profesora Titular Universidad Rey Juan Carlos

I. Introducción

Conjugar la adecuación de las pensiones con la sostenibilidad se convierte en el gran reto de los sistemas de Seguridad Social europeos. Una de las situaciones que más preocupan a los pensionistas actuales y futuros de nuestro país es el déficit de la Seguridad Social. Sin embargo, la falta de transparencia sobre la estructura de financiación de la Seguridad Social no contribuye a aumentar la certidumbre sobre su sostenibilidad.

España tiene un descuadre en sus cuentas públicas, y su principal partida de gasto en los Presupuestos Generales del Estado y de la Seguridad Social son las pensiones. La partida en pensiones sube por tres motivos: más beneficiarios (crece el número de pensionistas[1]); pensión media de entrada más elevada (los que entran tienen derecho a prestaciones más altas que los que fallecen[2]); y revalorizaciones anuales vinculadas de nuevo a la inflación en sustitución del Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP) que, en escenarios como el actual, suponen un

[1] El aumento del número de pensionistas en 2022 podría situarse en el 1 %. Se trata de la llegada a la edad de jubilación de un mayor número de personas con derecho a pensión que las que causan baja por fallecimiento.

[2] El efecto sustitución se estima en el 1,5 % en el año 2022.

gran coste para el sistema[3]. Salvo en años de abundante creación de empleo y subidas de salarios, el incremento del gasto en pensiones es superior al de ingresos por cotizaciones. Los continuos préstamos del Estado a la Tesorería General de la Seguridad Social y, en general, la presión a la que se somete al sistema de pensiones para hacer frente a sus crecientes obligaciones ha dado lugar a esta complicada situación. Es más, a partir de 2022 se afrontará un grave riesgo derivado de la alta inflación y la revalorización de las pensiones de acuerdo con la evolución del IPC. Desde el verano de 2021, tanto a escala global como en España, la inflación se ha acelerado y cronificado, alcanzando tasas que no se habían observado en las últimas décadas. En concreto, la tasa de inflación general se elevó en junio de 2022 hasta el 10,2 % anual, muy por encima de lo esperado, con un ascenso también intenso en la tasa subyacente hasta el 5,5 % anual[4].

Por el lado de los ingresos, la moderación salarial que el gobierno está reclamando a los sindicatos y empresarios a través de un pacto de rentas, incrementaría el déficit al limitar el aumento de ingresos de la Seguridad Social por cotizaciones al no subir los salarios. En este sentido, la revalorización de las pensiones con la inflación media registrada entre noviembre de 2021 y noviembre de 2022 se mantendrá como el principal factor de impulso del gasto del sistema, muy por encima del aumento en el número de pensionistas o del efecto que produce la sustitución de las bajas por las altas con prestaciones superiores. Con una inflación que roza ya los dos dígitos, y si al final se actualizan las pensiones con la inflación, difícilmente el déficit originado podrá ser cubierto con las transferencias del Estado o por el futuro Mecanismo de Equidad Intergeneracional que prevé aumentar los ingresos por cotizaciones para dotar de nuevo el Fondo de Reserva de la Seguridad Social y hacer frente a la jubilación del "*baby boom*"[5].

Según datos del Banco de España, la derogación del factor de sostenibilidad y la indexación de las pensiones con la inflación implicarían un incremento del gasto en pensiones sobre PIB en 2050 de entre 3,2 y 3,5 puntos porcentuales. El nuevo mecanismo de equidad intergeneracional (MEI) y los incentivos a la jubilación demorada podrían compensar, de acuerdo con las estimaciones oficiales, entre 1,9 y 2,4 puntos porcentuales[6]. Desde el ejecutivo asumen que el gasto por vincular la revalorización al IPC elevará el gasto en 2,5 puntos porcentuales del PIB en el medio plazo. Y que esta alza solo sería compensada en cierta medida, y también en el medio plazo, por el aumento de la edad efectiva de jubilación, donde se podría amortiguar la mitad del incremento de los gastos previstos por la indexación. Por tanto, la indexación generalizada de las pensiones a la inflación es un compromiso socialmente deseable pero financieramente gravoso,

[3] Cabe destacar la subida de las pensiones contributivas y las de Clases Pasivas en un 2,5 % (cifra resultante del IPC medio comprendido entre los meses de diciembre de 2020 y noviembre de 2021), y el incremento del 3 % en las pensiones mínimas y las no contributivas. *Vid.* Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022.

[4] FUNCAS: *Panel de Previsiones de la Economía Española*, julio 2022.

[5] En 2023 se activa el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) que supondrá un incremento de cotización del 0,6 %, generalizado con independencia de la base de cotización, repartida en mayor parte a cargo de la empresa (0,5 %) y el trabajador (0,1 %), y se aplicará hasta 2032 sin correlativo reflejo en los gastos, ya que no incrementa las prestaciones. Según datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSM) prevén una recaudación de unos 40.000 millones de euros. No obstante, diversos estudios y cálculos, como el que recoge el Instituto Santalucía del Grupo de Investigación en Pensiones y Protección Social, rebaja a la mitad este aumento de recursos, dejándolo en unos 2.200 millones de ingresos extra por cada año, unos 22.000 millones durante la próxima década.

[6] BANCO DE ESPAÑA (Comisión de asuntos económicos y transformación digital comparecencia en el congreso de los diputados): *Informe anual Banco de España 2021*, presentación del Gobernador del Banco de España (Pablo Hernández de Cos), Congreso de los Diputados, 1 de junio de 2022.

especialmente en las complicadas circunstancias demográficas a las que nos enfrentaremos en las próximas décadas[7].

El año 2023 será un año aún más complicado para la Seguridad Social. Este "fuerte aumento del gasto en pensiones por la evolución del IPC", según explica la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) elevará el gasto en pensiones un 8,8 % y dejará el déficit de la Seguridad Social en un 0,5 %, pese a las transferencias del Estado y al alza de las cotizaciones recogido en el Mecanismo de Equidad Intergeneracional. Además, este fuerte incremento de los precios se está agravando por la incertidumbre internacional, la invasión de Ucrania por Rusia, que ha supuesto entre otras cosas, el encarecimiento de materias primas, como el gas y el petróleo, podría llevar incluso a la zona euro a una recesión económica en el corto plazo.

Para paliar este déficit en la recomendación primera del último Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020 reaparece por enésima vez la separación de las fuentes de financiación[8]. De nuevo se insiste en la necesidad de consolidar y reforzar la separación de fuentes de financiación para restablecer el equilibrio financiero del sistema. Esta recomendación se traduce en que las cotizaciones sociales con las que se financia el sistema se destinen exclusivamente a costear las prestaciones contributivas de la Seguridad Social. Es decir, supone pasar al Estado, con criterio o no, algunos gastos que hasta ahora financiaba la Seguridad Social. La derivada de ello es que algunos gastos que antes se consideraban "propios" pasaran a ser "impropios", y de esta manera el sistema de pensiones teóricamente estaría en equilibrio financiero. Eso es lo que se defiende desde el Pacto de Toledo y desde el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSM).

Las fuentes de financiación de las prestaciones que atiende la Seguridad Social están separadas desde 2013[9]. Recordemos que la Comisión del Pacto de Toledo de 2011 ya señalaba como objetivo que se debía alcanzar la culminación de la separación de fuentes de financiación, pero también se señalaba que, avanzando un paso más respecto a las recomendaciones de 1995 y de 2003, las políticas activas de empleo que introdujeran bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social deberían efectuarse exclusivamente con cargo a la fiscalidad general. También se financiarían, con cargo a la fiscalidad general, cualesquiera actuaciones en materia de anticipación de la edad ordinaria de jubilación o de ayuda a sectores productivos determinados. Esto supone que las pensiones contributivas se pagan con lo recaudado por cotizaciones y las demás con transferencias del Estado a la Seguridad Social. Una vez que los complementos a mínimos de las pensiones contributivas han pasado a financiarse íntegramente con aportaciones del Estado, se ha dado un paso más en el fortalecimiento del proceso de separación de las fuentes

[7] De la Fuente, A.: *¿Cuánto cuesta actualizar las pensiones con la inflación?*, Apuntes 2019/01, Fedea, 2019. En: https://documentos.fedea.net/pubs/ap. 2019/ap. 2019-01.pdf

[8] La Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, del Congreso de los Diputados, acordó el 27 de octubre de 2020 el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, que fue aprobado por el Pleno el 19 de noviembre de 2020. Contó con el respaldo de 262 diputados, con 2 votos en contra y 78 abstenciones. El informe se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), Serie D, número 175, el 10 de noviembre de 2020. En: *https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF*.

[9] Una vez que se delimitaron definitivamente los complementos a mínimos en los años 1990, restaba dar cobertura a estos complementos en su totalidad con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, para lo que el legislador, en la Disposición transitoria decimocuarta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS 1994) incluido por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, sentó las bases de la separación de fuentes del sistema contributivo respecto del nivel no contributivo, de manera que todas las prestaciones de naturaleza no contributiva y de extensión universal deberían ser financiadas teóricamente a través de las aportaciones del Estado. Para ello, estableció que las aportaciones del Estado deberían dar su cobertura financiera, de modo paulatino, en un plazo que no debía superar los doce años, contados a partir del 1 de enero de 2002.

de financiación, identificando otros capítulos de gasto, hasta ahora sufragados por la Seguridad Social, que deberían ser asumidos por el Estado con financiación tributaria, según un calendario que permita superar el déficit de la Seguridad Social y la política recurrente de préstamos al Estado, antes de 2023, lo que implica la reforma del vigente artículo 109 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015 (en adelante, TRLGSS). El Gobierno sigue así una de las dos recomendaciones de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) en la que se proponía que, para eliminar el déficit estructural actual de la Seguridad Social a corto plazo, el Estado asumiese la financiación de una serie de gastos asumidos por la Seguridad Social[10].

Esta política sigue la senda de financiación mediante impuestos de una parte cada vez mayor de las prestaciones y servicios de la Seguridad Social. Pero ¿qué es razonable admitir como funciones "impropias" del sistema? ¿Estamos asistiendo a una redefinición de lo que se viene considerando como gasto impropio del sistema? ¿Se está planteando una revisión de la actual configuración de la modalidad de protección contributiva del sistema? Para dar respuesta a estas preguntas, primero deberemos abordar qué cae bajo esa contextualización desde dos ámbitos diferente, el jurídico y el económico, ámbitos que, en general, divergen a la hora de alcanzar una definición única del citado concepto.

II. La estructura de financiación de la Seguridad Social

La transparencia en la estructura de financiación de la Seguridad Social es un pilar básico para la mejora de su sostenibilidad[11]. Desde el Pacto de Toledo de 1995, se viene defendiendo la necesidad de clarificar la naturaleza de las fuentes de financiación del sistema de protección social y, a partir de ella, hacer efectivo el principio de separación de estas. En su recomendación primera, lo que se pretendía era distinguir las fuentes de financiación, buscando el equilibrio económico de las prestaciones contributivas y suficientes aportaciones del Estado para las no contributivas, sanidad, servicios sociales y prestaciones familiares. Asimismo, la fiscalidad se haría cargo de las actuaciones en materia de anticipación de la edad de jubilación, de la bonificación de las cotizaciones dirigidos a grupos de especial dificultad en la búsqueda de empleo, o de ayuda a sectores productivos que pudieran producir distorsiones en el normal equilibrio del sistema.

El primer impulso para el desarrollo de esa Recomendación Primera del Pacto de Toledo de 1995 se da con el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, suscrito el 9 de octubre de 1996, entre el Gobierno y los sindicatos (UGT y CCOO) y que se plasmó en la Ley 24/1997, de 16 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema

[10] La AIReF consideraba en 2019 "factible cerrar el déficit estructural existente en la Seguridad Social, mediante la asunción por parte del Estado de determinados gastos que ahora soportan las cotizaciones". Además, concluía que si el Estado asumiera esos gastos impropios "mitigaría las dudas sobre la sostenibilidad del sistema a corto plazo y permitiría centrar la atención en los retos de largo plazo". "El déficit estructural identificado en el corto plazo supone un riesgo limitado para la sostenibilidad de la Seguridad Social ya que debe verse en el contexto del conjunto de las Administraciones Públicas". Opinión sobre la Sostenibilidad de la Seguridad Social, publicada de enero de 2019. En todo caso, en su última Opinión (mayo 2022) ya señalaba que el déficit sólo se reducirá hasta un 0,3 % en 2025 frente al 0,2 % que estima el Gobierno por la reducción de medidas COVID-19. *Vid.* AIReF. En: https://www.airef.es/es/

[11] " La idea de sostenibilidad -"mantener"- remite tanto a la sostenibilidad económica como social (y adecuación social) y entraña un mandato constitucional (artículos 41 y 50 de la CE, en relación con el artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada) en virtud del cual es responsabilidad directa del Estado la organización y la financiación correspondiente para garantizar pensiones suficientes y adecuadas (sea a través de la exigencia legal de cotizaciones, o sea complementariamente a través de impuestos generales o especiales, o sea, por último, a través de un modelo mixto de financiación mediante cotizaciones e impuestos)". Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* (REJLSS), nº 3, 2021, p. 24.

de Seguridad Social. Esta norma dio nueva redacción a la LGSS 1994, adecuando las fuentes de financiación en función de su naturaleza, de modo que las prestaciones contributivas se financiasen con ingresos propios y las pensiones no contributivas y los complementos a mínimos con fuentes externas recogidas en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado (LPGE). En términos generales, en torno al 23 % de todas las pensiones contributivas que se cobran en España tiene actualmente complemento a mínimos, según se detalla en el cuadro 1.

Cuadro 1. Porcentaje de pensiones por régimen y clase de pensión

REGÍMENES	INCAPACIDAD PERMANENTE	JUBILACIÓN	VIUDEDAD	ORFANDAD	FAVOR FAMILIARES	TOTAL
General	15,18	18,47	24,21	39,77	42,72	20,34
Autónomos	22,28	31,56	38,69	67,12	88,13	34,14
Mar	10,36	15,86	34,61	45,61	37,47	23,38
Minería del Carbón	0,89	1,15	7,78	16,14	11,36	3,99
Accidentes de Trabajo	1,35	12,07	24,11	20,88	16,98	11,17
Enfermedades Profesionales	1	5,44	18,08	30,88	10,4	8,53
TOTAL	14,56	21,06	27,01	44,21	51,9	22,81

Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, datos a 31 de agosto de 2021

La separación de las fuentes de financiación se fue implantando de forma más lenta de lo esperado. Así, desde el primer ejercicio en el que la LPGE previó una aportación finalista para las pensiones no contributivas y los complementos a mínimos (1989). La asunción por el Estado de la totalidad del coste de la asistencia sanitaria se alargó 10 años (hasta 1999)[12], hecho que no tuvo lugar en los complementos a mínimos hasta el año 2013, cuando habían transcurridos dieciocho años desde la aprobación del primer Pacto de Toledo y un año antes del cumplimiento del plazo previsto en la disposición transitoria decimocuarta de la LGSS 1994. Esta demora en la asunción por el Estado de la totalidad de sus compromisos ha causado, según el Tribunal de Cuentas en su informe de 2020, un perjuicio al sistema, puesto que ha tenido que soportar con cargo a cotizaciones sociales, fundamentalmente la parte del coste no asumido por el Estado, en casi 72.000 millones de euros[13].

Asimismo, el rápido descenso de los recursos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social a partir del año 2012, y el posible efecto político de su agotamiento, abrieron paso a la realización de préstamos por parte del Estado y a complementar los ingresos no financieros mediante transferencias específicamente destinadas al equilibrio de los presupuestos[14]. Entre 2017 y 2021 los préstamos del Estado a la Seguridad Social sumaron 82.016 millones de euros, con un importe de 30.330,9 millones concedidos en 2020 en el contexto de la crisis provocada por la pandemia del COVID-19.

Por otra parte, una vez alcanzada la plena financiación por el Estado de las prestaciones no contributivas, la LPGE para 2016 recogió la disposición adicional octogésima quinta sobre la separación de fuentes de financiación de las prestaciones de la Seguridad Social. Además, una vez formalizada la financiación de los complementos por mínimos de pensiones a cargo de los

[12] El Tribunal de Cuentas calcula que entre 1989 y 1998 el desembolso ascendió a 31.828 millones de euros.

[13] TRIBUNAL DE CUENTAS: *Informe de fiscalización sobre la evolución económico-financiera de la Seguridad Social a 31 de diciembre de 2018*, 2020. Por su parte, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social ya estimó en 2015 que, desde 2002 a 2012, la diferencia entre el coste real de los complementos a mínimos y las aportaciones presupuestarias directas del Estado para dicho concepto había sido de 41.009,65 millones de euros, cuya financiación correspondió íntegramente a la Seguridad Social.

[14] En 2011 el Fondo de Reserva acumulaba 66.815 millones de euros. Desde entonces, empezó el desfase entre gastos e ingresos de la Seguridad Social, y este ha ido reduciendo drásticamente su cuantía acumulada. En concreto, a 31 de diciembre de 2021, la cuantía del fondo equivale solo al 0,18 % del PIB (2.138 millones de euros).

Presupuestos Generales del Estado, se fijaba el objetivo de procurar la compatibilidad de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera con los de plena financiación de las prestaciones no contributivas y universales a cargo de los presupuestos de las Administraciones Públicas. Para realizar lo anterior, se valorarían las condiciones de las prestaciones incluidas en el sistema que pudieran tener esta consideración. Es decir, se abre la puerta en ese momento a lo que se ha venido a denominar como "gastos impropios del sistema", que son aquellos financiados con cotizaciones que no son considerados como gastos contributivos. "Un concepto este recogido en la Ley 21/2021 de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que más bien parece una agregación de partidas sin una metodología objetiva en su definición que sea coherente con el carácter contributivo del sistema, de manera que la lista podría ser otra diferente si fuera necesario aumentar/disminuir la transferencia a realizar por el Estado a la Seguridad Social"[15].

Posteriormente, la disposición adicional trigésima segunda del TRLGSS sobre la financiación de la acción protectora de la Seguridad Social en cumplimiento del principio de separación de fuentes consagrado en el Pacto de Toledo (redacción que incorpora el art. 1.16 de la Ley 21/2021), establece que la Ley de Presupuestos Generales del Estado deberá realizar anualmente una transferencia del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social para financiar los siguientes elementos: "los beneficios y exenciones en cotización a la Seguridad Social de determinados regímenes y colectivos, el coste del reconocimiento de la prestación anticipada de jubilación por aplicación de coeficientes reductores cuando no se haya previsto cotización adicional, el coste de la integración de los periodos no cotizados en la determinación de la base reguladora y de la cuantía de las prestaciones del sistema, las reducciones legalmente establecidas en la cotización a la Seguridad Social, el coste de la pensión de jubilación anticipada involuntaria en edades inferiores a la edad ordinaria de jubilación, así como el incremento de la cuantía de las prestaciones contributivas sujetas a límites de ingresos. Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 109.2, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado se fijará, todos los años, el importe de las prestaciones que serán financiadas con una transferencia del Estado a la Seguridad Social, entre las que se incluirá la prestación contributiva de nacimiento y cuidado de menor, el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, las pensiones y subsidios en favor de familiares, así como la prestación de orfandad cuando la causante hubiera fallecido como consecuencia de violencia contra la mujer". Asimismo, en el punto 2 de la citada Ley 21/2021 se añade que "cualquiera otra transferencia del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social destinada a la financiación de las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de Seguridad Social deberá contar con informe previo del Ministerio de Hacienda y Función Pública para poder ser incorporado a la Ley de Presupuestos Generales del Estado".

III. El presupuesto de la Seguridad Social 2022. Aspectos económicos y financieros

A pesar la importancia de las pensiones como principal partida del gasto público y del principio de separación de fuentes, no resulta sencillo calcular los ingresos y gastos del sistema de pensiones. Las cotizaciones sociales son la principal fuente de financiación de las pensiones contributivas y otras prestaciones distintas de las pensiones, como el desempleo o la incapacidad temporal[16]. Los ingresos por cotizaciones se prevé que aumenten desde los 125.144 millones de

[15] García Díaz, M.A.: *Nota sobre el posible impacto presupuestario de la actualización de las pensiones con el IPC en 2023,* Apuntes 2022/09, abril 2022, p. 3.

[16] El gasto en desempleo o la incapacidad temporal supondrán, en el año 2022, 22.457 y 10.818 millones de euros, respectivamente.

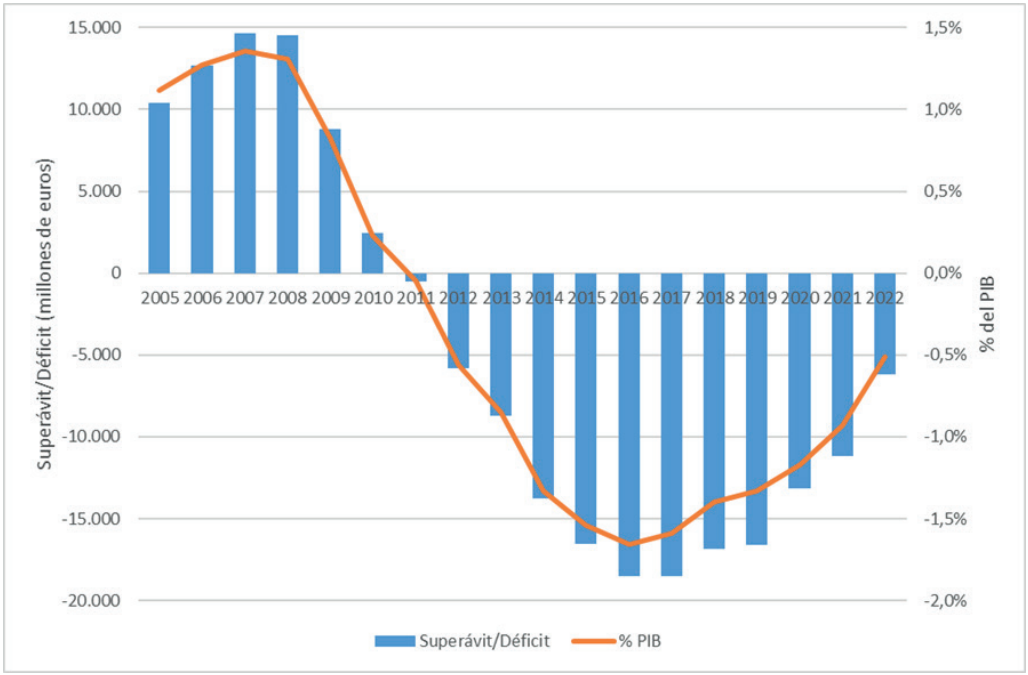
euros en 2021 a 136.345 millones de euros en 2022, lo que implica una tasa de crecimiento del 9 %. Este incremento se basa en un aumento de la base máxima de cotización del 1,7 % (LGPE 2022)[17] y en unas previsiones de crecimiento del PIB en 2022 del 7 %[18]. A pesar de este crecimiento de las cotizaciones, y de que ya superarán su nivel recaudado antes de la pandemia, serán insuficientes para hacer frente al gasto previsto en pensiones contributivas. Por el lado de los gastos, se prevé se destinarán 1,3 puntos porcentuales del PIB a pensiones a finales de 2022, por lo que el gasto público en pensiones podría superar los 174.000 millones de euros, desglosándose en 153.800 y 2.600, la cuantía destinada a pensiones contributivas y no contributivas, respectivamente, y en 18.000 millones de euros la partida dedicada a las pensiones de las clases pasivas.

La figura 1 recoge una evolución del déficit de la Seguridad Social, recogiendo una ligera mejoría. En concreto, el déficit disminuye, desde los 11.192 millones de euros en el año 2021 (0,93 % del PIB) a los 6.171 millones de euros (0,51 % del PIB) previstos para el año 2022. Esta reducción se debe al crecimiento esperado de la recaudación por cotizaciones y al apoyo al equilibrio financiero del Estado a la Seguridad Social mediante el aumento de las transferencias corrientes por motivo de la financiación de los gastos impropios. Dentro de tales preceptos son de destacar la profundización en la separación de fuentes de la financiación de la Seguridad Social, siguiendo a tal efecto las orientaciones recogidas en la nueva formulación del Pacto de Toledo de 2020. En el Presupuesto de 2022 se incrementa el traspaso de la cobertura financiera de los denominados gastos impropios de la Seguridad Social, de modo que la financiación de estos gastos deje de descansar en las cotizaciones sociales, para encontrar su cobertura en la imposición general, a través de transferencias del Estado a la Seguridad Social.

[17] Artículo 106 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022.

[18] Estas previsiones son muy optimistas, ya que, por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional, el 26 de julio de 2022, rebajó la previsión de crecimiento del PIB español en 2022 hasta el 4 %. El propio gobierno de España también redujo sus propias previsiones en julio de 2022.

Figura 1. Déficit o Superávit de la Seguridad Social (total y % del PIB)



Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, datos a 31 de agosto de 2022

La segunda mayor contribución a la dotación presupuestaria de la Seguridad Social proviene de las aportaciones del Estado, que para 2022 ascienden a 36.276 millones de euros. Es un 16,4 % más que en el año 2021 (+5.099 millones de euros), la partida más elevada de la historia. Esta redimensión va en consonancia con el cumplimiento de la recomendación primera del Pacto de Toledo 2020, que tiene como objeto garantizar la sostenibilidad del sistema a medio y largo plazo: en cumplimiento del pacto de Toledo 2020, serán 18.396 millones de euros los destinados a ello, 4.467 más que en 2021 (32,07 % superior). Las transferencias del Estado y otros organismos financian el 20,07 % de los gastos del sistema de la Seguridad Social[19]. De la misma manera, el resto de los gastos que la Seguridad Social considere que aún debe traspasar el Estado a la Seguridad Social para el Presupuesto de 2023 -unos 5.000 millones de euros más hasta sumar 22.871 millones de euros- también requerirán el visto bueno del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

A su vez, y al objeto de proporcionar cobertura adecuada a las obligaciones de la Seguridad Social y posibilitar el equilibrio presupuestario de la misma, la disposición adicional tercera LPGE 2022 prevé que el Gobierno, previo informe de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), pueda autorizar la concesión por parte del Estado de préstamos a la TGSS, por un importe de hasta 6.981,59 millones de euros, préstamo que, al igual que otros anteriores, no devengará intereses y su cancelación se producirá en un plazo máximo de diez años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de su concesión. En este sentido, el Tribunal de Cuentas ha venido señalando que en el balance de la Seguridad Social incluye estos préstamos entre su deuda a largo plazo y algunos ya han

[19] MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (MISSM): *Informe Económico y Financiero a los Presupuestos Generales del Estado de la Seguridad Social de 2022*.

alcanzado su fecha de vencimiento. Por tanto, "no existe ninguna razón que justifique que este endeudamiento se mantenga en el balance de la Seguridad Social" y que lo razonable "es que se adopten soluciones para su saneamiento definitivo"[20]. Aunque el balance de la Seguridad Social incluye estos préstamos entre su deuda a largo plazo y algunos han alcanzado ya su fecha de vencimiento, su amortización no ha sido exigida por el Estado. El Tribunal de Cuentas ha venido señalando que "no existe ninguna razón que justifique que este endeudamiento se mantenga en el balance de la Seguridad Social" y que lo razonable "es que se adopten soluciones para su saneamiento definitivo". Recuérdese que el artículo 109.2 de TRLGSS establece la obligación del Estado de hacer las aportaciones necesarias para cubrir las carencias de las cotizaciones en la financiación de las contributivas, siendo el citado artículo 109.2 el blindaje de protección establecido para el régimen de reparto, es la protección legal del sistema de reparto, que obliga al Estado, en concreto al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a financiar las aportaciones necesarias con cargo al Presupuesto del Estado. El Tribunal de Cuentas reclama, en todo caso, que se clarifique la situación patrimonial de la Seguridad Social resolviendo la situación de estos préstamos y señalando la vía para hacerlo[21]. Y, al mismo tiempo, reitera una de las cuestiones que ya ha solicitado el Tribunal de Cuentas en otras ocasiones, que el Estado cubra el desfase entre gastos e ingresos del sistema de pensiones a través de transferencias y no con préstamos. Esto también es una reivindicación sindical y otro de los asuntos que están en los borradores de los consejos del Pacto de Toledo.

Como puede observarse en el cuadro 2, el primer bloque incluye las denominadas transferencias finalistas, cuyo objetivo es la cobertura por parte del Estado de las prestaciones no contributivas y que responden, por tanto, a objetivos de redistribución de la renta y reducción de la pobreza. Cubren partidas no contributivas tales como los complementos a mínimos de pensiones contributivas, las pensiones no contributivas, el Ingreso Mínimo Vital o la protección familiar no contributiva, que suman en el presupuesto de 2022 un total de 17.787 millones de euros, cifra muy similar a los 17.190 millones de euros del presupuesto de 2021, si bien con un aumento del 23,4 % en atención a la dependencia.

[20] TRIBUNAL DE CUENTAS: *Informe de Fiscalización sobre la evolución económico-financiera, patrimonial y presupuestaria del sistema de la Seguridad Social y su situación a 31 de diciembre de 2018*, 2020.

[21] El Tribunal de Cuentas sugiere establecer mecanismos automáticos que, en la medida de lo posible, impidan que en el futuro puedan llegarse a acumular saldos de importe tan significativo, en uno u otro sentido. Por ello, parece que lo más adecuado sería establecer, en norma suficiente al efecto, un mecanismo automático en virtud del cual el saldo individualizado de la financiación del Estado afectada a cada tipo de prestación o gasto, ya sea favorable al Estado o a la Seguridad Social, se haga figurar recíprocamente como primera partida en la cuenta de financiación del ejercicio presupuestario siguiente, de modo que en el caso de insuficiencia de financiación, se aporten vía presupuesto los fondos adicionales para cubrir la diferencia existente y, en el caso de exceso, el remanente de financiación recibido se aplique a su finalidad en el ejercicio siguiente, lo que permitiría minorar el importe de las transferencias previstas en el presupuesto del mismo. Tal mecanismo tendría, como es lógico, cierto efecto sobre el resultado presupuestario ya que, en definitiva, implicaría trasladar de un ejercicio a otro las repercusiones de los desfases en la financiación afectada, generando déficit o superávit presupuestarios que, en realidad, no corresponderían al ejercicio en que se computan. Sin embargo, debe señalarse que idéntica o muy parecida situación es la que se viene produciendo hasta la actualidad, al presentarse los mismos desfases de financiación. TRIBUNAL DE CUENTAS: *Informe de Fiscalización sobre la evolución económico-financiera, patrimonial y presupuestaria del sistema de la Seguridad Social y su situación a 31 de diciembre de 2018*, 2020.

Cuadro 2. Aportaciones del Estado a la Seguridad Social (Transferencias corrientes en millones de euros)

PRESUPUESTOS	2021	2022	Incremento anual
1. Transferencias finalistas	17.189,6	17.786,9	3,5%
Complementos a mínimos de pensiones contributivas	7.075,0	7.075,0	0,0%
Pensiones no contributivas	2.751,0	2.772,0	0,8%
Protección familiar no contributiva	1.414,0	1.414,0	0,0%
Ingreso mínimo vital	3.016,9	3.021,9	0,2%
Atención a la dependencia	2.349,2	2.897,9	23,4%
Sanidad, servicios sociales y otras transferencias	583,5	606,1	3,9%
2. Transferencias por gastos impropios y apoyo al equilibrio financiero (cumplimiento Pacto Toledo 2020)	13.929,1	18.396,0	32,1%
Financiación prestación contributiva nacimiento y cuidado del menor	2.784,7	2.879,6	3,4%
Financiación reducciones a la cotización	1.779,4	1.690,0	-5,0%
Subvenciones implícitas al REM, SEA y contratos de formación	996,0	996,0	0,0%
Integración de lagunas	450,0	468,0	4,0%
Jubilación anticipada sin coeficiente reductor ni cotización adicional	371,0	378,0	1,9%
Pensiones en favor de familiares	373,0	387,0	3,8%
Complemento de pensiones contributivas para reducir brecha de género (art. 60 LGSS)	788,0	884,2	12,2%
Coste de la pensión anticipada involuntaria (edad inferior a la ordinaria de jubilación)	0,0	2.079,0	-
Complementos de prestaciones contributivas, sujetos a límites de ingresos	0,0	3.549,0	-
Financiación de otros conceptos	6.387,0	5.085,2	-20,4%
TOTAL Transferencias corrientes	31.118,7	36.182,9	16,3%
Transferencias del Estado al componente contributivo	21.004,1	25.471,0	21,3%
Complementos a mínimos de pensiones contributivas	7.075,0	7.075,0	
Transferencias por gastos impropios y apoyo al equilibrio financiero	13.929,1	18.396,0	
Transferencias del Estado al componente no contributivo	10.114,6	10.711,9	5,9%

Fuente: Informe económico-financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social, 2022

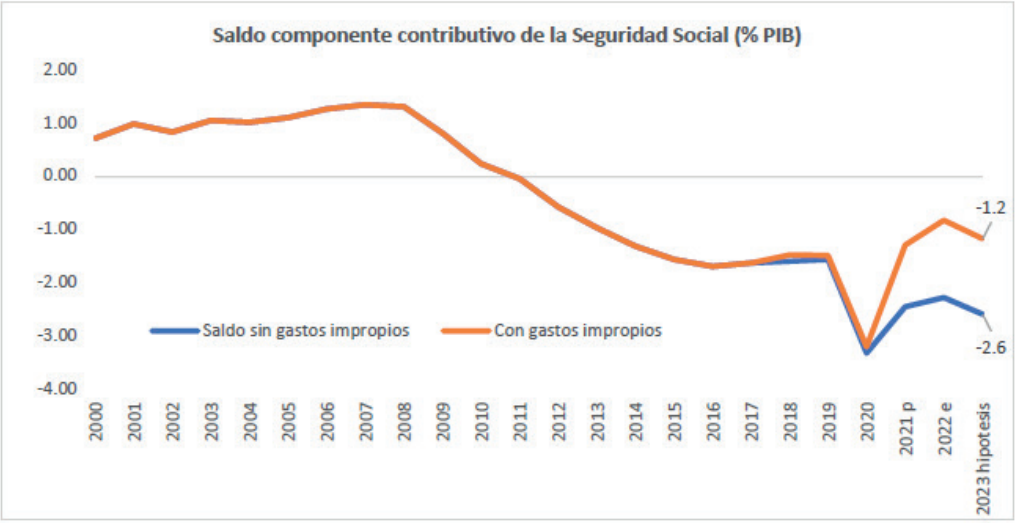
El segundo bloque de transferencias incluye aquellas que provocan una reducción en las cotizaciones por diferentes políticas públicas de apoyo a determinadas situaciones: nacimiento y cuidado de hijos, contratos de formación, integración de lagunas, jubilaciones anticipadas, situaciones familiares, políticas de género, etc. El abono de estas partidas se basa en el apartado 4 del artículo 12 de LPGE 2022, que prevé transferencias del Estado a los presupuestos de la Seguridad Social en cumplimiento de la recomendación primera del Pacto de Toledo 2020 con un doble objetivo[22]: la financiación de los gastos impropios y el apoyo al equilibrio financiero de la Seguridad Social[23]. El Presupuesto de 2022 aumenta las transferencias por este tipo de gastos respecto al año anterior un 32,1 %, desde 13.929 hasta un total de 18.396 millones de euros.

[22] Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022. En: https://www.boe.es/eli/es/l/2021/12/28/22

[23] Este objetivo se incorporó por primera vez en 2018, con una partida de 1.334 millones de euros, y se mantuvo en los dos años siguientes, con 1.934 y 1.334 millones de euros en 2019 y 2020, respectivamente. El Presupuesto de 2021, en cambio, modificó el concepto de la transferencia y aumentó su cuantía hasta 13.929 millones de euros, para dar cumplimiento a la primera recomendación del Pacto de Toledo 2020 y garantizar la sostenibilidad del sistema a medio y largo plazo. Fue la propia Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, la que incorporó una obligación de transferencia anual a la Seguridad Social para compensar el coste que suponen las reducciones de cotización de determinados regímenes y colectivos, la integración de lagunas de cotización en el cálculo de la base reguladora de las prestaciones, y otros conceptos que inicialmente no fueron especificados.

Algunos cálculos muestran la importancia de excluir los gastos impropios del presupuesto de la Seguridad Social, que permitirían reducir en 2023 el déficit en 1,4 puntos porcentuales del PIB[24].

Figura 2. Saldo componente contributivo de la Seguridad Social con y sin gastos impropios



Pasemos a continuación a revisar con profundidad qué se encuadra dentro de esta difusa categoría de gastos impropios.

IV. La asunción de gastos impropios por parte del estado

Pasemos primero a encuadrar el marco de los gastos e ingresos según su naturaleza. En relación con los gastos, se pueden dividir teóricamente entre 1) los gastos contributivos, aquellos vinculados al hecho de haber cotizado, en cuanto al derecho a su percepción y/o en cuanto a su importe; y 2) los gastos no contributivos, de tipo universal o con condiciones de acceso independientes del hecho de haber cotizado, así como de importe no supeditado a lo que se ha cotizado. Las pensiones no contributivas se conceden a aquellas personas que carecen de recursos suficientes para su subsistencia y no pueden acceder a la prestación del nivel contributivo porque no han cotizado o no lo han hecho el tiempo suficiente para generar derecho a una prestación contributiva.

En concreto, los gastos con naturaleza no contributiva y finalista son:

(a) las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria incluidos en la acción protectora de la Seguridad Social y los correspondientes a los servicios sociales, salvo que se deriven de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales;

(b) las pensiones no contributivas por invalidez y jubilación;

(c) el subsidio por maternidad regulado en los artículos 181 y 182 del TRLGSS (RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación);

[24] *Vid.* García Díaz, M.A.: Nota sobre el posible impacto presupuestario de la actualización de las pensiones con el IPC en 2023. Fedea, Apuntes 2022/09, abril de 2022.

(d) los complementos por mínimos de las pensiones contributivas de la Seguridad Social;

(e) las prestaciones familiares reguladas en el capítulo I del título VI de la TRLGSS;

(f) el ingreso mínimo vital (RDL 20/2020, por el que se establece el ingreso mínimo vital).

En cuanto a los ingresos, y aunque no hay una definición estricta, se entiende por ingresos contributivos fundamentalmente a:

(a) las cotizaciones sociales realizadas por empresas y trabajadores;

(b) las cantidades recaudadas por recargos, multas, sanciones u otras de naturaleza análoga;

(c) y los frutos, rentas o intereses o cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales, y cualesquiera otros ingresos (art. 109 del TRLGSS 2015, que conserva sustancialmente la redacción del artículo 86 de LGSS 1994).

En cuanto a los ingresos no contributivos, nos referimos a las transferencias del Estado, que provienen de la imposición general y del endeudamiento público.

Cada una de las vías de financiación responde a un modelo de Seguridad Social, universal o profesional que, sin embargo, no es puro en ninguno de los sistemas europeos de nuestro entorno. En cierto modo, la diferencia resulta un tanto artificial, pues se trata de poner el acento en quién recibe el gravamen en exclusiva, que se puede dividir en dos grupos, el primero, aquéllos que, independientemente de su contribución al sistema de Seguridad Social, aportan al Estado vía impuestos directos e indirectos recursos para mantener los servicios públicos, y el segundo, aquéllos que contribuyen al sistema porque trabajan y cotizan. Los recursos de los primeros se destinan a prestaciones universales, mientras que los de los segundos a prestaciones contributivas. Como se verá, el principio de separación financiera tiende a consolidar esta distribución y responde a esta diversificación de los ingresos y los gastos.

La separación de fuentes se fundamenta en que las cotizaciones sociales que aportan trabajadores y empresarios financien exclusivamente las prestaciones contributivas; y que el Estado aporte el resto vía presupuestos generales, es decir, las no contributivas y las de extensión universal. En definitiva, se trata de organizar los recursos del sistema y vincularlos, en función de su procedencia, privada o pública, a los ámbitos de cobertura, definidos, en el caso de las cotizaciones, e indefinidos, en el caso de los impuestos, por su propia vocación de universalidad. Este principio supone el reconocimiento del derecho a una pensión, tanto a la población trabajadora, por haber estado vinculada a un sistema de aseguramiento público profesional (pensiones contributivas), como a aquellas personas que, no teniendo derecho a estas prestaciones, se encuentren, por vejez o invalidez, en situación de necesidad (pensiones no contributivas y asistenciales). En la práctica, el principio de separación de fuentes ha constituido una posición variable que permite modificar la cantidad de recursos financieros de la Seguridad Social que se pagan con cargo a cotizaciones, según se valore como contributiva o no contributiva la naturaleza de cada prestación.

En la actualidad, y desde el mismo origen de la Seguridad Social, nuestro sistema de pensiones ha asumido gastos comúnmente denominados impropios, puesto que no tienen que ver con ese carácter contributivo ni, en algunas ocasiones, con la propia labor del sistema de pensiones. Entre esos gastos se encuentran parte de las prestaciones no contributivas (de carácter asistencial), políticas de incentivos al empleo a través de bonificaciones o reducciones de cuotas, políticas de

apoyo a las familias o gastos de funcionamiento. Según las recomendaciones del Pacto de Toledo, estos gastos deberían ir con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, lo que serviría para reducir el déficit financiero del sistema contributivo, trasladándolo a las LPGE.

Esas tensiones perduran desde hace al menos 25 años. La cuestión más controvertida es quién debe soportar la financiación de las prestaciones del sistema, los afiliados y empresas con cargo a las cuotas, o bien los ciudadanos vía impuestos, por la propia vocación universal y del principio de solidaridad del sistema. Dicho de otro modo, si el sistema es profesional o universal. El aumento de la financiación vía impuestos corrige una parte del desequilibrio actual, aunque podría mermar la contributividad del sistema de pensiones, principal componente del gasto de la Seguridad Social y uno de los pilares del sistema.

Las necesidades que pretende cubrir el sistema, a medida que crecen las demandas sociales que se superponen a las que conforman el núcleo socialmente reconocible de la Seguridad social, hacen que, por su propia naturaleza, la cobertura del sistema tenga carácter expansivo, aumentando los costes de protección social con objeto de alcanzar niveles suficientes de cohesión social que permitan la consolidación el Estado de Bienestar. Junto a la anterior expansión de gastos, la búsqueda de los ingresos no es fácil[25]. De esta forma, en el sistema de pensiones español se juntan dos cuestiones: una gran cantidad de gastos sufragados por los ingresos por cotizaciones sociales y una limitada aportación estatal. A partir de entonces, la cuestión se traslada a la naturaleza contributiva o no de determinadas prestaciones.

Entre las razones argumentadas por la AIRef para redirigir parte de esos gastos hacia la financiación impositiva, señala que considera factible cerrar el déficit estructural existente en la Seguridad Social mediante la asunción por parte del Estado de determinados gastos que ahora soportan las cotizaciones. Esto permitiría reducir la incertidumbre respecto a la sostenibilidad del Sistema, la cual genera distorsiones en la toma de decisiones de los agentes económicos, tanto de los pensionistas como de los cotizantes, afectando a sus decisiones de ahorro y consumo y llevando a una desafección generalizada con el funcionamiento del sistema. De esto modo, se evitarían decisiones descoordinadas e inconsistentes como bajadas de impuestos o aumento del gasto en partes de la administración que aparecen como excedentarias, centrando de ese modo los problemas de largo plazo, determinados por la demografía y que no son esencialmente diferentes en España que en el resto de los países de nuestro entorno[26].

Pero ¿son todos esos gastos realmente impropios para que no deban ser financiados con cotizaciones? A continuación, se analizan cada uno de los conceptos del Cuadro 2 que incluye la legislación y que podrían ser considerados como "gastos impropios", aunque parten de una gran heterogeneidad de las diferentes partidas que componen estos gastos. Posteriormente se entrará en la discusión sobre qué elementos se podrían tener en cuenta para determinar si se trata de gastos impropios o no.

[25] La Constitución Española recoge en su artículo 41 un modelo normativo relativamente abierto en donde se combina el régimen público de Seguridad Social con fórmulas alternativas de ingresos a través de la protección social complementaria. López Insua, B.M.: "Los planes privados de pensiones a debate tras la reforma del Pacto de Toledo", *Revista de Derecho Social,* nº 98, editorial Bomarzo, abril 2022, p. 112.

[26] AIReF: *Opinión de la AIReF sobre la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social*, Opinión 1/19, 9 enero 2019, pp. 6-7. En: https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/01/opinion-pensiones/190109_Opinion_SS.pdf.

V. Clasificación de los gastos impropios

El primer concepto del Cuadro 2 es la *prestación por nacimiento y cuidado de hijos* (2.879,6 millones de euros en 2022)[27]. Se trata de un permiso laboral (cuenta ajena) o de inactividad en el trabajo (cuenta propia) de 16 semanas, cuyo objeto es compensar al trabajador por los salarios dejados de percibir con motivo de la suspensión de su contrato de trabajo (trabajadores por cuenta ajena) o cese de actividad (trabajadores por cuenta propia) con motivo del nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo. A partir de los primeros años del siglo XXI, se ha ido desarrollando en Europa un enfoque que trae aparejado un cambio fundamental en el papel de las políticas de apoyo a las familias con hijos/as, otorgándoles una mayor centralidad en el conjunto de las políticas de protección social. El llamado modelo del "Estado social inversor" apuesta en mayor medida por la inclusión laboral femenina y la igualdad de género, así como por una concepción más activa de las políticas sociales, frente al carácter pasivo que se le suele atribuir al modelo de protección social clásico[28]. En todo caso, se constata la insuficiente inversión de España en políticas sociales de familia. Según datos de Eurostat en 2022 el porcentaje de gasto dedicado a protección social de la familia e infancia fue del 1,3 % del PIB, a una considerable distancia de la media que dedican los países UE-28 (2,4 %)[29].

Esta política de apoyo a la familia protege los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, siendo parte de las políticas vinculadas a la protección de la familia y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral consistente en un subsidio equivalente al 100 % de una base reguladora del trabajador[30]. Con carácter general, quien realiza el pago de la prestación es la Seguridad Social a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Por eso, se define como "el derecho del trabajador a percibir un subsidio durante los días de suspensión del contrato de trabajo, o cese en la actividad, en caso de nacimiento de un hijo, adopción o acogimiento".

El segundo concepto es el de *las reducciones en las cotizaciones sociales* (1.690 millones de euros en 2022). Se trata de deducciones que resultan de la aplicación de determinados porcentajes en la cuota para reducir de los costes de Seguridad Social de las empresas[31], es decir, mediante estímulos económicos y a través de intervenciones reguladoras del mercado laboral. El objetivo final es una política de fomento del empleo para potenciar el acceso de determinados colectivos al mercado laboral, esencialmente vulnerables. Tales medidas son instrumentos de apoyo económico al empleo, facilitadas por el Estado, las Comunidades Autónomas u otros entes públicos, que conviven con otras posibles ayudas económicas al empleo como pueden ser las subvenciones, el reconocimiento de ventajas fiscales, la capitalización de prestaciones, etc. Entre estas políticas están las reducciones a la contratación de carácter general o para autónomos, para el mantenimiento de empleo y transformación de contratos temporales en indefinidos, la exoneración de cuotas a partir de la edad de jubilación, la compatibilización de la prestación por desempleo con el inicio de una actividad

[27] Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Estas modificaciones fueron introducidas en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), así como en la Ley General de la Seguridad Social.

[28] *Vid.* Morel, N. Palier, B. y Palme, J.: "Beyond the welfare state as we knew it?" En: *Towards a social investment welfare state? Ideas, Policies and Challenges*. Bristol, Policy Press, 2011, pp. 1-30.

[29] EUROSTAT: *Distribución del gasto en protección social en España y la Unión Europea*, 2022.

[30] El gasto en la prestación por nacimiento y cuidado de menor a lo largo de 2021 ascendió a 3.010,5 millones de euros, tramitando más de 472.015 permisos.

[31] Para una relación detallada de las bonificaciones y reducciones a la contratación laboral actualmente existentes. *Vid.* Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE). En: https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/bonificaciones-reducciones-contratacion-laboral/bonificaciones-reducciones-contratacion-laboral.html

por cuenta propia, la tarifa plana de 60 euros para nuevos autónomos (Alta en el Régimen Espacial de Trabajadores Autónomos (RETA)) y las reducciones de cuotas a la Seguridad Social para las personas con discapacidad que se establezcan como autónomos.

Los beneficios fiscales se definen en los Presupuestos Generales del Estado como una disminución de ingresos tributarios orientados al logro de determinados objetivos de política social y económica, mediante exenciones, reducciones en las bases imponibles o liquidables, tipos impositivos reducidos, y bonificaciones y deducciones en las cuotas íntegras, líquidas o diferenciales de los diversos tributos. Ambos beneficios fiscales, bonificaciones y reducciones de cuotas, suponen una disminución de los costes empresariales, si bien el concepto fiscal es distinto. Debemos recordar que las reducciones de cuotas se asumen directamente por la Seguridad Social, mientras que, en las bonificaciones, la minoración de cuotas es financiada con cargo a la partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), que transfiere el importe de su coste a la TGSS. Es importante señalar que no hay ninguna disposición superior que designe con carácter de regla general esta diferenciación en cuanto a su financiación; es habitualmente la propia norma la que especifica el modo en que aquél se va a sufragar mediante un precepto (o disposición adicional), siendo una práctica que se mantiene invariable desde las primeras disposiciones que regulaban estos dos tipos de incentivos económicos, reducciones o bonificaciones[32]. No parece que esta distinción esté fundamentada de una manera sólida, y al ser ambas consideradas medidas de fomento de empleo al abaratar los costes laborales no salariales e incentivar la creación de empleo, parece adecuado que se financiasen plenamente con cargo a la partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal.

Las reducciones en la cotización recientemente analizadas, así como las subvenciones implícitas al REM (Régimen Especial del Mar), SEA (Sistema Especial Agrario) y contratos de formación (996 millones de euros en 2022), suponen una disminución en la recaudación del sistema, si bien, esta reducción de costes para las empresas puede constituir un valioso instrumento para incentivar el acceso o el mantenimiento en el empleo de determinados colectivos. Téngase en cuenta que hay colectivos (trabajadores del sector marítimo pesquero, tauromaquia, personas trabajadoras con discapacidad) para los cuales la anticipación de la jubilación no les supone un mayor esfuerzo contributivo ni les supone una merma en la cuantía de su importe.

Los siguientes conceptos que entran en esa categoría de gastos impropios es el referido a las jubilaciones anticipadas. De un lado la financiación de la *jubilación anticipada sin coeficiente reductor y sin cotización adicional* (378 millones de euros) y de otro cubrir el coste de la *pensión anticipada involuntaria en edades anteriores a la jubilación* (2.079 millones de euros en 2022). La Recomendación 12ª del Pacto de Toledo 2020 tiene como objetivo logar que la edad de salida efectiva del mercado de trabajo se aproxime tanto como sea posible a la edad ordinaria de jubilación, suprimiendo o penalizando aún más las jubilaciones anticipadas o reforzando los incentivos positivos para que se pueda seguir en activo una vez alcanzada la edad de jubilación. Según los datos del MISSM de 2022, las jubilaciones anticipadas suponen para la Seguridad Social el pago de un total de 37.162 millones de euros, es decir, el 26 % del gasto total anual en pensiones. De este modo, uno de cada cuatro euros que destina el Estado al colectivo corresponde a pensionistas que abandonaron el mercado laboral antes de la edad legal de jubilación. Esto es resultado del notable porcentaje de altas que acceden a la jubilación según la normativa previa a la de 2011, así como por las disposiciones que permiten mantener en los 65 años la edad legal de jubilación para las personas con carreras de cotización suficientemente largas. Aun así, la edad de acceso a la jubilación ha mostrado una tendencia creciente desde 2006. Desde la entrada en

[32] De Sotomayor, L.D.Á.: "El impacto de los incentivos económicos a la contratación ya la actividad autónoma en la sostenibilidad del Sistema Español de Seguridad Social", *Documentación laboral*, nº 103, 2015, pp. 173-193.

vigor de la Ley 27/2011, la edad legal de jubilación ha subido 1 año, de los 65 a los 66 años (con un mínimo de cotización de 37 años y 3 meses), mientras que la edad efectiva lo ha hecho en aproximadamente medio año, de 64,17 en marzo de 2012 o 64,7 años en junio de 2021)[33].

En la actualidad, la figura de la prejubilación se ha convertido en la gran estrella de los procesos de reestructuración empresarial al propiciar la salida prematura del mercado de trabajo de los trabajadores mayores, lo cual hace pensar acerca del establecimiento de un trabajo decente[34]. Desde el día 1 de enero de 2022, jubilarse antes de manera voluntaria está más penalizado. En todo caso, debe ser inferior en dos años, como máximo, a la edad legal que en cada caso resulte de aplicación y acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta y cinco años, y que dos de ellos estén comprendidos en los 15 años previos a pedir la jubilación anticipada. Para 2022, la edad ordinaria de retiro son 66 años y dos meses (con menos de 37 años y seis meses cotizados), así que se podría solicitar la jubilación anticipada a los 64 años y dos meses, como máximo. Si se acumulan 37 años y seis meses o más de contribuciones, la edad ordinaria para jubilarse de forma ordinaria serían los 65 años y, por lo tanto, la anticipada podría pedirse a los 63 años, como máximo. Se modifica, por tanto, el artículo 208 del TRLGSS[35], jubilación anticipada por voluntad del interesado, y el importe de la pensión no se reduce por trimestre como sucedía anteriormente, sino por mes. Existen varias excepciones en la aplicación de coeficientes reductores en la jubilación anticipada por razón del grupo o actividad profesional como los bomberos, artistas, profesionales taurinos, policía local o personal de vuelo, entre otros.

Eso sí, si la penalización es algo menos a mayor vida laboral (el máximo, igual o más de 44 años y 6 meses). Además, las penalizaciones pasan a efectuarse sobre la cuantía de la pensión y no sobre la base reguladora de la misma, como sucedía anteriormente. Esta medida afectará más si se venía cotizando por bases superiores a la pensión máxima y, por lo tanto, la pensión teórica calculada antes de aplicar los coeficientes por jubilación anticipada fuera superior a la pensión máxima[36]. Esta medida pretende que la penalización sea mucho mayor para aquellos perceptores de pensión máxima. Esta reforma es un elemento más de lo que se viene denominado como la "reforma silenciosa" de las pensiones, que disminuye la contributividad al mejorar las pensiones más bajas o no contributivas en detrimento de las pensiones más altas[37].

En cuanto a la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, vigente desde el 17 de marzo de 2013, permite al beneficiario retirarse con una edad real hasta cuatro años inferior a la ordinaria[38]. El trabajador debe cumplir una serie de requisitos como acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, de

[33] MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (MISSM): *Informe Detalle de Jubilación*. Junio 2021. En: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST44

[34] López Insua, B. M.: "La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 3 (1), 2018, p. 74.

[35] Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

[36] Tal y como se apunta en la disposición transitoria trigésima cuarta del TRLGSS para las pensiones que rebasen la cuantía máxima legalmente establecida, el nuevo sistema "entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2024 y se hará de forma gradual en un plazo de diez años".

[37] En este sentido, *vid*. Conde-Ruiz, J.I.: *Endurecer Jubilación Anticipada a perceptores de Pensión Máxima: profundizado en la "Reforma Silenciosa"*, 9-05-2022. En: https://nadaesgratis.es/j-ignacio-conde-ruiz/endurecer-jubilacion-anticipada-a-perceptores-de-pension-maxima-profundizado-en-la-reforma-silenciosa

[38] Sin que a estos efectos resulten de aplicación las bonificaciones de edad, de las que puedan beneficiarse los trabajadores de algunos sectores profesionales por la realización de actividades penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres y las personas con discapacidad igual o superior al 45 % o al 65 %.

los que al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los 15 inmediatamente anteriores al momento del retiro, proceder de un cese involuntario por causas objetivas de reestructuración empresarial[39], y encontrarse inscrito como demandante de empleo durante un plazo de al menos seis meses antes de la fecha de solicitud de jubilación. En cuanto a los coeficientes, en los dos años inmediatamente anteriores a la edad de jubilación ordinaria, se aplican los mismos coeficientes que en la modalidad voluntaria, si es más favorable y, además, se rebaja el coeficiente reductor correspondiente a cada uno de los seis meses previos a la edad de jubilación ordinaria, respecto de los establecidos para el caso de jubilación voluntaria.

Esto retiros están especialmente derivados de los Expedientes de Regulación de Empleo (ERE), pero también de la jubilación de colectivos profesionales cuyos trabajos son de naturaleza excepcionalmente penosa, peligrosa, tóxica o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad[40]. Estamos hablando de más de 250.000 personas, una cantidad que se ha incrementado considerablemente con los ERE ya ejecutados por las grandes empresas en los dos últimos años, que afectan a más de 35.000 trabajadores en sectores como la banca, el comercio y la automoción. Se ha convertido, por tanto, en una fórmula a la que acceden cada vez más trabajadores y trabajadoras desde una situación de baja o nula protección por desempleo. Y aquellos trabajadores que cesaron su relación laboral antes de abril de 2013 se les aplicaba la legislación anterior que les permitía jubilarse anticipadamente con 30 años de cotización y 61 años, siempre que se hubiesen jubilado antes del 1 de enero de 2020. Además, los despidos de 2021 garantizaban una cláusula de salvaguardia para que en ningún caso sufrieran un recorte mayor de la pensión cuando se jubilasen antes de tiempo.

Entre las novedades impulsadas por la Ley 21/2021 encontramos la creación de un nuevo *complemento para personas en jubilación anticipada con largas carreras de cotización,* que se abona desde marzo de 2022, y destinado a aquellas personas beneficiarias de pensión de jubilación causada entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021, que hubieran accedido a la pensión de jubilación anticipada de forma involuntaria como máximo cuatro años antes de alcanzar la edad ordinaria de jubilación con el siguiente matiz: si se hubiera procedido a este trámite de modo voluntario, la jubilación anticipada ha de producirse, como máximo, dos años antes de haber alcanzado la edad legal de jubilación. Además, se ha de acreditar una cotización mínima de 44 años y medio, pudiendo reducirse esta exigencia hasta los 40 años, como mínimo, en caso de pensiones inferiores a 900 euros al mes[41]. El tercer requisito es que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente hubiera sido superior en caso de aplicación de los coeficientes reductores vigentes a 1 de enero de 2022[42].

La cuantía del complemento viene determinada por la diferencia entre la cuantía resultante de aplicar a la pensión inicial los coeficientes reductores previstos en esta norma y la pensión inicialmente reconocida. El colectivo de personas beneficiarias de este complemento se jubiló

[39] Según la Seguridad Social, en función del reglamento del Estatuto de los Trabajadores (ET), tales casos son: Despido colectivo, conforme al art. 51 del ET; Despido objetivo, conforme al art. 52.c del ET; Extinción del contrato por resolución judicial; Cese por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, conforme al art. 44 del ET; Extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor, conforme al Art. 51.7 del ET; En el caso de la mujer trabajadora, extinción de la relación laboral a consecuencia de ser víctima de violencia de género.

[40] Tras el reconocimiento del retiro con 59 años de los policías locales -hay más 66.000 en activo- se disparó su cuantía y el número de afectados.

[41] Disposición Adicional 1.ª de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

[42] Según la memoria económica que en su día remitió el Gobierno al Congreso de los Diputados, el MISSM calculó que la medida podría afectar a más de 237.000 pensionistas; debe tenerse en cuenta la exclusión de unas 24.000 personas jubiladas anticipadamente, por cobrar la prestación máxima del sistema.

acreditando carreras de cotización muy extensas y percibiendo unas sumas que atendían a la normativa anterior. Sin el complemento, se encontrarían en situación de desventaja respecto de las jubilaciones anticipadas con aplicación de los nuevos coeficientes de la reforma[43]. Tienen, en todo caso naturaleza, de pensión de jubilación y se integran en la misma a todos los efectos, incluida la aplicación del límite del artículo 57 del TRLGSS. Este precepto expresa que el importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad Social por cada beneficiario no puede superar la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En cuanto a las *pensiones en favor de familiares* (387 millones de euros en 2022), es una prestación de la Seguridad Social perteneciente al nivel contributivo, es decir, los causantes de la misma serán personas que acrediten unos requisitos mínimos de cotización. Por parte del causante:

- Debe haber estado de alta o en situación asimilada al alta y haber cumplido 500 días ininterrumpidos en el periodo de los cinco años inmediatamente anteriores al deceso o 15 años en toda su vida laboral.
- Si no estaba en alta, debe haber cumplido 15 años en toda su vida laboral.
- No se exigirá periodo de cotizaciones previas si ya era pensionista o si su muerte se debió a un accidente profesional o enfermedad ocupacional.

Esta prestación consiste en una pensión que se concede a aquellos familiares que hayan convivido y dependido económicamente de la persona fallecida y que acrediten los requisitos exigidos (art. 226 TRLGSS). La prestación económica se calcula aplicando el porcentaje del 20 por ciento a la correspondiente base reguladora, siendo ésta diferente según la situación laboral del fallecido en la fecha de fallecimiento y de la causa que determine la muerte. Cuando existan varios beneficiarios, la suma de las cuantías de las prestaciones por muerte y supervivencia no puede exceder del 100 % de la base reguladora que corresponda. Esta limitación se aplicará a la cuantía inicial, pero no afectará a las revalorizaciones periódicas que procedan en lo sucesivo. Si no hay cónyuge sobreviviente, ni hijos con derecho a pensión, la cuantía de la pensión en favor de familiares se incrementará con el 52 por ciento correspondiente a la viudedad según orden de preferencia y con el límite del 100 por cien de la base reguladora.

Los complementos de pensiones contributivas para *reducir la brecha de género* (884,2 millones de euros en 2022), reconocidos en el artículo 60 del TRLGSS, se conceden a los progenitores que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarios de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social. Esta medida tiene como objetivo corregir una situación de injusticia estructural que se proyecta en el ámbito de las pensiones, dando visibilidad a la carencia histórica de políticas de igualdad.

Este complemento de maternidad del artículo 60 de la TRLGSS se le ha dado una nueva redacción por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social. En concreto, el título original "Complemento por maternidad de las pensiones contributivas por aportación demográfica a la Seguridad Social" pasa a denominarse "Complemento de pensiones

[43] No se establece una suma exacta. Abarcará entre 4,50 euros y 82 euros mensuales, llegando a un total de entre 63 y 1.148 euros adicionales, en catorce pagas. El cálculo se realiza atendiendo a la diferencia entre la pensión oficial y la que se habría percibido de aplicarse los nuevos coeficientes que ha fijado la normativa para el ejercicio 2022.

contributivas para la reducción de la brecha de género". El complemento de maternidad se calculaba como un porcentaje sobre la pensión hasta el 3 de febrero de 2021, dependiendo de los años cotizados y bases de cotización. Este complemento de maternidad se ha reconvertido en un "complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género" y el criterio para articular la medida, es el nacimiento y cuidado de cada hijo o hija, pudiendo acceder también los hombres cumpliendo una serie de requisitos. Este complemento por brecha de genero consiste en una cuantía fija, tras la revalorización aplicada en 2022, de 28 euros al mes por hijo, que se aplica desde el primer hijo y hasta un máximo de cuatro y se solicita a la vez que se solicita la pensión. Este complemento también se puede solicitar en el régimen de Clases Pasivas[44].

Por último, se analizan los gastos propios del sistema o conceptos no detallados suficientemente en el Presupuesto para saber qué tipo de gastos se están cubriendo[45]. De un lado, una partida de 3.549 millones de euros en 2022 para financiar el concepto de los *complementos de prestaciones contributivas sujetos a límites de ingresos*, que entendemos se refiere a determinadas prestaciones contributivas o que su importe está condicionado a límites de ingresos o a la obtención de rentas del trabajo. De otro, la partida ambiguamente identificada en el Cuadro 2 como "para financiar otros conceptos", que en 2022 ascendió a 5.085,2 millones de euros en 2022, aunque en el Informe económico y financiero de la LGSS 2022 se concreta algo más esta partida, ya que aparece denominada como "Cuantía equivalente a 1,5 puntos de cotización por otros conceptos de naturaleza no contributiva", que se refiere a los subsidios por desempleo. Se trata de una prestación ubicada en el SEPE que nunca ha estado incorporada al presupuesto del Sistema de la Seguridad Social. Actuaciones en todo caso que permiten proteger a personas (como los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), las prestaciones para autónomos o las medidas de alivio instrumentadas con exoneraciones de cotizaciones sociales que generan esta necesidad de financiación de la Seguridad Social[46].

Lo que podemos interpretar de esta partida de más de cinco mil millones de euros es que se corresponde a la habilitación de manera transitoria de la financiación del mecanismo RED con las dotaciones presupuestarias del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y la Tesorería General de la Seguridad Social, es decir, por los mismos organismos que hasta ahora han venido costeando los ERTE tradicionales, hasta que el fondo esté dotado de la cuantía suficiente para hacer frente a sus necesidades financieras.

El Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía aprobó el procedimiento y la constitución del Fondo RED para la solicitud de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) lo que permite el despliegue del artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores, fruto del acuerdo sobre reforma laboral. Ya el Real Decreto-ley 32/2021[47] -el de la reforma laboral- estableció que se constituiría "como fondo sin personalidad jurídica, adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social, un Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, que tendrá como finalidad atender a las necesidades futuras de financiación derivadas de la modalidad cíclica y sectorial del Mecanismo

[44] Disposición adicional decimoctava del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, en su nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2021.

[45] Cavas Martínez, F.: "La separación de fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social: realidades y nuevas propuestas", en Hierro Hierro, F.J. (Coord. y Dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo,* 2021, p. 106.

[46] García Díaz, M.A.: *Nota sobre el posible impacto presupuestario de la actualización de las pensiones con el IPC en 2023,* Apuntes 2022/09, abril 2022, p. 3.

[47] Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

RED en materia de prestaciones y exenciones a las empresas del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, incluidos los costes asociados a la formación, en la forma y condiciones previstas en su normativa de desarrollo". Sin embargo, no se puso fecha a ese objetivo y no se alcanzó un acuerdo con los agentes sociales. Esto significa, básicamente, que hasta que se desarrolle una partida presupuestaria específica para el RED, se pagará con los mismos recursos disponibles en las arcas públicas para los ERTE. Como dato, los expedientes de regulación temporal de empleo han costado al Estado más de 26.000 millones de euros desde marzo de 2020[48].

Se agradecería, en todo caso, un mayor detalle en la LPGE 2022, ya que el actual es claramente insuficiente, sobre todo en estas últimas partidas analizadas.

VI. Conceptualización de los gastos impropios

Las aportaciones del presupuesto del Estado se configuran legalmente como un recurso ordinario de la Seguridad Social y no como una fuente de financiación extraordinaria o niveladora, reservada para el caso de insuficiencia de los restantes recursos o, en general, de desequilibrios. Sucesivas normas reguladoras de prestaciones específicas fueron previendo la financiación del gasto originado por las mismas con cargo a fondos aportados por el Estado, conformando paulatinamente lo que se conoce como el nivel no contributivo de la Seguridad Social. Finalmente, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, incorpora al TRLGSS las modificaciones necesarias, que delimitan claramente dentro del Sistema el nivel contributivo y no contributivo, así como su financiación con cargo a recursos específicos que, en el caso del nivel no contributivo, los constituyen las aportaciones del Estado afectadas a cada prestación o finalidad.

El Pacto de Toledo 2020 se ha fijado como objetivo alcanzar en el corto plazo -a finales de 2023- la culminación del proceso de separación de fuentes de financiación de la protección contributiva y no contributiva del sistema como un paso decisivo para recuperar el equilibrio financiero en el corto plazo. La reforma consiste en la asunción por el Estado vía impuestos de partidas de gasto que en la actualidad son sufragadas a través de cotizaciones sociales, limitando la capacidad del sistema de afrontar el volumen de gasto en pensiones. Los gastos impropios son un conjunto de gastos que, a juicio de la Comisión del Pacto de Toledo 2020, son de naturaleza no contributiva y deberían contar con financiación tributaria. Entre esos gastos se encuentran, como hemos visto, parte de las prestaciones no contributivas (de carácter asistencial), políticas de incentivos al empleo a través de reducciones y bonificaciones de cuotas, políticas de apoyo a las familias o gastos de funcionamiento entre otros. De ahí que, con el objetivo de eliminar esos gastos de la Seguridad Social, se está procediendo a trasladar anualmente a los Presupuestos Generales del Estado esas partidas consideradas al margen del sistema de prestaciones contributivas de la Seguridad Social para que sean financiados con impuestos y no con cotizaciones sociales.

La asunción progresiva por el Estado de esta relación de gastos modifica el artículo 109 del TRLGSS y se ajusta a un calendario que busca acabar con el déficit financiero de la Seguridad Social y con la política de préstamos del sistema en un plazo breve de tiempo. Según el ejecutivo, estos gastos impropios ascenderán en 2023 a 22.871 millones de euros y suponen en torno al 1,6 por ciento del PIB[49].

[48] Lo que figuró en el Real Decreto-ley es que esta hucha se nutriría de "los excedentes de ingresos que financian las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo y asistencial, las aportaciones que se consignen en los Presupuestos Generales del Estado, las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea orientados al cumplimiento del objeto y fines del Fondo, así como los rendimientos de cualquier naturaleza que genere el Fondo".

[49] COMISIÓN DE SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DEL PACTO DE TOLEDO, Comparecencia de José Luis Escrivá, Ministro del MISSM, 9 de septiembre de 2020.

Pero ¿qué criterios se podrían valorar para delimitar una prestación como "impropia" o, por el contrario, "propia" del sistema contributivo de la Seguridad Social? El siguiente Cuadro 3 resume los elementos que se describen a continuación.

Cuadro 3. Características estructurales de los gastos impropios

Gastos impropios según el Pacto de Toledo 2020	Actualmente se considera GASTO IMPROPIO (financiado por LPGE, Art. 16 Ley 20/2021)	1, Prestación no contributiva (no relacionada con las cotizaciones)	2. Objetivos de la prestación		3. Regulación interna de las cotizaciones
			Aumento del número futuro de cotizantes	Aumento del empleo	
Prestación por nacimiento y cuidado del menor	SI	NO	X		
Reducciones en las cotizaciones sociales	SI (bonificaciones) NO (deducciones)	SI		X	
Subvenciones implícitas al REM, SEA y contratos de formación	SI	SI		X	X
Jubilación anticipada sin coeficiente reductor ni cotización adicional	SI	SI			X
Jubilación anticipada involuntaria (edad inferior a la ordinaria de jubilación)	SI	SI			X
Jubilación anticipada con largas carreras de cotización	SI	SI			X
Integración de lagunas	SI				X
Pensiones en favor de familiares	SI	SI			X
Complemento de pensiones contributivas para reducir brecha de género	SI	NO	X		
Complementos de prestaciones contributivas, sujetos a límites de ingresos	SI	NO			X
Subsidios de desempleo	SI			X	
Complementos a mínimos de pensiones contributivas	SI				X
Gastos indiscutiblemente impropios:	SI	SI			
Pensiones no contributivas	SI	SI			
Protección familiar no contributiva	SI	SI			
Ingreso mínimo vital	SI	SI			
Atención a la dependencia	SI	SI			
Sanidad, servicios sociales y otras transferencias	SI	SI			

El primer criterio es el de la propia contributividad, es decir, un gasto es contributivo si la cuantía que recibe el beneficiario depende de su aportación al sistema. El criterio de prestación "impropia" sería, por tanto, aquella cuya cuantía no depende del nivel contributivo del beneficiario. Así, la mayoría de los gastos impropios definidos por el Pacto de Toledo cumplen, en principio, esta condición, aunque en muchos casos, no se cumple de forma completa o general. Así, por ejemplo, según algunos autores, en la prestación por nacimiento y cuidado del menor, siguiendo una pura lógica de aseguramiento, deberían ser los asegurados y beneficiarios del sistema los que soportaran, a través de las cotizaciones, la financiación de tales subsidios, y no el conjunto de los ciudadanos, al calcularse las prestaciones sobre las bases de cotización[50]. Sin embargo, los legisladores transitan la vía contraria, de tal manera que en el futuro quieren dotar a esta prestación por crianza de un carácter universal, sin hacerla depender de las cotizaciones de los padres y siendo compatible con otras prestaciones.

En otros casos, la prestación se realiza condicionada a unos requisitos mínimos de cotización, por ejemplo, las pensiones en favor de familiares. Es decir, no se da una ayuda universal, sino una prestación condicionada a determinados requisitos de cotización, por lo que, en parte, tienen relación con la cotización y, por ello, no son gastos totalmente impropios. De hecho, estas pensiones se regulan como contributivas, puesto que se accede a ellas por cumplir ciertos requisitos relativos a la contribución al sistema de la Seguridad Social. Si se demandan condiciones contributivas, parece adecuado financiar estas pensiones por las cotizaciones, puesto que, en caso contrario, se rompería la lógica de la financiación del sistema. La financiación por impuestos llevaría a que estas pensiones tuvieran necesariamente que cambiar su naturaleza hacia la asistencialidad y convertirse en no contributivas, siendo la carencia de rentas de los familiares la que debería generar el derecho y no fuera necesario acreditar unos requisitos mínimos de cotización como

[50] Panizo Robles, J.A.: "De nuevo el «Pacto de Toledo». Breve análisis de las recomendaciones del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020", *CEF-Laboral Social*, p. 7. En: https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/PANIZOROBLES_PACTOTOLEDO2020_ANALISIS.pdf

la propia legislación ha ido anunciando y como sucede en otros países de nuestro entorno. Este mismo debate se extiende a su vez a las pensiones de orfandad y viudedad.

Otro ejemplo son las pensiones contributivas para reducir la brecha de género, que solo se conceden a los beneficiarios de una pensión contributiva de jubilación. Por tanto, aunque su importe es no contributivo (es una cantidad fija e independiente de la contribución realizada), al solo poder beneficiarse quien haya contribuido y tenga una pensión contributiva, este elemento no es impropio.

El segundo criterio de delimitación del carácter impropio o propio de una prestación es su relación con objetivos de política económica y laboral que pueden beneficiar al equilibrio financiero de la Seguridad Social a medio y largo plazo. Concretamente hay dos políticas en este sentido, las políticas que favorecen la natalidad, por la que aumenta el número futuro de cotizantes, y las políticas que favorecen el empleo, que aumenta el número presente de cotizantes. La idea subyacente a estas actuaciones es que el coste presente de estas políticas se puede recuperar con creces en el futuro por el incremento del número de cotizantes. En este sentido, no serían prestaciones impropias, ya que su objetivo enlaza con los objetivos del propio sistema de pensiones públicas. Así ocurre si las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor o las que buscan reducir la brecha de género también asociadas a la natalidad y el cuidado de los hijos, promueven un incremento de los nacimientos y, por tanto, un aumento de los futuros cotizantes. El mismo razonamiento se puede aplicar a las prestaciones que implican una posible mejora en la empleabilidad, por ejemplo, con las reducciones en las cotizaciones sociales para incentivar el empleo, con el incentivo al acceso o al mantenimiento del empleo en determinados colectivos con las subvenciones al REA, SEA y los contratos de formación, o con los subsidios de desempleo, en este último caso, para facilitar la búsqueda de empleo de los desempleados. No obstante, varios estudios han indicado que la efectividad de estas políticas para mejorar el empleo o la natalidad es muy reducida, por lo que primaría el efecto impropio de estas prestaciones (de ayuda a colectivos desfavorecidos) que su carácter propio.

Las recomendaciones del Pacto de Toledo 2020 van en la línea del MISSM al considerar las políticas de incentivos al empleo como gastos impropios. En concreto, la recomendación número 14 del Pacto de Toledo 2020 afirma que "…de acuerdo con el principio de separación de fuentes, la financiación de los incentivos al empleo no podrá hacerse con cargo a las cotizaciones sociales". Asimismo, la recomendación número 6 señala que "un sistema de incentivos debe concebirse como una herramienta excepcional y concentrarse en las situaciones y colectivos cuyo empleo se persigue favorecer de forma singular". No obstante, la otra cara de la moneda es que, si este tipo de mecanismos se demostrara que funcionan, cuestión harta discutible[51], también generarán unos ingresos, los cuales deberían considerase como "ingresos impropios", siguiendo la misma terminología empleada por el MISSM de Inclusión, Seguridad Social. De este modo, habría que habría que excluir tanto a unos como a otros como elementos inherentes del sistema de Seguridad Social[52].

El tercer criterio de delimitación de los gastos impropios es el elemento técnico que sirve para calcular las pensiones contributivas efectivamente cobradas por los pensionistas. Hay que

[51] Según estudios empíricos realizados se constata que los incentivos a la contratación no son la solución, sino un medio temporal para incentivar la contratación temporal de colectivos muy concretos y en alto riesgo de exclusión social. *Vid.* García Pérez, J.I.: "NeG Visual y Básico: Tarifa plana…."encefalograma plano", Blog *Nada es Gratis*, 9 de junio de 2014. En: https://nadaesgratis.es/admin/neg-visual-y-basico-tarifa-plana-encefalograma-plano

[52] Devesa Carpio, J.E.: "La necesaria evaluación de las políticas públicas de incentivos al empleo", en Hierro Hierro, F.J. (Coord. y Dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo,* 2021, p. 321.

recordar que el cálculo de las pensiones en España no se basa exclusivamente en las cantidades efectivamente aportadas por los pensionistas, sino en una serie de cálculos técnicos en los que, junto a las cantidades aportadas, se incluyen otros elementos paramétricos como el número de años cotizados o la edad en la que empieza la jubilación. Por tanto, estos otros elementos también forman parte de la contributividad del sistema. Dicho de otro modo, dos pensionistas que se jubilen en el mismo día y que hayan aportado la misma cantidad de contribuciones al sistema de la Seguridad Social, pueden no cobrar la misma pensión si los otros elementos paramétricos no son similares, por ejemplo, si uno de ellos ha aportado una menor cantidad durante más años y el otro ha concentrado sus aportaciones en pocos años. Por ello, estos elementos paramétricos también forman parte inseparable del elemento contributivo del sistema, y los cambios introducidos en los parámetros no pueden ser considerados como elementos impropios o no contributivos. De hecho, los gobiernos españoles, desde los años 1980, han ido cambiando estos elementos paramétricos en el sistema de Seguridad Social, aumentando el número mínimo de años para tener derecho a recibir una pensión contributiva para calcular la base de la pensión, o atrasando la edad efectiva de jubilación. Por ello, las políticas que introducen cambios en estos elementos paramétricos no está claro que tengan que ser consideradas como gastos impropios o no contributivos. Así ocurre con numerosos gastos definidos como impropios (*vid.* Cuadro 3) que introducen variaciones en el importe de las cotizaciones en determinados momentos (desempleo, regímenes especiales), en la edad de jubilación o en otros elementos como la integración de lagunas.

Un ejemplo de lo anterior está en las pensiones a favor de familiares y en la pensión de viudedad. La pensión de viudedad se considera un gasto contributivo, ya que se basa en la idea de que la pensión no solo la disfruta el propio pensionista individual que ha realizado sus contribuciones, sino también el núcleo familiar directo que, tradicionalmente, ha sido dependiente de ese pensionista (generalmente la viuda). Si el sistema fuera puramente contributivo y la pensión se basara exclusivamente en la cantidad aportada, esa cantidad la recibiría el titular de la pensión o sus herederos a su muerte. Pero como no se basa en esa cantidad sino en otras reglas paramétricas, al fallecimiento del pensionista se suprime todo derecho de cobro (aunque el pensionista fallezca nada más jubilarse y, por tanto, no reciba nada de lo que ha aportado, el principio de solidaridad del sistema permite esta situación), pero si el pensionista deja una viuda (o viudo) que se queda en situación de vulnerabilidad por haber dependido los ingresos familiares (y las aportaciones contributivas) de un solo miembro de ese matrimonio, el sistema de pensiones reconoce ese derecho (no total, sino del 52 %) de la pensión del cónyuge fallecido. Por tanto, si se introducen otras reglas paramétricas por la que los cuidadores familiares de ese pensionista (aparte del cónyuge) pueden recibir bajo ciertas circunstancias una parte de la pensión del fallecido (un 20 %), no se entiende que esta regla se considere gasto impropio o no contributivo, mientras que las pensiones de viudedad sí se consideran contributivas. Además, la Comisión del Pacto de Toledo 2020 no ha recogido esta partida como un posible "gasto impropio", a pesar de tener un carácter no contributivo y asistencial, los incrementos de la base reguladora que perciben las viudas con menores recursos o mayores de 65 años sin trabajo y rentas.

A continuación, analizamos todos los gastos impropios a la luz de los tres criterios recién explicados.

— Hay una serie de gastos que, en nuestra opinión, son claramente y sin dudas impropios, son los que aparecen al final del Cuadro 3. Estos gastos no están relacionados con las cotizaciones (sobre todo las pensiones no contributivas y la protección familiar no contributiva) ni se les aplican los otros dos criterios, ya que

se relacionan con políticas ajenas a la Seguridad Social, como la pobreza (Ingreso mínimo vital), la dependencia o los servicios sanitarios y sociales[53].

— La prestación por nacimiento y cuidado de hijos o del menor tiene naturaleza contributiva en la actualidad, salvo el subsidio asistencial por maternidad. No se contempla paralelamente una minoración proporcional en el importe de la cuota por contingencias comunes, con cargo a la cual se financian actualmente. No parece muy razonable seguir manteniendo un sistema de cálculo donde las prestaciones se obtienen sobre bases de cotización, lo que significa que se guarda una relación con los salarios percibidos y cotizados por sus beneficiarios, si se quiere financiar esta prestación con cargo a la tributación general. Por tanto, no sería gasto impropio por la forma de cálculo ni porque cumple un objetivo de aumentar el número futuro de cotizantes. Se podría potenciar su financiación con cargo a la fiscalidad general.

— Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. Es una actuación muy parecida a la anterior, ya que tiene que ver con la política de natalidad. Este complemento se ha configurado como una pensión publica a todos los efectos, si bien, su financiación se realiza como una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social (disposición adicional trigésima sexta TRLGSS, dada por el Real Decreto-Ley 3/2021). Como ya se indicó anteriormente, por una parte, puede ser considerado como gasto impropio, porque es una cuantía fija, si bien, aquellas personas que no han cotizado no tienen derecho a percibirlo. Se podría potenciar su financiación con cargo a la tributación general.

— Reducciones en la cotización social: tarifas planas de autónomos, reducciones en regímenes especiales (sistema especial agrario por cuenta ajena y el sistema especial de empleados de hogar del RGSS o través de ayudas por anticipo de la edad de jubilación), reducciones para la contratación del régimen general (por ejemplo, los contratos de los jóvenes en formación y el aprendizaje). Son políticas que abaratan el coste laboral y permiten un mayor nivel de afiliación, generando mayores cotizaciones. Se podría potenciar su financiación con cargo a la tributación general, pero considerar estas subvenciones como gasto no contributivo equivaldría a sustituir cotizaciones sociales por impuestos, algo que no está relacionado con la financiación de situaciones de necesidad o de carácter universal.

— Subvenciones implícitas a regímenes especiales (régimen especial del mar, sistema especial agrario, contratos de formación) (1.014 millones de euros). Se podría potenciar su financiación con cargo a la tributación general, aunque aplica también la prevención del punto anterior.

— Parte de políticas no contributivas que se están financiando con las cuotas de empresas y trabajadores. Se refiere a políticas de empleo y no influyen en el déficit del sistema de la Seguridad Social, sistema que no incluye el SEPE. No obstante, en la actualidad parte de esos gastos los asume el SEPE (las bonificaciones) pero parte las sigue asumiendo la Seguridad Social (las deducciones de las cuotas), por lo que sería importante definir y asignar estas políticas de forma más clara.

[53] "El Ingreso Mínimo Vital (IMV) puede ser una medida que posibilite la creación de una sociedad integrada e inclusiva, siendo, por lo demás, una medida de Seguridad Social No Contributiva que tiene una doble dimensión pasiva (reparadora) y proactiva (formativa y orientada hacia la inserción profesional)". pp. 24-25. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº 24, 2020, pp. 24-25.

— Políticas sobre la jubilación anticipada: largas carreras de cotización, jubilación anticipada sin coeficiente reductor ni cotización adicional, jubilación anticipada involuntaria. La tendencia es ir eliminando o al menos reduciendo estas políticas, porque se intenta retrasar la edad de jubilación. En nuestra opinión, no tendrían un carácter de gasto impropio, porque se enmarcan en las propias reglas paramétricas del sistema, aunque se podría potenciar su financiación con cargo a la tributación general.

— Otras políticas paramétricas: integración de lagunas de cotización, pensiones en favor de familiares, complementos a mínimos de pensiones contributivas. Se aplica el mismo criterio que en el grupo anterior. Además, la integración de lagunas de cotización solo se hace en el régimen general pero no en el de autónomos.

— Por último, y aunque no está en el cuadro, los gastos de funcionamiento de los servicios correspondientes a las funciones de afiliación, recaudación y gestión económica y patrimonial, así como los gastos de gestión de las prestaciones contributivas, también se quieren considerar como gastos impropios. Este es uno de los elementos más dudosos de ser considerados impropios, ya que forma parte inseparable del propio sistema, un sistema donde se realizan cotizaciones y se utilizan para pagar pensiones contributivas necesita un sistema administrativo para desarrollar esas funciones, son gastos necesarios para llevar a cabo las actuaciones propias de la Seguridad Social, por lo que no tiene sentido que alguien sin relación con la Seguridad Social pague con impuestos estos gastos.

VII. Reflexiones finales

La Seguridad Social es uno de los instrumentos más poderosos para asegurar la supervivencia del régimen de economía occidental liberal y social en el que se sustenta la sociedad española. Este organismo, más que cualquier otro instrumento, ha venido a establecer en las sociedades avanzadas un cierto intervencionismo estatal necesario en el funcionamiento de una economía libre de mercado de cara a proteger a los más desprotegidos, especialmente en edades avanzadas. El sistema de pensiones viene configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, basándose en los principios de universalidad, solidaridad y suficiencia. Este último principio garantiza la adecuación de las cuantías de las pensiones para que los pensionistas puedan hacer frente a sus necesidades.

El debate que hemos analizado en este artículo sobre los gastos propios e impropios se extiende a la reconfiguración del modelo, por el peso que se está trasladando del sistema contributivo a uno asistencial, tanto a nivel financiación como a nivel prestaciones. Se trata de afrontar, por tanto, los desafíos de largo plazo, principalmente el envejecimiento poblacional consecuencia de la jubilación de la generación del *baby boom* de una manera más ordenada. Además, la Seguridad Social está siguiendo estos últimos años un proceso expansivo, aumentando los costes de protección social, con objeto de alcanzar niveles suficientes de cohesión social que en gran parte está reconfigurando la organización y financiación del sistema. En ese sentido, las aportaciones del Estado a la Seguridad Social se prevén como progresivas y con carácter permanente en los Presupuestos Generales del Estado por exigencias de la coyuntura. Esta solución para las finanzas de la Seguridad Social se sustancia en un traspaso de números rojos al Presupuesto General, y es un paso necesario para conocer la capacidad del sistema para afrontar el tramo contributivo de las pensiones. En cualquier caso, la Comisión Europea evaluará con las autoridades españolas la sostenibilidad de su sistema de pensiones en el año 2023 muy tensionada por el aumento del coste derivado de la inflación.

El principio de separación de fuentes de financiación es una forma de intentar remediar las políticas que han venido mermado durante las últimas décadas los recursos del sistema, al haber sobrecargado las cotizaciones de la Seguridad Social en pagar políticas sociales ajenas del sistema contributivo. La asunción de "gastos impropios", que se ha analizado en este artículo, por parte del Estado mediante transferencias al presupuesto de la Seguridad Social se valora como una medida positiva para atajar parte del déficit de la Seguridad Social. No obstante, sería necesario un mayor detalle y nivel de información en el Presupuesto de la Seguridad Social que concretara los gastos que caen bajo este genérico catálogo de impropios, de manera que se pudiese fundamentar en su caso de una forma clara y solida el trasvase de todas esas partidas a la financiación del Estado. Por tanto, sería conveniente confirmar la legitimidad de los importes y muy especialmente los conceptos y naturaleza de esos gastos impropios de la Seguridad Social a través de una auditoría por parte del Tribunal de Cuentas. Como se ha analizado en algunas partidas, ni el detalle del gasto ni su simple definición arbitraria como impropio es suficiente para que sea asignado a la financiación estatal en vez de a las cotizaciones sociales.

La Seguridad Social seguirá registrando ingresos propios (cotizaciones) por debajo de los gastos propios de pensiones y será la deuda del Estado mediante transferencias la que asuma el déficit impropio (o no), lo cual podría significar un aumento de la carga impositiva para financiar el gasto en pensiones. Esto podría alterar el delicado equilibrio en el que se fundamenta el modelo de pensiones públicas entre los principios de contributividad y solidaridad, lo que exigiría reformular algunas de las hipótesis de este. El sistema contributivo se diferencia de un sistema impositivo en su carácter finalista, es decir, por el hecho de que al haber cotizado durante un determinado periodo de tiempo se genera el derecho a percibir una prestación contributiva, por lo que en la medida en que esta proporcionalidad desaparece, el sistema se va transformando en una mera carga impositiva que grava el trabajo productivo.

Finalmente, la asignación de gastos impropios no es ninguna garantía de la sostenibilidad del sistema público de pensiones en el largo plazo. El incremento del gasto previsto para las próximas décadas en pensiones por el envejecimiento de la población y la deriva en el desarrollo y progresiva ampliación del Estado del Bienestar exige de nuevos mecanismos que complementen la financiación de la Seguridad Social, más allá de las cotizaciones sociales y los gastos impropios.

VIII. Bibliografía

AIReF: *Opinión de la AIReF sobre la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social*, Opinión 1/19, 9 enero 2019.

BANCO DE ESPAÑA (Comisión de asuntos económicos y transformación digital comparecencia en el congreso de los diputados): *Informe anual Banco de España 2021*, presentación del Gobernador del Banco de España (Pablo Hernández de Cos), Congreso de los Diputados, 1 de junio de 2022.

Cavas Martínez, F.: "La separación de fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social: realidades y nuevas propuestas", en Hierro Hierro, F.J. (Coord. y Dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo,* 2021.

COMISIÓN DE SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DEL PACTO DE TOLEDO, Comparecencia de José Luis Escrivá, Ministro del MISSM, 9 de septiembre de 2020.

Conde-Ruiz, J.I.: *Endurecer Jubilación Anticipada a perceptores de Pensión Máxima: profundizado en la "Reforma Silenciosa"*, 9-05-2022.

De la Fuente, A.: *¿Cuánto cuesta actualizar las pensiones con la inflación?*, Apuntes 2019/01, Fedea. 2019.

De Sotomayor, L.D.Á.: "El impacto de los incentivos económicos a la contratación ya la actividad autónoma en la sostenibilidad del Sistema Español de Seguridad Social", *Documentación laboral*, nº 103, 2015.

Devesa Carpio, J.E.: "La necesaria evaluación de las políticas públicas de incentivos al empleo", en Hierro Hierro, F.J. (Coord. y Dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo,* 2021.

Devesa Carpio, J.E.: "La necesaria evaluación de las políticas públicas de incentivos al empleo", en Hierro Hierro, F.J. (Coord. y Dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo,* 2021.

EUROSTAT: *Distribución del gasto en protección social en España y la Unión Europea*, 2022.

FUNCAS: *Panel de Previsiones de la Economía Española*, julio 2022.

García Díaz, M.A.: *Nota sobre el posible impacto presupuestario de la actualización de las pensiones con el IPC en 2023,* Apuntes 2022/09, abril 2022.

García Pérez, J.I.: "NeG Visual y Básico: Tarifa plana…"encefalograma plano", Blog *Nada es Gratis*, 9 de junio de 2014.

López Insua, B.M.: "La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 3 (1), 2018.

López Insua, B.M.: "Los planes privados de pensiones a debate tras la reforma del Pacto de Toledo", *Revista de Derecho Social,* nº 98, editorial Bomarzo, abril 2022.

MINISTERIO DE INCLUSION, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (MISSM): *Informe Detalle de Jubilación.* Junio 2021.

MINISTERIO DE INCLUSION, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (MISSM): *Informe Económico y Financiero a los Presupuestos Generales del Estado de la Seguridad Social de 2022*.

Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* (REJLSS), nº 3, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº 24, 2020.

Morel, N. Palier, B. y Palme, J.: "Beyond the welfare state as we knew it?" En: *Towards a social investment welfare state? Ideas, Policies and Challenges*. Bristol, Policy Press, 2011.

Panizo Robles, J.A.: "De nuevo el «Pacto de Toledo». Breve análisis de las recomendaciones del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020", *CEF-Laboral Social*, p. 7.

TRIBUNAL DE CUENTAS: *Informe de fiscalización sobre la evolución económico-financiera de la Seguridad Social a 31 de diciembre de 2018*, 2020.

COMUNICACIONES

La sostenibilidad del sistema público de pensiones: un debate recurrente

FARAH AMAADACHOU KADDUR
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. Introducción

El aumento significativo de la esperanza de vida, combinado con el envejecimiento progresivo de la población, el descenso continuado de la tasa de natalidad, entre otras variables, apuntan hacia una marcada tendencia con sólidos indicios que testimonian una clara vocación de continuidad para los próximos años, lo que ha generado un serio y profundo debate en torno al factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones, especialmente para dar respuesta al gran reto demográfico que representa la jubilación de la generación del «*baby boom*».

Resulta remarcable tanto la situación actual como las perspectivas futuras que plantea el envejecimiento progresivo de la población, sin perjuicio de la convergencia e incidencia de otros factores de muy diversa naturaleza, lo cual ha suscitado una preocupación considerable a nivel social.

El presente estudio pretende abordar los principales elementos concernientes a esta cuestión, que reviste una gran complejidad, centrándome, en concreto, en el marco de un modelo de jubilación flexible en el que se refuerza los instrumentos de incentivo y desincentivo previstos para los supuestos de jubilación anticipada y demorada, en sintonía con la recomendación 12 del Pacto de Toledo, así como dar testimonio de los cambios habidos especialmente en la etapa más reciente de su trayectoria evolutiva para conocer el estado actual de la cuestión.

2. La sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del pacto de Toledo: principales objetivos

En fecha reciente, tras la aprobación de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, se pone de manifiesto la relevancia de la aprobación del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, el 19 de noviembre de 2020 por el pleno del Congreso de los Diputados. Por tercera vez, desde su aprobación inicial en el año 1995, se recogen una serie de recomendaciones en las que se pone en valor la centralidad del sistema público de pensiones en el marco de nuestro Estado social y democrático de derecho y, al mismo tiempo, se establecen las principales líneas de actuación para los próximos años.

En primer lugar, la renovación del Pacto de Toledo supone el reforzamiento de las señas de identidad de nuestro sistema público de Seguridad Social y una nueva oportunidad para abordar uno de los grandes retos demográficos que debe afrontar con motivo de la jubilación de la generación del «*baby boom*». También supone un significativo cambio de rumbo en virtud de la orientación fallida de la reforma operada en el año 2013, en tanto que se deroga el índice de Revalorización de Pensiones que en la citada reforma se contemplaba, con el objetivo de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones en los términos que plantea el Pacto de Toledo. Así pues, la nueva fórmula de revalorización toma como referencia la evolución del IPC.

En segundo lugar, esta versión renovada del Pacto de Toledo se ha gestado en un contexto excepcional marcado por la pandemia ocasionada por la COVID-19 y cuyas consecuencias devastadoras no han hecho sino remarcar la necesidad de forjar un compromiso reforzado en aras a preservar el merecido protagonismo de nuestro sistema público de pensiones[1].

En tercer lugar, hay que destacar el Plan de recuperación, transformación y resiliencia para la ejecución de los fondos europeos hasta 2023 recurriendo para ello al instrumento Next Generation EU. El componente 30 del Plan de recuperación, transformación y resiliencia[2], dedicado específicamente a la sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo, dispone que la reforma en materia de pensiones está claramente orientada a asegurar la sostenibilidad financiera del sistema en el corto, medio y largo plazo, así como mantener el poder adquisitivo, preservando su adecuación y la suficiencia en la protección frente a la pobreza, garantizando de este modo la equidad intergeneracional. Sobre la base del amplio consenso parlamentario sustanciado en la aprobación de las recomendaciones del marco del Pacto de Toledo, se propone un paquete de medidas sobre la separación de fuentes de financiación; un mecanismo de revalorización de las pensiones que garantice el mantenimiento del poder adquisitivo; el necesario acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad legal recurriendo para ello a incentivos para la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en lo concerniente a la regulación de las jubilaciones anticipadas; adecuar el periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación a los nuevos modelos de carrera profesional; establecer un nuevo sistema de cotización para los trabajadores autónomos sustentado sobre la base de los ingresos reales que refuerce la convergencia de los regímenes de pensiones; revisar el sistema de previsión social complementaria, fomentando el desarrollo de planes de pensiones de empleo mediante la negociación colectiva.

En cuarto y último lugar, la renovación del Pacto de Toledo constituye la expresión de un consenso que ha propiciado la apertura de un proceso de diálogo con los interlocutores sociales

[1] Cabero Morán, E.: «Del factor de sostenibilidad de las pensiones al mecanismo de equidad intergeneracional», *Trabajo y Derecho,* 2022, núm. 87, pp. 4 y ss.

[2] https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf

como elemento clave para la consecución de una reforma estructural con vocación de proyección en el tiempo para varias generaciones.

La propia experiencia muestra como la efectividad de las reformas que se pretenden acometer en materia de pensiones precisan un amplio consenso para garantizar su estabilidad. El objetivo principal es reforzar el sistema y, al mismo tiempo, adaptarlo a los cambios demográficos y sociales. De ahí la importancia del acuerdo alcanzado y ratificado por el pleno del Congreso el 19 de noviembre de 2020, para garantizar la sostenibilidad y suficiencia del sistema público de pensiones a largo plazo, junto con una serie de objetivos concretos que marcan las líneas de actuación que han de llevarse a cabo con carácter prioritario. Entre estos objetivos se encuentra: la eliminación del déficit del que adolece el sistema, en este sentido resulta necesario amortiguar el incremento del gasto derivado de la jubilación de los *baby boomers* y del aumento de la esperanza de vida, a tales efectos se plantean dos actuaciones principales, por un lado, impulsar la elevación de la edad efectiva de jubilación recurriendo para ello a incentivos de carácter voluntario con el objetivo de acercarla a la edad legal, completando el despliegue progresivo de la reforma consensuada en el año 2011 y paralelamente creando incentivos para ello, introduciendo cambios en el sistema de coeficientes reductores de la jubilación anticipada para eliminar distorsiones, y también modificando la configuración de los incentivos para fomentar la jubilación demorada. Por otro lado, reformular el factor de sostenibilidad actual por otro mecanismo negociado con los interlocutores sociales y al mismo tiempo avalado por el Pacto de Toledo, incorporando en su diseño el objetivo de equidad intergeneracional en cuanto al acceso a las pensiones, pero sin sobrecargar en las generaciones más jóvenes el ajuste originado por la llegada a la edad de jubilación de los *baby boomers,* y con posibilidad de operar en los parámetros del sistema sobre los ingresos y gastos. Retocar los ajustes paramétricos que han permitido elevar la edad efectiva de jubilación hasta situarla por encima de la media europea, impulsar la prolongación voluntaria del acceso a la jubilación valorando los incentivos existentes para identificar los elementos que los hagan más efectivos, incidiendo en diferentes vertientes, tales como, el grado de conocimiento de la población, en la confección de su diseño y prestando atención a las variables institucionales que dificultan su ejercicio, de manera paralela, contemplar beneficios para que las empresas mantengan estos trabajadores a la par que se fomenta su capacitación para mejorar su empleabilidad. Otro de los grandes objetivos es garantizar el poder adquisitivo de los pensionistas mediante la vinculación de la revalorización de las pensiones a la inflación media registrada en el ejercicio anterior. Por otro lado, desarrollar sistemas complementarios de pensiones dentro del ámbito empresarial y profesional, en concreto, se recurrirá a fondos de pensiones de promoción pública que posibiliten la extensión de los planes de pensiones al conjunto de trabajadores mediante la negociación colectiva e incentivos fiscales. En definitiva, se plantea el desarrollo de nuevos mecanismos voluntarios que favorezcan la capacidad de ahorro y de inversión.

En cualquier caso, es incuestionable que la maduración del sistema de pensiones comporta un incremento del gasto a lo largo de los próximos años, especialmente con motivo de la jubilación de la generación del «*baby boom*». Hay que reforzar las fuentes de financiación de manera que se pueda amortiguar el incremento del gasto para que sea asumible cuando sea mayor la presión sobre el sistema público de pensiones. En la misma línea, se ha de compatibilizar, por un lado, el mantenimiento del poder adquisitivo de quienes ostentan la condición de pensionistas en la actualidad y, por otro lado, garantizar unas pensiones adecuadas para los futuros pensionistas preservando el equilibrio intergeneracional.

3. Principales factores desencadenantes

3.1. El incremento significativo de la esperanza de vida

La expectativa de vida[3] de la población española se ha incrementado de manera considerable en los últimos tiempos, tal y como se muestra claramente en la siguiente tabla elaborada a partir de la información suministrada por el Instituto Nacional de Estadística. Este hecho ligado al incremento de la longevidad conlleva, sin duda, importantes desafíos sociales, económicos y financieros que hay que afrontar.

Tabla: Esperanza de vida en España

Fecha	Total nacional: ambos sexos -años-	Mujeres -años-	Hombres -años-
1975	73,44	76,25	70,53
1976	73,76	76,61	70,81
1977	74,24	77,12	71,27
1978	74,44	77,37	71,41
1979	74,91	77,91	71,81
1980	75,44	78,41	72,36
1981	75,61	78,63	72,51
1982	76,22	79,19	73,15
1983	76,02	79,00	72,94
1984	76,39	79,51	73,18
1985	76,34	79,54	73,08
1986	76,61	79,75	73,40
1987	76,84	80,07	73,55
1988	76,86	80,15	73,52
1989	76,90	80,36	73,42
1990	76,91	80,41	73,40
1991	77,07	80,65	73,49
1992	77,51	81,14	73,89
1993	77,66	81,23	74,09
1994	78,03	81,60	74,47
1995	78,12	81,72	74,53
1996	78,26	81,88	74,66
1997	78,76	82,23	75,29
1998	78,87	82,31	75,42
1999	78,87	82,32	75,43

[3] Entendiendo por esperanza o expectativa de vida el número medio de años que esperaría seguir viviendo una persona de una determinada edad en caso de mantenerse el patrón de mortalidad por edad (tasas de mortalidad a cada edad) actualmente observado, según la definición del INE.
Por tanto, es un indicador que nos permite comparar generaciones y analizar tendencias.
Instituto Nacional de Estadística. Disponible en: http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p. 1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout

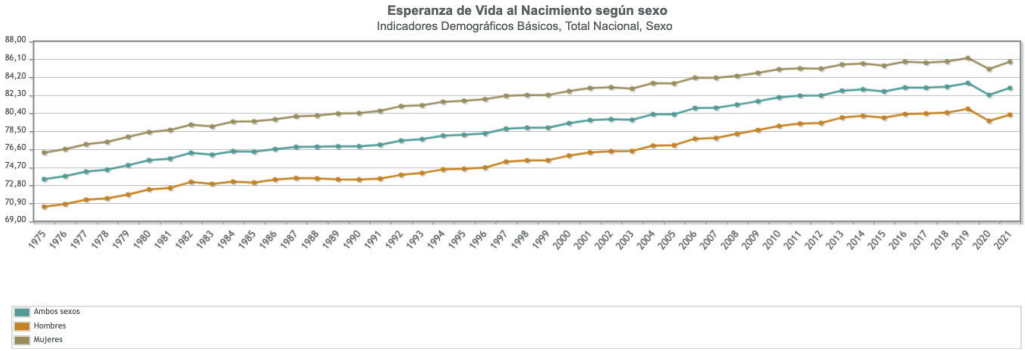
2000	79,34	82,73	75,93
2001	79,67	83,05	76,27
2002	79,76	83,14	76,38
2003	79,70	82,99	76,41
2004	80,29	83,57	76,98
2005	80,28	83,54	77,02
2006	80,94	84,15	77,71
2007	80,97	84,14	77,78
2008	81,3	84,33	78,22
2009	81,66	84,65	78,62
2010	82,07	85,03	79,05
2011	82,25	85,13	79,30
2012	82,27	85,10	79,37
2013	82,78	85,54	79,94
2014	82,92	85,64	80,12
2015	82,70	85,41	79,92
2016	83,11	85,84	80,31
2017	83,09	85,73	80,37
2018	83,19	85,85	80,46
2019	83,58	86,22	80,86
2020	82,33	85,06	79,59
2021	83,06	85,83	80,24

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Instituto Nacional de Estadística -INE-[4]

La conclusión que se extrae de los últimos datos publicados para 2021, es que los españoles viven un promedio de 83,06 años, cuando hasta no hace mucho tiempo la media se situaba en los 73,44 años en 1975. Este indicador nos aporta una información valiosa sobre el nivel de desarrollo de nuestro Estado de Bienestar, en la medida en que tener una vida larga y saludable es la mejor demostración del grado de desarrollo social que tiene el país. En cualquier caso, el incremento de la esperanza de vida es un resultado multifactorial entre los que cabe destacar las mejoras en sanidad, alimentación, calidad de vida, hábitos saludables, la disminución de la mortalidad, entre otras cuestiones[5].

[4] https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1414

[5] Lebrusán Murillo, I.: «La esperanza de vida: qué es y por qué importa», 2019. Centro Internacional sobre el Envejecimiento. Disponible en https://cenie.eu/es/blogs/envejecer-en-sociedad/la-esperanza-de-vida-que-es-y-por-que-importa



Fuente: INE[6]

Tabla: Proyección de la esperanza de vida al nacimiento para los próximos años

Fecha	Hombres	Mujeres
2024	81,49	86,56
2029	82,31	87,11
2034	83,03	87,62
2039	83,66	88,09
2044	84,19	88,50
2049	84,65	88,88
2054	85,03	89,22
2059	85,34	89,52
2064	85,60	89,78
2069	85,81	90,00

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INE sobre Proyecciones de Población 2020-2070[7]

Como último apunte sobre esta cuestión precisa, resulta remarcable las previsiones que apuntan hacia la continuidad en el aumento progresivo de la esperanza de vida en España para los próximos años.

3.2. El envejecimiento exponencial de la población desde su perspectiva multifactorial y polifacética

Desde la perspectiva de la evolución demográfica, lo cierto es que venimos asistiendo a un envejecimiento exponencial de la población española y en los países desarrollados, ligado al incremento de la esperanza de vida, junto con el descenso continuado de las tasas de natalidad. En consecuencia, el envejecimiento de la población es una cuestión multifactorial, dada la confluencia de elementos o variables de diversa naturaleza que determinan y condicionan el envejecimiento y, polifacético, en tanto que produce efectos en diversos ámbitos, social, biomédico, económico, entre otros[8].

[6] https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1414#!tabs-grafico

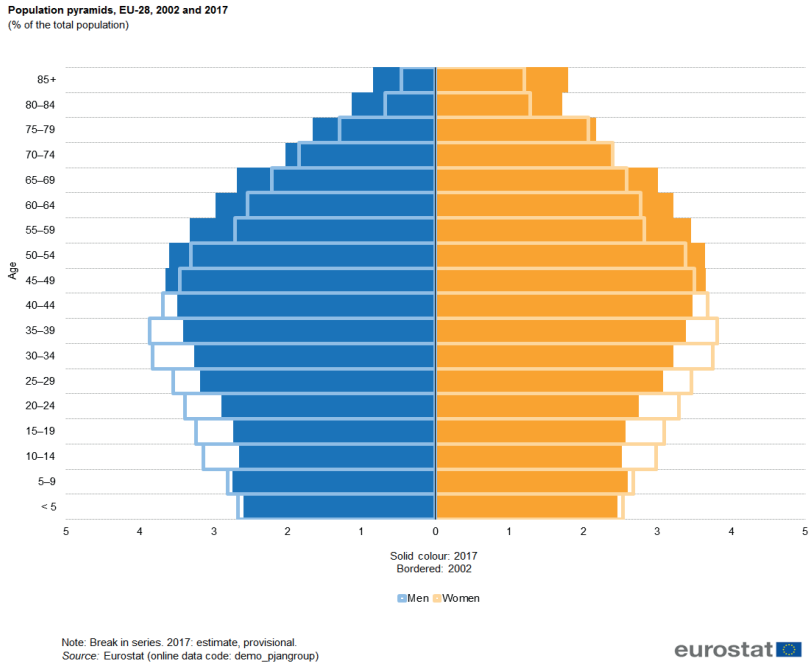
[7] https://www.ine.es/prensa/pp. 2020_2070.pdf

[8] Fernández, J.L., Parapar, C. y Ruíz M.: «El envejecimiento de la población», LYCHNOS Cuadernos de la Fundación General CSIC, 2010, núm. 2. Edición digital. Disponible en: http://www.fgcsic.es/lychnos/es_es/articulos/envejecimiento_poblacion

Esta realidad no solo representa un desafío desde el punto de vista del pago de las pensiones, sino también en el gasto público de otras partidas presupuestarias, como es el caso de la sanidad y la dependencia[9].

La transformación que ya viene experimentando la pirámide de población se traduce en una reducción de la proporción de personas en edad laboral, mientras que el número de jubilados sigue aumentando. Todo apunta a que seguirá siendo ésta la tendencia en los próximos años, tanto en España como en el resto de países europeos, en los que el porcentaje de personas mayores se incrementará de manera considerable, alcanzando su punto más álgido cuando llegue el momento en el que una gran parte de la generación del «*baby boom*» alcance la edad de acceso a la jubilación. Esta realidad, a su vez, generará un acrecentamiento de la carga sobre las personas en edad laboral para hacer frente al gasto social exigido por el envejecimiento de la población[10].

Gráfico: Pirámide de población, EU-28, 2002 y 2017 (porcentaje de la población total).



Fuente: Eurostat[11]

Según la Oficina Estadística de la Unión Europea, Eurostat, este gráfico de la pirámide de población a nivel europeo ilustra de manera clara las transformaciones que ha sufrido la estructura demográfica en base a la edad de la población, y hace visible el incremento de las personas mayores y la disminución del volumen de personas en edad laboral en el total del conjunto de la población. Además, muestra la distribución por sexos y, al mismo tiempo, por grupos de edad en intervalos de cinco en cinco años. El gráfico muestra un estrechamiento en la base o parte inferior de la pirámide de población en edad laboral, mientras que la conocida como

[9] Suárez Corujo, B.: *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad,* Valladolid, Lex Nova, 2014, p. 85.

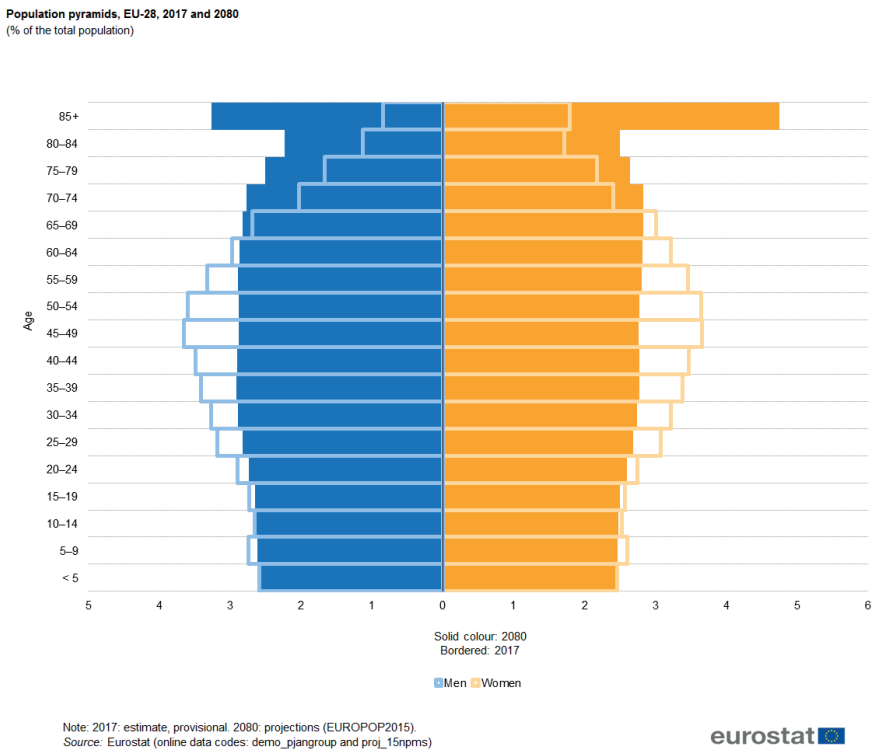
[10] Eurostat. Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing/es

[11] https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Estructura_demogr%C3%A1fica_y_envejecimiento_de_la_poblaci%C3%B3n&oldid=364916

generación del «*baby boom*» origina un ensanchamiento que se desplaza hacia la parte de arriba. En este contexto en el que va ganando peso esta transformación demográfica, el porcentaje de la población de 65 años o más, está aumentando en todos los países de la Unión Europea. Según los datos publicados hasta la fecha, el porcentaje de la población con menos de 15 años de edad en el ámbito europeo desciende de manera significativa. En cualquier caso, el crecimiento del porcentaje de personas mayores se debe al aumento de la longevidad, a medida que la esperanza de vida también aumenta de manera considerable. Y, todo ello unido al descenso continuado del número de nacimientos.

En un intento de pronosticar y analizar las tendencias futuras sobre la cuestión que en estos momentos nos atañe, relativa al envejecimiento de la población, según las últimas previsiones de Eurostat, muestran que la población en los países de la Unión Europea seguirá envejeciendo, tal y como se refleja de manera sintética en el siguiente gráfico comparativo.

Gráfico: comparativa de las pirámides de población para los años 2017 y 2080 en los Estados miembros de la Unión Europea (porcentaje de la población total)



Fuente: Eurostat[12]

Dado el elevado número de *baby boomers* aumentará el porcentaje de personas mayores. En base a esta estimación, en el año 2080, la pirámide adoptará una forma de bloque, con motivo del estrechamiento de la zona central, especialmente en la franja de edad comprendida entre los 45 a 54 años, tal y como se muestra en la ilustración. Como consecuencia del resultado de

[12] https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Estructura_demogr%C3%A1fica_y_envejecimiento_de_la_poblaci%C3%B3n&oldid=364916

la transformación de la estructura poblacional entre grupos de edad, se prevé un importante incremento de la tasa de dependencia de las personas mayores en el territorio de la Unión Europea, alcanzando el 52,3 % para el año 2080[13].

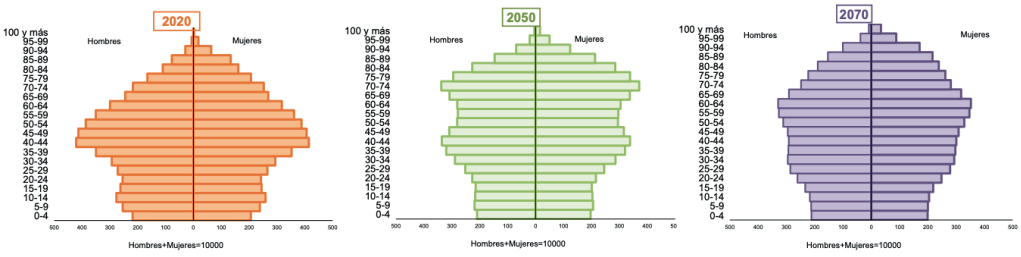
Las proyecciones de población 2020-2070, publicadas por el Instituto Nacional de Estadística[14], muestran el impacto de la COVID-19, que ha propiciado un replanteamiento de algunas de las hipótesis de evolución para los próximos años. En concreto, se ha tenido en cuenta el repunte de la mortalidad observado hasta el mes de julio del año 2020, junto con la disminución de la inmigración y de la emigración.

Según estas proyecciones, durante los 15 próximos años España ganaría 954.497 habitantes, lo cual supondría un 2 % de su población, hasta superar los 48 millones de personas en 2035. En esta tendencia, para el año 2070 la población alcanzaría los 50,6 millones de personas, lo que supondría un incremento de 3,2 millones.

Por otro lado, el incremento de las defunciones, superior al número de nacimientos, supondría un saldo vegetativo negativo durante todo el periodo proyectado. Sin embargo, este saldo negativo se vería superado por el saldo migratorio positivo, lo que implicaría un aumento de la población.

Todo ello sin perder de vista la significativa disminución de los nacimientos en España, pasando a representar del 85,2 % actualmente registrado, al 66,8 % dentro de un periodo de 50 años.

Gráfico: Proyecciones de pirámides de población de España (años 2020, 2050 y 2070)



Fuente: INE[15]

3.3. El descenso pronunciado de la tasa de natalidad

Como punto de partida, una vez más, hay que recordar que en la década de los años 60 y hasta 1975 llega la denominada generación del «*baby boom*». En el caso concreto de España nacieron en torno a los 14 millones de niños, este hecho demográfico contribuyó a la sostenibilidad de nuestro sistema público de pensiones. En un contexto de crecimiento económico estable, ese incremento exponencial de la población que vendría a ocupar puestos de trabajo y cuyas cotizaciones contribuirían a financiar la jubilación de los pensionistas, paradójicamente, este hecho positivo para el conjunto de la economía española en aquel entonces, amenaza ahora con poner en peligro la sostenibilidad del sistema público de pensiones, máxime si tenemos en cuenta los cambios de tendencia con los nacimientos por debajo del índice de reemplazo, en otras palabras, este hecho provoca un desequilibrio demográfico, especialmente visible de cara

[13] Eurostat. Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing/es#Algo_m.C3.A1s_de_tres_personas_en_edad_laboral_por_cada_persona_de_65_a.C3.B1os_o_m.C3.A1s

[14] https://www.ine.es/prensa/pp. 2020_2070.pdf

[15] https://www.ine.es/prensa/pp. 2020_2070.pdf

a la financiación de las pensiones de la generación del «*baby boom*»[16]. En consecuencia, hay que tener en cuenta que a principios de la próxima década la generación del «*baby boom*» se empezará a retirar, con una mayor esperanza de vida, pero sin que de momento, haya generaciones tan numerosas que la reemplacen[17].

En este contexto, se observa una inversión de la pirámide poblacional, esto quiere decir que se produce un estrechamiento de la base piramidal acorde con la disminución de la tasa de natalidad y un ensanchamiento de la parte alta correspondiente a la población jubilada. Esta situación demanda compensar las desviaciones entre los ingresos y los gastos en el marco de nuestro sistema de Seguridad Social, recurriendo para ello al remanente que aún se conserva de tiempos pasados en los que había superávit, por la alta tasa de empleo, la entrada de inmigrantes, entre otros factores determinantes.

Sea como fuere, lo cierto es que la preocupación se acrecienta, aún mas si cabe, si tenemos en cuenta las previsiones nada favorables en el caso de que se consolide esta tendencia demográfica.

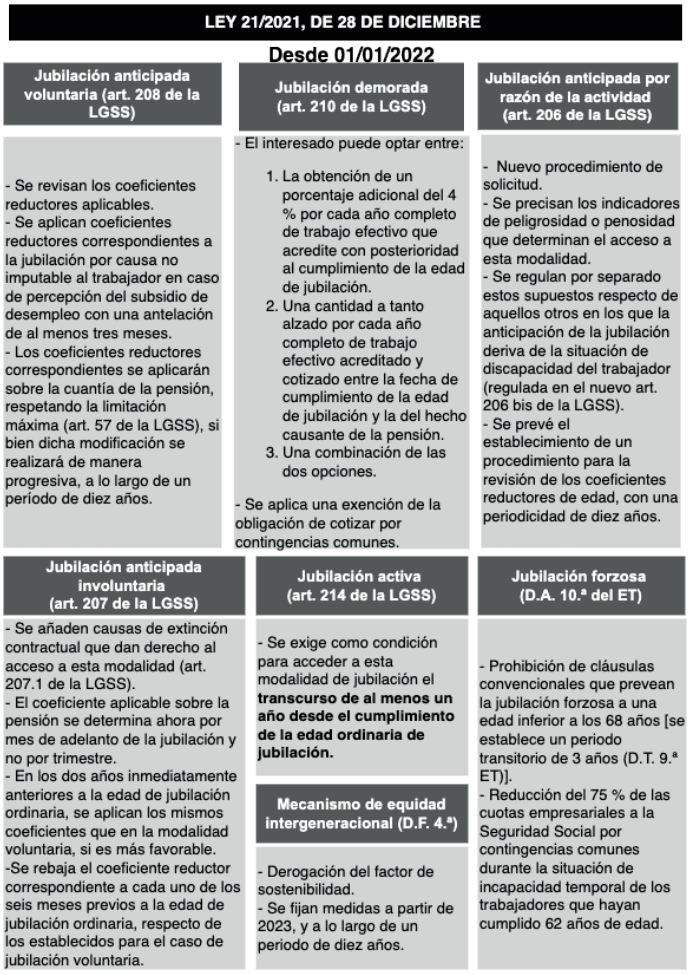
4. Principales instrumentos para reforzar la sostenibilidad del sistema público de pensiones

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, contempla un conjunto de medidas que pretenden actuar sobre el acceso a la pensión de jubilación a través de fórmulas voluntarias y equitativas destinadas a favorecer un alineamiento progresivo de la edad efectiva y de la edad ordinaria de jubilación como vía para reforzar la sostenibilidad del sistema. Dicho planteamiento se encuentra alineado con la recomendación 12 del Pacto de Toledo dado que, en el marco de un modelo de jubilación flexible, se priorizan los instrumentos de incentivo y desincentivo previstos para la jubilación anticipada o demorada en relación con la edad ordinaria de jubilación[18].

[16] Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas. Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social,* Madrid, Tecnos, 2014, pp. 23 y ss.

[17] Doménech, R.: *El sistema público de pensiones en España: proyecciones y propuestas de mejora. Análisis Económico-Financiero sobre el Futuro de las Pensiones en España,* Madrid, BBVA Research, 2019, p. 5.

[18] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: «El acuerdo socio-político tripartito de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de reforma del sistema de pensiones», *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* 2021, núm. 28, pp. 18-22. *Vid. Guía con las novedades sobre pensiones en 2022:* https://revista.seg-social.es/documents/39386/1387598/GUIA+PENSIONES+2022.pdf/6202e6d1-177c-64e5-f248-576922c3d969?t=1644997472030



Fuente: Iberley[19]

4.1. La jubilación anticipada voluntaria

En el ámbito de la jubilación anticipada voluntaria se ha optado por la revisión de los coeficientes reductores aplicables con un claro objetivo marcado, promover la jubilación a edades más próximas a la edad legal de jubilación y favorecer las carreras de cotización más prolongadas.

Asimismo, se admite la aplicación de los coeficientes reductores correspondientes a la jubilación por causa no imputable al trabajador en caso de percibir el subsidio de desempleo con una antelación mínima de, al menos, tres meses.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta es que, con el fin de reforzar la equidad, estos coeficientes reductores se aplicarán sobre la cuantía de la misma, respetando en todo caso la limitación máxima establecida en el art. 57 de la LGSS, en base a la cual, el importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad Social por cada beneficiario no podrá exceder la cuantía íntegra mensual establecida anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. No

[19] https://www.iberley.es/revista/esquema-novedades-pensiones-jubilación-2022-82

obstante, dicha modificación se llevará a cabo de manera progresiva a lo largo de un periodo de diez años.

A la vista de los cambios introducidos en el art. 208 de la LGSS, los requisitos para acceder a la jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada son los que se indican a continuación:

En primer lugar, tener cumplida una edad que sea inferior, como máximo, en dos años a la edad que resulte de aplicación según lo estipulado en el art. 205.1.a) de la LGSS, sin que resulten de aplicación los coeficientes reductores contemplados en los arts. 206 y 206 bis ambos de la LGSS.

En segundo lugar, se deberá acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 35 años. A este respecto conviene precisar que a efectos de dicho cómputo no se tendrá en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias.

Una vez acreditados los requisitos exigidos para acceder a esta modalidad de jubilación, el importe a percibir deberá ser superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar una vez cumplidos los 65 años. De lo contrario, no se podrá tener acceso a la misma.

Dicho esto, la pensión por jubilación anticipada voluntaria será objeto de reducción, recurriendo para ello a la aplicación, por cada mes o fracción de mes, que en el momento del hecho causante le falte al trabajador para alcanzar la edad legal de jubilación. A continuación, en el siguiente cuadro se muestran los coeficientes que son de aplicación en función del periodo de cotización acreditado y los meses de anticipación que en cada caso concurra:

	Periodo cotizado: menos de 38 años y 6 meses	Periodo cotizado: igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses	Periodo cotizado: igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses	Periodo cotizado: igual o superior a 44 años y 6 meses
Meses que se adelanta la jubilación	% reducción	% reducción	% reducción	% reducción
24	21,00	19,00	17,00	13,00
23	17,60	16,50	15,00	12,00
22	14,67	14,00	13,33	11,00
21	12,57	12,00	11,43	10,00
20	11,00	10,50	10,00	9,20
19	9,78	9,33	8,89	8,40
18	8,80	8,40	8,00	7,60
17	8,00	7,64	7,27	6,91
16	7,33	7,00	6,67	6,33
15	6,77	6,46	6,15	5,85
14	6,29	6,00	5,71	5,43
13	5,87	5,60	5,33	5,07
12	5,50	5,25	5,00	4,75
11	5,18	4,94	4,71	4,47
10	4,89	4,67	4,44	4,22

9	4,63	4,42	4,21	4,00
8	4,40	4,20	4,00	3,80
7	4,19	4,00	3,81	3,62
6	4,00	3,82	3,64	3,45
5	3,83	3,65	3,48	3,30
4	3,67	3,50	3,33	3,17
3	3,52	3,36	3,20	3,04
2	3,38	3,23	3,08	2,92
1	3,26	3,11	2,96	2,81

Fuente: art. 208 de la LGSS

A los efectos señalados, para determinar la edad legal de jubilación, se considerará la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el periodo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación. De este modo, para el cómputo de los periodos de cotización se tomarán periodos completos.

Por otro lado, si en el momento de acogerse a esta fórmula de jubilación el trabajador está percibiendo el subsidio por desempleo (art. 274 LGSS) y, además, lo haya hecho durante al menos 3 meses, serán de aplicación los coeficientes reductores previstos para la jubilación anticipada por causas no imputables al trabajador, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos anteriormente descritos.

4.2. La jubilación anticipada involuntaria

En materia de jubilación anticipada involuntaria se han incorporado varias modificaciones reseñables. En primer lugar, a las causas de extinción contractual que dan derecho a acceder a esta modalidad de jubilación, contempladas en el art. 207.1 de la LGSS, se adicionan las restantes causas extintivas por razones objetivas, junto con la resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los arts. 40.1, 41.3, 49.1.m) y 50 de la LET.

De otro lado, ahora el coeficiente aplicable sobre la pensión se determina por mes de adelanto de la jubilación y no trimestralmente.

En los dos años inmediatamente anteriores a la edad de jubilación ordinaria, se aplican los mismos coeficientes que en la modalidad voluntaria, en aquellos supuestos en los que el nuevo coeficiente sea más favorable que el hasta ahora vigente.

En último lugar, se ha optado por rebajar el coeficiente reductor correspondiente a cada uno de los seis meses previos a alcanzar la edad de jubilación ordinaria, respecto de los establecidos para la jubilación voluntaria.

De modo que, los requisitos que se precisan para tener acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, según el art. 207 de la LGSS, son los siguientes:

Para empezar, tener cumplida una edad que sea inferior, como máximo, en cuatro años a la edad que en cada caso resulte de aplicación a tenor de lo dispuesto en el art. 205.1.a) de la LGSS, sin que resulte de aplicación, para esta modalidad, los coeficientes reductores previstos en los arts. 206 y 206 bis también de la LGSS.

Adicionalmente, deberá estar inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación.

De igual modo, hay que acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin tener en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

Cabe anotar que el cese en el trabajo deberá producirse por algunas de las causas que se detallan en el art. 207.1.d) de la LGSS, a cuyo contenido me remito.

Dicho lo cual, la pensión por jubilación anticipada involuntaria será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada mes o fracción de mes, que en el momento del hecho causante le falte al trabajador para alcanzar la edad legal de jubilación establecida en el art. 205.1.a) de la LGSS, de los coeficientes que se detallan en el siguiente cuadro en función del periodo de cotización acreditado, así como de los meses de anticipación:

	Periodo cotizado: menos de 38 años y 6 meses	Periodo cotizado: igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses	Periodo cotizado: igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses	Periodo cotizado: igual o superior a 44 años y 6 meses
Meses que se adelanta la jubilación	% reducción	% reducción	% reducción	% reducción
48	30,00	28,00	26,00	24,00
47	29,38	27,42	25,46	23,50
46	28,75	26,83	24,92	23,00
45	28,13	26,25	24,38	22,50
44	27,50	25,67	23,83	22,00
43	26,88	25,08	23,29	21,50
42	26,25	24,50	22,75	21,00
41	25,63	23,92	22,21	20,50
40	25,00	23,33	21,67	20,00
39	24,38	22,75	21,13	19,50
38	23,75	22,17	20,58	19,00
37	23,13	21,58	20,04	18,50
36	22,50	21,00	19,50	18,00
35	21,88	20,42	18,96	17,50
34	21,25	19,83	18,42	17,00
33	20,63	19,25	17,88	16,50
32	20,00	18,67	17,33	16,00
31	19,38	18,08	16,79	15,50
30	18,75	17,50	16,25	15,00
29	18,13	16,92	15,71	14,50
28	17,50	16,33	15,17	14,00
27	16,88	15,75	14,63	13,50
26	16,25	15,17	14,08	13,00

25	15,63	14,58	13,54	12,50
24	15,00	14,00	13,00	12,00
23	14,38	13,42	12,46	11,50
22	13,75	12,83	11,92	11,00
21	12,57	12,00	11,38	10,00
20	11,00	10,50	10,00	9,20
19	9,78	9,33	8,89	8,40
18	8,80	8,40	8,00	7,60
17	8,00	7,64	7,27	6,91
16	7,33	7,00	6,67	6,33
15	6,77	6,46	6,15	5,85
14	6,29	6,00	5,71	5,43
13	5,87	5,60	5,33	5,07
12	5,50	5,25	5,00	4,75
11	5,18	4,94	4,71	4,47
10	4,89	4,67	4,44	4,22
9	4,63	4,42	4,21	4,00
8	4,40	4,20	4,00	3,80
7	4,19	4,00	3,81	3,62
6	3,75	3,50	3,25	3,00
5	3,13	2,92	2,71	2,50
4	2,50	2,33	2,17	2,00
3	1,88	1,75	1,63	1,50
2	1,25	1,17	1,08	1,00
1	0,63	0,58	0,54	0,50

Fuente: art. 207 de la LGSS

Al igual que en la modalidad anterior, a efectos de determinar la edad legal de jubilación, se considerará la que le hubiera correspondido al trabajador si hubiera continuado cotizando durante el periodo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de aplicación a merced de lo estipulado en el ya citado art. 205.1.a) de la LGSS. En esta ocasión también se tomarán periodos completos para el cómputo de los periodos de cotización, sin equiparar a un periodo la fracción del mismo.

4.3. La jubilación anticipada por razón de la actividad

Entre los aspectos más destacables concernientes a la jubilación anticipada por razón de la actividad, se lleva a acabo una revisión del procedimiento del reconocimiento de coeficientes reductores por edad, regulándose ahora por separado estos supuestos con respecto de aquellos otros en los que la anticipación de la jubilación deriva de la situación de discapacidad del trabajador; además, se modifica la legitimación para instar el inicio del procedimiento; en el marco del diálogo social se efectúa una remisión a lo que reglamentariamente se determine en relación a los indiciadores que acrediten la concurrencia de circunstancias objetivas que justifiquen la aplicación de tales coeficientes; se crea una comisión para evaluar y, en su caso, instar la aprobación de los decretos de reconocimiento de coeficientes reductores; y, en última

instancia, se prevé un procedimiento para efectuar la revisión de los coeficientes reductores de edad con una periodicidad de diez años.

A tenor de lo dispuesto en la redacción actualizada del art. 206 de la LGSS, la edad mínima de acceso a la pensión de jubilación a la que hace referencia el art. 205.1.a) del mismo texto normativo, podrá ser rebajada por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en aquellos grupos o actividades profesionales en los que los trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre y cuando los trabajadores afectados acrediten en dicha profesión o trabajo el mínimo de actividad exigido.

Así pues, se determinará reglamentariamente el procedimiento general para establecer coeficientes reductores que permitan anticipar la edad de jubilación, incluyendo la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector concreto, así como la penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones del trabajo, su repercusión en la incapacidad laboral de los trabajadores y los requerimientos físicos o psíquicos que se precisan para continuar con dicha actividad a partir de una determinada edad. En cuanto a su valoración corresponderá a una comisión integrada por los Ministerios de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones; Trabajo y Economía Social; junto con Hacienda y Función Pública; además de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal, encargada de evaluar e instar la aprobación de los reales decretos de reconocimiento de coeficientes reductores.

En cualquier caso, solo procederá el establecimiento de los denominados coeficientes reductores de la edad de jubilación cuando no sea posible modificar las condiciones de trabajo.

Por otro lado, el inicio del procedimiento deberá instarse conjuntamente tanto por las organizaciones empresariales como las sindicales que ostenten la condición de más representativas, en aquellos supuestos en los que el colectivo afectado está constituido por trabajadores asalariados o por cuenta ajena. En el caso de trabajadores autónomos o por cuenta propia serán las asociaciones representativas de trabajadores autónomos junto con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Si afecta al personal de las administraciones públicas, en este caso la iniciativa corresponderá conjuntamente a las organizaciones sindicales más representativas y a la administración a la que está adscrito el colectivo afectado.

En aras de mantener el equilibrio financiero del sistema, la aplicación de los coeficientes reductores implica un incremento en la cotización al sistema de Seguridad Social, en función del colectivo, sector y actividad que se delimiten previamente en la norma correspondiente, según los términos y las condiciones que se establezcan. A tales efectos, se aplica un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización correspondiente por contingencias comunes a cargo de la empresa y del trabajador.

Como ya se ha adelantado en líneas anteriores, los coeficientes reductores para el acceso a la anticipación de la edad de jubilación establecidos en su normativa específica estarán sujetos a revisión cada diez años. En cualquier caso, los efectos derivados de la revisión de los coeficientes reductores para la anticipación de la edad de jubilación no afectarán a la situación de los trabajadores que, con anterioridad a dicha revisión, hubiesen desarrollado su actividad y por los periodos de ejercicio de aquélla.

No obstante, se establece expresamente como límite para la aplicación de los coeficientes reductores de la edad que, en ningún caso, podrá dar lugar a que el interesado acceda a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años.

Aclarada esta cuestión, hay que tener en cuenta que los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el art. 210.2 de la LGSS y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

Junto con las recientes modificaciones introducidas en el art. 206 de la LGSS se introduce un nuevo art. 206 bis expresamente dedicado a regular la jubilación anticipada para el caso específico de discapacidad[20].

A este respecto, la edad mínima de acceso a la pensión de jubilación establecida en el art. 205.1.a) de la LGSS podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o bien superior al 65 %, en los términos descritos en el real decreto acordado a propuesta del titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, o en aquellos casos con un grado de discapacidad igual o superior al 45 %. En este último supuesto referenciado, siempre y cuando se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas y de las que existan evidencias contrastadas que provocan de forma generalizada una reducción considerable de la esperanza de vida.

La limitación contenida en el supuesto genérico contemplado en el art. 206 de la LGSS, también es extrapolable para la jubilación anticipada en caso de discapacidad, dado que la aplicación de los coeficientes reductores, en ningún caso, podrá dar lugar a que la persona interesada acceda a la pensión de jubilación con una edad inferior a 52 años.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 206 bis de la LGSS, los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a fin de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficiarios establecidos en el art. 210.2 de la LGSS, así como a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

4.4. La jubilación demorada

Se incide en la conveniencia de fomentar la permanencia de los trabajadores en activo mediante la adaptación y mejora de los incentivos sociales, fiscales y laborales existentes, según las indicaciones contenidas en la Recomendación 12 del Pacto de Toledo. En la misma línea, se valora positivamente la mejora del régimen de compatibilidad de la pensión con los ingresos provenientes de una actividad profesional.

Así pues, se favorece la jubilación demorada a través de la sustitución del incentivo único hasta ahora establecido por la posibilidad de que el interesado pueda optar entre la obtención de un porcentaje adicional del 4 % por cada año completo de trabajo efectivo acreditado con posterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación, que se sumará al que en cada caso corresponda en función del número de años cotizados y se aplicará a la base reguladora correspondiente para determinar la cuantía de la pensión a percibir que, en ningún caso, podrá ser superior al límite establecido en el art. 57 de la LGSS. No obstante, en el caso de que la cuantía de la pensión reconocida alcance dicho límite sin aplicar el porcentaje adicional o bien aplicándolo parcialmente, el interesado tendrá derecho, además, a percibir cada año una cantidad cuyo importe se obtendrá aplicando al importe de dicho límite vigente en cada momento, el porcentaje adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeando a la unidad más próxima por exceso. Dicha cantidad se devengará por meses vencidos y se abonará en 14 pagas, sin que la suma de su importe y el de la pensión o, en su caso, pensiones que tuviera

[20] Gala Durán, C.: «Pensiones. Jubilación. Las novedades en materia de seguridad social del año 2022: la Ley de Presupuestos Generales del Estado, la Ley 21/2021 y el RDL 32/2021. Presupuestos Generales del Estado», *La Administración Práctica,* 2022, núm. 3, pp. 5 y 6.

reconocidas el interesado, en cómputo anual, pueda superar la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual.

O bien, una cantidad a tanto alzado por cada año completo de trabajo efectivo acreditado y cotizado entre la fecha de cumplimiento de la edad de jubilación y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía vendrá determinada en función de los años cotizados y acreditados en la primera de las fechas indicadas.

Además, el art. 210.2 de la LGSS también contempla la posibilidad de combinar ambas opciones, sin perjuicio de que la elección se tomará una sola vez en el momento en que se adquiere el derecho a percibir dicho complemento económico, sin posibilidad de modificación posterior.

En cualquier caso, la percepción de este complemento es incompatible con el acceso al envejecimiento activo. Dicho beneficio tampoco será de aplicación en caso de jubilación parcial, ni en el supuesto de la jubilación flexible regulada en el art. 213.1 de la LGSS, ni para acceder a la jubilación desde una situación asimilada al alta.

Asimismo, se aplica una exención de la obligación de cotizar por contingencias comunes, excepto en caso de incapacidad temporal, una vez cumplida la edad de jubilación ordinaria correspondiente en cada caso. Dicha posibilidad es igualmente extensible para los pensionistas pertenecientes al régimen de clases pasivas.

4.5. La jubilación activa

En cuanto a la jubilación activa[21], a tenor de lo dispuesto en el art. 214 de la LGSS, se exige como condición para poder acceder a la misma el transcurso, como mínimo, de un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación estipulada en el art. 205.1.a) de la LGSS.

En cuanto al porcentaje aplicable a la base reguladora para determinar la cuantía de la pensión ha de alcanzar el 100 %.

A estos efectos, el trabajo compatible podrá ser por cuenta ajena, ya sea a tiempo completo o bien a tiempo parcial, o por cuenta propia.

En lo que concierne a la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 % del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, en caso de que proceda, el límite máximo establecido para pensión pública, o del que se esté percibiendo en el momento en el que se inicia la compatibilidad con el trabajo, en todo caso, quedando excluido el complemento por mínimos.

Si realiza una actividad por cuenta propia y además acredita tener contratado, al menos, un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo será del 100 %.

4.6. La jubilación forzosa

Por lo que a la jubilación forzosa se refiere, dada la redacción actualmente vigente de la D.A. 10ª de la LET, se prohíben las cláusulas convencionales que prevean esta modalidad de jubilación a una edad inferior a los 68 años. No obstante, en aplicación de lo dispuesto en la D.T. 9ª de la LET, las cláusulas de jubilación forzosa contenidas en convenios colectivos suscritos con anterioridad al 1 de enero de 2022, podrán ser aplicadas hasta 3 años después desde la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio que se trate.

[21] Véase al respecto: Cano Galán, Y.: «La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación», *Revista Aranzadi Doctrinal,* 2022, núm. 3, pp. 10-17.

Se contempla una reducción del 75 % de las cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes, correspondientes a la parte empresarial, en los casos de incapacidad temporal de los trabajadores que hayan cumplido 62 años de edad.

A la vista de ello, a partir del 1 de enero de 2022, en aras a favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato laboral por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

La persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa en materia de Seguridad Social para tener derecho al 100 % de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.

La medida deberá vincularse al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo/a trabajador/a.

De manera excepcional, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando la superación de la segregación ocupacional por razones de género, el límite anteriormente aludido podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa en materia de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 % de las personas ocupadas en las mismas. Las actividades económicas que se tomarán como referencia estarán definidas por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (en adelante, CNAE) en vigor en cada momento. A los efectos señalados, para aplicar esta excepción se exige, además, cumplir con los siguientes requisitos:

La persona afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos que exige la normativa en materia de Seguridad Social para tener derecho al 100 % de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.

En el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de dicha cláusula convencional concurra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20 % sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la extinción del contrato de trabajo. Este CNAE será aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Ahora bien, cada extinción contractual deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en dicha actividad.

En cualquier caso, la decisión extintiva de la relación laboral será previamente comunicada por la empresa tanto a los representantes legales de los trabajadores como a la propia persona trabajadora afectada[22].

5. Conclusiones finales

Sin necesidad de reiterar ideas ya expuestas y argumentadas, a la luz de esta última reforma acometida y, por tanto, entre las diversas novedades que acompaña se vislumbran como principales líneas de actuación, por un lado, favorecer la permanencia en el mercado de trabajo más allá de la edad ordinaria de jubilación, con lo cual, en este sentido se aprecia un continuismo en la política de fomento de la prolongación de la vida activa. Por otro lado, en coherencia con

[22] https://www.iberley.es/temas/clausulas-jubilación-forzosa-10751

lo recién señalado, se desincentivan las jubilaciones anticipadas. Y, por último, pero no por ello menos importante, hay que destacar la vinculación de la jubilación forzosa a las políticas activas de empleo especialmente enfocadas al colectivo de las mujeres con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres contribuyendo, de este modo, a la superación de la segregación ocupacional por razones de género.

A este respecto, conviene destacar los ajustes realizados con el fin de garantizar la suficiencia y revalorización de las pensiones vinculadas al IPC. Sea como fuere, aún siendo necesario subsanar los déficits de los que adolece esta última reforma, lo cierto es que, en su conjunto, cabe ser valorada positivamente. En cualquier caso, resulta conveniente anotar la necesidad de afianzar una estrategia ambiciosa de reforma garantista del sistema público de pensiones, para unas pensiones dignas y en términos de sostenibilidad financiera, no solo en el momento actual sino también con vistas a medio y largo plazo que permita su continuidad preservando el equilibrio intergeneracional. Al hilo de lo recién señalado, conviene volver a recordar la importancia del número de cotizantes, junto con la calidad del empleo en buena parte reflejada en la estabilidad del mismo y en unas condiciones laborales dignas, ponderando, de este modo, su vertiente cuantitativa y cualitativa.

6. Bibliografía

Arce, O.: «Envejecimiento y pensiones», *Jornada sobre previsión social,* 2019.

Cabero Morán, E.: «Del factor de sostenibilidad de las pensiones al mecanismo de equidad intergeneracional», *Trabajo y Derecho,* 2022, núm. 87.

Cano Galán, Y.: «La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación», *Revista Aranzadi Doctrinal,* 2022, núm. 3.

Gala Durán, C.: «Pensiones. Jubilación. Las novedades en materia de seguridad social del año 2022: la Ley de Presupuestos Generales del Estado, la Ley 21/2021 y el RDL 32/2021. Presupuestos Generales del Estado», *La Administración Práctica,* 2022, núm. 3.

Cervilla Garzón, M.J.: «Estrategias previstas en España en relación al futuro del trabajo de los pensionistas de jubilación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* 2019, núm. 53.

Doménech, R.: *El sistema público de pensiones en España: proyecciones y propuestas de mejora. Análisis Económico-Financiero sobre el Futuro de las Pensiones en España,* Madrid, BBVA Research, 2019.

Fernández, J.L., Parapar, C. y Ruíz M.: «El envejecimiento de la población», LYCHNOS Cuadernos de la Fundación General CSIC, 2010, núm. 2. Disponible en: http://www.fgcsic.es/lychnos/es_es/articulos/envejecimiento_poblacion

Lebrusán Murillo, I.: «La esperanza de vida: qué es y por qué importa», 2019. Centro Internacional sobre el Envejecimiento. Disponible en: https://cenie.eu/es/blogs/envejecer-en-sociedad/la-esperanza-de-vida-que-es-y-por-que-importa

Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas. Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social,* Madrid, Tecnos, 2014.

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A.: «La reforma de la Jubilación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* 2012, núm. 29-30.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: «El acuerdo socio-político tripartito de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de reforma del sistema de pensiones», *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* 2021, núm. 28.

Ortiz González-Conde, F.M.: «La jubilación parcial, flexible y activa como fórmulas para el envejecimiento activo», *Revista Derecho Social y Empresa,* 2019, núm. 10.

Suárez Corujo, B.: *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad,* Valladolid, Lex Nova, 2014.

Trillo García, A.R. «Trabajar y pensión de jubilación». En, *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible.* Murcia. Bomarzo. 2019.

7. Enlaces consultados

https://revista.seg-social.es/documents/39386/1387598/GUIA+PENSIONES+2022.pdf/6202e6d1-177c-64e5-f248-576922c3d969?t=1644997472030

Banco de España. Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/economia/Arc/Fic/arce051219.pdf

Instituto Nacional de Estadística. Disponible en: http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES &c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p. 1254735110672&pagename= ProductosYServicios/PYSLayout

Eurostat. Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing/es#Algo_m.C3.A1s_de_tres_personas_en_edad_laboral_por_cada_persona_de_65_a.C3.B1os_o_m.C3.A1s

Centro Internacional sobre el Envejecimiento. Disponible en: https://cenie.eu/es/blogs/envejecer-en-sociedad/la-esperanza-de-vida-que-es-y-por-que-importa

https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf

https://elderecho.com/base

https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1414

https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1414#!tabs-grafico

https://www.ine.es/prensa/pp. 2020_2070.pdf

https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Estructura_demogr%C3%A1fica_y_envejecimiento_de_la_poblaci%C3%B3n&oldid=364916

https://www.mites.gob.es/es/guia/texto/guia_14/contenidos/guia_14_29_9.htm

https://www.iberley.es/temas/clausulas-jubilación-forzosa-10751

https://www.iberley.es/revista/esquema-novedades-pensiones-jubilación-2022-82

Los fondos europeos *NextGenerationEU* y las propuestas de reforma de los sistemas de pensiones en los Planes de Recuperación y Resiliencia de España, Italia, Francia y Alemania[1]

Matthieu Chabannes
Profesor e Investigador Predoctoral Contratado
Facultad de Derecho
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

1. A modo de introducción: la respuesta europea a la crisis COVID-19

Los años de recuperación socioeconómica que siguieron el periodo de la gran recesión se vieron interrumpidos y parcialmente revertidos por la crisis provocada por la COVID-19. Como es sabido, además de los dramáticos datos de personas contagiadas y fallecidas, la crisis sanitaria ha provocado a su vez una profunda crisis económica y social en el conjunto de la Unión Europea (UE). Aunque de una forma desigual, la crisis económica derivada de la crisis sanitaria incidió negativamente en el desarrollo económico y social de los Estados miembros[2]. En este sentido, cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el 11 de marzo de 2020 la situación de

[1] El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación "El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar" (ref. B1-2021_11; IP Miguel Ángel Gómez Salado, Universidad de Málaga).

[2] Para más detalle sobre el impacto de la pandemia, ver Consejo Económico y Social (CES), *Informe: La gobernanza económica de la Unión Europea*, Consejo Económico y Social, Núm. 03/2021, 2021.

pandemia[3], la UE y sus Estados miembros pusieron en marcha diversos mecanismos y programas extraordinarios de ayuda pública de emergencia para apoyar la economía europea y ofrecer un escudo de protección social a los ciudadanos.

Desde los inicios de la crisis, el 13 de marzo de 2020, la UE decidió formular una respuesta coordinada europea con el fin de mitigar el impacto socioeconómico de la pandemia mediante el despliegue de una variedad de herramientas, por ejemplo, ayuda estatal, flexibilidad del mercado fiscal europeo, liquidez para el sector bancario, presupuesto de la UE, etc[4].

El inicio de la pandemia del COVID-19 desató una recesión económica en 2020, como no se había visto en muchas décadas. En este contexto, una de las primeras medidas adoptadas por la Comisión Europea fue proponer al Consejo el 20 de marzo la activación de la cláusula de salvaguardia general del marco fiscal del Pacto de Estabilidad y Crecimiento[5]. Dicha cláusula se introdujo en 2011 como parte de la reforma "*Six Pack*" del Pacto de Estabilidad y Crecimiento destinada a reforzar la supervisión por la Comisión Europea de las posiciones presupuestarias de los Estados miembros después de la crisis económica y financiera de 2008[6]. En dicha comunicación, la Comisión exponía que teniendo en cuenta la grave recesión económica que se preveía como consecuencia de la pandemia de COVID-19, las condiciones actuales permiten la activación de la cláusula. El 23 de marzo de 2020, los ministros de Hacienda de los Estados miembros manifestaron su acuerdo con la evaluación de la Comisión y acordaron la activación de dicha cláusula[7]. Por primera vez desde su introducción, la cláusula de salvaguardia general permite a los Estados miembros apartarse de los objetivos presupuestarios para contrarrestar el impacto económico y social de la emergencia sanitaria. La cláusula no deja sin efecto las normas para la coordinación de la política macroeconómica del Pacto de Estabilidad y Crecimiento[8] puesto que se establece que su aplicación no debe poner en riesgo la sostenibilidad fiscal y que las desviaciones deben ser temporales. No obstante, sí otorga a la Comisión Europea y al Consejo una mayor flexibilidad a la hora de interpretar dichas normas, en particular en lo que respecta a niveles excesivos de endeudamiento y déficit de los Estados miembros. De momento, se ha acordado mantener la activación de la cláusula hasta 2023, momento en el que se prevé que la UE haya alcanzado el nivel de actividad económica previa a la crisis.

Una segunda medida fue la propuesta por parte de la Comisión europea el 2 de abril de 2020 de la creación de un instrumento de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en

[3] Alocución de apertura del Di rector General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020. Disponible en: https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020

[4] Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Banco Europeo de inversiones y al Eurogrupo, Respuesta económica coordinada al brote de COVID-19*, Bruselas, 13.03.2020, COM (2020), 112 final.

[5] Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a la activación de la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, Bruselas, 20.03.2020, COM (2020), 123 final.

[6] Concretamente, la cláusula se recoge en el artículo 5, apartado 1, el artículo 6, apartado 3, el artículo 9, apartado 1, y el artículo 10, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 1466/97 y en el artículo 3, apartado 5, y el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 1467/97 que establecen que "en períodos de crisis económica grave en la zona del euro o en el conjunto de la Unión, se podrá permitir a los Estados miembros que se aparten temporalmente de la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo (…), siempre que dicha desviación no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo".

[7] Consejo de la UE, *Declaración de los ministros de Hacienda de la UE sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento habida cuenta de la crisis de la COVID-19*, Comunicado de prensa, 173/20, 23.03.20.

[8] Comisión Europea, *Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible 2021*, COM (2020), 575 final, Bruselas, 17.09.2020, p. 10.

una emergencia (SURE)[9]. El Consejo adoptó su Reglamento el 19 de mayo de 2020[10] y se trata de un fondo de asistencia financiera temporal de 100 mil millones de euros financiado mediante la emisión de deuda pública europea (bonos sociales) y puesto a disposición de los Estados en forma de préstamos para ayudarles a hacer frente a los aumentos repentinos del gasto público para proteger el empleo. En concreto, este programa ha permitido así financiar el desempleo parcial de los Estados sin que suponga un peso excesivo para su gasto público, y evitar así un incremento masivo de los despidos como consecuencia de la reducción del tiempo de trabajo u otras medidas similares y la pérdida de ingresos para los trabajadores autónomos[11].

Una tercera medida nace el 18 de mayo de 2020, a raíz de una iniciativa común de Francia y Alemania para la recuperación europea mediante la creación de un fondo europeo de recuperación en subvenciones para trasladar a los países y sectores más afectados por la crisis económica y sanitaria. La idea fue retomada por la Comisión Europea que, el 27 de mayo de 2020, presentó su propuesta de creación de un nuevo instrumento temporal de recuperación llamado *NextGenerationEU* de 750.000 millones de euros, así como los refuerzos específicos del presupuesto a largo plazo de la UE para 2021-2027 que llevarán la potencia financiera total del presupuesto de la UE a 1,8 billones de euros[12]. El mayor paquete de estímulo jamás financiado a través del presupuesto de la UE.

El 21 de julio de 2020, el Consejo Europeo adoptó sus Conclusiones sobre el Plan de Recuperación y el marco financiero plurianual para 2021-2027[13]. El acuerdo político histórico se alcanzó tras cinco días de debates tensos con los llamados países "frugales" (Austria, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos y Suecia), conocidos por conformar un grupo de los más austeros y estrictos con el cumplimiento de las reglas presupuestarias. De forma sucinta, se opusieron primero a cualquier idea de endeudamiento común dentro de la UE. Un primer tema de debate versó sobre el marco financiero plurianual para el periodo 2021-2027. Los países frugales querían rebajar la propuesta realizada por la Comisión Europea de un presupuesto de 1.100 millones de euros. Atendiendo su demanda, finalmente se rebajó la cantidad a 1.074,3 millones de euros. Por otro lado, conocidos por contar con las finanzas más sólidas de la UE, creen que, en caso de endeudarse a nivel europeo, su esfuerzo de rigor presupuestario beneficiaría a los países del Sur, que por su parte presentan una deuda pública mucho más elevada. En segundo lugar, se mostraron reticentes ante la cantidad total de 750.000 millones, de los cuales 500.000 millones de euros se desembolsarían en transferencias directas no reembolsables y 250.000 millones de euros en préstamos. Una de sus demandas era que, aparte de que la cantidad total del fondo fuera más pequeña, la partida presupuestaria destinada a las subvenciones fuera menor y la partida

[9] Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de un Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Mitigar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19*, COM (2020) 139 final, Bruselas 02.04.2020.

[10] Reglamento (UE) 2020/672 de 19 de mayo de 2020 relativo a la creación de un Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Mitigar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19

[11] En su informe *Report on the European instrument for Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency (SURE) following the COVID-19 outbreak pursuant to Article 14 of Council Regulation (EU) 2020/672 SURE: Taking Stock After Six Months*, COM (2021), 148 final, Brussels 22.03.2021, la Comisión saludó el éxito del programa, que habría permitido brindar asistencia a 25 a 30 millones de personas en 2020 y que "gracias a estos préstamos de la UE, los Estados miembros se han ahorrado los 5.800 millones de euros que les hubiera costado solicitarlos en los mercados".

[12] Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación,* Bruselas, 27.05.2020, COM (2020), 456 final.

[13] Consejo Europeo, *Conclusiones adoptadas en la Reunión extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020)*, Bruselas, 21 de julio de 2020.

de los préstamos mayor. El acuerdo se alcanzó a medio camino reestructurando las partidas presupuestarias. Finalmente, de los 750.000 millones, 390 se pagarán a los Estados miembros en forma de transferencias no reembolsables y 360 en forma de préstamos que los Estados prestatarios deberán reembolsar. Además, los países frugales pidieron un control estricto de los fondos y defendieron la necesidad de que el acceso a estas ayudas se condicione a la realización de profundas reformas estructurales, entre otras, de su mercado laboral y sistema de pensiones.

El instrumento *NextGenerationEU* está compuesto por varios programas o fondos europeos como: Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa REACT-UE (47.500 millones de euros); Horizonte 2020 (5.000 millones de euros), InvestEU (5.600 millones de euros), Desarrollo Rural (7.500 millones de euros) o el Fondo de Transición Justa (FTJ 10.000 millones de euros). No obstante, la piedra angular lo constituye el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que canaliza casi el 90 % de los recursos con 672,5 mil millones de euros (312,5 mil millones de euros en subvenciones y 360 mil millones de euros en préstamos) para apoyar inversiones y reformas en el período 2021-2026. El objetivo general del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, tal y como se establece en la propuesta de la Comisión, es promover la cohesión económica, social y territorial de la UE; fortalecer la resiliencia y la capacidad de ajuste de los Estados miembros; mitigar el impacto socioeconómico de la crisis y apoyar las transiciones ecológica y digital. Todos ellos con el fin de restaurar el potencial de las economías, fomentar la creación de empleo tras la crisis de la COVID-19 y promover el crecimiento sostenible.

El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia entró en vigor el 19 de febrero de 2021, después de que el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaran la adopción de su Reglamento (UE) 2021/241[14]. Para poder optar a la financiación, los Estados miembros deben preparar Planes Nacionales de Recuperación y Resiliencia en los que establecen un programa de reformas e inversiones que ejecutarán antes del fin de 2026. La Comisión los evalúa, y para ser aprobados deben cumplir un conjunto de 11 criterios establecidos en el artículo 18 del Reglamento. Entre estos criterios se encuentra la necesidad de "abordar de manera efectiva la totalidad o una parte significativa de los retos determinados en las correspondientes recomendaciones específicas por país" de 2019 y 2020 adoptadas por la Comisión y por el Consejo dentro del marco del Semestre Europeo. Para algunos Estados miembros, estas recomendaciones estaban relacionadas con la necesidad de emprender reformas en sus sistemas de pensiones.

Durante la crisis de la COVID-19, en todos los Estados miembros, las autoridades han seguido garantizando a la mayoría de los jubilados una fuente estable de ingresos[15]. No obstante, a pesar del impacto relativamente limitado de la pandemia a corto plazo en las políticas de pensiones, cabe esperar que la actual crisis tenga consecuencias a más largo plazo para abordar los desafíos relacionados con la sostenibilidad y la adecuación en el contexto de una sociedad que envejece y de un mercado laboral cambiante. A pesar de las medidas extraordinarias adoptadas por los responsables políticos europeos y nacionales para mitigar las repercusiones negativas de la pandemia en el mercado laboral, la contracción del empleo, el incremento del desempleo, los niveles salariales y de productividad ejercerán presiones adicionales sobre los sistemas de pensiones, con consecuencias tanto presupuestarias como sociales. Por un lado, los sistemas públicos de reparto han podido ver reducirse las contribuciones que necesitan para mantenerse en el camino de la sostenibilidad fiscal. Por otro lado, como lo demuestran las crisis económicas

[14] Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

[15] Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del COVID-19: Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, nº 3, 2021, p. 167.

más recientes, como la de 2008, los sistemas públicos y/o privados vieron obstaculizarse la acumulación de ahorros individuales y/o colectivos que necesitan para asegurar la adecuación de las prestaciones.

Con estas premisas, en la presente comunicación nos proponemos, en primer lugar, estudiar el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y su estrecho vínculo con el Semestre Europeo para, a continuación, dar cuenta de las recomendaciones específicas recibidas en materia de pensiones en 2019 y 2020 y analizar si los Estados miembros las están abordando en sus respectivos Planes de Recuperación y Resiliencia. Para ello, centramos nuestro estudio en los Planes de España, Italia, Francia y Alemania por tratarse de las cuatro principales economías de la zona del euro y los principales beneficiarios de las subvenciones de los fondos *NextGenerationEU*.

2. El mecanismo de recuperación y resiliencia y su vínculo estrecho con el semestre europeo

Una vez puesto en marcha el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, para recibir apoyo financiero, los Estados miembros tuvieron que presentar sus Planes nacionales de Recuperación y Resiliencia a la Comisión Europea. Cada programa debe establecer una agenda detallando a través de hitos, las inversiones y reformas que se comprometen a llevar a cabo antes de finales de 2026. Los proyectos de reformas e inversiones deben ser coherentes con una serie de criterios y estructurarse en torno a seis ejes prioritarios comunes a todos los países[16]:

- La transición ecológica;
- La transformación digital;
- Un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, que incluya la cohesión económica, el empleo, la productividad, la competitividad, la investigación, el desarrollo y la innovación, y un mercado interior que funcione correctamente con pymes sólidas;
- La cohesión social y territorial;
- La salud y la resiliencia económica, social e institucional, con objeto, entre otros, de aumentar la preparación y capacidad de reacción ante las crisis; y
- Las políticas para la próxima generación, la infancia y la juventud, tales como la educación y el desarrollo de capacidades.

En concreto, se espera que las medidas de los Planes contribuyan a la transición ecológica, dotando un mínimo del 37 % de los fondos para ello y del 20 % a la digitalización de la economía[17]. Además, la Comisión evalúa si las inversiones y reformas contribuyen a fortalecer el potencial de crecimiento, el empleo y la resiliencia social y económica de los países[18]. Para realizar esta evaluación, la Comisión europea dispone de 2 meses desde la recepción oficial del Plan. Tras la evaluación positiva de la Comisión, el Comité Económico y Financiero del Consejo emite una opinión sobre el correcto cumplimiento de los hitos y objetivos contenidos en el Plan, momento a partir del cual se podrá iniciar el desembolso de las ayudas[19].

[16] Art. 3 del Reglamento (UE) 2021/241.

[17] Art. 16 del Reglamento (UE) 2021/241.

[18] Art. 18 del Reglamento (UE) 2021/241.

[19] Art. 19 del Reglamento (UE) 2021/241.

Adicionalmente, la Comisión anunció que, para monitorear el programa, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, así como el Semestre Europeo están intrínsecamente vinculados[20]. De hecho, para fomentar las sinergias entre ambas herramientas, la Comisión ha decidido integrar el Mecanismo dentro del Semestre Europeo para la coordinación de las políticas económicas y de empleo en los próximos años. En este sentido, los Planes de Recuperación y Resiliencia deben ser coherentes con los retos y las prioridades identificados en el marco del Semestre Europeo. Concretamente, el Reglamento[21] prevé que las reformas e inversiones presentadas en los Planes deben contribuir a abordar de manera efectiva los desafíos identificados en las recomendaciones específicas por país dirigidas a los Estados miembros en los últimos años y, en particular, en los ciclos del Semestre de 2019 y 2020[22].

Recordemos que, tras la crisis económica y financiera de 2008, las instituciones europeas consideraron necesario establecer una gobernanza económica más sólida y una mejor coordinación de las políticas económicas y sociales entre los Estados miembros. Detectada la ineficacia e inadecuación de los mecanismos de la Unión Económica y Monetaria para hacer frente a las consecuencias de la crisis[23], la UE trató de solventar este problema mediante la adopción de una serie de reformas que conllevaron un cambio en la gobernanza económica y social de la UE[24]. La piedra angular de esta nueva gobernanza lo constituye el Semestre Europeo[25]. El principal resultado del Semestre Europeo son las recomendaciones específicas por país que la Comisión Europea y el Consejo adoptan para ofrecer a los Estados miembros orientaciones sobre como impulsar el empleo, el crecimiento y la inversión, manteniendo a la vez unas finanzas públicas sanas y equilibradas. En estas recomendaciones, los sistemas de pensiones han ocupado un lugar destacado ante el desafío del envejecimiento demográfico y su importante repercusión para las finanzas públicas.

No obstante, después de una década desde su puesta en marcha, una serie de informes han llamado la atención sobre la capacidad limitada del Semestre Europeo para inducir a los Estados miembros a implementar las recomendaciones. A modo de ejemplo, el Tribunal de Cuentas Europeo publicó en 2020 un documento con el fin de realizar un balance de las experiencias adquiridas al avanzar en la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020 y la implementación de las recomendaciones por países[26]. Sus conclusiones no pueden ser más demoledoras para la Comisión Europea y el Consejo al constatar que "el porcentaje de aplicación total o sustancial de las recomendaciones es bajo y la supervisión de la Comisión no siempre ha sido completa". Según su análisis para el periodo 2011-2017, esta institución de la UE destaca que pocas reformas se han implementado por completo, puesto que solo el 1,6 % de las recomendaciones había recibido la calificación de "plena aplicación" y el 4,6 % habían alcanzado "avances sustanciales". La mayoría de las recomendaciones se clasifican en la categoría de "algunos avances" (50,9 %) o de avances "limitados" (35,5 %)[27]. Por su parte, la propia Comisión Europea

[20] Comisión Europea, *Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible 2021*, COM (2020), 575 final, Bruselas, 17.09.2020, p. 14.

[21] Art. 18. del Reglamento (UE) 2021/241.

[22] Comisión Europea, *Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible 2021*, COM (2020), 575 final, Bruselas, 17.09.2020, p. 5.

[23] Ferrer Martín de Vidales, C.: "Semestre Europeo: la supervisión de las políticas económicas, presupuestaria y fiscales del Estado español", *Foro, Nueva época*, vol. 21, núm. 2, 2018, p. 158.

[24] Sobre esta cuestión resulta imprescindible acercarse a la monografía de Pérez del Prado, D.: "*El impacto social de la gobernanza económica europea*", Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

[25] Czubala Ostapiuk, M.R. y Lara Martínez, L.: "El Semestre Europeo: la nueva arquitectura de gobernanza económica y los objetivos sociales", *Revista de Estudios Europeos*, nº76, 2020, p. 21.

[26] Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe Especial 16/2020: Semestre Europeo - Las recomendaciones específicas por país abordan cuestiones importantes, pero es necesario aplicarlas mejor*, 2020.

[27] *Ibidem*, p. 25.

ha reconocido que los Estados miembros muestran diferentes grados de compromiso en cuanto a un mayor impulso de las reformas[28]. Sigue haciendo falta mucho trabajo por parte de los Estados miembros, y en sus propias evaluaciones deplora que estos no aplicaron suficientemente las recomendaciones para resolver los problemas estructurales que se identificaban, y "los progresos, limitados o nulos, resultan preocupantes"[29]. Así, en su Informe de evaluación plurianual global de las recomendaciones adoptadas entre 2011 y 2018, la Comisión Europea señala que solo el 9 % de todas las recomendaciones formuladas fueron implementadas completamente, mientras que únicamente el 17 % había logrado "avances sustanciales". En cambio, el 44 % mostraron "algunos avances" y el 25 % "progresos limitados"[30].

Por área política, algunos estudios revelan que el historial de implementación ha sido más sólido en la reforma del sector financiero[31]. Ello puede ser reflejo no solo de la presión de los mercados durante el periodo de recesión, sino también del hecho de que las recomendaciones sobre las políticas fiscales derivan en gran parte de las obligaciones contraídas por los Estados miembros con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE, como la reducción del déficit y de la deuda pública. Como es sabido, estas obligaciones cuentan con mayores poderes de aplicación, en particular, sanciones financieras (multas económicas y/o suspensión de Fondos Europeos) que, sin lugar a duda, pueden actuar como incentivo para fomentar el cumplimiento. En el otro extremo, hay algunas áreas políticas para las que la implementación ha sido particularmente deficiente y, por muy sorprendente que parezca, las reformas de los sistemas de pensiones forman parte de ellas[32]. Así mismo lo reconoce la Comisión Europea, quien analizó los niveles de implementación más altos y bajos según las diferentes áreas políticas para el periodo comprendido entre el año 2011 y el año 2017. Pues bien, según se desprende de esta documentación, los Estados miembros han realizado los avances más significativos en la reforma de su sector financiero (85 % de implementación), así como en las políticas activas de empleo (83 % de implementación). Por el contrario, deplora los progresos modestos para abordar los desafíos que plantea el envejecimiento de la población para la sostenibilidad de las finanzas públicas, incluidas las pensiones, que recoge uno de los niveles de aplicación más bajos (24 % de implementación)[33].

Como consecuencia, la Comisión Europea decidió introducir a partir de 2015 una serie de cambios en el funcionamiento del Semestre Europeo con el objetivo, entre otros, de simplificar el proceso y fomentar una mayor aplicación de las recomendaciones específicas por parte de los Estados miembros. En efecto, inicialmente el Semestre Europeo fue establecido como un instrumento de vigilancia fiscal. No obstante, con el paso del tiempo y sus sucesivas reformas, ahora incluye otras áreas políticas como las políticas sociales y medioambientales. Desde la introducción del sistema de gobernanza económica de la UE, la experiencia vivida durante las últimas crisis económicas, como la de 2008, nos enseñó que no es posible seguir una política económica exitosa basada solamente en una supervisión fiscal rígida. La crisis económica y

[28] Comisión Europea, *Semestre Europeo de 2015: Recomendaciones específicas por país,* COM (2015), 250 final, Bruselas, 13/05/2015.

[29] *Ibidem*, p. 4.

[30] Comisión Europea, *Semestre Europeo de 2018: Recomendaciones específicas por país,* COM 2018, 400 final, Bruselas, 23.05.2018.

[31] Deroose, S. y Griesse, J.: *Implementing economic reforms - are EU Member States responding to European Semester recommendations?,* ECFIN Economic Brief, Issue 37, October, 2014.

[32] Efstathiou, K. y Wolff, G.: "*Is the European Semester effective and useful?*", Bruegel Policy Contribution, nº9, 2018; Efstathiou, K. y Wolff, G.: *What drives national implementation of EU policy recommendations?,* Bruegel Policy Contribution, nº4, 2019.

[33] Comisión Europea, *Semestre Europeo de 2018: Recomendaciones específicas por país,* COM 2018, 400 final, Bruselas, 23.05.2018, p. 6.

financiera de 2008 y los recortes sociales que siguieron para dar cumplimiento a una política fiscal austera de la UE, han supuesto una mayor desprotección de los ciudadanos europeos con un incremento de las tasas de pobreza y de exclusión social. En este sentido, la política económica y fiscal de la UE no debe garantizar solamente la estabilidad financiera de Europa, sino que al mismo tiempo debe servir los objetivos y principios de la Unión como los Objetivos de Desarrollo Sostenibles o el Pilar Europeo de Derechos Sociales[34]. Consciente de la necesidad de mejorar la dimensión social del proyecto europeo, el Reglamento afirma que "el Semestre Europeo para la coordinación de la política económica, incluidos los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales, es el marco en que se determinan las prioridades nacionales de las reformas y se hace el seguimiento de su ejecución"[35]. De esta manera, desde el ciclo 2022 del Semestre Europeo, la Comisión publica Informes por países simplificados en los que, además de brindar una descripción general de los desafíos económicos y sociales a los que se enfrentan todos los países y de evaluar la implementación de los Planes por parte de los Estados miembros, se incluye ahora también una evaluación del progreso en la implementación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, en particular a través del Cuadro de Indicadores Sociales revisado, y en el logro de los objetivos principales de la UE sobre empleo, habilidades y reducción de la pobreza y exclusión social.

En lo que respecta a su implementación, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia se basa en el desempeño[36]. Por una parte, cumpliendo con el mandato del Reglamento[37], la Comisión ha puesto en marcha un cuadro de indicadores de la recuperación y la resiliencia con el fin de mostrar de forma transparente a los ciudadanos de la UE los progresos en la implementación de los Planes de los Estados miembros[38]. Por otra parte, en el marco del Semestre Europeo, los Estados miembros deben presentar dos veces al año (en abril y en octubre) a la Comisión un informe en el que se espera que los gobiernos faciliten información sobre si los hitos y objetivos pertinentes se han alcanzado, están en proceso de cumplirse o sufren retrasos. La liberación de los fondos se realiza por tramos con un máximo de dos veces al año. Cuando un Estado presenta una solicitud de desembolso, este debe demostrar haber cumplido, según su cronograma, todos los hitos y objetivos acordados en su Plan[39]. La Comisión procede a una evaluación preliminar y a continuación solicita el dictamen del Comité Económico y Financiero. Para ello, y para responder a una petición de los países "frugales", el Reglamento establece la creación de un Comité del Mecanismo compuesto por representantes de todos los Estados miembros, para debatir los proyectos de decisión de ejecución de la Comisión relativos a las solicitudes de pago de los Estados miembros[40]. En el caso de que uno o más Estados miembros consideren que existen desviaciones graves del cumplimiento satisfactorio del Plan, podrán solicitar al presidente del Consejo Europeo que remita el asunto al próximo Consejo Europeo para debatirlo exhaustivamente[41]. En este sentido, existe la posibilidad de suspender la ayuda financiera, cuando

[34] Sobre esta materia ver Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social", *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 49, 2017; Monereo Pérez, J.L.: "Pilar Europeo de Derechos Sociales y Sistemas de Seguridad Social", *Lex Social Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 8 núm. 2, 2018, pp. 251-298.

[35] Considerando 4 del Reglamento (UE) 2021/241.

[36] Comisión Europea, *Estrategia anual de crecimiento sostenible 2022*, COM (2021), 740 final, Bruselas, 24.11.2021.

[37] Art. 30 del Reglamento (UE) 2021/241.

[38] Se trata de una plataforma en línea a disposición del público a través de la siguiente página Internet: https://ec.europa.eu/economy_finance/recovery-and-resilience-scoreboard/index.html

[39] Art. 24 del Reglamento (UE) 2021/241.

[40] Art. 35 del Reglamento (UE) 2021/241.

[41] Considerando 52 del Reglamento (UE) 2021/241.

el Estado miembro no haya ejecutado satisfactoriamente el Plan de Recuperación y Resiliencia, o en el caso de irregularidades graves, tales como fraude, corrupción o conflictos de intereses en relación con las medidas financiadas por el Mecanismo[42].

Acerca de las orientaciones generales en materia de pensiones dirigidas a los Estados miembros en el marco del Semestre Europeo, estas no han variado sustancialmente desde la publicación del Libro Blanco de 2012[43]. De acuerdo con el último Informe de adecuación de las pensiones de 2021[44], la Comisión reconoce que, a pesar de las medidas adoptadas durante la última década[45], los Estados miembros deberán realizar esfuerzos adicionales. La gran recesión que afectó a la UE en 2008 provocó en muchos países una aceleración de los procesos reformistas, centrándose en salvaguardar la sostenibilidad financiera de los sistemas sin observar su repercusión para la adecuación futura de las prestaciones. Como resultado, la Comisión Europea indica que la pobreza en la vejez o la exclusión social ha aumentado en los últimos años y las proyecciones pronostican una reducción futura de la generosidad de los sistemas públicos, lo que hace que la adecuación sea cada vez más dependiente de largas y completas carreras de cotización, ahorros complementarios y garantías de protección mínima para las personas que no cumplen los requisitos para acceder a la jubilación en su modalidad contributiva. Además, reconoce que la dinámica de las reformas cambió a partir de 2015. La intensidad y el impulso por las reformas de los sistemas de pensiones se ha ralentizado en los últimos años[46]. Este fenómeno puede explicarse por varios motivos. En primer lugar, como muestra de la llegada de tiempos con mejores condiciones económicas, presupuestarias y una relajación de las presiones fiscales. En segundo lugar, refleja el hecho de que la mayoría de los países ya han adoptado y/o están en un periodo transitorio, terminando de implementar de forma progresiva los cambios paramétricos (incremento de la edad de jubilación, periodos de cotización, penalización de las jubilaciones anticipadas, etc.). En tercer lugar, por el reconocimiento de que la sostenibilidad conseguida con las reformas anteriores debe acompañarse por otras medidas complementarias para salvaguardar la adecuación. Algunos países como Bulgaria, Chipre, Lituania o Portugal mejoraron la cuantía de las pensiones mínimas y eliminaron la congelación de las pensiones o introdujeron nuevos mecanismos de revalorización[47]. En otros países se observaron incluso reversiones parciales o totales de las reformas. En Italia, la reforma de 2019[48] revirtió parcialmente la reforma Fornero de 2011[49] que endureció significativamente las condiciones para el acceso a la jubilación, entre otras cosas, incrementando la edad de jubilación hasta los 67 años. Con esta última reforma, el

[42] Considerando 53 del Reglamento (UE) 2021/241.

[43] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021, p. 54 y ss.

[44] Comisión Europea, *2021 pension adecuacy report: current and future income adequacy in old age in the EU*, Vol. 1, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021.

[45] Para un análisis completo de las principales reformas acaecidas en los países de nuestro entorno durante los últimos años, ver Camós Victoria, I., García de Cortazar, C. y Suárez Corujo, B.: *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, Murcia, Laborum, 2017; VV.AA.: *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional. Especial atención a las personas mayores*, Vila Tierno, F.; Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.); Gómez Salado, M. Á. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.

[46] Carone, G., Eckfeldt, P., Giamboni, L., Laine, V. y Pamies Sumner, S.: *Pension Reforms in the EU since the Early 2000's: Achievements and Challenges Ahead*, European Economy Discussion Paper 042, Luxembourg: Publications Office of the European Union, December 2016.

[47] Comisión Europea, *Pension Adequacy Report 2018. Current and future income adequacy in old age in the EU*, Vol. 1, Comisión Europea, 2018.

[48] Decreto-Legge 28 gennaio 2019, nº 4 convertito con modificazioni dalla Legge 28 marzo 2019, nº 26 (in G.U. 29/03/2019, n. 75)

[49] Art. 24, comma 1, Decreto-Legge nº201/2011, convertito con Legge nº 214/2011.

gobierno italiano facilitó de nuevo las jubilaciones anticipadas mediante la introducción de la "cuota 100" que permitió temporalmente (hasta 2021) a los trabajadores de 62 años y 38 años de cotizaciones retirarse del mercado laboral sin penalizaciones. En España, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad, que supuso una ruptura del Pacto de Toledo[50], fue revertida ante las resistencias políticas y sociales, perdiendo la oportunidad de acometer las reformas que nuestro sistema requiere desde el consenso político y social[51]. En Francia, la decisión tomada en 2017 por el gobierno de Macron de reformar el sistema de pensiones con la introducción de un sistema "universal" se vio obstaculizada primero con resistencias sociales y políticas y finalmente abandonada por la irrupción de la crisis sanitaria[52].

Frente a este escenario, la Comisión europea sostiene que el enfoque de las reformas de los sistemas de pensiones en Europa debe permanecer en los desafíos a largo plazo. Esto es, el mantenimiento de una financiación adecuada y sostenible en el contexto de una sociedad que envejece, así como una economía y mercado laboral cambiantes debido a la digitalización que no hace más que acelerar el proceso[53].

En este sentido, en sus últimas recomendaciones específicas, la Comisión y el Consejo piden precaución para que estas contrarreformas no echen por tierra los esfuerzos realizados durante los últimos años para mejorar la sostenibilidad financiera de los sistemas. Por lo contrario, alienta a los Estados miembros a tomar medidas adicionales compensatorias que favorezcan la prolongación de la vida laboral de los trabajadores. Los esfuerzos por limitar las jubilaciones anticipadas a casos objetivamente justificados, ajustar la edad de jubilación, el periodo de cotización o las tasas de sustitución con el incremento de la esperanza de vida deben complementarse con estrategias nacionales de envejecimiento activo y opciones laborales flexibles, incluida la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con ingresos del trabajo.

Una segunda gran línea versa sobre el fomento de ahorros privados para las pensiones. De hecho, una de las últimas iniciativas de la Comisión en la materia fue la creación de un grupo de expertos de alto nivel en pensiones[54] al que encargó un Informe independiente que entregó a finales de 2019 para proveer el análisis y asesoramiento sobre políticas relaciones con el papel de las pensiones complementarias en la contribución a la adecuación de las pensiones y el desarrollo de su mercado en la UE[55]. De hecho, en su Libro Verde sobre envejecimiento de 2021, la Comisión

[50] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La Pensión de Jubilación*, Murcia, Laborum, 2020, p. 225.

[51] Al respecto, aludiendo al último acuerdo alcanzado con el Pacto de Toledo de noviembre de 2020, Tortuero Plaza, J.L. afirma: "Una de las características más relevantes de la reforma de las pensiones que está en trámite parlamentario es, sin duda, el reencuentro reformista con los espacios del pacto político y del diálogo social. Este nuevo marco pretende romper las fracasadas estrategias unilaterales que caracterizó el espacio reformista del 2013. Cambio de rumbo que tiene como antecedente un rechazo social, político y sindical de reformas impuestas con un marcado carácter penalizador. Me refiero al índice de revalorización escasamente aplicado y al factor de sostenibilidad que nunca entró en vigor" en *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021, p. 14.

[52] Al respecto ver el informe de Jean-Paul Delevoye, Haut-Commissaire à la réforme des retraites, *Pour un système universel de retraite*, 2019.

[53] Sobre esta materia Sánchez-Urán Azaña, Y. y Grau Ruiz, M.A.: "Seguridad Social y economía digitalizada", en VV.AA. Hierro Hierro, F.J. (Dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 905-946; Llorente Álvarez, A.: "Una seguridad social para el futuro, con un apunte sobre automatización, robots y seguridad social", en VV.AA. Sánchez-Urán Azaña, Y. y Grau Ruiz, M.A (Dirs.), *Nuevas tecnologías y Derecho*, Juruá Editorial, 2019, pp. 127-147; Gallego Losada, R.: *Las pensiones en la economía digital. Retos y reformas*, Valencia, Tirant lo blanch, 2021.

[54] Decisión de la Comisión del 18 de diciembre de 2017 para la creación de un Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Pensiones, Bruselas, 18 de diciembre de 2017, C (2017) 8523 final.

[55] Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Pensiones, *Informe Final del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Pensiones*, diciembre 2019. Disponible en: https://www.pensionseurope.eu/high-level-group-experts-pensions-final-report

inicia un nuevo debate político sobre cómo responder a las nuevas oportunidades y desafíos que plantea esta nueva realidad demográfica[56]. En este sentido, se pone de relieve en diversas ocasiones que el desafío de mantener unas pensiones adecuadas, justas y sostenibles en una sociedad que envejece pasa, entre otras cosas, por la adopción de políticas que faciliten y fomenten a las personas las posibilidades de acumular fondos de ahorros adicionales para complementar los regímenes públicos de pensiones. En este sentido, después de recordar la iniciativa europea de un producto paneuropeo de pensiones individuales[57], lanza como preguntas a los participantes del debate: ¿qué papel podrían desempeñar las pensiones complementarias con vistas a garantizar unos ingresos de jubilación adecuados?, y ¿cómo podrían ampliarse a toda la UE y qué papel podría desempeñar la UE en este proceso?

Por tanto, al otorgar un papel importante al Semestre Europeo en el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, la Comisión europea busca reforzar su importancia para la coordinación de políticas a nivel de la UE. Las subvenciones de los fondos europeos no son sin contrapartidas, sino que presentan cierta condicionalidad. Con el Mecanismo, el Semestre Europeo está vinculado por primera vez a valiosos incentivos económicos para impulsar reformas y, por tanto, cabría esperar que los Estados miembros tomen más en serio las recomendaciones y podría mejorar sus niveles de implementación efectiva durante los próximos ciclos del Semestre Europeo. Este podría ser el caso de las orientaciones sobre la reforma de los sistemas que pensiones que, como hemos visto, conforma una de las materias con menor grado de implementación.

Los resultados parecen estar ya a la vista. Sin suponer una transferencia legal de soberanía de los Estados a nivel de la UE, en el marco del Semestre Europeo, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia impulsa a los países beneficiarios a emprender reformas en sus sistemas de protección social en general y de pensiones en particular. Muchas reformas del sistema de pensiones no cuestan dinero de los fondos. No obstante, estas son cruciales para alcanzar los objetivos del Mecanismo y necesarias para abordar las recomendaciones específicas. Estas reformas del sistema de pensiones suelen ir acompañadas de inversiones, por ejemplo, en políticas activas de empleo que requieren financiación. En este sentido, se espera que tales inversiones deben indicarse como parte del conjunto de reformas e inversiones destinadas a abordar el desafío identificado.

De hecho, en el ciclo del Semestre Europeo de 2022, en su Estrategia anual de crecimiento sostenible, así como en su primer Informe anual sobre la aplicación del Mecanismo, la Comisión felicita a los Estados miembros por incorporar en sus Planes varias medidas para reformar sus sistemas de pensiones con el fin de aumentar su adecuación y sostenibilidad[58].

3. Las reformas propuestas de los sistemas de pensiones en los planes de recuperación y resiliencia

Hasta la fecha, todos los países, excepto los Países Bajos, presentaron sus Planes nacionales de recuperación y resiliencia. De los 26 Planes presentados, 22 ya han sido aprobados y 4 están todavía en curso de evaluación (Bulgaria, Hungría, Polonia y Suecia).

[56] Comisión Europea, *Libro verde sobre el envejecimiento. Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones*, COM (2021), 50 final, Bruselas, 27.01.2021.

[57] Reglamento UE 2019/1238, de 20 de junio de 2019, relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP).

[58] Comisión Europea, *Estrategia anual de crecimiento sostenible 2022*, COM (2021), 740 final, Bruselas, 24.11.2021; Comisión Europea, *Informe de Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia*, COM (2022) 75 final, Bruselas, 01.03.2022.

La mayoría de los países incluyeron en sus Planes nacionales varias medidas para mejorar sus sistemas de pensiones. No obstante, para esta comunicación hemos elegido centrar nuestro análisis en los Planes de España, Italia, Francia y Alemania por ser las principales economías principales de la zona del euro y por ser los mayores beneficiarios de los fondos. Recordemos que el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia está dotado de un máximo de 672,5 mil millones de euros, de los cuales 312.5 mil millones se destinan a subvenciones y el resto a préstamos. El Reglamento establece que el 70 % de las subvenciones deben comprometerse antes de diciembre de 2022 y se repartirán entre los Estados miembros en función de la población, la renta per cápita y la tasa de paro registrada durante el periodo 2015-2019, con idea de que se oriente a los países presumiblemente más afectados por la crisis. Para la distribución en 2023 del 30 % restante, el reparto se hará de acuerdo con la contracción económica efectivamente registrada en los distintos países en 2020 y 2021[59]. En este sentido, según esta regla de reparto, los mayores beneficiarios de las subvenciones son: España (69.5 mil millones de euros), Italia (68,9 mil millones de euros), Francia (39,4 mil millones de euros) y Alemania (25,6 mil millones de euros). Juntos, estos cuatro países deberían recibir aproximadamente el 65 % de la partida presupuestaria reservada a las subvenciones.

En este sentido, en la parte que sigue, centramos nuestro estudio en las recomendaciones específicas recibidas sobre sistemas de pensiones por la Comisión europea y el Consejo en el marco del Semestre Europeo de 2019 y 2020 y analizamos como estos cuatro Estados miembros las están abordando en sus respectivos Planes de Recuperación y Resiliencia.

3.1. El caso de España

España presentó a la Comisión Europea su Plan de Recuperación y Resiliencia el 30 de abril de 2021[60]. Tras la evaluación positiva de la Comisión en junio[61], el Consejo aprobó el Plan en julio de 2021[62]. Con 69,5 mil millones de euros, España cuenta con la mayor partida presupuestaria en cuanto a subvenciones. Nuestro proyecto ha recibido la máxima calificación por parte de las instituciones europeas y ha sido calificado de "ambicioso" por la presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen[63]. Y ello porque incluye, nada más y nada menos, un total de 212 medidas, de las cuales 110 inversiones y 102 reformas que deberán implementarse antes de agosto de 2026. Para ello, el Plan contempla 10 políticas palancas entre las que se reparten treinta componentes. Centraremos nuestro análisis en el último, en el Componente 30, por ser el que se refiere a la "Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo".

En el marco del Semestre Europeo, si nos remontamos a sus primeros años de andadura, la Comisión Europea acogió con gran satisfacción las sucesivas reformas adoptadas por nuestro legislador durante el periodo 2011-2013. Con respecto a la Ley 27/2011, del 1 de agosto[64], la

[59] Art. 11 del Reglamento (UE) 2021/241.

[60] Plan de Recuperación y Resiliencia.

[61] Comisión Europea, *Propuesta de decisión de ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España*, COM (2021) 322 final, Bruselas, 16.6.2021

[62] Consejo de la Unión Europea, *Decisión de ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España*, 10150/21, Bruselas, 6.7.2021.

[63] European Commission, Press release. *Next GenerationEU: European Commission disburses 9 billion in pre-financing to Spain*, Brussels, 17 Agust 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip. 21_4223

[64] Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social que elevó la edad de jubilación, amplió el periodo de la base de cotización para el cálculo de la prestación, amplió el periodo de cotización para tener derecho al cien por cien de la pensión, limitó el acceso a los regímenes de jubilación anticipada y parcial, etc.

Comisión estima que España ha aplicado la recomendación 2 de 2011[65] y que las medidas adoptadas "son ambiciosas en comparación con medidas anteriores" y que estas "constituyen un paso significativo con la recomendación del Consejo y contribuyen a reducir los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo de la hacienda pública"[66]. No obstante, las instituciones alertaban de que el déficit del sistema de la Seguridad Social estaba creciendo como consecuencia del grave deterioro de nuestro mercado laboral, y por las perspectivas económicas que podrían limitar los efectos de las reformas sobre el aumento de los gastos públicos causado por el envejecimiento demográfico. En este sentido, a pesar de una evaluación positiva, en su recomendación 2 de 2012, el Consejo pide a España asegurar que la edad de jubilación vaya aumentando en función de la esperanza de vida, a la hora de regular el factor de sostenibilidad previsto en la reforma de 2011[67]. Con respecto a las medidas introducidas en 2012[68] y en 2013[69], la Comisión determina en su evaluación de 2014 que España ha legislado con pleno seguimiento sus recomendaciones a través de la regulación del factor de sostenibilidad del sistema y revisando la revalorización de las pensiones[70]. Gracias a estas medidas complementarias, "se prevé que el coste del envejecimiento disminuya considerablemente, lo que llevaría a contrarrestar los efectos de la situación presupuestaria inicial sobre la sostenibilidad a largo plazo"[71]. En otras palabras, las instituciones europeas estiman que nuestro país ha conseguido contener las presiones sobre los gastos públicos en materia de pensiones a largo plazo. Pues bien, ante esta constatación, ni la Comisión Europea ni el Consejo volverían a emitir admoniciones sobre nuestro sistema de pensiones durante los ciclos del Semestre Europeo de 2014 a 2018.

Sin embargo, tras cinco años de silencio, desde 2019, las instituciones de la UE vuelven a mostrar una preocupación creciente por la sostenibilidad futura de nuestro sistema de pensiones. La principal explicación viene dada por la decisión del gobierno español de, en primer lugar, apartarse temporalmente (y finalmente suspender) del índice de revalorización de las pensiones en 2018 y 2019 para revalorizar las pensiones según el índice de precios al consumo (IPC)[72] y, en segundo lugar, aplazar (y finalmente derogar), la entrada en vigor del denominado "factor de sostenibilidad"[73] que venía a disociar los niveles de pensiones de la evolución de la esperanza de

[65] La Recomendación 2 del Consejo de 2011 para España pedía "adoptar la reforma del sistema de pensiones propuesta con el fin de aumentar la edad preceptiva de jubilación. Y aumentar el número de años de trabajo para el cálculo de las pensiones según lo planeado; revisar periódicamente los parámetros de las pensiones a la luz de la evolución de la esperanza de vida, según lo previsto, y adoptar nuevas medidas para mejorar el aprendizaje permanente de los trabajadores de más edad."

[66] Comisión Europea, *Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad de España para 2012*, SWD (2012), 310 final, Bruselas, 30/05/2012.

[67] Recomendación 2 de la Recomendación del Consejo, de 06 de julio de 2012, sobre el Programa Nacional de Reforma de 2012 de España, 11273/12.

[68] La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que prohibió el pacto de cláusulas convencionales para la jubilación forzosa. El RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad que endureció las condiciones de acceso a los subsidios especiales por desempleo para los trabajadores de más edad.

[69] Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

[70] Comisión Europea, *Evaluación del Programa Nacional de Reformas de 2014 del Programa de Estabilidad de 2014 de España*, SWD (2014), 410 final, Bruselas, 02/06/2014.

[71] *Ibídem*, p. 15.

[72] RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

[73] Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzos de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

vida. En opinión de la Comisión Europea, estas medidas suponen unas desviaciones e incluso algún retroceso en la reforma de 2013 y vuelven a incrementar los riesgos para la sostenibilidad de las finanzas públicas a medio y largo plazo. En efecto, señala que estas medidas aumentaran significativamente el gasto a medio y largo plazo para las finanzas públicas. En su Informe por país de 2019[74], estima que, la vuelta a la vinculación con el IPC implicaría que, en 2050, el gasto en pensiones será superior en aproximadamente 4 % del PIB. El año siguiente, va más allá y añade que esta medida también empeoraría la equidad intergeneracional por beneficiar a los pensionistas de hoy a expensas de las generaciones futuras[75]. Los servicios de la Comisión determinan que, en términos comparativos, el sistema español es generoso y que, incluso con la plena aplicación de la reforma de 2013, "se espera que los pensionistas españoles disfruten a largo plazo de tasas de sustitución por encima de la media de la UE". Por ello, en sus recomendaciones específicas de 2019, tanto la Comisión como el Consejo alertan a España de que estas contrarreformas requerirán la adopción de medidas compensatorias para "preservar la sostenibilidad del sistema de pensiones"[76].

Pues bien, para responder a esta orientación, España ha decidido aprovechar al máximo el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, vinculando un amplio programa de reformas de su sistema de pensiones a cambio de las subvenciones europeas. Todas las medidas incluidas se apoyan en el amplio acuerdo político y social sustanciado en la aprobación de las recomendaciones del marco del Pacto de Toledo[77]. Sin ánimo de ser exhaustivos, pues no es el objeto central de este trabajo, las principales medidas que se incluyen son las siguientes:

Separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social (Rec. 1 del Pacto de Toledo). La sostenibilidad del sistema y la eliminación de su déficit pasan inexorablemente por consolidar el proceso de clarificación y separación de las fuentes de financiación. El sistema soporta una carga de gastos no contributivos que no le corresponden (políticas no contributivas financiadas con cuotas; reducciones en la cotización a la Seguridad Social para el fomento del empleo; prestación por nacimiento y cuidado de hijos; gastos relacionados con jubilaciones anticipadas; el complemento de pensiones por maternidad; pensiones a favor de familiares y subvenciones a regímenes especiales; los complementos de lagunas de cotización para el cálculo de la pensión de jubilación). Con el fin de dar una mayor transparencia de la verdadera situación financiera y corregir la imagen distorsionada de desequilibrio percibido por la sociedad de nuestro sistema, se decide trasladar la financiación de estas prestaciones con cargo al Estado mediante la correspondiente transferencia a los presupuestos de la Seguridad Social. El proceso es gradual: en 2022, los Presupuestos Generales del Estado absorben el 80 % de los gastos impropios y llegará al 100 % en 2023.

Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones (Rec. 2 del Pacto de Toledo). La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas

[74] Comisión Europea, *Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión. Informe sobre España 2019, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos*, SWD (2019) 1008 final, Bruselas, 27.2.2019.

[75] Comisión Europea, *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Informe sobre España 2020*, SWD (2020) 508 final, Bruselas, 26.2.2020

[76] Recomendación 1 de Comisión Europea, *Recomendación de Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de España*, COM (2019) 509 final, Bruselas, 5.6.2019 y Recomendación del Consejo de 9 de julio de 2019 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de España (2019/C 301/09).

[77] Sobre esta cuestión ver Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020), *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, nº25, 2020, pp. 13-32. y VV.AA.: Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo" (2020), en Hierro Hierro, F.J. Dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.

de refuerzos de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, derogó el índice de revalorización de pensiones introducido en 2013[78] e introduce un nuevo mecanismo permanente de revalorización de las pensiones según el incremento de la inflación media del ejercicio económico anterior, en plena sintonía con el art. 50 de la Constitución Española. En su Plan de Recuperación y Resiliencia, justifica que, si bien el impacto de esta medida supone un incremento de 2,5 puntos del PIB en 2050 para luego caer de forma intensa, el nivel de gasto en pensiones de España es todavía moderado en comparación con otros países del entorno europeo (Italia, Francia, Austria).

Alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal (Rec. 12 del Pacto de Toledo): La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, introduce varias modificaciones con las que trata de retrasar la edad de jubilación mediante la introducción de cambios en el sistema de coeficientes reductores de la jubilación anticipada y la creación de nuevos incentivos de demora de la jubilación[79].

Adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación (Rec. 11 del Pacto de Toledo). Todavía pendiente de legislar. No obstante, según el calendario de implementación fijado en el Plan, así como en el Programa Nacional de Reformas enviado este año a la UE, nuestro gobierno se ha comprometido a llevar a cabo esta reforma en 2022[80]. Así, es probable que constituya una de las mayores novedades legislativas este otoño. El Plan tampoco incluye detalles sobre la propuesta de modificación. No obstante, en el debate, al menos político y mediático, se rumorea la opción de ampliar de 25 a 35 años el periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación. A pesar de que esta medida busca reforzar el principio contributivo al sistema, también puede tener efectos negativos para las personas que han sufrido interrupciones y lagunas a lo largo de su carrera de cotización. Por esa razón, asegura la importancia de complementar este cambio paramétrico "con medidas que modulan sus efectos con la posibilidad de elección de años o la mejora del sistema de integración de lagunas de cotización".

Sustitución del factor de sostenibilidad por un Mecanismo de Equidad Intergeneracional (Rec. 3 y 15 del Pacto de Toledo). La Disposición Final Cuarta de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, deroga el factor de sostenibilidad introducido por la Ley 23/2023, de 23 de diciembre, y establece un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional[81]. Este mecanismo pretende responder de forma más adecuada que lo haría el Factor de Sostenibilidad al reto demográfico que nuestro sistema afrontará las próximas décadas, fomentando de manera más equitativa el esfuerzo contributivo entre las distintas generaciones[82]. Por tanto, se configura como una

[78] Sobre esta cuestión ver Suárez Corujo, B.: *El derecho a la revalorización de las pensiones*, Albacete, Bomarzo, 2018.

[79] Para un análisis de las principales modificaciones introducidas por esta Ley ver Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº30, 2022, pp. 63-89.

[80] Gobierno de España, Programa Nacional de Reformas 2022. "Adicionalmente, en 2022 (…) se adecuará el período de cómputo de la pensión de jubilación a las nuevas carreras profesionales." p. 39.

[81] Para un análisis crítico del controvertido Factor de Sostenibilidad ver, entre otros, Ramos Quintana, M.I.: "El factor de sostenibilidad del sistema de pensiones en España: análisis crítico", *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, nº31, 2014, pp. 9-28; Maldonado Molina, J.A.: "El factor de sostenibilidad en Europa y España", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 3, nº1, 2018, pp. 110-134; Vila Tierno, F. y Moreno Romero, F.: "Equilibrio entre suficiencia y sostenibilidad: pensiones mínimas, revalorización automática y factor de sostenibilidad", en VV.AA. Álvarez Cortés J.C. (Dirs.), *Trabajadores maduros y seguridad social*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2018, pp. 69-92.

[82] Para un análisis crítico del nuevo mecanismo ver Tortuero Plaza, J.L.: "El Mecanismo de Equidad Intergeneracional", Brief de la AEDTSS, 22/11/2021; López Gandía, J.: "Del factor de sostenibilidad al mecanismo de equidad intergeneracional", *Revista de Derecho Social*, nº96, pp. 47-61; Vila Tierno, F, Gutiérrez Bengoechea, M. y Benítez Llamazares, N.: "Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad

herramienta complementaria, contingente y temporal. Consta de dos componentes. Por una parte, el Mecanismo de Equidad Intergeneracional consiste en un incremento de las cotizaciones sociales de un 0,6 %, (el 0,5 % correrá a cargo del empresario y el 0,1 % de los trabajadores) desde 2023 a 2032. Estas aportaciones finalistas se destinarán exclusivamente a incrementar el Fondo de Reserva de nuestro sistema de pensiones. Por otra parte, la activación de medidas contingentes a partir de 2033 si las evaluaciones financieras del sistema detectan una desviación de gasto en pensiones.

Nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos por sus ingresos reales (Rec. 4 y 5 del Pacto de Toledo): Las reformas operadas través del RD 504/2022, de 27 de junio[83] y el RDL 13/2022, de 26 de julio[84], tratan de corregir algunas distorsiones que sufría el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. En pocas palabras, la reforma consiste en introducir un nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social, por el cual los trabajadores por cuenta propia cotizarán, a partir de 2023, por los rendimientos de la actividad económica que desarrollen, esto es, que contribuyan al sistema de la Seguridad Social de acuerdo con sus ingresos netos reales. Que los autónomos tuvieron la facultad de elección de su base de cotización era una anomalía de nuestro sistema, fruto de un pasado en el que este colectivo tenía una menor protección social, pero que durante los últimos años ha venido reforzándose sin que el sistema cambiara. En consecuencia, la gran mayoría del colectivo (casi un 85 %) cotiza por la base mínima, que supone una pérdida de recursos para las arcas del sistema y que se traduce, a su vez, en que las prestaciones económicas de su régimen son inferiores a las del Régimen General[85]. Así, a modo de ejemplo, muchos pensionistas del RETA (36 %) no alcanzan la pensión mínima, y, por tanto, son beneficiarios de complementos a mínimos, con el consiguiente coste que ello supone para el gasto público del Estado.

Modificación del complemento de maternidad de pensiones (Rec. 17 del Pacto de Toledo). La brecha de género en las pensiones constituye desde hace muchos años uno de los principales problemas estructurales de la acción protectora de la Seguridad Social. Pues bien, para tratar de aportar una solución, mediante el RDL 3/2021, de 2 de febrero, nuestro legislador reconfiguró el complemento de maternidad que se aplicaba desde 2016, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 12 de diciembre de 2019 que declaró discriminatorio para los hombres al reconocerse

intergeneracional", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº467, 2022, pp. 119-147.

[83] Real Decreto 504/2022, de 27 de junio, por el que se modifican el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, para actualizar su regulación respecto a los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

[84] RDL 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad.

[85] Sobre las implicaciones del sistema de cotización de los trabajadores autónomos para el sistema de Seguridad Social ver Moreno Romero, F.: "La acción protectora del sistema de Seguridad Social para los trabajadores incorporados al régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos", en Monereo Pérez, J.L. y Vila Tierno, F. (Dirs.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, Granada, Comares, 2017, pp. 501-550; Moreno Romero, F.: "La protección de los trabajadores por cuenta propia o autónomos en el sistema español de Seguridad Social", en Jannotti Da Rocha, C., Vasconcelos Porto, L.; Borsio, M.F., Simao Melo, R. (Coords.), *Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho: Direitos Humanos nas Relaçoes Sociais*, Editora RTM, Vol. 1, Tomo 1, 2018, pp. 57-93.

exclusivamente a las mujeres[86]. El nuevo diseño se muestra neutro en términos de género, para que el beneficiario del complemento de pensiones sea el progenitor que demuestra haber sufrido un mayor perjuicio en su carrera de cotización como consecuencia del cuidado de sus hijos, y que, en la gran mayoría de los casos, son las mujeres.

Reforma e impulso de los sistemas complementarios de pensiones (Rec. 16 del Pacto de Toledo): Esta medida ya ha sido legislada a través de la Ley 12/2022, de 30 de junio[87], mediante la que se pretende impulsar los Planes de pensiones de empleo en el ámbito de la negociación colectiva, preferentemente sectorial. Para ello, la ley establece un nuevo marco jurídico para el desarrollo de estos Planes de pensiones de empleo con el fin de dar una mejor cobertura a colectivos de trabajadores en sus empresas o a los trabajadores autónomos que hasta ahora no tenían acceso a estos instrumentos de segundo pilar[88].

Adecuación de bases máximas de cotización (Rec. 5 del Pacto de Toledo): En su Plan de recuperación y resiliencia, el Gobierno propone aprobar la elevación gradual de la base máxima de cotización, acompasada de una adaptación a la misma de la pensión máxima, antes de que termine el año 2022. Eso sí, su implementación se realizará gradualmente, durante las próximas tres décadas.

En su análisis del Plan de recuperación y resiliencia[89], la Comisión Europea acoge con gran satisfacción el compromiso político de nuestro poder ejecutivo de acometer, desde el consenso político y el diálogo social, una reforma del sistema de pensiones con el fin de preservar su adecuación y su sostenibilidad a largo plazo. No obstante, vuelve a señalar que "con el sistema actual, el nivel de suficiencia de las pensiones es uno de los más elevados de la UE y permanecería por encima de la media de la UE a largo plazo (tanto en lo que se refiere a las altas tasas de sustitución como al bajo riesgo de pobreza de los pensionistas)". En este sentido, critica severamente las medidas que vuelven a vincular las pensiones al IPC de forma permanente y la derogación del factor de sostenibilidad porque, en su opinión, dichos elementos incrementarán el gasto en pensiones en medio y largo plazo y en su valoración, las otras medidas que se incluyen (incremento de la edad efectiva de jubilación, nuevo sistema de cotización de los trabajadores autónomos, adecuación de bases máximas de cotización) solo conseguirán mitigar parcialmente el impacto global de la reforma en la sostenibilidad fiscal del sistema. Por ello, España debe adoptar más medidas compensatorias como, por ejemplo, en su mercado de trabajo, mediante la adopción de unas políticas activas de empleo más eficaces para aumentar las tasas de empleo de los trabajadores de más edad.

---

[86] Sobre esta materia, ilustrativas son las aportaciones de Moreno Romero, F.: "El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista de derecho de la seguridad social, Laborum*, nº25, 2020, pp. 147-158; Moreno Romero, F.: "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº58, 2021, pp. 678-715.

[87] Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

[88] Este tema viene siendo analizado de forma sistemática por Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: Balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021; Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.:"Recomendación 16. Sistemas complementarios. La política del derecho de fomento de los planes de pensiones del sistema de empleo de carácter complementario", en VV.AA. Hierro Hierro, F.J. (Dir.), *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 709-748; Monereo Pérez, J.L, Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Murcia, Laborum, 2021.

[89] Comisión Europea, *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Análisis del plan de recuperación y resiliencia de España*, SWD (2021) 147 final, Bruselas 16.6.2021.

Cabe subrayar que, en el momento de la publicación de esta comunicación, la gran mayoría de las reformas planteadas ya han sido legisladas y/o están en trámite[90]. De hecho, ante la celeridad del proceso reformista, nuestro país es el primer Estado miembro que ha recibido el visto bueno de la Comisión para recibir el segundo tramo de los fondos europeos gracias, en parte, a la consecución de los hitos y objetivos comprometidos en materia de pensiones. Al respecto, en su evaluación preliminar, la Comisión ha evaluado el nuevo Mecanismo de Equidad Intergeneracional, la revalorización de las pensiones al IPC, así como los incentivos para alinear la edad efectiva con la edad legal de jubilación. Con respecto al primero, la Comisión Europea duda del efecto que tenga el nuevo Mecanismo de Equidad Intergeneracional en pensiones. Mientras que las autoridades españolas creen que la sustitución del Factor de Sostenibilidad por el Mecanismo de Equidad Intergeneracional tendría un impacto fiscal neutro, la Comisión Europea considera que es probable que conduzca a un aumento significativo del gasto público como porcentaje del PIB a lo largo del tiempo. Por otro lado, el gobierno estima que volver a ligar las pensiones al IPC supone un gasto adicional de 2,7 % del PIB en 2050 y la Comisión Europea concuerda con estas estimaciones. No obstante, por el contrario, España ha proporcionado estimaciones de que las medidas para aumentar la edad efectiva de jubilación producirán ahorros que van del 0,2 % al 0,4 % del PIB para 2030 y del 1,1 % al 1,6 % del PIB para 2050 y es en este caso en el que los servicios de la Comisión consideran que estos datos son demasiado optimistas. En efecto, si bien se espera que los incentivos a retrasar la jubilación generarán ahorros fiscales, "lograr ahorros hasta el límite inferior y ciertamente por encima del mismo está sujeto a una gran incertidumbre"[91].

En este mismo sentido, en el ciclo del Semestre Europeo de 2022, aunque ello no se haya traducido en una recomendación específica final, en el Informe por país de España, la Comisión señala que los costes derivados del envejecimiento de la población afectarán a la sostenibilidad de las finanzas públicas. A ello se añade un alto nivel de deuda y la desfavorable situación fiscal inicial. Por ello, para responder adecuadamente esta realidad fiscal, además de las reformas incluidas en el Plan de Recuperación y Resiliencia, recomienda que nuestro país adopte medidas compensatorias con el fin de mitigar los riesgos para la sostenibilidad fiscal a largo plazo de su sistema[92].

3.2. El caso de Italia

El 30 de abril de 2021, Italia entregó a la Comisión Europea su Plan nacional de Recuperación y Resiliencia[93] que, de conformidad con el artículo 19 del Reglamento (UE) 2021/241, emitió su evaluación positiva[94] antes de que el Consejo adoptara, en julio del 2021, su Decisión de ejecución para su aprobación[95]. En cifras absolutas, con 68,9 mil millones de euros en subvenciones y 122,6

[90] Para un análisis de las últimas reformas operadas ver Tortuero Plaza, J.L.: "La construcción de un nuevo marco para el sistema de pensiones en España", en Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.), *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 629-658.

[91] European Commission, *Positive preliminary assessment of the satisfactory fulfilment of milestones and targets related to the second payment request submitted by the Kingdom of Spain on 30 April 2022, transmitted to the economic and Financial Committee by the European Commission*, 27 June 2022.

[92] Comisión Europea, *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Informe sobre España - 2022*, SWD (2022) 610 final, Bruselas, 23.5.2022.

[93] Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza

[94] Comisión Europea, *Propuesta de Decisión de ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de Italia*, COM (2021) 344 final, Bruselas, 22.6.2021.

[95] Consejo de la Unión Europea, *Decisión de ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de Italia*, 10160/21, Bruselas, 06 de julio de 2021.

mil millones de euros en préstamos, el Plan de Italia constituye el mayor programa del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

El sistema de pensiones italiano se encuentra todavía en un periodo de transición, pasando de un solo pilar a un modelo multipilar[96]. Hasta la década de 1990, el sistema se basaba en un único pilar público con dos niveles básicos de protección que proporcionaba pensiones de prestaciones definidas comparativamente generosas y con posibilidades de jubilarse a edades bajas. No obstante, las vicisitudes socioeconómicas del país y las previsiones demográficas negativas ponían en peligro la sostenibilidad del sistema. Por ello, desde hace 30 años, Italia se encuentra inmersa en un vaivén de reformas con el fin corregir sus disfunciones más apremiantes. Podemos destacar varios procesos de reforma. El primero (1992-1997)[97] que rediseñó la arquitectura del modelo, implantando un sistema de cuentas nocionales de capitalización y multipilar, mediante el desarrollo de planes de pensiones profesionales complementarios (segundo pilar) y personales (tercer pilar). El segundo (2004-2007)[98] incluyó principalmente medidas de ajuste y disposiciones en relación de la cobertura de pensiones complementarias. Para el tercero (2009-2011)[99], las reformas endurecieron las condiciones de acceso a la pensión de jubilación, fundamentalmente, retrasando la edad de jubilación y vinculando los requisitos de acceso en función de la evolución de la esperanza de vida. Es más, ante las importantes consecuencias sociales y económicas de la gran recesión que vivió Italia, la Reforma Monti-Fornero de 2011 aceleró la introducción gradual de algunos parámetros, tales como, entre otros, la edad de jubilación y el ajuste a la esperanza de vida (inicialmente previsto para 2015 pero finalmente implantado en 2013).

En líneas generales, todas estas iniciativas legislativas buscaron reducir sustancialmente el peso de las pensiones en el gasto público. De hecho, las instituciones europeas, valoraron muy positivamente los esfuerzos realizados por el legislador italiano. Así, en el primer ciclo del Semestre Europeo de 2011, la Comisión europea reconoce que "aunque su gasto en pensiones como porcentaje del PIB se encuentre entre los más altos de la UE, las reformas adoptadas en los últimos 15 años han reducido los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo del sistema"[100]. Es más, según el Informe de Envejecimiento de 2015, las previsiones apuntan a una contracción del gasto público bruto en pensiones, que perdería dos puntos porcentuales del PIB (del 15,7 % en 2013 al 13,8 % en 2060)[101]. En consecuencia, la Comisión europea estima que la respuesta política italiana ha sido determinante para mejorar la solidez de las finanzas públicas y hacer frente a las debilidades estructurales de su sistema[102]. Por ello, durante los ciclos del Semestre Europea (2011-2016), la Comisión Europea y el Consejo no formularon recomendaciones específicas a Italia sobre la necesidad de adoptar medidas con el fin de asegurar la sostenibilidad de su sistema de pensiones.

---

[96] Para un análisis del sistema de pensiones en Italia y sus últimas reformas, ver Camós Victoria, I., García de Cortazar, C. y Suárez Corujo, B.: *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, Murcia, Laborum, 2017, en particular el capítulo VI dedicado al sistema de pensiones en Italia, pp. 109-123.

[97] Ley nº421/1992, Reforma Amato; Ley nº335/1995, Reforma Dini; Ley nº449/1997, Reforma Prodi.

[98] Ley nº243/2004, Reforma Maroni; Ley nº247/2007, Reforma Damiano.

[99] Ley nº102/2009; Ley nº122/2010, Reforma Sacconi; Ley nº214/2011, Reforma Monti-Fornero.

[100] European Commission, *Assessment of the 2011 national reform programme and stability programme for Italy*, SEC (2011), 720 final, Brussels, 07.06.2011.

[101] European Commission, *The 2015 Ageing Report. Economic and budgetary projections for the 28 EU Member States (2013-2060)*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015.

[102] European Commission, *Assessment of the 2013 national reform programme and stability programme for Italy*, SWD (2013), 362 final, Brussels, 29.05.2013.

No obstante, el periodo posterior a la crisis inauguró una nueva dirección política en materia de pensiones. La política de austeridad adoptada para reducir los gastos públicos cedió el paso a una política más expansiva. Así, la cuarta y última ola de reformas en Italia (2016-2019) se muestra como un claro rechazo a las políticas de austeridad. La reforma Renzi-Poletti de 2016[103] y 2017[104] así como la reforma de Di Maio-Salvini en 2019[105], marcaron un cambio de tendencia, revirtiendo parcialmente las reformas anteriores. Estas tres reformas contrarrestaron algunas de las medidas más duras de la reforma de Fornero de 2011, además de fortalecer la protección para los colectivos más vulnerables.

La reforma de 2016 reintrodujo una gran cantidad de opciones para salir anticipadamente del mercado laboral, con estrictas condiciones de acceso y/o para trabajadores desfavorecidos. La principal innovación legislativa fue el *Anticipo Pensionistico* (APE Sociale), introducida inicialmente a modo de prueba hasta 2018, pero finalmente prorrogada hasta la actualidad[106]. Esta medida permitió a algunas personas con al menos, 30 años de cotización (para los desempleados o trabajadores con un grado de invalidez reconocido igual o superior al 74 %) o 36 (para los trabajadores cuya profesión sea de naturaleza penosa, peligrosa), poder anticipar su jubilación, hasta tres años y siete meses, mediante una indemnización estatal con un importe máximo de 1.500 euros al mes hasta alcanzar la edad legal de jubilación o los requisitos para la jubilación anticipada.

Por su parte, la reforma de 2017 introdujo una (*Opzione Donna*) que permite a las mujeres 58 años (59 años para trabajadoras por cuenta propia) después de una carrera de cotización de 35 años, con la condición de que acepten que la pensión de jubilación se calcule íntegramente sobre la base de las reglas del sistema de contribuciones definidas.

Por último, la Reforma de 2019 restableció temporalmente (hasta 2021) una forma de pensión de jubilación con la llamada "Cuota 100", que se refiere a la suma de dos parámetros mínimos de acceso (62 años y 38 años de cotización), así como varias opciones adicionales de jubilación anticipada para carreras largas de cotización[107]. También cabe hacer referencias a otras dos intervenciones legislativas. En primer lugar, la suspensión hasta 2026 del vínculo con la esperanza de vida de la carrera de cotización para la jubilación anticipada, y de la edad de jubilación para determinados colectivos con trabajos considerados penosos y peligrosos. En segundo lugar, el establecimiento de una nueva prestación de carácter no contributiva (sujeta a carencia de recursos), la "pensión de ciudadanía" (*Pensione di cittadinanza*), para luchar contra el riesgo de pobreza y la exclusión social de los pensionistas con 67 años o más (o más jóvenes si la unidad familiar cuenta con personas en situación de gran invalidez o dependientes), que consiste en un pago mensual de hasta 780 euros.

Parte de estas contrarreformas que han vuelto a ampliar las posibilidades de jubilaciones anticipadas han sido duramente criticadas por parte de la doctrina científica[108] y las instituciones

[103] Legge 11 dicembre 2016, nº232.

[104] Legge 27 dicembre 2017, nº 205.

[105] Decreto Legge 28 gennaio 2019 nº4.

[106] Legge 30 dicembre 2021, nº 234.

[107] Al respecto, cabe señalar que entre las disposiciones sobre pensiones incluidas en la Ley de Presupuestos 2022 (Legge 30 dicembre 2021, nº234) la medida más importante es sin duda la nueva "Cuota 102" que viene a reemplazar la "Cuota 100" y que permitirá acceder a la jubilación anticipada con 64 años y 38 años de cotización.

[108] Para un análisis crítico sobre las últimas reformas en Italia ver Bologna, S.: "Anticipo de jubilación en Italia: entre sostenibilidad financiera y solidaridad intergeneracional", en VV.AA. *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS*, 2019, Tomo II, pp. 409-416; Casale, D.: "Età e aspettativa di vita nel pensionamento in Italia, dopo il Decreto-Legge n. 4/2019", en VV.AA.: *Por una pensión de*

de la UE. Así, en contraste con la falta de recomendaciones en el período anterior (2011-2016), Italia empezó a recibir admoniciones sobre pensiones por parte de la Comisión y del Consejo durante los ciclos del Semestre Europeo 2017-2019.

En cuanto a la reforma de Renzi-Poletti, fue criticada en los Informes por país de 2017 y 2018 de la Comisión, que destacan su carga sobre las finanzas públicas. Tales críticas han dado lugar a la recomendación de "racionalizar el gasto social y mejorar su composición"[109] y de "reducir el gasto público que se destina a las pensiones de jubilación con el fin de disponer de margen para otros gastos sociales"[110] en 2017 y 2018 respectivamente. El objetivo era crear márgenes para otros tipos de gasto social, entre ellos los destinados a la lucha contra la pobreza y las partidas de gasto que propician el crecimiento, como la educación, cuya participación en el gasto ha estado marcada por un descenso desde principios del siglo XXI[111]. De hecho, según el Informe sobre el Envejecimiento de 2018, el gasto actual en pensiones en Italia se sitúa en el 15,5 % del PIB y se prevé que supere a todos los demás Estados miembros en 2040, alcanzando el 18,7 % del PIB[112].

Por otro lado, las recomendaciones del año siguiente, que surgieron como resultado de las contrarreformas de 2019, como se describe en los considerandos anteriores a las recomendaciones: "el presupuesto de 2019 y el decreto-ley por el que se aplica el nuevo régimen de jubilación anticipada de enero de 2019 suponen un retroceso en comparación con algunos aspectos de las anteriores reformas de las pensiones y menoscaban la sostenibilidad de las finanzas públicas a medio plazo. Estas disposiciones nuevas aumentarán aún en mayor medida el gasto en pensiones a medio plazo." Por ello, las instituciones europeas piden a Italia "aplicar plenamente las anteriores reformas del sistema de pensiones con el fin de reducir el porcentaje del gasto público que se destina a las pensiones de jubilación y de disponer de margen para financiar otros gastos sociales y favorables al crecimiento"[113].

Sorprendentemente, a pesar de estas reiteradas recomendaciones durante los últimos ciclos del Semestre Europeo, el gobierno italiano no ha incluido ninguna propuesta de reforma de su sistema de pensiones en su Plan de Recuperación y Resiliencia. Una posible explicación puede ser que se haya esperado que la "Cuota 100" llegara a su fin antes de retomar las negociaciones con el diálogo social para emprender un nuevo proceso reformista.

---

jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS, Tomo I, 2019, pp. 103-118; Casale, D.: "La reforma del sistema de pensiones italiano de 2019: ¿un empeoramiento de la insostenible desigualdad del sistema de protección social?" *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº22, 2020, pp. 185-204; D'Avino, E.: "El sistema de pensiones en Italia y la última inversión de tendencia: la pensión anticipada a través de la Quota 100", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, 2019, pp. 605-619; Topo, A. y Pensabene Lionti, G.: "El sistema de pensiones en Italia: las últimas reformas, un enfoque sobre la pensión de jubilación y reflexiones sobre el margen de su sostenibilidad y adecuación", en VV.AA. Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 119-148; Esposito, M. y D'Avino, E.: "La protección social de las personas mayores en Italia", en Perán Quesada, S., Vila Tierno, F. (Dirs.), *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 613-628.

[109] Recomendación 4. Recomendación del Consejo de 11 de julio de 2017 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2017 de Italia (2017/C261/11).

[110] Recomendación 1. Recomendación del Consejo de 13 de julio de 2018 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2018 de Italia (2018/C 320/11)

[111] *Ibidem*, Considerando 11.

[112] European Commission, *The 2018 Ageing Report. Economic and budgetary projections for the 28 EU Member States (2016-2070)*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.

[113] Recomendación 1. Recomendación del Consejo de 9 de julio de 2019 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de Italia, (2019/ C 301/12).

De hecho, esta omisión no ha escapado a la Comisión Europea que, en su análisis del Plan, ha reiterado que "el altísimo nivel de deuda pública y la composición del gasto público han limitado la inversión pública y obstaculizado el gasto que fomenta el crecimiento. El gasto público sigue concentrado en las pensiones de vejez"[114]. Así, en su Informe por país 2022, la Comisión Europea en su análisis de implementación de las recomendaciones específicas señala como Italia no ha realizado ningún progreso en la implementación de la recomendación de 2019[115]. Hoy por hoy, la idea de una reforma integral de su sistema de pensiones para asegurar una flexibilidad sostenible en las finanzas públicas parece desvanecerse en el aire para el caso de Italia.

3.3. El caso de Francia

En abril de 2021, Francia presentó su Plan nacional a la Comisión europea que entregó su evaluación positiva dos meses más tarde[116]. Finalmente, fue aprobado por el Consejo en julio de 2021[117]. El Plan, que consta de 20 reformas y 71 inversiones desglosadas en 175 hitos y objetivos, contará con el apoyo financiero de 39,4 mil millones de euros en subvenciones.

En el marco del Semestre Europeo de 2019, la Comisión Europea y el Consejo de la UE emitieron en junio[118] y julio[119] respectivamente sus recomendaciones para Francia. El rápido envejecimiento de la población francesa presenta un impacto particularmente importante para el sistema de protección social y las finanzas públicas. Así, el Consejo señalaba en particular que el gasto en pensiones, que representó el 13,8 % del PIB en 2018, debería mantenerse en 2022, para después situarse entre un 11,8 % y un 13,8 % en el horizonte de 2070, según la evolución del índice de crecimiento previsto del PIB y de la buena salud del mercado laboral[120]. En este sentido, las dos instituciones apoyaban la reforma del sistema de pensiones prevista porque contribuiría a reducir los niveles de deuda pública particularmente elevada y así reducir a medio plazo los riesgos que pesan sobre su sostenibilidad.

La reforma, inicialmente prevista para 2019, y aplazada en reiteradas ocasiones ante las confrontaciones políticas y sociales, pretendía sustituir el complejo sistema compuesto actualmente por 42 regímenes por un sistema de pensiones "universal" de reparto por puntos[121]. En resumidas palabras, según el proyecto de Ley[122], este sistema simplificado sería "más justo y

[114] European Commission, *Commission staff working document. Analysis of the recovery and resilience plan of Italy*, SWD (2021) 165 final, Brussels, 22.6.2021.

[115] European Commission, *Commission staff working document. 2022 Country Report-Italy*, SWD (2022) 616 final, Brussels, 7.7.2022.

[116] Comisión Europea, *Propuesta de decisión de ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de Francia*, COM (2021) 351 final, Bruselas, 23.6.2021.

[117] Consejo de la Unión Europea, *Decisión de ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de Francia*, 10162/21, Bruselas, 06 de julio de 2021.

[118] Comisión Europea, *Recomendación de recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de Francia*, COM (2019), 510 final, Bruselas, 05.06.2019.

[119] Consejo de la Unión Europea, *Recomendación del Consejo de 9 de julio de 2019 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de Francia*, (2019/ C301/10).

[120] Considerando 15 del Consejo de la Unión Europea, *Recomendación del Consejo de 9 de julio de 2019 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de Francia*, (2019/ C301/10).

[121] Para un análisis del sistema de pensiones en Francia y sus últimas reformas, ver Camós Victoria, I., García de Cortazar, C. y Suárez Corujo, B.: *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, Murcia, Laborum, 2017, en particular el capítulo VII dedicado al sistema de pensiones en Francia, pp. 125-154.

[122] Projet de Loi nº 2623 instituant un système universel de retraite. Disponible en: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b2623_projet-loi#:~:text=La%20g%C3%A9n%C3%A9ration%202004 %2C%20qui%20aura,%C3%A9quit%C3%A9%20et%20la%20justice%20sociale.

legible". Con el establecimiento de un sistema por puntos "cada euro aportado dará los mismos derechos a todos", mediante puntos acumulados a lo largo de toda la vida laboral, manteniendo la edad legal de jubilación en 62 años (con penalización). No obstante, con el fin de promover la prolongación de la vida laboral, se establecería "una edad de equilibrio" fijada a los 64 años que daría derecho a los trabajadores de poder jubilarse con el 100 % de su base reguladora.

En este sentido, en su recomendación 1 de 2019, la Comisión y el Consejo recomendaron a Francia que tome medidas con el fin de "reformar el sistema de pensiones para unificar gradualmente las normas de los diferentes regímenes de pensiones y reforzar su equidad y sostenibilidad".

Pues bien, en su Plan nacional de Recuperación y Resiliencia, el gobierno francés alude en varias ocasiones a la necesidad de retomar las negociaciones del diálogo social para la reforma de su sistema de pensiones. Su diagnóstico parte de que el sistema actual es insatisfactorio. Por una parte, generaría profundas desigualdades por ser fragmentario y debido a la existencia de reglas de cálculo muy heterogéneas entre los múltiples regímenes que lo componen. Por otro lado, el legislador francés estima que el sistema no favorece suficientemente la prolongación de la vida laboral de los trabajadores, lo que justifica los malos datos que cosecha Francia en materia de empleo de los trabajadores de más edad (55-64 años) con respecto a los países vecinos. A ello, hay que añadir un desequilibrio financiero estructural importante del sistema de pensiones que se vio agravado por la crisis sanitaria.

En este contexto, entre los objetivos principales del Plan, el gobierno francés se compromete, en materia de protección social, a llevar a cabo "una reforma ambiciosa del sistema de pensiones" con el fin de "reforzar su equidad y sostenibilidad", retomando así textualmente las mismas palabras de la Comisión Europea y del Consejo. No obstante, más allá de estas formulaciones genéricas, nada se dice sobre las medidas concretas que pretende adoptar, sino que la senda de las negociaciones con los agentes sociales se retomará "cuando las condiciones [sanitarias y económicas] lo permitan".

Esta falta de concreción no ha escapado a las instituciones europeas. A pesar de darle el visto bueno al Plan, la Comisión parece indicar que el legislador francés no le da suficientes garantías en cuanto a la reforma. En efecto, en su análisis, deplora que esta reforma no esté incluida "en ninguna medida del Plan y, por tanto, no está asociada a ningún resultado (hito u objetivo) del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia." Y dados los retos que plantean los niveles de deuda pública y el peso del envejecimiento demográfico sobre la partida presupuestaria dedicada al sistema de salud y pensiones, la Comisión advierte de que "la reforma prevista en materia de pensiones será objeto de un estrecho seguimiento" por su parte[123].

En este sentido, en el ciclo del Semestre de 2022, en su Informe por país[124], a pesar de reconocer que Francia lidera la lista de los países que más presupuesto dedica a las políticas sociales (el primero en gastos públicos para el sistema de salud y el segundo en materia de protección social), su sistema de pensiones resulta "muy costoso y complejo" lo que parece plantear dudas acerca de su equidad y sostenibilidad. Por ello, además de las reformas incluidas en su Plan, la Comisión pide al gobierno francés realizar esfuerzos adicionales para abordar otras reformas que "no están adecuadamente abordadas en el Plan", entre ellas, la de su sistema de pensiones. Los niveles de déficit y de deuda pública elevados plantean serios problemas de viabilidad a corto y medio plazo.

[123] European Commission, Commission staff working document. *Analysis of the recovery and resilience plan of France*, SWD (2021), 173 final, Brussels, 23.06.2021, p. 45.

[124] European Commission, Commission staff working document. *2022 Country Report - France*, SWD (2022), 612 final, Brussels, 23.05.2022.

En su opinión, el sistema es relativamente generoso. Además, con un 14,6 % del PIB en 2019, Francia es el tercer país de la UE que más gasto público dedica al pago de las pensiones y las previsiones apuntan a que seguirá incrementando a lo largo de esta década. Además, el sistema se caracteriza por tener una edad efectiva de jubilación muy baja (62 años) con respecto a la media europea (63,8 años). Por ello, entiende que Francia tiene margen suficiente para realizar ahorros y mejorar la eficacia de sus gastos públicos.

En consecuencia, en sus Recomendaciones Específicas por país de 2022, la Comisión y el Consejo piden a Francia que cumpla, sin más demora, con su compromiso de llevar a cabo una ambiciosa reforma del sistema de pensiones con el fin de "homogeneizar gradualmente las reglas de cálculo de los distintos regímenes para fortalecer la equidad del sistema y asegurar su sostenibilidad"[125]. No obstante, ante los resultados de las elecciones legislativas de junio de 2022 que dejaron al partido político de Macron sin mayoría absoluta en la Asamblea Nacional para poder legislar, queda por ver si conseguirá el consenso político necesario para aprobar su reforma, sobre todo cuando los principales partidos de la oposición ya manifestaron su completo rechazo a cualquier incremento de la edad de jubilación.

3.4. El caso de Alemania

Alemania presentó también a la Comisión Europea su Plan nacional de Recuperación y Resiliencia en abril de 2021[126]. De conformidad con el artículo 19 del Reglamento, la Comisión evaluó positivamente la pertinencia, eficacia, eficiencia y coherencia del plan[127] antes de ser aprobado finalmente en julio de 2021 por el Consejo[128]. El Plan consta de 25 inversiones y 15 reformas, desglosándose en 129 hitos y objetivos. El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia aporta 25,6 mil millones de euros en subvenciones para financiar inversiones y reformas.

El sistema de pensiones alemán funciona bien en términos generales, si bien es cierto que durante los últimos años creció una preocupación por el futuro de su sostenibilidad y adecuación debido al cambio demográfico[129]. En los últimos ciclos del Semestre Europeo, la Comisión mostró una particular preocupación por el cambio demográfico que pondrá a pruebas las finanzas públicas y desafiará tanto la sostenibilidad como la adecuación de las pensiones.

Por un lado, a pesar del buen desempeño de su mercado laboral, como lo demuestra una tasa de empleo de las más elevadas y una tasa de desempleo de las más bajas a nivel de la UE, Alemania se enfrenta a un reto demográfico particularmente importante. La jubilación de la generación del *baby boom* está afectando a Alemania más que a otros países de la UE. Así, en su Informe por país de 2019, la Comisión da cuenta de que se espera que Alemania se enfrente en 2040 a uno de los mayores incrementos en el gasto de pensiones públicas de la UE, en porcentaje del PIB[130].

---

[125] European Commission, *Recommendations for a Council recommendation on the 2022 National Reform Programme of France*, COM (2022) 612 final, Brussels, 23.05.2022.

[126] Deutscher Aufbau-und Resilienzplan

[127] Comisión Europea, *Propuesta de decisión de ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de Alemania*, COM (2021) 341 final, Bruselas, 22.6.2021.

[128] Consejo de la Unión Europea, *Decisión de Ejecución del Consejo, de 13 de julio de 2021, relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia para Alemania,* (ST 10158/2021; ST 10158/2021 ADD)

[129] Para un análisis del sistema de pensiones en Alemania y sus últimas reformas, ver Camós Victoria, I., García de Cortazar, C. y Suárez Corujo, B.: *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, Murcia, Laborum, 2017, en particular el capítulo VIII dedicado al sistema de pensiones en Alemania, pp. 155-177.

[130] European Commission, *Commission Staff Working document. Country Report Germany 2019*, SWD (2019) 1004 final, Brussels, 27.2.2019.

Por otro lado, preocupa la adecuación de sus pensiones. Si bien durante los últimos años el gobierno introdujo reformas para salvaguardar la adecuación para ciertos grupos, la Comisión asegura que garantizar pensiones adecuadas a largo plazo requerirá la adopción de medidas estructurales. En 2018, el gobierno adoptó medidas para mejorar los derechos de pensiones para las madres con hijos nacidos antes de 1992 (Mütterrente II) y para las personas con discapacidad. Adicionalmente, estableció una "doble línea roja" (Doppelte Haltelinie) hasta 2025, consistente en limitar la tasa de cotización, que no puede superar el 20 % y que la tasa neta de reemplazo de un trabajador no pueda caer por debajo de un 48 %. Según la Comisión, se espera que esta medida exija considerables transferencias fiscales que aumenten aún más la carga sobre las generaciones más jóvenes. Además, la adecuación futura de las personas con ingresos bajos sigue constituyendo un asunto pendiente de resolver.

Por todo ello, entre sus recomendaciones, la Comisión europea[131] y el Consejo[132] pidieron a Alemania adoptar medidas para garantizar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones, preservando al mismo tiempo su adecuación.

Pues bien, para abordar esta recomendación de las instituciones europeas, el gobierno alemán ha decidido introducir en el componente 4.1.5 de su Plan de Recuperación y Resiliencia una reforma que consiste en la creación de un portal digital de información sobre los derechos de pensiones de los ciudadanos (Digitale Rentenübersicht)[133]. Para ello se establece una Oficina Central para el Portal Digital de Pensiones (Zentrale Stelle für die Digitale Rentenübersicht) bajo la supervisión del Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Social alemán. Como explica el plan, el sistema de pensiones alemán es complejo y heterogéneo. Existe un gran número de fondos de pensiones diferentes que constituyen el segundo pilar obligatorio de cuentas individuales y el tercer pilar individual voluntario. Por lo tanto, hasta ahora ha sido difícil para los ciudadanos saber con exactitud el estado de todos sus derechos de pensión y los ahorros que disponen para su vejez. En este sentido, mediante esta reforma se pretende mejorar el nivel de conocimiento y brindar a los ciudadanos una visión completa y así facilitar su planificación económica de su futura jubilación. A través del portal digital, tendrán acceso a la información individual sobre los derechos de pensión alcanzados de todos los planes de pensiones en los que participan y de aquellos que es probable que alcancen en el momento de retirarse. En efecto, como explica el Plan, además de garantizar la transparencia, el portal digital mejora los conocimientos (educación financiera) de sus ciudadanos para tomar decisiones que se adapten a sus necesidades económicas en el caso de detectar posibles lagunas o carencias. El gobierno entiende que esto debería garantizar unos ingresos más adecuados durante la vejez y que indirectamente contribuye a alentar a las personas a complementar la pensión pública con planes de pensiones complementarios del segundo y tercer pilar, tal y como viene recomendando la UE.

En su análisis, la Comisión estima que, en general, el Plan representa una respuesta integral y adecuada a los desafíos estructurales identificados en el contexto del Semestre Europeo, especialmente en la transición ecológica y digital[134]. Si bien el programa proporciona una descripción de su sistema de pensiones y de sus desafíos, la Comisión critica que este no incluya

[131] Comisión Europea, *Recomendación de Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de Alemania*, COM (2019) 505 final, Bruselas, 5.6.2019.

[132] Recomendación del Consejo de 9 de julio de 2019 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de Alemania.

[133] La Ley ya fue aprobada por el Bundestag y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de febrero de 2021. Gesetzzur Verbesserung der Transparenz in der Alterssicherung und der Rehabilitation sowie zur Modernisierung der Sozialversicherungswahlen und zur Änderung anderer Gesetze (Gesetz Digitale Rentenübersicht) Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 6, ausgegeben zu Bonn am 17 Februar 2021.

[134] European Commission, *Commission Staff Working Document. Analysis of the recovery and resilience plan of Germany*, SWD (2021) 163 final, Brussels, 22.7.2021.

hitos y objetivos vinculantes ni reformas más profundas de su sistema de pensiones. Teniendo en cuenta que el cambio demográfico está afectando a Alemania más que a otros países, en su opinión, la creación de un portal digital de pensión aborda parcialmente las recomendaciones. Y es que, a pesar de la idoneidad de mejorar la transparencia, la digitalización del sistema, a través de la creación de un portal digital, es una reforma accesoria complementaria que no aborda adecuadamente el tema de la sostenibilidad y la adecuación de las pensiones. En este sentido, el gobierno deberá realizar más esfuerzos en los próximos años.

Así, en el ciclo del Semestre Europeo de 2022, en el Informe por país para Alemania, la Comisión reitera que el envejecimiento de la población se acelerará en los próximos años y aumentará las presiones financieras sobre el sistema de Seguridad Social[135]. Se espera que la población en edad de trabajar disminuya en 3,7 millones de personas hasta 2030. Ello, unido a una tasa de dependencia de la vejez que aumentará en más de 12 puntos porcentuales, aumentará considerablemente las necesidades de financiación del primer pilar de reparto. Por otro lado, estima que los pilares complementarios solo aportan una contribución muy limitada a los ingresos de la vejez. Para las pensiones profesionales del segundo pilar (opcional), el Estado brinda incentivos fiscales para que las empresas proporcionen una pensión complementaria a sus empleados. No obstante, ante carreras laborales cada vez más volátiles, la Comisión cree que su será difícil desarrollarlo. Por su parte, los planes de pensiones individuales (voluntarios) del tercer pilar (Riester Rente) no han logrado desempeñar el papel sustancial que se esperaba debido a que sus rendimientos son bajos y los costes administrativos altos. En este sentido, las personas con ingresos bajos no pueden lograr ahorros suficientes y la adecuación de sus pensiones queda un tema preocupante pendiente de resolver.

Por ello, en sus recomendaciones específicas de 2022, además de las reformas contenidas en su Plan, la Comisión pide a Alemania abordar los desafíos adicionales pendientes de abordar para "salvaguardar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones"[136].

4. Reflexiones finales

La crisis socioeconómica derivada de la emergencia sanitaria por el COVID-19 ha provocado un despliegue de políticas fiscales y sociales expansivas sin precedentes por parte de gobiernos nacionales con el apoyo de la UE, con el fin de frenar la crisis e impulsar una recuperación rápida y sólida. El instrumento central del programa europeo temporal de recuperación *Next Generation* es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que cuenta con 672,5 mil millones de euros para reforzar la resiliencia y la viabilidad futura de la UE mediante reformas e inversiones para, en particular, promover la transición ecológica y digital.

Para poder acceder a las subvenciones y los préstamos, los gobiernos nacionales tuvieron que presentar sus Planes Nacionales de Recuperación y Resiliencia, detallando sus programas de inversión y reforma para los próximos años. Por lo tanto, el éxito del instrumento depende de cómo los países aprovechen esta oportunidad de financiación de la UE para priorizar inversiones y reformas que promuevan transiciones ecológicas y digitales, respalden el potencial de crecimiento de su economía y fortalezcan la resiliencia sanitaria, económica, social e institucional.

Desde un punto fiscal y económico, la adopción de estas medidas de inversión como respuesta política contrasta fuertemente con los controvertidos programas de austeridad que siguieron a

[135] European Commission, *Commission Staff Working Document. 2022 country Report Germany*, SWD (2022), 606 final, Brussels, 23.5.2022.

[136] European Commission, *Recommendation for a Council Recommendation on the 2022 National Reform Programme of Germany*, COM (2022), 606 final, Brussels, 23.5.2022.

la crisis de la deuda soberana de la UE en 2008, ya que esta vez no se cuestiona el impulso de las inversiones públicas. Y es que, además de las lecciones aprendidas durante el periodo de recesión, ante una crisis de naturaleza distinta, la respuesta política no podía ser la misma. No obstante, cuando la Comisión Europea desactive la cláusula de salvaguardia general (previsto para 2023), los Estados miembros tendrán mayores niveles de deuda pública y habrá que ver la capacidad y las condiciones para la vuelta a las exigencias fiscales del Pacto de Estabilidad y Crecimiento que, sin lugar a duda, podrían ser difíciles para algunos países.

Por su parte, aunque el Semestre Europeo no implica una transferencia legal de soberanía de los Estados miembros al nivel de la UE, le ha otorgado un papel más visible y autorizado que nunca en el seguimiento, el escrutinio y la orientación de las políticas económicas, fiscales y sociales de los países miembros. Otorga a las instituciones y en particular, a la Comisión Europea, un poder efectivo para condicionar las reformas. Al vincular directamente las reformas que abordan las recomendaciones específicas con el apoyo financiero, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia se erige como un instrumento que puede mejorar potencialmente las perspectivas de implementación del asesoramiento político de la UE en el marco del Semestre Europeo. La estrategia ofrece financiación para animar los Estados miembros a implementar reformas a veces costosas de emprender a nivel político y social, como son las referidas a los sistemas de pensiones[137].

El Plan de Recuperación y Resiliencia de España es uno de los más ambiciosos del Mecanismo, tanto por el importe de las subvenciones recibidas como por el número de reformas e inversiones acordadas. Además, en comparación con los programas de Italia, Francia y Alemania, nuestro estudio pone de relieve como España adoptó mayores compromisos de reforma en materia de pensiones que los países de su entorno. El gobierno español parece haber entendido que los fondos europeos representan una oportunidad única para los países menos resilientes y/o más afectados por la crisis del COVID-19 para contribuir a resolver sus problemas estructurales a través de inversiones y reformas. En este sentido, España se comprometió con reformas más profundas, abordando de manera efectiva todos, o al menos un subconjunto significativo, de los desafíos identificados en las recomendaciones específicas por país para reforzar la sostenibilidad financiera y suficiencia de su sistema ante el reto demográfico.

5. Bibliografía

Bologna, S.: "Anticipo de jubilación en Italia: entre sostenibilidad financiera y solidaridad intergeneracional", en VV.AA. *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS*, 2019, Tomo II, pp. 409-416.

Camos Victoria, I., García De Cortazar, C. y Suárez Corujo, B.: *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, Murcia, Laborum, 2017.

Carone, G., Eckfeldt, P., Giamboni, L., Laine, V. y Pamies Sumner, S.: *Pension Reforms in the EU since the Early 2000's: Achievements and Challenges Ahead*, European Economy Discussion Paper 042, Luxembourg: Publications Office of the European Union, December 2016.

[137] Tortuero Plaza, J.L.: "La construcción de un nuevo marco para el sistema de pensiones en España", en VV.AA. Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.), *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*,Bomarzo, Albacete, 2022, p. 632.

Casale, D.: "Età e aspettativa di vita nel pensionamento in Italia, dopo il Decreto-Legge n. 4/2019", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la AESSS*, Tomo I, 2019, pp. 103-118.

Casale, D.: "La reforma del sistema de pensiones italiano de 2019: ¿un empeoramiento de la insostenible desigualdad del sistema de protección social?" *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº22, 2020, pp. 185-204.

Czubala Ostapiuk, M.R. y Lara Martínez, L.: "El Semestre Europeo: la nueva arquitectura de gobernanza económica y los objetivos sociales", *Revista de Estudios Europeos*, nº76, 2020, pp. 20-31.

D'Avino, E.: "El sistema de pensiones en Italia y la última inversión de tendencia: la pensión anticipada a través de la Quota 100", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, 2019, pp. 605-619.

Deroose, S. y Griesse, J.: *Implementing economic reforms - are EU Member States responding to European Semester recommendations?,* ECFIN Economic Brief, Issue 37, October, 2014.

Efstathiou, K. y Wolff, G.: "*Is the European Semester effective and useful?*", Bruegel Policy Contribution, nº9, 2018.

Efstathiou, K. y Wolff, G.: *What drives national implementation of EU policy recommendations?,* Bruegel Policy Contribution, nº4, 2019.

Esposito, M. y D'Avino, E.: "La protección social de las personas mayores en Italia", en Perán Quesada, S., Vila Tierno, F. (Dirs.), *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 613-628.

Ferrer Martín de Vidales, C.: "Semestre Europeo: la supervisión de las políticas económicas, presupuestaria y fiscales del Estado español", *Foro, Nueva época*, vol. 21, núm. 2, 2018, pp. 157-182.

Gallego Losada, R.: *Las pensiones en la economía digital. Retos y reformas*, Valencia, Tirant lo blanch, 2021.

Hierro Hierro, F.J. (Dir.): *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.

López Gandía, J.: "Del factor de sostenibilidad al mecanismo de equidad intergeneracional", *Revista de Derecho Social*, nº96, pp. 47-61.

Llorente Álvarez, A.: "Una seguridad social para el futuro, con un apunte sobre automatización, robots y seguridad social", en VV.AA. Sánchez-Urán Azaña, Y. y Grau Ruiz, M.A (Dirs.), *Nuevas tecnologías y Derecho*, Juruá Editorial, 2019, pp. 127-147.

Maldonado Molina, J.A.: "El factor de sostenibilidad en Europa y España", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 3, nº1, 2018, pp. 110-134.

Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del COVID-19: Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, nº 3, 2021, p. 119-177.

Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº30, 2022, pp. 63-89.

Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la ley 21/2021, de 28 de diciembre" *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº467, 2022, pp. 149-188.

Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "Pilar Europeo de Derechos Sociales y Sistemas de Seguridad Social", *Lex Social Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 8 núm. 2, 2018, pp. 251-298.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social", *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 49, 2017.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.:"Recomendación 16. Sistemas complementarios. La política del derecho de fomento de los planes de pensiones del sistema de empleo de carácter complementario", en VV.AA. Hierro Hierro, F.J. (Dir.), *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020),* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 709-748.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020), *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, nº25, 2020, pp. 13-32.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La Pensión de Jubilación*, Murcia, Laborum, 2020.

Moreno Romero, F.: "El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista de derecho de la seguridad social, Laborum*, nº25, 2020, pp. 147-158.

Moreno Romero, F.: "La acción protectora del sistema de Seguridad Social para los trabajadores incorporados al régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos", en Monereo Pérez, J.L. y Vila Tierno, F. (Dirs.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, Granada, Comares, 2017, pp. 501-550.

Moreno Romero, F.: "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº58, 2021, pp. 678-715.

Moreno Romero, F.: "La protección de los trabajadores por cuenta propia o autónomos en el sistema español de Seguridad Social", en Jannotti Da Rocha, C., Vasconcelos Porto, L.; Borsio, M.F., Simao Melo, R. (Coords.), *Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho: Direitos Humanos nas Relaçoes Sociais*, Editora RTM, Vol. 1, Tomo 1, 2018, pp. 57-93.

Pérez del Prado, D.: "*El impacto social de la gobernanza económica europea*", Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Ramos Quintana, M.I.: "El factor de sostenibilidad del sistema de pensiones en España: análisis crítico", *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, nº31, 2014, pp. 9-28.

Sánchez-Urán Azaña, Y. y Grau Ruiz, M.A.: "Seguridad Social y economía digitalizada", en VV.AA. Hierro Hierro, F.J. (Dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 905-946.

Suárez Corujo, B.: *El derecho a la revalorización de las pensiones*, Albacete, Bomarzo, 2018.

Topo, A. y Pensabene Lionti, G.: "El sistema de pensiones en Italia: las últimas reformas, un enfoque sobre la pensión de jubilación y reflexiones sobre el margen de su sostenibilidad y adecuación", en VV.AA. Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 119-148.

Tortuero Plaza, J.L.: "Editorial", *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021, pp. 14-19.

Tortuero Plaza, J.L.: "El Mecanismo de Equidad Intergeneracional", Brief de la AEDTSS, 22/11/2021.

Tortuero Plaza, J.L.: "Retos y reformas en materia de pensiones", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº467, 2022, pp. 189-223.

Tortuero Plaza, J.L.: "La construcción de un nuevo marco para el sistema de pensiones en España", en Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs.), *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022, p. 629-658.

Vila Tierno, F., Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.): *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional. Especial atención a las personas mayores*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.

Vila Tierno, F., Gutiérrez Bengoechea, M. y Benítez Llamazares, N.: "Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº467, 2022, pp. 119-147.

Vila Tierno, F. y Moreno Romero, F.: "Equilibrio entre suficiencia y sostenibilidad: pensiones mínimas, revalorización automática y factor de sostenibilidad", en VV.AA. Álvarez Cortés J.C. (Dir.), *Trabajadores maduros y seguridad social*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2018, pp. 69-92.

Los regímenes pensionales de capitalización o ahorro individual: promesas incumplidas y problemáticas anunciadas

Diana del Pilar Colorado Acevedo
Profesora Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Universidad Nacional de Colombia

I. Introducción

Abordar los efectos de las reformas pensionales iniciadas hace tres o cuatro décadas, resulta necesario en la actualidad pues, aunque se han estudiado los resultados inadecuados de dicha reestructuración, los ciudadanos actualmente experimentan, en la práctica, los perjuicios de dichas regulaciones. Dichas reformas se expresaron, primordialmente, en la incorporación de regímenes fundamentados en la capitalización o ahorro individual, en el traspaso de las responsabilidades públicas de la seguridad social hacia los particulares y en el propósito de fragilizar los principios de solidaridad y los instrumentos de redistribución y asunción social del riesgo de vejez, todo ello en un escenario de mercado.

La discusión de estos tópicos deviene de interés general, al comprometerse la seguridad económica en la vejez y el derecho fundamental a la seguridad social, donde, incluso, el escenario judicial ha tenido que dar respuesta a ciertos puntos álgidos del decurso del esquema pensional. Todo ello, ha reasignado el debate más allá de las fronteras de los análisis académico, macroeconómico o financiero, de alcances concentrados.

Este escrito trata elementos de alcance general y especifica su análisis en consideraciones propias del ámbito latinoamericano. En primer lugar, se describen las características definitorias

de los escenarios pensionales a partir de las reformas acometidas en las décadas de los ochenta y noventa del siglo XX; se explica la brecha entre los sistemas fundamentados en la capitalización o ahorro individual, o de aporte definido, con los propósitos de los pisos de protección social cuyos alcances han sido explorados, especialmente en los últimos años, por la Organización Internacional del Trabajo; posteriormente, se hace referencia a los problemas y frustraciones generadas con la integración de los regímenes de capitalización, independientemente de si se trataba de reformas sustitutivas, mixtas o paralelas; para, finalmente, exponer las incidencias en el caso específico de Colombia, por lo que se abordaran algunos parámetros legales y demográficos, las perspectivas de futuros cambios, y se hará mención de un específico tópico de discusión judicial atinente a las características de la información y la asimetría en la relación entre administradoras y afiliados.

1. Los escenarios pensionales a partir de las reformas de finales del siglo XX

En las décadas de los años ochenta y noventa del siglo pasado, en diversos países de América Latina, se incorporaron reformas pensionales dirigidas, principalmente, a terminar con los sistemas de prima media o de reparto simple, o al menos, a eliminarlos como sistema único.

Se introdujeron entonces los regímenes de capitalización o ahorro individual, diseñados bajo los planteamientos establecidos por los organismos internacionales de financiación, específicamente, el Banco Mundial. Estas reformas se trazaron como sustitutivas, en cuanto su propósito era eliminar la prima media y reemplazarla totalmente por el ahorro individual; como mixtas, si lo que se pretendía era combinar los dos sistemas, por ejemplo, construir una base pensional mínima por reparto simple y mejorarla a través de la capitalización; o como paralelas, en las que los dos sistemas coexisten, pero son excluyentes, caso éste en el que se cataloga la reforma en Colombia.

Se indicó que los Estados responden a diversas posibilidades cuando acometen la estructuración del sistema pensional, entre ellas: si el sistema es obligatorio o voluntario; cuál es el énfasis o alcance del ahorro y de la redistribución; si el sistema debe ser totalmente financiado, es decir, si la prestación se cubre con los ahorros directos de cada afiliado, o si se fundamenta en ingresos corrientes: pago de prestaciones con el ingreso por cotizaciones de todos los afiliados; y si el sistema debe tener una administración central, o ser descentralizado y competitivo. En tal sentido, pueden existir distintas alternativas, pero en lo relativo a la financiación y la administración del sistema, generalmente se ubican tres grandes escenarios: el sistema público de reparto, los planes ocupacionales y los sistemas de ahorro personal y rentas vitalicias (Banco Mundial, 1994).

En el sistema de reparto simple, el Estado ordena, financia, administra y asegura las pensiones; ofrece beneficios definidos no vinculados actuarialmente a los aportes, que se financian con un impuesto sobre la nómina; paga las prestaciones con ingresos corrientes; y redistribuye el ingreso entre generaciones y dentro de una misma generación. Los planes ocupacionales, son fondos de administración privada ofrecidos por los empleadores y facilitados por exenciones tributarias, en los que el beneficio depende del aporte logrado y de la rentabilidad de las inversiones. Finalmente, los planes de ahorro personal, financian las prestaciones con los aportes realizados por cada persona, los trabajadores asumen el riesgo de la inversión de sus ahorros, pues los beneficios no están definidos por anticipado, y generalmente es voluntario, aunque en algunos países es obligatorio (Banco Mundial, 1994).

Desde otra vista, se ha diferenciado entre los mercados de pensiones y las políticas estatales de pensiones. Los primeros denotan una relación voluntaria entre demandantes y oferentes, en la cual la pensión se *compra* después de ahorrar durante un período extenso, y el pago de la prestación

se vale de instrumentos financieros para distribuir los recursos acumulados en muchos pagos. En este escenario, los Estados se concentran en respaldar los contratos, regular y vigilar la operación eficiente del mercado financiero y supervisar la solvencia de los planes de pensiones. Las políticas estatales de pensiones, por su parte, constituyen intervenciones del Estado que pretenden objetivos sociales adicionales, entre los que suelen distinguirse, la protección de las personas adultas mayores, la coadyuvancia a los trabajadores jóvenes para que venzan su imprevisión, obligándolos a ahorrar durante su vida laboral activa, y el ofrecimiento de incentivos para que, además, elijan ahorrar voluntariamente para pensiones, en lugar de seleccionar otros tipos de inversión. Cada uno de estos objetivos se identifica, respectivamente, con los llamados primer, segundo y tercer pilar de las políticas pensionales (Valdés, 2002).

La agenda formal de las reformas de las últimas dos décadas del pasado siglo, dirigidas a incorporar regímenes de ahorro personal o capitalización, mostró dentro de sus finalidades: el aumento del ahorro nacional, el fortalecimiento del mercado de capitales y de seguros, la relación directa entre el aporte y la prestación, la promoción de la competencia entre administradores privados, y la reducción del efecto de los cambios demográficos en el sistema pensional; empero, pasaron de soslayo, las esperadas secuelas provenientes de la inestabilidad económica, la necesidad de altas tasas de rendimiento para poder acceder a una pensión suficiente, la falta de solidaridad, las desventajas para las mujeres frente al acceso a la pensión o su monto, las asimetrías de información y los problemas de agencia, el requerimiento de altos costos y dotaciones para la vigilancia estatal, y la insuficiencia o franca nocividad de algunas de las opciones de liquidación y pago de las pensiones.

2. La brecha entre los esquemas pensionales de capitalización y los pisos de protección social

La elección de dichas reformas, entronizó los intereses de los agentes económicos, eludiendo las previsiones de distintas fuentes normativas internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social y su derecho a los seguros, en caso de invalidez, viudez y vejez[1]; o establecen la protección contra las consecuencias de la vejez[2]; o, las que ordenan a los Estados tomar medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios[3], o que disponen la garantía de la concesión de prestaciones de vejez a las personas protegidas[4], entre otros instrumentos normativos.

La evolución de la institución del tradicional seguro social, dio lugar a la aplicación de sistemas pensionales de reparto simple, caracterizados por sus mecanismos de solidaridad frente a las personas de menores ingresos e intergeneracionales, sostenibles a largo plazo ante las crisis financieras, y con caracteres redistributivos más acordes con la justicia social. Igualmente, con problemas propios, como los efectos de la transición demográfica o los desequilibrios entre el número de cotizantes y el de pensionados; la necesidad de importantes aportes estatales para alivianar déficits; o la diferenciación, no siempre justificada, de beneficios, dado el manejo político o transaccional de las prestaciones. Sin embargo, dichos inconvenientes, son susceptibles de ser gestionados por la política pensional, y también por las políticas de empleo y fiscal. No obstante, estas circunstancias fueron asumidas a finales del siglo XX, como problemas estructurales

[1] Declaración Universal de los Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales PIDESC.

[2] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

[3] Observación General 20 del Comité PIDESC.

[4] Convenios 102 y 128 de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

imbatibles que requerían la eliminación o marchitamiento del sistema de reparto o prima media, y su reemplazo por el de capitalización.

Lo anterior, es una muestra de la tendencia a calificar como obsoletos los dispositivos clásicos de protección y la problemática de los Estados para afrontar un nuevo entorno caracterizado por una *cultura del riesgo,* donde, equivocadamente, se acude a una supuesta dotación de los individuos como la forma más adecuada para enfrentar dichos riesgos. Como señala Robert Castel:

> *"La ideología generalizada e indiferenciada del riesgo (la sociedad del riesgo, la cultura del riesgo, etc.) se ofrece hoy como la referencia teórica privilegiada para denunciar la insuficiencia, incluso el carácter obsoleto de los dispositivos clásicos de protección y la impotencia de los Estados para hacer frente a la nueva coyuntura económica […]. De hecho, la insistencia puesta en la proliferación de los riesgos corre pareja con una celebración del individuo aislado de sus inserciones colectivas, "desarraigado", según la expresión de Giddens" (Castel, 2013, p. 82)*

El principio de solidaridad y los efectos redistributivos, evidentemente, soportan la seguridad social, desde la formulación Bismarckiana, y con mayor alcance desde el informe Beveridge, hasta la definición de sus desafíos actuales. La Organización Internacional del Trabajo OIT ha indicado que los mecanismos redistributivos efectivos y equitativos, basados en la solidaridad social, son un requisito previo para la protección social universal, ello, a propósito del cumplimiento de la Recomendación 202 de 2012 sobre los pisos de protección social:

> *"Resulta difícil reconciliar una reducción del alcance del seguro social a través de la introducción de mecanismos individuales de ahorro obligatorios o voluntarios, que transfieran los riesgos económicos y financieros a los individuos, con los principios establecidos en la Recomendación. Por consiguiente, debe garantizarse en todos los casos, que estos regímenes forman parte de un sistema más amplio que se basa en los principios de solidaridad, mancomunación de riesgos y financiación colectiva, y la participación de las personas protegidas" (OIT, Organización Internacional del Trabajo, 2019, p. vi).*

Ha de entenderse que en lo relativo a los sistemas pensionales, se promueven los mecanismos solidarios que, evidentemente, se sirven de mecanismos de financiación conjunta que socializan y dispersan los riesgos individuales, principios éstos, propios de la seguridad social; y al contrario, se excluyen, de forma directa y expresa, los dispositivos de ahorro individual en los que el riesgo sea asumido exclusivamente por el individuo.

En tal sentido, se propugna por una financiación colectiva, como el medio óptimo para enfrentar los imprevistos en el ciclo vital y distribuir los ingresos a lo largo de los años, lo que también coadyuva a que el Estado garantice la sostenibilidad y equidad del sistema:

> *"se tiene que acoger con agrado la tendencia existente en varios países a reducir la privatización y fortalecer los regímenes públicos basados en los principios de solidaridad y de adecuación y previsibilidad de las prestaciones, tal como se establecen en la recomendación" (OIT, Organización Internacional del Trabajo, 2019, p. xiii).*

Se encuentra entonces, que la OIT resalta los propósitos básicos de seguro y de ahorro, propios de los sistemas pensionales, y destaca que los sistemas públicos con prestaciones definidas

-precisas para el cumplimiento de aquellos-, cooperan y no riñen, con la sostenibilidad financiera de las pensiones.

Ahora bien, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, al analizar el párrafo 3, literal h, de la Recomendación 202 de 2012 que señala "Solidaridad en la financiación, asociada a la búsqueda de un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de seguridad social" (Organización Internacional del Trabajo OIT, 2012), reveló que:

> *"A efectos de establecer sistemas integrales de seguridad social que incluyan pisos de protección social… los únicos medios y métodos que pueden considerarse son aquellos que se basen en la solidaridad social. Ello excluye, por tanto, todo régimen que no esté basado en la financiación colectiva o la redistribución, como los regímenes basados en la responsabilidad directa de los empleadores, los planes de ahorro privado, los regímenes de cotizaciones definidas basadas en el ahorro individual o las cuentas nacionales y los seguros de vida y de accidentes" (OIT, Organización Internacional del Trabajo, 2019, p. 47).*

La Comisión no descarta la posibilidad de que estos mecanismos brinden protección adicional o complementaria, pero es enfática en indicar que no hacen parte de las garantías básicas en materia de seguridad social, con arreglo a la Recomendación. Es precisa al señalar a los planes de ahorro individual, con aporte pero sin prestación definida, como componentes apartados de los fines de los pisos de la protección social y, valga aclarar, del contenido del derecho humano a la seguridad social y a la pensión, cuya garantía y respeto, es el propósito vital de los estudios de la OIT emprendidos desde el año 2019, frente al cumplimiento de los pisos de protección social.

3. Falsas promesas y problemáticas anunciadas

La anterior perspectiva está acompasada con los resultados de estudios que denotan que las expectativas de las reformas guiadas por la incorporación de la capitalización y la sustitución de los sistemas de reparto simple resultaron, en general, quiméricas y, al contrario, se establecieron escenarios de vulneración de los propósitos sociales y del enfoque de derechos a los que deben atender los sistemas pensionales.

El estudio de Carmelo Mesa Lago (Mesa Lago, 2020) detalla la evolución de los sistemas de pensiones en diversos países de América Latina, específicamente de los regímenes de ahorro individual o capitalización, desde la adopción de las reformas y hasta hoy, hallazgos que, para efectos de este escrito, pueden resumirse así:

Cobertura: la ampliación de cobertura de la población económicamente activa, esperada con la integración de la capitalización, no se ha cumplido, pues se cubre entre el 21 % y el 38 %, muy por debajo del porcentaje mínimo establecido por la OIT, esto es, el 50 %. Los sectores de difícil incorporación al sistema, como los trabajadores (as) domésticos, autónomos, empleados de microempresas o trabajadores agrícolas, han tenido que ser sujetos de políticas públicas, en contravía por lo planteado por las reformas que esperaban prolongados cambios generacionales para extender la cobertura del ahorro individual.

Solidaridad: fue reemplazada por la equivalencia entre prestación y capital ahorrado, por lo que no hay transferencias entre miembros de una generación, ni entre generaciones, ni entre grupos de ingreso y géneros.

Intervención del Estado: en lugar de resultar inadecuada según el paradigma neoliberal de las reformas, ha derivado en esencial para: definir la obligatoriedad de la afiliación; asumir el costo de transición entre el sistema público y el privado, o sus alternativas mixtas o paralelas; la regulación y control; y el aporte fiscal para las pensiones del sistema público, para las mínimas de la capitalización -en los países donde operan- y las no contributivas.

Costos de administración: en la mayoría de los países, estos costos y las comisiones y primas de los gestores privados, son asumidos por los trabajadores, y representan entre un 23 % y un 30 % de los recursos depositados mediante cotización o aportes, reduciendo la posibilidad de pensionarse o el monto de la prestación.

Discriminación por género: aunque es un resultado del mercado de trabajo, los sistemas públicos pensionales son más neutros o positivos pues otorgan pensiones a las mujeres, con menor edad o años de cotización; liquidan la prestación de conformidad con los últimos años de vida laboral, y manejan tablas de mortalidad unisexo. La capitalización, a diferencia, hace más difícil que las mujeres reciban la pensión, pues ésta depende de lo efectivamente ahorrado, las tablas de mortalidad son diferenciadas por sexo, y se les generan pensiones inferiores.

El monto de la pensión: no responde a lo prometido por las reformas que proyectaron una tasa de reemplazo del 70 % del salario al final de la vida activa, y manifestaron que las pensiones serían más altas que las del sistema público: en la realidad, la tasa de reemplazo sólo alcanza un promedio de 39,8 % en el sistema privado, mientras que en el público logra el 64,7 %.

La posibilidad de pensionarse: es reducida en el sistema privado, pues sólo entre 27 % y 28 % de los afiliados recibirá pensión, en comparación con un 59 % que lo hará en el sistema público. Sólo el 30 % de los asegurados en el sistema privado, que tienen entre 51 y 60 años, recibirá una pensión mayor que en el sistema público.

Libertad de elección: ha sido restringida dado que se obligó a todos los afiliados a trasladarse al sistema privado, o a quienes entraban por primera vez a trabajar a vincularse con los regímenes de capitalización, o los empleadores decidieron o presionaron el traslado; incluso, en los casos en que el cambio fue voluntario, éste obedeció a promesas de mejores pensiones y costos administrativos menores, lo cual, era previsible, no se cumpliría.

Competencia entre agentes: no se desarrolló adecuadamente debido a la reducción del número de administradoras a través de fusiones, lo que generó que un mínimo número de entidades maneje el sistema privado, incluso mediante oligopolios.

Pérdida de la participación tripartita: en los regímenes de ahorro individual, la gestión es exclusiva de los agentes privados; tampoco existe intervención de los trabajadores o los empleadores en la regulación o supervisión de los fondos privados de pensiones, la cual es adelantada por el Estado.

Asimetría o falta de información: característica propia de la gestión de las administradoras privadas de fondos de pensiones, por lo que la adopción de decisiones por parte de los trabajadores afiliados no es informada, especialmente en lo relativo a la elección de administradoras -según los costos administrativos o los rendimientos que ofrecen-, como en la escogencia de las posibles inversiones, los esquemas multifondos y las opciones de planes de retiro.

Escasa diversidad en la cartera de inversiones: la diversidad en las inversiones es una promesa defraudada pues en la mitad de los sistemas, están concentradas en dos instrumentos -entre el 80 % y 90 %-; y en la otra mitad, entre el 62 % y el 86 %. La mayor inversión se enfoca en deuda pública, lo que era propio de los sistemas públicos de reparto, ya que varios países carecen de un

mercado de valores desarrollado. La segunda inversión se encuentra en instrumentos extranjeros, lo que se opone a uno de los principales supuestos de las reformas, cual era promover los mercados de valores nacionales.

Finalmente, en el estudio se destaca que en algunos países de América Latina, las reformas pensionales de los últimos años y aquellas en ciernes, fortalecen el rol del Estado a través de: transferencias del sistema privado al público; la creación o ampliación de prestaciones financiadas por el Estado; el reemplazo de los esquemas sustitutivos que, en su momento, acabaron con los sistemas públicos, por sistemas mixtos; la revelación de las fallas de la administradoras privadas de fondos de pensiones y los fracasos del sistema de capitalización; y la adopción de medidas públicas de mayor regulación, vigilancia y control de dichas entidades.

Estas falencias resultan generalizadas en los países de América Latina que adoptaron la propuesta pensional neoliberal, donde se han manifestado de distinta forma e intensidad, y las cuales han llevado a emprender reformas frecuentemente promovidas por las organizaciones sociales, y donde se reivindica el carácter público y el rol estatal en las distintas formas de protección y seguridad social. Resulta pertinente entonces, recordar lo señalado por Robert Castel, respecto a la necesidad constante de los mecanismos de protección provistos a través de herramientas públicas:

> *[…] Ciertamente es ingenuo pretender mantener o restaurar el statu quo de las protecciones anteriores, y ese es el reproche que los modernistas dirigen con buena conciencia, de manera recurrente, a los "nostálgicos del pasado". Pero al menos es igualmente ingenuo pretender que la abolición de estas protecciones "liberaría" a un individuo que no esperaría sino esta ocasión para desplegar por fin todas sus potencialidades. Es la ingenuidad de la ideología neoliberal dominante. Omite tener en cuenta el hecho esencial de que el individuo contemporáneo ha sido profundamente modelado por las regulaciones estatales. No se sostiene solo, digamos, porque está como transfundido y atravesado por los sistemas colectivos de producción de seguridad montados por el Estado Social. Salvo que se preconice el retorno al estado de naturaleza, es decir, a un estado de inseguridad total, el cuestionamiento de las protecciones no puede conducir a su supresión, sino más bien a su reorganización en la nueva coyuntura (Castel, 2013, p. 86).*

4. El régimen de capitalización y el caso colombiano

4.1. Los parámetros legales

El régimen de ahorro individual o de capitalización se integró en un esquema paralelo, es decir, coexiste con el sistema público de prima media o reparto simple, pero son excluyentes: los trabajadores están afiliados en uno u otro régimen, y se acogen a todas las reglas propias del régimen elegido; este sistema fue establecido en la Ley 100 de 1993, actualmente vigente, aunque con múltiples reglamentaciones y reformas. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, asumió las características básicas de un mercado de pensiones, aunque con regulación estatal y algunos visos de solidaridad, como la garantía de pensión mínima en condiciones específicas relativas a los tiempos de cotización del afiliado. El RAIS es gestionado por administradoras privadas de fondos de pensiones AFP, las cotizaciones son integradas a una cuenta individual a nombre del trabajador y dichos recursos reciben la rentabilidad proveniente de su inversión, por parte de la agencia, en el mercado de capitales; la agencia cobra los gastos de administración con cargo a los recursos cotizados.

El monto de la pensión de vejez depende del monto ahorrado, de la rentabilidad obtenida y de la modalidad de pensión que elija el trabajador, esto es, renta vitalicia, retiro programado, o un retiro programado con renta vitalicia diferida, modos que se detallan y se expresan en más de una decena de variantes, cuya comprensión por parte del trabajador, constituye uno de los principales elementos que denotan la asimetría en la relación entre afiliados y entidad administradora, encarnando las diversas fallas de una relación de agencia. La posibilidad de pensionarse obedece al logro de una mesada mensual del 110 % del salario mínimo legal vigente, baremo que, al no alcanzarse, imposibilita el acceso a la prestación.

Esto, a diferencia del Régimen Solidario de Prima Media RPM, en el que las cotizaciones se dirigen a un fondo común de naturaleza pública administrado por un ente estatal; el derecho pensional por vejez, que será un pago mensual vitalicio, se adquiere cuando se cumple la edad mínima, actualmente de 57 y 62 años para mujeres y hombres, respectivamente, y el número mínimo de semanas cotizadas que corresponde a 1.300 semanas. El monto de la pensión responde a la aplicación de la tasa de reemplazo, que puede oscilar entre el 55 % y el 80 % -integrando porcentajes adicionales en virtud de semanas cotizadas adicionales a las mínimas-, al ingreso base de liquidación que, salvo regulaciones y condiciones excepcionales, corresponde al promedio actualizado de los ingresos sobre los cuales se cotizó en los últimos diez años. En este aspecto, se expresa la característica definitoria del régimen de prima media, consistente en garantizar un beneficio definido.

Los trabajadores eligen el régimen al cual prefieran afiliarse, y pueden trasladarse entre regímenes, con la restricción de que el último traslado sólo lo pueden realizar antes de cumplir una edad, diez años menor a aquella mínima exigida en el régimen de prima media. Como se indicará posteriormente, estas circunstancias, relativas a la elección de régimen y la posibilidad de traslado, han sido morigeradas por decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

Una posterior reforma legal, específicamente frente a las pensiones de vejez, se adelantó en el año 2003 con la expedición de la Ley 797, la cual estableció cambios paramétricos en el Régimen de Prima Media, pues aumentó el número de semanas mínimas de cotización de 1.000 a 1.300; modificó el cálculo de la tasa de reemplazo, ligada de forma inversa al ingreso, redujo los porcentajes añadidos por semanas cotizadas adicionales a las mínimas, e incrementó la tasa de cotización o aporte. Es pertinente aclarar que la tasa de cotización es igual para los dos regímenes, aunque en el Régimen de Ahorro Individual es posible realizar aportes adicionales para robustecer los recursos de la cuenta individual.

4.2. Los parámetros demográficos

Las variables demográficas revelan escenarios que han de obtener respuestas en una ulterior reforma. Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, en Colombia, el aumento de la población mayor de 65 años será sostenido entre el año 2030: 13 % de la población, y el año 2100, en el que llegaría a un 34,4 % de la población; mientras que el grupo etario entre 14 y 64 años decrece, desde un 67,5 % para el primer año considerado, a un 52,6 % para 2100 (Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, 2020, p. 58); situación ésta que afectará la relación entre personas en edad productiva y aquellas en potencial dependencia, y la relación entre cotizantes y beneficiarios de pensión.

Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, en el año 2020, 6.808.641 de personas eran mayores de 60 años, representando el 13,5 % de la población total -50,3 millones de personas para el mismo año-; y de aquellas, 3.742.501 correspondiente al 55 %,

son mujeres. El 34,2 % de personas de 65 años y más, se dedican a los oficios del hogar, el 23,3 % vive de su jubilación y el 17,9 % trabajó por lo menos una hora en labores que le reportan ingresos (Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, 2021, p. 58).

Ahora bien, en el régimen de ahorro individual o capitalización, los pensionados por vejez, con corte a abril de 2022, alcanzan las 135.422 personas (Superintendencia Financiera, 2022); mientras que el régimen de prima media con prestación definida cuenta con 1.067.251 pensionados por vejez (Gobierno de Colombia, 2022)[5]. Es decir, quienes gozan de una pensión por vejez: 1.202.673 personas, sólo representan un 18 % de las personas mayores de 60 años[6].

Puede observarse el bajo nivel de cobertura pensional por vejez en el país, donde el Régimen Público de Prima Media alberga el 88.7 % de los pensionados, y en tal escenario, buena parte de las personas mayores de 65 años aún debe trabajar o no recibe ingresos provenientes de trabajo o de pensión. Es preciso recordar, de conformidad con la necesidad de mantener el acceso a pensiones regidas por mecanismos públicos de seguridad social, que:

> *"Si el envejecimiento ha de considerarse una experiencia positiva, una vida más larga acompañada por continuas oportunidades de salud, de participación y seguridad (…) La transición demográfica va a plantear en un desafío de magnitudes extraordinarias para proteger a las personas mayores en el trabajo y en las protecciones sociales dispensadas por los sistemas públicos de protección social. Los mayores presentan un mayor riesgo de sufrir una pobreza relativa si no se adoptan las medidas específicas adecuadas, tanto de carácter preventivo como reparador. Por ello, los mayores deben mantener su derecho a un sistema público de pensiones suficientes y adecuadas (desmercantilizadas) sin necesidad de comprarlas en el mercado de la previsión privada" (Monereo & Rodriguez, 2022, p. 340)*

Respecto a las cifras de afiliación, se encuentra que con corte a abril de 2022, están vinculadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida 6.700.000 personas (Colpensiones, 2022); mientras que 18.270.289 se encuentran en el Régimen de Ahorro Individual y, de ellos, el 77,4 % está en los fondos de mayor riesgo, mientras que el 22,6 % en fondos conservadores o de riesgo moderado (Superintendencia Financiera, 2022); lo que denota la amplia injerencia de los fondos privados de pensiones en la construcción del futuro pensional de los trabajadores activos, el impacto negativo de las dificultades actuariales para obtener efectivamente la pensión, así como la existencia de una tasa de reemplazo, muy inferior a la ofrecida por el Régimen de Prima Media.

4.3. La perspectiva futura y algunas incidencias jurídicas respecto a la relación entre administradoras y afiliados

Existen cuatro administradoras privadas de fondos de pensiones: Protección, Porvenir, Skandia y Colfondos[7], y las dos más importantes concentran el 80 % de los fondos de pensiones; las actuaciones judiciales dan cuenta del ejercicio de prácticas inadecuadas en la constitución de

[5] Se excluyen, para ambas cifras, los pensionados por invalidez y sobrevivientes.

[6] El total de pensionados, incorporando las pensiones de invalidez y sobrevivientes (sin diferenciarlas por grupo etario), y los pensionados por vejez en regímenes especiales y exceptuados (a quienes no se le aplica la norma general de Ley 100 de 1993), es de 2'447.641, que representaría un 36 % de la población mayor de 60 años (sin descontar los menores de 60 años pensionados por invalidez o sobrevivientes, lo que reduciría aun más la cifra de cubrimiento pensional para la personas de alta edad).

[7] En el año 1994, al iniciar el Régimen de Ahorro Individual, existían ocho (8) administradoras, por lo que en estos años se han reducido y concentrado a la mitad, debido principalmente a fusiones y adquisiciones.

la relación de afiliación. Así mismo, existen problemas propios de la relación principal- agente en el vínculo entre las administradoras y los trabajadores, con una muy baja efectividad en el control, la regulación, y la sanción estatal.

Aunque no se desconoce que algunas vistas consideran *mono dimensional* que el debate sobre el futuro de las pensiones en América Latina se centre en las bondades y desventajas de los fondos individuales o del reparto simple, no puede desconocerse que el modelo dual implantado en Colombia en 1993, ha sido excluyente de amplios sectores de población trabajadora: informales, cuenta propia, campesinos, temporales, obreros de pequeñas empresas; que sostiene la inequidad respecto a las mujeres, quienes presentan una baja densidad y persistencia en las cotizaciones; presenta una cobertura baja de pensionados, y respecto al número de afiliados, éste no se compadece con quienes realmente sostienen una continuidad de la cotización. Además, las distintas problemáticas de los regímenes de ahorro individual o capitalización, halladas y evidenciadas en distintos países de América Latina, se traspasan y reflejan de forma fiel, en el sistema pensional Colombiano.

Entonces, algunas iniciativas de reforma se dirigen a un sistema mixto con diversos pilares, por ejemplo, un pilar cero o básico- solidario, un primer pilar contributivo-solidario, un segundo pilar de prima media con prestación definida, un tercer pilar de fondeo o capitalización, y uno último, voluntario (Torres, 2020); o a la creación de un primer pilar de pensiones no contributivas. Sin embargo, otras aún insisten en la eliminación del régimen de prima media para entronizar el sistema privado de fondos de ahorro individual como único, con algún elemento marginal de solidaridad; y otras hacen obligatoria la afiliación al sistema de prima media y voluntaria en las AFP (Mesa Lago, 2020); por ello, el análisis del modelo dual en sus dos vertientes, sigue siendo indispensable.

En el momento actual, no se ha dado curso efectivo a ninguna reforma y el modelo dual continúa estable; empero, ha resultado necesaria la intervención del poder judicial ante la orfandad de los ciudadanos que reclaman la pensión en el Régimen de Ahorro Individual, frente a las instancias de control, inspección y vigilancia; debido a la interpretación de la normatividad por parte de las agencias administradoras y las entidades estatales, la cual frecuentemente resulta desprovista de análisis constitucional e incluso, dogmático desde la perspectiva de derechos y la naturaleza del derecho a la seguridad social; lo que se traduce, no pocas veces, en una franca indefensión del trabajador quien, al buscar el acceso a su pensión de vejez, se halla ante una desigualdad evidente entre la ofrecida por cada uno de los regímenes, ora, ante una alarmante insuficiencia de la prestación que puede reconocerle el Régimen de Ahorro Individual, o avasallado por la exigencia de cotizar largos períodos adicionales para poder pensionarse, o, en últimas, frente a la negación definitiva de su posibilidad de pensión.

Algunas discusiones judiciales han girado en torno a las acciones de las administradoras privadas de fondos de pensiones a efectos de lograr la afiliación o traslado de los trabajadores, caracterizadas por la entrega de información abstracta, relativa a que los fondos ofrecerían una pensión de mayor monto y duración en comparación con las del sistema público de prima media, que podrían pensionarse más jóvenes pues no se les exige una edad mínima, que en el fondo común de naturaleza pública sus aportes se entregan a otras personas y no cuentan para su propia prestación, y en los albores del Régimen Individual manifestaban, incluso, que el sistema público se iba a acabar y no les reconocería pensión alguna. Todo ello propició que gran parte de los trabajadores, sin información o conocimiento técnico sobre dichos tópicos, eligieran el Régimen de Ahorro Individual motivados por datos que, no sólo resultaron ser totalmente falaces, sino que denotaban una ausencia de información objetiva, detallada, clara y completa.

Las decisiones de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia respecto al tópico de las obligaciones de información de las agencias administradoras a efectos de lograr la afiliación o traslado de un trabajador, han tenido un efecto específico: declarar la ineficacia de dichos actos y permitir el retorno efectivo de los afiliados al régimen de prima media, a cualquier edad -entre otras sentencias: (CSJ SL2176-2022) (CSJ SL2484-2022) (CSJ SL1743-2021) (CSJ SL373-2021), (CSJ SL 4373-2020) (CSJ SL1452-2019)-; esto, evidentemente en los casos concretos, por lo que la falta de una política pública por parte del gobierno o del legislativo, ha generado una presión en el aparato estatal de justicia, que se denota como el espacio adecuado para corregir dichas situaciones. Entre las principales reglas de decisión pueden reseñarse:

- La obligación de dar información se refiere a la descripción de las características, ventajas, desventajas, condiciones y servicios de cada régimen pensional, de modo que el afiliado pueda conocer la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones y las consecuencias del traslado.
- La transparencia se manifiesta en el lenguaje claro, simple y comprensible sobre los elementos definitorios y condiciones de los regímenes, de sus consecuencias y riesgos, esto es, la obligación de evitar sobredimensionar lo positivo, callar sobre lo negativo y parcializar los datos.
- La ineficacia del traslado, dado el incumplimiento en los deberes de información, se deriva de la falta de asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, es decir, no se trata de diligenciar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada.
- La agencia administradora de fondos de pensiones debe acreditar las actuaciones necesarias para que el afiliado conociera las implicaciones del traslado.
- La ineficacia de la afiliación procede cuando la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado.
- Las actividades comerciales de promoción de las AFP no pueden configurar una carrera por capturar a los ciudadanos legos, mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas e individuales que ello pudiese traer en el futuro.
- Se rescata la finalidad tuitiva y de reequilibro de una posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población, específicamente los trabajadores, en la celebración de estos actos de afiliación y traslado, frente a agentes que cuentan con información privilegiada, con conocimiento del negocio y que manejan la gestión y detalles técnicos determinantes.

5. Conclusiones

Los efectos negativos de las reformas pensionales de la década de los ochenta y noventa del siglo XX, específicamente, la incorporación de regímenes de ahorro individual o capitalización, son experimentados por los ciudadanos en la actualidad, por lo que el estudio de dichas incidencias se ha fortalecido y ha evidenciado múltiples problemas y expectativas que no fueron cumplidas.

Tales problemas comprenden, entre otros, la baja cobertura, la falta de solidaridad, costos de administración que impactan negativamente la prestación pensional, discriminación por género, montos de pensión insuficientes, fragilidad de la posibilidad de pensionarse, restringida libertad

de elección por parte de los trabajadores, falta de competencia entre agentes, inexistencia de participación social, asimetría de información y escasa diversidad de las inversiones. Las reformas no consideraron, en su agenda formal, las necesarias secuelas de la inestabilidad económica, la necesidad de altas tasas de rendimiento, el requerimiento de altos costos y dotaciones para la vigilancia estatal, y la insuficiencia o nocividad de algunas de las opciones de liquidación y pago de las pensiones.

La intervención del Estado ha resultado indispensable a efectos de morigerar dichas falencias, contrario al supuesto reformador que integró, hace treinta o cuarenta años atrás, los esquemas de mercado y la administración privada de las pensiones.

La perspectiva internacional de los pisos de protección social aboga por mecanismos redistributivos, solidarios, con riesgo mancomunado y financiación colectiva; y expresa una brecha entre los propósitos de la Recomendación 202 de 2012 y los mecanismos individuales de ahorro pensional que transfieran los riesgos económicos y financieros a los individuos.

En el caso Colombiano, se ven reflejadas de forma clara y fiel, las problemáticas generales de los regímenes de capitalización antes señaladas, y aunque existen diversas vistas y contenidos para una futura reforma, no se ha adelantado proceso social o político con tal designio. La desigualdad, la insuficiencia y las barreras de acceso a la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual, continúan; el tópico concreto de la ineficacia de la afiliación o traslado a dicho régimen, lo que ha habilitado la posibilidad de retorno de los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, responde es a decisiones en el ámbito judicial, por lo que su alcance es numéricamente restringido. Se requiere, entonces, una intervención general de los órganos políticos y de gobierno, que tendrán que lidiar con los intereses económicos constituidos y fortalecidos durante tres décadas de manejo de los fondos de pensiones por el sector financiero y asegurador.

6. Bibliografía

Banco Mundial. (1994). *Envejecimiento sin crisis.* Washington.

Castel, R. (2013). *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires: Manantial.

Colpensiones, A.C. (Abril de 2022). *colpensiones.gov.co*. Obtenido de https://www.colpensiones.gov.co/publicaciones/4819/colpensiones-en-cifras-abril-2022/

Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. (2020). *Observatorio Demográfico, 2019.* Santiago.

Comité PIDESC. (s.f.). Observación General No 20.

Conferencia Internacional Americana. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

CSJ SL 4373-2020 (Sala de Casación Laboral).

CSJ SL1452-2019 (Sala de Casación Laboral).

CSJ SL1743-2021 (Sala de Casación Laboral).

CSJ SL2176-2022 (Sala de Casación Laboral).

CSJ SL2484-2022 (Sala de Casación Laboral).

CSJ SL373-2021 (Sala de Casación Laboral).

Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE. (2021). *Informe de características generales del adulto mayor en Colombia.* Bogotá. Obtenido de https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/presentacion-caracteristicas-generales-adulto-mayor-en-colombia.pdf

Gobierno de Colombia. (2022). *Cantidad de pensionados de Colpensiones por tipo de pensión.* Bogotá. Obtenido de https://www.datos.gov.co/Salud-y-Protecci-n-Social/Cantidad-de-pensionados-de-Colpensiones-por-tipo-d/gnut-8jsz

Mesa Lago, C. (2020). *Evaluación de cuatro décadas de privatización de pensiones en América Latina (1980-2020) promesas y realidades.* México: Friedrich Ebert Stiftung. Obtenido de http://vox.lacea.org/files/CML2021.pdf

Monereo, J.L., & Rodríguez, G. (2022). *La pensión de jubilación.* Murcia: Laborum.

OIT, Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible.* Ginebra. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_673703.pdf

Organización de las Naciones Unidas ONU. (s.f.). Declaración Universal de los Derechos Humanos. *1948*.

Organización Internacional del Trabajo OIT. (2012). Recomendación 202 de 2012.

Superintendencia Financiera. (2022). *Afiliados a los fondos de pensiones obligatorias.* Bogotá. Obtenido de https://www.superfinanciera.gov.co/jsp. 9110

Torres, H. (2020). *El principio de igualdad en la configuración de los regímenes pensionales.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Valdés, S. (2002). *Políticas y mercados de pensiones.* Santiago: Universidad Católica de Chile.

La Seguridad Social no es sólo cosa de *boomers*: la juventud en el Pacto de Toledo

Mª Alexandra Díaz Mordillo
Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0001-8619-3592

1. Juventud y Seguridad Social, una relación marcada por el desapego

1.1. El impacto de la jubilación del *baby-boom*

La denominada generación del *baby-boom* o *boomers*, es decir, aquellas personas nacidas entre 1957 y 1977[1] y que, por tanto, llegarán en breve a la edad ordinaria de jubilación[2], observan con preocupación el futuro de sus pensiones. Existen problemas de liquidez provocados por unos gastos mayores que los ingresos de manera continuada en el tiempo[3]. También porque estos gastos presentan una clara evolución ascendente a lo largo de cada ejercicio, mientras que los

[1] Se denomina así a aquella generación nacida tras la finalización de la II Guerra Mundial, caracterizada por un incremento generalizado de las tasas de natalidad. Dado que no existe una fecha exacta sobre su inicio, se acota a los nacimientos acontecidos en los veinte años posteriores a la finalización del suceso bélico. En España el fenómeno demográfico ocurre con retraso respecto al resto de Europa. Olazabal, I.: *Que sont les baby-boomers devenus? Aspects sociaux d'une génération vieillissante*. Quebec, Éditions Nota Bene, 2009, p. 295. También en: Majón Valpuesta, D., Ramos Valverde, P. y Pérez Salanova, M.: *Claves para el análisis de la participación social en los procesos de envejecimiento de la generación baby boom*. Psicoperspectivas 15(2), 2016, pp. 53-63. Disponible en: https://doi.org/10.5027/psicoperspectivas-Vol15-Issue2-fulltext-833 Acceso 20-07-2022.

[2] Art. 205 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).

[3] Sada, D.: *Una visión europea del estado de bienestar* Revista Colección Año VII, 11, 2001 (41-61) p. 46. Disponible en: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10127 Acceso 19-07-2022.

ingresos son impredecibles y, al estar basados fundamentalmente en cuotas sociales, dependen de factores externos tales como la situación del mercado de trabajo[4] o la curva demográfica[5].

España, al igual que ocurre con el resto de los países del entorno europeo, se enfrenta a un progresivo envejecimiento de su población. Si en 1960 el número de personas mayores de 65 años era del 8,6 %, en 2022 ha alcanzado el 20,09 %[6]. Las predicciones del INE para 2050 son preocupantes: el 31,4 % de la población tendrá más de 65 años (siendo el 11,6 % mayores de 80)[7].

La transición demográfica en nuestro país ha seguido idéntica predisposición a la del resto de estados industrializados, pasando de tener elevadas tasas de natalidad y mortalidad, hacia menores tasas de ambas variables. Aunque el fenómeno migratorio de los años 2002-2009 supuso un cambio de tendencia en positivo, el descenso de natalidad desde 2008 en adelante, unido al aumento de la esperanza de vida, ha ocasionado un saldo vegetativo negativo que se ha mantenido desde entonces[8] y que tendrá importantes implicaciones en la sostenibilidad de las finanzas públicas.

El sistema financiero de todos los regímenes que integran la Seguridad Social española es el de reparto[9] para todas las contingencias y situaciones protegidas, sin perjuicio de la capitalización prevista para las pensiones de incapacidad y muerte derivadas de contingencias profesionales. Esto ocasiona un excesivo sometimiento del sistema a la evolución de los ingresos por cuotas sociales que ocasiona que factores como el desempleo o la esperanza de vida produzcan una incidencia descontrolada sobre la acción protectora[10].

Las cotizaciones sociales tuvieron una evolución ascendente durante el periodo 2002-2007 debido al auge de la actividad económica y al fenómeno de la inmigración. Desde el denominado crack de 2008 a esta parte, el número de afiliados inicia una senda descendente que se acelera con la pandemia[11] del COVID-19[12]. Al mismo tiempo, el número de pensionistas no ha dejado de crecer[13]. Además, observando la evolución demográfica se prevé, inevitablemente, que su número siga en aumento en los años venideros[14].

---

[4] Farge Collazo, C.: *El Estado de Bienestar*, Enfoques XIX, 1/2, 2007, (45-54) p. 43. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3183498 Acceso 19-07-2022.

[5] Conde Ruíz, J.I. y González Martínez, C.I.: *Envejecimiento: pesimistas, optimistas.* FEDEA Colección Estudios Económicos 10-2010, Panorama social número 11, 2010, (122-133) p. 5.

[6] https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1488 Acceso 05-07-2022.

[7] Según datos del informe *Perspectivas de la población mundial 2019 de Naciones Unidas*, en 2050, una de cada cuatro personas que viven en Europa y América del Norte podría tener 65 años o más. www.un.org/es/global-issues/ageing.

[8] Conde Ruíz, J.I. y González Martínez, C.I.: *El proceso de envejecimiento en España*. Mediterráneo económico, 34, 2021, (73-93) p. 76. Disponible en: El proceso de envejecimiento en España | Documentos - Universidad Complutense de Madrid (ucm.es) Acceso 16-07-2022.

[9] Art. 110 del TRLGSS.

[10] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones*, en Hierro Hierro, F.J.(Dir.), *Perspectivas Jurídicas y Económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020.* Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, (49-84) pp. 54 a 58.

[11] Higuerillas Redecillas, J.C.: *Las pensiones en la Unión Europea. Análisis de los principales retos para la convergencia en una economía post COVID.* Revista Universitaria Europea, 34, 2021 (161-188) p. 63. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7851413 Acceso 10-07-2022.

[12] Por ejemplo, el número de afiliados en 1999 era de 14.578.326, en 2005 de 18.156.184 y en mayo de 2022, de 15.584.605. Seguridad Social: Estadísticas (seg-social.es) Acceso 06-07-2022.

[13] eSTADISS - Estadísticas del INSS - Estadísticas de pensiones (seg-social.es) El número de pensionistas en diciembre de 2005 era de 7.336.847. En junio de 2022: 8.936.073 (sin doble cómputo). Acceso 06-07-2022.

[14] Las previsiones de la AIRef se encuentran en la misma línea: AIReF | Cifras de población

El problema de los sistemas de reparto y prestación definida como el español[15], es que no aportan información sobre la sostenibilidad financiera a largo plazo debido a que las cotizaciones actuales devengan derechos para futuras prestaciones[16]. También porque la pensión a obtener se encuentra fijada normativamente en el momento en que el interesado comienza a cotizar y no depende de factores macroeconómicos o sociales futuros[17]. La tasa de dependencia[18], es decir, la relación entre el número de cotizantes y el número de pensionistas, presenta fuertes oscilaciones si observamos las series históricas[19]. La estabilidad financiera del sistema de reparto es muy sensible al envejecimiento de la población[20] y a las tasas de desempleo de los más jóvenes ya que orbita básicamente sobre el principio de solidaridad intergeneracional[21]. El gasto en pensiones se incrementará inevitablemente en los próximos años[22] y resultan necesarias medidas estructurales[23] que alivien esta carga económica[24] y que aseguren las pensiones venideras[25]. Entre otras, debería evitarse la excesiva dependencia a las cotizaciones sociales y encontrar mecanismos innovadores que complementen la financiación, se adapten a la realidad social del siglo XXI[26] y a la Revolución tecnológica 4.0[27].

1.2. El desapego de Millennials y Z

Pero la Seguridad Social no es sólo cosa de *boomers*. La precariedad laboral de *millennials* (nacidos en los años 80 y 90) y la actual *generación Z* (nativa digital), pone en peligro las bases de esta solidaridad intergeneracional, mayormente porque el poder adquisitivo de unos y otros es

[15] Gutiérrez Bengoechea, M.: *El sistema de reparto de la Seguridad Social, versus envejecimiento poblacional.* Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social, 1, 2020 (235-243) p. 242. Disponible en: EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL VERSUS ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL (uma.es) Acceso 20-07-2022.1

[16] Hernández De Cos, P.: *El sistema de pensiones en España: Una actualización tras el impacto de la pandemia*. Banco de España. Documentos ocasionales, Nº. 2106, 2020, p. 19.

[17] González Martínez, C.I.: *Sostenibilidad del Sistema de pensiones de reparto en España y modelización de los rendimientos financiero*. FUNCAS. Estudios de la fundación serie Tesis, 2013, p. 81.

[18] La tasa de dependencia es la proporción de personas mayores de 65 años y que ya no se encuentran en edad de trabajar, respecto a los menores de 65 años y que sí se encuentran en edad de trabajar. El indicador se utiliza para medir la sostenibilidad del sistema de pensiones.

[19] Tasa de Dependencia(1419) (ine.es) para 2022 es de 54.16 %, cuando en 1982, por ejemplo, era de 62.31 %.

[20] González Martínez, C.I.: *Sostenibilidad del Sistema de pensiones de reparto en España y modelización de los rendimientos financiero*, cit., p. 107.

[21] De la Fuente, A., García Díaz, M.A. y Sánchez Martin, A.: *Algunas reflexiones sobre el informe del Pacto de Toledo y los planes del gobierno en materia de pensiones*. Mediterráneo económico 3-4 El futuro de las pensiones en España, 2020, p. 131. 2020. Disponible en: Algunas reflexiones sobre el informe del Pacto de Toledo y los planes del Gobierno en materia de pensiones - Fundación de Estudios de Economía Aplicada (fedea.net) Acceso: 20-07-2022.

[22] Conde Ruíz, J.I. y González Martínez, C.I.: *Reforma de pensiones 2011 en España*, Instituto de Estudios Fiscales, Hacienda Pública Española / Review of Public Economics, 204, 1, 2013, pp. 9-44.

[23] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La situación de la "Hucha de las Pensiones". A propósito de las últimas disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía*, Revista de Derecho de la Seguridad Social, 5, 2015, p. 14.

[24] De la Fuente, A., García Díaz, M.A. y Sánchez Martin, A.: *¿Hacia una contrarreforma de pensiones? Notas para el Pacto de Toledo,* Instituto de Estudios Fiscales, Hacienda Pública Española / Review of Public Economics, 232, 1, 2020, p. 133.

[25] González Martínez, C.I.: *La democracia y las pensiones: mito y realidad.* Instituto Santa Lucía, Revista pensiones del Futuro, 4, 2019, p. 103. Disponible en: https://institutosantalucia.es/ Acceso 20-07-2022.

[26] Conde Ruíz, J.I. y González Martínez, C.I.: *Envejecimiento: pesimistas, optimista. C*it. p. 28. https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1488 Acceso 05-07-2022.

[27] Blanco, R., Fontrodona, J. y Poveda, C.: *La industria 4.0: El Estado de la cuestión*. Economía industrial, 406, 2017, (151-164), pp. 155-156.

sumamente diferente. Ellos están obligados a percibir salarios menores por contribuir en mayor medida al sostenimiento del sistema y alcanzar, cuando llegue el momento, pensiones de inferior cuantía que las que han ayudado a sostener. Precisamente, esta precariedad laboral puede acabar convirtiéndose en un problema social de carácter estructural si no se llevan a cabo las reformas adecuadas.

Desde la crisis financiera de 2008, la ocupación de los jóvenes en el mercado laboral ha ido empeorando. La tasa de participación de las personas menores de 30 años en el año 2000 estaba situada en un 30 %, en el 2007 rondaba el 40 %, en 2018 desciende al 21 % y el último dato de 2022 la sitúa en torno a un 23 %[28]. Por el contrario, los trabajadores mayores de 55 años se mueven en tasas del 52 % en 2022. No obstante, no existen evidencias objetivas que presuman correlación entre ambos porcentajes. Ambos grupos pueden complementarse, pero no existe prueba alguna de que el desempleo juvenil esté provocado por una mayor ocupación laboral de los trabajadores seniors[29]. La idea contraria implicaría que los puestos de trabajo ofertados en el mercado laboral estarían predefinidos y serían finitos, sin tener en cuenta que existen otros muchos factores que pueden influir en el resultado final. Además, conforme las economías se vuelven más complejas y especializadas, se tiende a la creación de nuevos empleos[30].

Llegados a este punto, resulta llamativo que, siendo los jóvenes el pilar fundamental sobre el que se sostiene la financiación del sistema de reparto actual y la salud del sistema de pensiones futuro, no hayan sido objeto de atención específica en los proyectos normativos gubernamentales hasta ahora, a diferencia de lo que sí ha ocurrido con otros colectivos con especiales dificultades de inserción sociolaboral (mujeres, personas con discapacidad o trabajadores migrantes[31]).

Este olvido ha marcado la manera de relacionarse de los jóvenes con el sistema de Seguridad Social español. Se sienten distanciados de una acción protectora que consideran extraña y de la que piensan que no tendrán oportunidad de beneficiarse[32]. Se trata de una difícil ecuación que sólo puede romperse a través de un adecuado plan de formación e información (por ejemplo, incluir en la nómina una completa referencia sobre cuál será el destino final de sus cuotas sociales, rondas de contacto con representantes juveniles para detectar cuáles son las necesidades reales del colectivo o campañas focalizadas de concienciación, integradas en los institutos y universidades).

Para el joven (entendamos como tal al menor de treinta años[33]), es fácil relacionar el sistema de Seguridad Social únicamente con jubilación o incapacidad permanente, ya que son las prestaciones más conocidas. Lógicamente, su edad y experiencia vital les sitúan lejos de estas

[28] El empleo en menores de 25 años, datos y gráficos (epdata.es)

[29] Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.Del M.: *La eterna discusión acerca de la promoción del acceso al mercado de trabajo de los jóvenes "versus" retraso en la edad de jubilación de los mayores*. Trabajo y seguridad social de la juventud. I Jornadas ITSS/AESSS. En Gutiérrez De La Peña, M.S., López Insua, B. Del M., Illueca Ballester, H. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 17-63.

[30] Böheim, R.: *El efecto de los planes de jubilación anticipada en el empleo juvenil*, IZA World of Labor, Institute of Labor Economics (IZA), 2014, pp. 1-70.

[31] Encinas Goenechea, B.: *Recuperar la confianza de los jóvenes en el sistema público de pensiones es fundamental para su continuidad*. En Hierro Hierro, F.J. (Dir.), Perspectivas Jurídicas y Económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 655.

[32] Los '*baby boomers*' creen que su jubilación será peor | BBVA X Encuesta Instituto BBVA de Pensiones - *Baby boomers*.

[33] Carrasco Carpio, C. y Riesco Sanz, A.: *La trayectoria de inserción laboral de los jóvenes inmigrantes*, Papers Revista de sociología, 96/1, 2011, pp. 189-203. El concepto de juventud es difícil de delimitar desde un punto de vista cualitativo (p. 90). En las encuestas del mercado de trabajo, se considera joven a aquellas personas situadas entre los 16 a 24 años, aunque también se consideran jóvenes los que no han cumplido los 30 o los 35.

realidades con las que apenas se sienten identificados[34]. Es por ello, que resulta difícil que estén convencidos de realizar sacrificios[35] que permitan la financiación de un sistema cuya cobertura les resulta ajena, mucho más si lo hacen desde una situación de precariedad laboral que no les permite cubrir sus necesidades más básicas.

Cierto es que la acción protectora abarca un catálogo más amplio, con prestaciones de las que podrían beneficiarse en un corto plazo (incapacidad temporal o prestaciones de nacimiento), pero no podemos olvidar que todas ellas se integran en un nivel contributivo para el que resulta imprescindible una cotización de la que carecen. Incluso si ponemos la mirada en una prestación universalista como el Ingreso Mínimo Vital, la situación no resulta tampoco favorable. Al establecer la edad de acceso en los veintitrés años (salvo excepciones[36]) y requisitos más exigentes para los menores de treinta años, se está dejando fuera a un colectivo sumamente vulnerable y con unas tasas de desempleo sensiblemente superiores al resto de tramos de edad[37].

El repetido (y oportunista[38]) mensaje de un sistema de Seguridad Social en constante quiebra ha calado de tal forma en la juventud que ha ocasionado una pérdida de credibilidad en su eficacia, hasta el punto de estar convencidos de que no podrán acceder a una pensión pública en el futuro o, de hacerlo, esta será insuficiente[39]. Además, la falta de escucha directa a los jóvenes para que expongan ellos mismos sus necesidades ocasiona el descrédito sobre una protección social que consideran impuesta[40].

2. La recomendación 17 bis (14[41]) del pacto de Toledo. Juventud y Seguridad Social

2.1. El día en que los jóvenes alcanzaron protagonismo normativo

La Comisión de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, principal garante de las políticas de estabilización del sistema público de pensiones parece no haberse percatado de la importancia de este colectivo hasta el año 2020. En versiones anteriores las alusiones a las necesidades sociales de la juventud han sido prácticamente inexistentes.

---

[34] Hierro Hierro, F.J.: *El reto de ofertar una protección adecuada a colectivos precarizados en un sistema construido sobre la estabilidad en el empleo: acceso a una ocupación de calidad y apuesta por una campaña pedagógica clara*. en Hierro Hierro, F.J.(Dir.), Perspectivas Jurídicas y Económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 612.

[35] La Exposición de Motivos de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, señalaba la solidaridad como una tarea nacional que impone sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos.

[36] Gala Durán, C.: *El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes*. Revista sobre estudios sobre Ciencia del Trabajo y Protección Social, 1, 2020, pp. 111-155. Disponible en: https://idus.us.es/handle/11441/103930 Acceso 20-06-2022 (p. 123).

[37] Monereo Pérez, J.L.: *El derecho Social al Ingreso Mínimo Vital*. Temas Laborales, 158, 2021, pp. 45- 117. Disponible en: El derecho social al ingreso mínimo vital - Dialnet (unirioja.es) Acceso: 20-07-2022, p. 47.

[38] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones*, en Hierro Hierro, F.J.(Dir.), Perspectivas Jurídicas y Económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 77.

[39] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *El pacto de Toledo 25 años después: a propósito del informe de evaluación y reforma del pacto de Toledo de 2020*. Revista del derecho de la Seguridad Social. Laborum, 25, 2020, p. 15.

[40] López Gandía, J.: *Concertación y seguridad social: de la legitimidad social a la legitimidad tecnocrática*. Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 2, 2014, (109-116), p. 112.

[41] En el texto inicial aprobado por la Comisión de Seguimiento y Evaluación aparece ordenada como la 17bis, siendo renumerada tras el debate en Pleno de la Cámara Baja. Hierro Hierro, F.J.: *El reto de ofertar una protección adecuada a colectivos precarizados en un sistema construido sobre la estabilidad en el empleo: acceso a una ocupación de calidad y apuesta por una campaña pedagógica clara*. en Hierro Hierro, F.J. (Dir.), Perspectivas Jurídicas y Económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020, Cit., p. 619.

El texto de 1995[42] entendía necesario garantizar un progresivo y continuado incremento del empleo y del número de empleados y cotizantes para, a su vez, garantizar también los recursos financieros suficientes. Por ello, la Recomendación Primera ponía el foco en la fiscalidad general como herramienta para hacer frente a la bonificación en las cotizaciones de los contratos dirigidos a grupos de especial dificultad en la búsqueda de empleo que, junto con las anticipaciones de la edad de jubilación y la ayuda a determinados sectores productivos, pudieran ocasionar distorsiones en el normal equilibrio del sistema.

Curioso resulta que, en aquel momento, la Comisión considerase que la distorsión financiera más importante era la producida por las bonificaciones en la contratación a grupos vulnerables (jóvenes) y no por la falta de ingresos que produce la propia precariedad laboral. Aquella era una época caracterizada por un gasto público que había disparado el déficit y en la que se había perdido todo el empleo creado durante los años anteriores. La tasa de ocupación juvenil había descendido hacia valores mínimos (en torno al 26 %) y no comenzaría su recuperación hasta finales de la década.

Aunque la versión de 1995 no identificaba quiénes eran esos grupos con especiales dificultades de inserción laboral, esta duda quedaba despejada en la Recomendación Sexta de la versión de 2003[43] (igual a la del texto de 2011), cuando la Comisión trata nuevamente los Incentivos al Empleo. Por un lado, los considera un instrumento útil para favorecer la incorporación o permanencia en el mercado de trabajo de personas con dificultades de acceso o en situaciones de riesgo de pérdida de empleo[44]. Pero por otro, advierte que una política de incentivos generalizados puede hacer perder parte su eficacia. Por ello, entiende que el sistema de bonificaciones debería concentrarse en situaciones y colectivos cuyo empleo se persigue favorecer de forma especial y debe ser más intensa en los trabajadores de 55 o más años con el fin de mantener su empleo (aunque la tasa de desempleo de este colectivo en aquella época era del 6,6 %)[45].

La situación laboral en 2003 para los jóvenes también era de bonanza económica, con una tasa de paro del 22 % y dentro de un contexto económico de profundo desarrollo[46]. Durante los diez años de expansión económica (1997-2007), muchos jóvenes abandonaron sus estudios para incorporarse a trabajos no cualificados que desaparecerán durante la recesión, disparando nuevamente las tasas de paro juvenil[47].La Comisión advertía entonces de las negativas consecuencias que sobre la protección social de la juventud tendría la persistente temporalidad y precarización de las condiciones de trabajo, así como sus elevados índices de rotación, dado que ello impediría la acumulación de carreras de cotización mínimamente prolongadas y, por consiguiente, determinaría futuras pensiones de jubilación de escasa cuantía.

Con el fin de abordar la situación, se recomendaba el establecimiento de políticas educativas y formativas que favorecieran las posibilidades de contratación, especialmente en el caso de aquellos que encontraban mayores dificultades debido a una formación escasa, o a causa de un abandono prematuro del sistema educativo[48]. También se fomentaba el aumento de políticas activas de

[42] BOCG- Congreso de los Diputados número 134, de 12 de abril de 1995.

[43] BOCG- Congreso de los Diputados número 596, de 2 de octubre de 2003.

[44] Barrios Baudor, G.L.: *La revisión del pacto de Toledo.* Temas Laborales, 73, 2004, pp. 145-176.

[45] EPA de España Diciembre 2003 | datosmacro.com (expansion.com)

[46] España - Evolución de la tasa de paro juvenil (epdata.es)

[47] Tasas de ocupación de la población según edad - El Observatorio Social - Fundación "la Caixa" (fundacionlacaixa.org)

[48] Tablas estadísticas: Tasa de abandono escolar prematuro (*) de la población total de 18-24 años (eustat.eus) La tasa de abandono escolar en 1994 era del 36,4 %, en 2003 era del 31,7 %, en 2011 del 26,3 y en 2018 del 17,9 %.

empleo específicas para jóvenes desempleados y para aquellos que accedían por primera vez al mercado laboral[49].

Llegado el año 2011[50] España se encuentra inmersa en una crisis económica de grandes dimensiones que destruye empleo descontroladamente. La tasa de paro juvenil ya había alcanzado el 45 %[51]. Sin embargo, a pesar del cambio de contexto económico, la Recomendación Sexta de la Comisión del Pacto de Toledo en su versión de 2011 es idéntica a la de 2003.

Finalmente, en la versión de 2020[52] se identifican problemas y se dan soluciones, muy en consonancia con la corriente normativa europea. Ya en la Recomendación Sexta se informa que la promoción del empleo de los jóvenes exige un examen diferenciado. Por esta razón, se crea una recomendación específica en la que, además de realizar una exhaustiva instantánea de la situación de los jóvenes en 2020, tiene en cuenta dos aspectos fundamentales: que los jóvenes son fuente de derechos y obligaciones en el ámbito de la Seguridad Social y que sus cotizaciones, además de generar derechos propios, servirán para sostener pensiones ajenas[53].

Los datos de ocupación por tramos de edad evidencian las crecientes dificultades que tienen los jóvenes para ocupar y conservar un puesto de trabajo (durante el año 2020, la tasa de desempleo juvenil, situada en un 40 %, casi triplicaba la de los mayores y duplicaba la media de la Unión Europea[54]). Pero no sólo no tienen trabajo[55] sino que, cuando lo consiguen, es de baja calidad[56], atentando directamente contra el derecho constitucional de los artículos 35.1 y 40. Las condiciones de trabajo precarias que soporta el colectivo tendrán unas consecuencias negativas sobre el importe de sus futuras pensiones. En concreto, las altas tasas de temporalidad, parcialidad y elevados índices de rotación, así como los contratos de escasa duración, situaciones de subempleo, mayor número de altas en los grupos de cotización menos cualificados[57] o exceso de horas extraordinarias de realización obligatoria (en ocasiones sin remuneración), suponen un impedimento para la acumulación de carreras de cotización mínimamente prolongadas. Esto tendrá un reflejo negativo en sus futuros derechos. Y no sólo eso, a corto plazo, se encuentran con una escasa protección social derivada de esas precarias condiciones.

---

[49] Hierro Hierro, F.J.: *El reto de ofertar una protección adecuada a colectivos precarizados en un sistema construido sobre la estabilidad en el empleo: acceso a una ocupación de calidad y apuesta por una campaña pedagógica clara*. en Hierro Hierro, F.J. (Dir.), Perspectivas Jurídicas y Económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020, Cit., p. 614: Indica la referencia contrapuesta contenida en la Recomendación 11, en tanto que se utilizan las elevadas tasas de desempleo de las personas jóvenes menores de 30 años para criticar la extensión de la edad de jubilación más allá de los 65 años.

[50] BOCG- Congreso de los Diputados número 513, de 31 de enero de 2011.

[51] España - Evolución de la tasa de paro juvenil (epdata.es)

[52] BOCG- Congreso de los Diputados número 175, de 10 de noviembre de 2020.

[53] Panizo Robles, J.A.: *De nuevo el Pacto de Toledo. Breve análisis de las recomendaciones del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020*. RTySS (CEF). Disponible en: Renovación del Pacto de Toledo: análisis de las recomendaciones 2020 (laboral-social.com) Acceso: 10-07-2022, p. 29.

[54] Tasa de desempleo - El Observatorio Social - Fundación "la Caixa" (fundacionlacaixa.org)

[55] En España, el 56,13 % de los menores de 25 años que quieren trabajar no encuentran empleo, según datos de la Encuesta de Población Activa de junio. De los 5,9 millones de parados contabilizados en España, el 15,6 % son menores de 25 años. INEbase / Mercado laboral /Actividad, ocupación y paro /Encuesta de población activa / Últimos datos

[56] De acuerdo con el *Informe del Mercado de Trabajo de los Jóvenes Estatal Datos 2017*, publicado por el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal: La estabilidad laboral de los menores de 30 años fue del 8,19 %, la más baja de todos los colectivos, aunque en la última década la temporalidad y estabilidad en jóvenes presenta pocas oscilaciones.

[57] Carrasco Carpio, C. y Riesco Sanz, A.: *La trayectoria de inserción laboral de los jóvenes inmigrantes*, Cit., p. 201.

Las causas que producen el desempleo juvenil de larga duración son variadas. El desajuste en los mercados de trabajo, la sobre-educación, la escasez de competencias o el desgaste de la formación por causa del desempleo de larga duración, son los más importantes. Estos desajustes hacen que las soluciones al paro juvenil sean difíciles de encontrar y lentas de poner en práctica[58].

Para la Comisión existen, además, otros factores a tener en cuenta: el fracaso escolar, el abandono prematuro del sistema educativo y el alargamiento excesivo de los periodos formativos, que dificultan o retrasan su incorporación al mercado laboral. También llama la atención sobre la débil posición de los becarios, exigiendo una legislación específica que los ampare y una actuación inspectora que evite abusos.

¿Qué se propone como solución? Impulsar políticas que faciliten la transición del sistema educativo al mercado de trabajo, fomentar la formación profesional o facilitar la interrelación de la universidad con la empresa.

El sistema de incentivos al empleo debe concentrarse en las situaciones y colectivos cuyo empleo se persigue favorecer de manera especial, debiendo adoptarse medidas de fomento de la contratación de los parados de larga duración, jóvenes y mayores de 55 años (Recomendación Sexta), pero sin olvidar que las ayudas para favorecer las actividades desarrolladas por jóvenes en formación no son medidas que, en puridad, pertenezcan al ámbito contributivo de la Seguridad Social y, por tanto, deberán ser objeto de financiación por la fiscalidad general (Recomendación Primera)[59]. Los incentivos al empleo (establecidos con buena intención, pero de nula eficacia en la creación y mantenimiento del empleo[60], sobre todo si se utilizan de manera generalizada) deben estar sumamente focalizados. En ningún caso sustituyen a las reformas necesarias para combatir el desempleo y la temporalidad[61].

La Comisión también pone el foco en el descrédito que sufre nuestro sistema de Seguridad Social entre ellos: muchos jóvenes están convencidos de que no accederán a una pensión pública o de que ésta no será suficiente para poder vivir dignamente. Esto supone un enorme problema puesto que, como hemos analizado con anterioridad, la solidaridad intergeneracional es la base del contrato social. Resulta imprescindible que recuperen la confianza perdida mediante el establecimiento de medidas que fomenten el conocimiento de derechos y obligaciones, la confianza en las bonanzas del Estado de Bienestar, además de convertirles en partícipes de los principios que lo rigen (universalidad, unidad, solidaridad, igualdad y suficiencia)[62].

2.2. Pero ¿por qué ahora?

Precisamente por criterios de oportunidad e influencia de la normativa internacional: Si el mercado laboral era poco propicio a la ocupación juvenil antes de 2020, con la crisis sanitaria del COVID-19 la situación ha empeorado de forma considerable[63]. Las personas estudiantes y las personas trabajadoras se han visto gravemente afectadas por la interrupción de su educación o formación, así como por la pérdida de empleo y las mayores dificultades para encontrar trabajo[64].

[58] Situación actual del empleo juvenil en España (injuve.es)

[59] Gutiérrez Cassillas, I.: *El Pacto de Toledo: fundamento, precedentes, concepto, contenido y revisión parlamentaria*. Revista de las Cortes Generales, 103, 2018, (399-428), p. 419.

[60] Cebrián, I. y Moreno, M.: *La efectividad de las reformas laborales en el empleo de los jóvenes.* Revista de Economía Laboral, 12, 2015, (128-163), p. 154.

[61] AIReF: https://www.airef.es/es/spending-review-fase-ii-estudio-incentivos-a-la-contratacion-y-al-trabajo-autonomo/

[62] Recomendación 0.

[63] OIT: Perspectivas sociales y del empleo en el mundo - Tendencias 2021 (ilo.org)

[64] Observatorio de la OIT, 2020, Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo. Cuarta edición (ilo.org)

Finalizada la hibernación económica del primer semestre de 2020, la economía comenzó a recuperarse a finales de ese año en una tendencia favorable que logró mantenerse durante todo el 2021 y principios de 2022[65]. No obstante, los jóvenes y aquellos trabajadores de menor cualificación han seguido siendo los principales damnificados del impacto negativo de esta crisis. Todo esto ha ocasionado que los poderes gubernamentales hayan prestado una especial atención al colectivo desarrollando medidas como el Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 o la Garantía Juvenil[66] dentro de las directrices pactadas en Europa.

2.2.1. La influencia europea

En su exposición de motivos, la Comisión del Pacto de Toledo cita el *Informe Conjunto sobre Pensiones de 2019*[67] que incluye a los jóvenes entre los sectores de población más desprotegidos. Los europeos mayores están generalmente menos expuestos al riesgo de pobreza y privación material que los más jóvenes. El mercado laboral precisa de cambios profundos para permitir que más personas trabajen y lo hagan por más tiempo, facilitando así la igualdad de oportunidades. Respecto a la equidad intergeneracional o intrageneracional, se sugiere la elaboración de reformas que cuiden de la lógica redistribución y equidad de los sistemas de pensiones, teniendo en cuenta la creciente carga demográfica sobre las generaciones futuras de trabajadores y el trato justo de aquellos que ingresan temprano al mercado laboral[68].

Además, la Unión Europea (UE) había venido desarrollando una serie de iniciativas, complementarias a las políticas nacionales de empleo, con el fin de conseguir una Europa más social para los jóvenes[69]. Los artículos 165 y 166 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* son la base de la acción de la UE en el ámbito de la juventud, excluyéndose expresamente cualquier armonización en la legislación de los Estados Miembros. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que tiene el mismo valor jurídico que los tratados (artículo 6 del Tratado de la Unión Europea), incluye un artículo sobre los derechos del niño (artículo 24) y un artículo que prohíbe el trabajo infantil y prevé la protección de los jóvenes en el lugar de trabajo (artículo 32)[70].

Bajo este marco normativo se publicaba la *Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el Establecimiento de la Garantía Juvenil*[71], cuya propuesta se presentó el 5 de diciembre del 2012[72] y cuyo fin era garantizar el acceso al pleno empleo de los menores de 25 años con ayuda financiera por parte de la UE a través de la reasignación de recursos del Fondo Social Europeo.

---

[65] Marzo_2022.pdf (mites.gob.es)

[66] González Díaz, F.A.: *La garantía juvenil: ¿una respuesta a la crisis del empleo de los jóvenes?,* Revista Española de Derecho del Trabajo num.181/2015 parte Estudios, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1-3.

[67] Elaborado por los comités europeos de Política Económica y de Protección Social y respaldado por el Consejo de ministros de la UE (Economía y Finanzas).

[68] Monereo Pérez J.L.: *La garantía de las pensiones desafíos para la sostenibilidad económica y social.* Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social, 3, 2021, (21-84), p. 27.

[69] El 12 de noviembre de 2013 los líderes europeos celebraron en París la segunda cumbre dedicada al empleo juvenil, como reminiscencia de una cumbre anterior celebrada en Berlín.

[70] https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/141/youth

[71] Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil (europa.eu)

[72] Amparada en el Art. 292 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea EL BLOG DE EDUARDO ROJO: Un apunte a la Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la garantía juvenil. (eduardorojotorrecilla.es)

La *Iniciativa sobre Empleo Juvenil*[73] aprobada por el Consejo Europeo el 8 de febrero de 2014, guarda estrecha relación con la resolución de 2013, introduciendo actuaciones definidas para el período 2014- 2020. La Comisión proponía prestar especial atención a los jóvenes que abandonan de forma prematura sus estudios y a los que tienen bajo nivel de cualificación, mediante programas educativos y formativos especialmente adaptados a su situación y que les permitieran adquirir las cualificaciones que no pudieron obtener con anterioridad. Se apuntaba también la necesidad de adoptar otras medidas: incentivos para facilitar la contratación por cuenta ajena o su establecimiento por cuenta propia, el cumplimiento de la normativa laboral y de protección social, y el establecimiento de redes de seguridad adecuadas que combinaran la protección económica con la activación profesional.

También en el marco de la recomendación de 2013 se inscribe el *Proyecto de Garantía Juvenil*, que ha contado con la financiación del Fondo Social Europeo y de la Iniciativa de Empleo Juvenil, como recurso adicional. En 2013, se aprobó en España el *Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil,* alineado entonces con la *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven*. Fruto de ello, el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, del que procede la vigente Ley 18/2014, de 15 de octubre, sienta las bases del Sistema Nacional de Garantía Juvenil[74].

El concepto de Garantía Juvenil supone el reconocimiento del derecho de los jóvenes al trabajo y la capacitación, y la obligación de los poderes públicos de implementar cuantas medidas sean necesarias para hacer efectivos estos derechos. Destaca la obligatoriedad de que todos los jóvenes menores de 25 años deberán tener acceso a un trabajo, formación o prácticas en un plazo máximo de cuatro meses desde que terminan sus estudios o quedan desempleados.

Tiempo después, la nueva *Recomendación del Consejo, de 30 de octubre de 2020, relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil*, sustituye la de 2013, adaptando los objetivos de aquella a la nueva etapa post-pandémica. España acoge la nueva Recomendación aprobando el *Plan Garantía Juvenil Plus 2021-2027* de trabajo digno para las personas jóvenes, en el que se tienen en cuenta los antiguos retos, pero también las nuevas necesidades surgidas. De este modo, el Plan se integra dentro del diseño general de las políticas activas de empleo compartiendo estructura y priorizando al colectivo de personas jóvenes.

En su *Informe sobre España 2018*, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos[75], la Comisión Europea valora positivamente los efectos de la Garantía juvenil por su efecto en la disminución del número de jóvenes españoles que no estudian ni trabajan. No obstante, la tasa de desempleo sigue siendo de las más altas de Europa y el número de trabajadores jóvenes y poco cualificados es el más afectado por los contratos intermitentes y parciales. Se invita a España a seguir invirtiendo en formación (sobre todo en competencias digitales), a poner el foco en el alto porcentaje de jóvenes doctorados sin empleo o a controlar la tasa de abandono escolar prematuro, entre otras medidas.

Por último, debemos recordar que la UE también había elaborado en 2017 el *Pilar Europeo de Derechos Sociales*, estableciendo veinte principios clave para guiar a Europa hacia un futuro justo, integrador y pleno de oportunidades. Las propuestas pasan por garantizar la educación,

[73] El 26 de noviembre de 2018, el Consejo adoptó una resolución sobre la nueva Estrategia de la UE para la Juventud 2019-2027, que pretende involucrar, conectar y empoderar a los jóvenes.

[74] BOE.es - BOE-A-2021-10587 Resolución de 24 de junio de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de junio de 2021, por el que se aprueba el Plan Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes.

[75] 2018-european-semester-country-report-spain-es.pdf (europa.eu).

formación y aprendizaje permanente a fin de mantener y adquirir competencias que permitan una integración plena en el mercado laboral (1º Principio); facilitar la igualdad de oportunidades en relación con el empleo o la protección social, independientemente de la edad (3º Principio); apoyar activamente el empleo para mejorar las perspectivas laborales, regulando el derecho de los jóvenes a una educación continua, aprendizaje, prácticas o una oferta de trabajo digna en un tiempo prudencial (4º Principio); evitar las relaciones laborales que conduzcan a condiciones de trabajo precarias, fomentando unos periodos de prueba de duración razonable (5º Principio); o evitar la pobreza laboral (6º Principio), entre otros. Estas ideas se materializan en el *Plan de acción de marzo de 2021* donde se fijan los objetivos principales que deben alcanzarse hasta 2030[76]: elevar la tasa de empleo para la población de 20 a 64 años al 78 % y que los Estados apliquen la Garantía Juvenil Reforzada utilizando el apoyo financiero de la Unión.

2.2.2. Las directrices de la Asamblea General de las Naciones Unidas

En el año 2015 la Asamblea General de las Naciones Unidas establece un total de diecisiete objetivos globales interconectados entre sí y diseñados para lograr un futuro sostenible. Son los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS)[77] u *Objetivos Globales* publicados en la denominada *Agenda 2030*, en referencia al año fijado para su cumplimiento.

El ODS 8 trata de promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, para el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Dentro del ODS, se fijan varias metas. La 8.5 pretende lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. La meta 8.6 trata de reducir considerablemente la proporción de jóvenes que no están empleados y no cursan estudios ni reciben capacitación. La política juvenil de empleo en España, a partir de este momento, no es ajena a las prioridades marcadas en los ODS y comienza a regularse con la mirada puesta en 2030.

2.2.3. Las tendencias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

La OCDE en su informe, *Economic Survey Spain 2018*[78], publicado en noviembre de 2018, mencionaba el alto riesgo de pobreza entre las generaciones españolas más jóvenes, provocado principalmente por altos periodos de desempleo y, por consiguiente, menores ingresos. Este alto nivel de desempleo juvenil sigue siendo un reto fundamental para España, teniendo en cuenta, además, el porcentaje de jóvenes con alta cualificación profesional obligados a emigrar por este motivo.

[76] Pilar europeo de derechos sociales | Comisión Europea (europa.eu).

[77] Inicio | Desarrollo sostenible (un.org).

[78] https://www.oecd.org/economy/surveys/Spain-2018-OECD-economic-survey-overview.pdf

3. El desempleo juvenil tras la pandemia

3.1. Soluciones al desempleo[79]

El panorama español presenta una serie de debilidades estructurales que condicionan las altas tasas de desempleo juvenil[80]. Incluso en los años de bonanza económica esta tasa nunca descendió del 18 %[81].

En España ya existía una *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven* para los años 2013-2016[82]. Sus objetivos pasaban por mejorar la empleabilidad, aumentar la calidad y la estabilidad del empleo, promover la igualdad de oportunidades en el acceso al mercado laboral y fomentar el espíritu emprendedor. La Estrategia era coherente con los objetivos y planteamientos de la Garantía Juvenil.

Tiempo después, a finales de 2018 se aprueba el *Plan de Choque para el Empleo Joven 2019-2021*[83] que había previsto reducir la tasa de desempleo juvenil (situada en el 33,53 %) al 23,5 %, en coordinación con el sistema nacional de Garantía Juvenil. El documento se aprueba con amplio consenso de la mesa de diálogo social, entidades locales y de las comunidades autónomas, considerando el enorme valor de la juventud como motor económico del país. Pero tras los devastadores efectos de la crisis sanitaria del coronavirus, el escenario económico dibujado en 2019 quedó desvirtuado[84]. A finales de ese año se había mejorado la tasa de desempleo juvenil en un par de décimas con respecto al año anterior (30,51 %), pero 2020 cierra con un 40,13 % y 2021 con el 30,69 %, muy por encima de la media del resto de países de la OCDE[85].

Estas medidas plantean la perentoria necesidad de revisar los incentivos existentes para la contratación y el fomento de empleo, derogando aquellos que no hayan resultado eficaces. Los jóvenes no tienen bonificaciones o reducciones propias[86] por el hecho de serlo (como sí existen para la discapacidad o la violencia de género, por ejemplo). Ellos disfrutan de los mismos beneficios que el resto de los trabajadores, salvo lo dispuesto para las reducciones de cuotas vinculadas al Programa de Garantía Juvenil para desempleados e incorporaciones tras las prácticas[87] o el riesgo

[79] Fernández Ramírez, M.: *Empleo Juvenil, jubilación y Previsión Social Complementaria. La incierta transición desde el modelo de compartimentos estancos a la estrategia de los vasos comunicantes.* Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, 22, 2020, (27-69), pp. 42 y siguientes.

[80] https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2018-european-semester-country-report-spain-en.pdf

[81] *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013/2016*, disponible en: https://www.mites.gob.es pp. 43 y siguientes.

[82] Sin ánimo de ser exhaustivos, se presenta una breve referencia a las políticas de empleo desde la versión del Pacto de Toledo de 2011 (primera alusión explícita a la juventud) hasta la fecha actual, con el fin de contextualizar la situación analizada.

[83] Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021 | Servicio Público de Empleo Estatal (sepe.es) y BOE.es - BOE-A-2018-16793 Resolución de 7 de diciembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021.

[84] *Informe Jóvenes y mercado de trabajo» de septiembre de 2020 de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social.*

[85] https://www.epdata.es/

[86] Hierro Hierro, F.J.: *El reto de ofertar una protección adecuada a colectivos precarizados en un sistema construido sobre la estabilidad en el empleo: acceso a una ocupación de calidad y apuesta por una campaña pedagógica clara*. en Hierro Hierro, F.J.(Dir.), Perspectivas Jurídicas y Económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020, Cit., p. 622-623, plantea una serie interesantes preguntas abiertas sobre, entre otras, la razón de la inexistente alusión a las políticas activas de empleo relacionadas específicamente con la juventud.

[87] Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

de exclusión social[88] cuando se trata de jóvenes de 18 a 30 años procedentes de Instituciones de Protección de Menores o menores en Centros de Internamiento[89]. Existen diferentes estudios que indican que estos incentivos a la contratación no logan aumentar la probabilidad de conseguir un contrato o de mantenerlo (*peso muerto*)[90], por lo que parece aconsejable invertir principalmente en programas formación y orientación (que han demostrado una eficacia mayor[91]).

En el año 2020, debido a las dificultades para encontrar empleo tras la pandemia, el número de jóvenes menores de 24 años que se dieron de alta en el Régimen de Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos fue el que registró un mayor incremento relativo en comparación con el resto de los grupos de edad[92]. Actualmente existen diferentes medidas para favorecer el emprendimiento, como la denominada Tarifa Plana[93], además de una serie de bonificaciones que pueden llegar hasta los 36 meses y que son más intensas cuando se desarrolla la actividad en municipios de menos de 5.000 habitantes, se trate de personas con discapacidad o víctimas de terrorismo o violencia de género. No obstante, sería sumamente interesante el establecimiento de otras medidas de fomento de empleo, por ejemplo, en los casos de padres jóvenes que permitiera la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral.

Por tanto, existen medidas que tratan de revertir la situación, pero son ineficaces o insuficientes. Los poderes políticos no pueden ser ajenos a esta situación y de ahí nace la llamada de atención incorporada en la Recomendación 17bis. Se les encomienda la tarea de revisar y afianzar políticas que garanticen el pleno empleo y la integración de aquellos colectivos más castigados con la precariedad laboral[94], tal y como recomienda la Unión Europea[95]. Sería deseable que estas estrategias no estuvieran destinadas únicamente al corto plazo, sino que se diseñaran pensando en la evolución social y económica futura y que abarcaran actuaciones sobre esa otra parte de la juventud que está totalmente desaprovechada por no estudiar ni trabajar (*tasa de jóvenes nini o tasa de jóvenes neet*).

3.2. La transición del sistema educativo al mercado de trabajo

En la práctica, las políticas de transición del sistema educativo al mercado de trabajo no garantizan la adquisición de todas las habilidades laborales requeridas. Actualmente se articulan en torno a los programas de garantía de empleo, cursos de formación y desarrollo de competencias profesionales, formación con compromiso de contratación (contrato en prácticas o contratos de primer empleo bonificados) o promoción de la iniciativa empresarial (Tarifa Plana para Jóvenes Autónomos, capitalización de la prestación de desempleo o posibilidad de compatibilizarla con el

[88] Disposición Adicional 2ª Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. modificada por Disp. Final 3ª Ley 44/2007.

[89] www.seg-social.es Datos año 2022.

[90] Font, P., Izquierdo, M. y Puente, S.: *La evidencia sobre el peso muerto de algunos programas de exenciones a las cotizaciones a la Seguridad Social,* Documentos de Trabajo, n.º 1740, 2017. También en Cebrián, I. y Moreno, G.: *La efectividad de las reformas Laborales en el empleo de los jóvenes*. Cit., p. 154.

[91] Card, D., Kluve, J. y Weber, A.: *What Works? A Meta Analysis of Recent Active Labor Market Program Evaluations*, Journal of the European Economic Association, 16(3), 2018, pp. 894-931.

[92] Seguridad Social: Estadísticas (seg-social.es) La afiliación media de trabajadores autónomos menores de 30 años en 2022 (hasta junio), era de 219.882 (un 1,08 % del número total de afiliados). En 2021, era de 216.977 (un 1,09 %).

[93] Art. 31 20/2007 del Estatuto del Trabajador Autónomo, añadido por la Ley 31/2015 de 9 de septiembre.

[94] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 213.

[95] Research for CULT Committee - Education and Youth in the European Union - Current challenges and future prospects (europa.eu) p. 108.

alta en RETA), contrarias a las políticas de austeridad que, como se ha visto, han repercutido de manera negativa en los porcentajes de recuperación del nivel de empleo[96].

La falta de una regulación adecuada ha favorecido la proliferación de modelos encubiertos de empleo precario como los becarios, que influyen directamente en la dificultad de los jóvenes de integrarse de forma plena en el mercado laboral[97]. Por ello, la Comisión ha considerado como prioridad la adopción de medidas legislativas para garantizar la protección social del colectivo de becarios[98] y el fomento de las actuaciones inspectoras para evitar abusos en las relaciones laborales[99]. No obstante, siendo conscientes de la importancia del problema, el colectivo parece haber adquirido una notoriedad desmesurada[100] que obedece más bien a cuestiones principalmente políticas.

El Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, con efectos del 1 de enero de 2019, hizo desaparecer la distinción entre las prácticas retribuidas y no retribuidas. Las prácticas retribuidas podían ser curriculares (al ser obligatorias para completar los estudios tenían bonificada tanto la cuota de empresa como del becado) o no curriculares (voluntarias y con cotización obligatoria, que era la misma que la de los contratos de formación y aprendizaje)[101]. A partir de 2019 todas las prácticas, sin distinción, se consideran de cotización obligatoria, con independencia de que sean retribuidas o no, quedando los estudiantes incluidos dentro del Régimen General de la Seguridad Social, como asimiladas a trabajadores por cuenta ajena, poniendo fin a su situación de desprotección.

Por otro lado, la reforma laboral del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, con la idea de contener la temporalidad del empleo juvenil, ha modificado los contratos formativos del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores[102]. Se han eliminado los contratos en prácticas, para la formación y aprendizaje y para la formación dual universitaria (sin perjuicio de llevar a término los vigentes el 31 de marzo de 2022, fecha de entrada en vigor de la nueva ley). Se han eliminado los límites de edad y no podrán establecerse duraciones menores de tres meses o superiores a dos años. Las prácticas empresariales se formalizarán mediante los contratos Formativos para

[96] Pérez Ortiz, L., Viñas Apaolaza, A.I., Da Silva Bichara, J. y Heredero, M.I.: *Instituciones del mercado de trabajo y crisis en la UE*, Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, p. 90.

[97] Ortega Lozano, P.G.: *Propuestas para una adecuada y justa protección social de los becarios*. En Trabajo y seguridad social de la juventud. I Jornadas ITSS/AESSS. En Gutiérrez De La Peña, M.S., López Insua, B. Del M., Illueca Ballester, H. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 243-271.

[98] Rodriguez Escanciano, S.: *Los contratos formativos como instrumentos de política de empleo juvenil: análisis y propuestas.* En Gutiérrez De La Peña, M.S., López Insua, B. Del M., Illueca Ballester, H. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 97-152.

[99] Pérez Hernández, M.M.: *Actualización de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de becarios.* En Gutiérrez De La Peña, M.S., López Insua, B. Del M., Illueca Ballester, H. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 175-198.

[100] Hierro Hierro, F.J.: *El reto de ofertar una protección adecuada a colectivos precarizados en un sistema construido sobre la estabilidad en el empleo: acceso a una ocupación de calidad y apuesta por una campaña pedagógica clara*. en Hierro Hierro, F.J.(Dir.), Perspectivas Jurídicas y Económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020, Cit., p. 650.

[101] Panizo Robles, J.A.: *De nuevo el Pacto de Toledo. Breve análisis de las recomendaciones del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020*, Cit., p. 30.

[102] Los contratos formativos del Art. 11 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo han sufrido diferentes modificaciones para intentar impulsar la ocupación de los trabajadores más jóvenes. Se detalla únicamente la situación actual.

la obtención de práctica profesional (450 y 520[103]) y Formación en alternancia (421 y 521[104]). Además, en su Disposición adicional segunda, establece la obligación gubernamental de elaborar, en el plazo de seis meses, el Estatuto del Becario, en el marco del diálogo social, que tendrá por objetivo la ordenación de la formación práctica tutorizada y la desarrollada en el marco de los estudios oficiales.

Todo ello dentro del *marco de calidad* creado por la Comisión Europea para aquellas prácticas profesionales realizadas en la UE[105], con objeto de garantizar las condiciones laborales justas y seguras de los becarios y aumentar sus posibilidades de acceder a un empleo permanente. La iniciativa pasa por dar mayor transparencia a las condiciones en las que se realiza la contratación, especificando por escrito los objetivos a conseguir y la supervisión de estas metas. La duración de las prácticas será limitada y deberán especificar claramente si se encuentran remuneradas. En conclusión, para que el programa de prácticas consiga fomentar la inclusión laboral, debe conseguir el compromiso pleno del sector privado, unos contenidos formativos previamente regulados y relacionados directamente con la competencia a conseguir o adquisición de competencias generales exportables a otras empresas. Debe evitarse a toda costa el uso de las prácticas formativas como empleo precario dentro de la política empresarial[106].

Además, los nuevos modelos productivos requieren nuevas competencias laborales. El sistema educativo debe amparar estos cambios y ofrecer a los jóvenes programas de formación continua que les ayuden a cubrir los nuevos puestos nacidos, por ejemplo, de la revolución tecnológica 4.0[107]. En este ámbito, también son necesarias medidas que regularicen la precariedad de las nuevas formas de empleo nacidas en las plataformas digitales (economía colaborativa o economía de las plataformas[108]), que difícilmente podrán considerarse como de colaboración entre particulares[109], existiendo realmente una relación laboral efectiva[110]. Estos puestos de trabajo suelen ocuparse por los trabajadores más jóvenes y muchas empresas eluden sus responsabilidades laborales disfrazando la prestación efectiva de servicios como una mera colaboración[111].

4. El descrédito social

El joven se siente ajeno al sistema de Seguridad Social porque vive una realidad lejana a la pensión de jubilación sobre la que, mayoritariamente, se centra el debate público. No obstante, la acción protectora sí que ha tenido en cuenta al trabajador joven en algunos momentos. Cuando el artículo 138.2 del TRLGSS establece el periodo de carencia necesario para acceder a la pensión de incapacidad permanente en los supuestos de enfermedad profesional, el legislador es consciente

[103] (420-520) art. 11 ET (red. RDLey 32/2021) Disp. Adic. 20ª ET.

[104] (421-521) art. 11 ET (red. RDLey 32/2021) Disp. Adic. 2ª ET Disp. Adic. 20ª ET Disp. Adic. 3ª Ley 5/2010. Ley 3/2012: arts. 2, 3 y Disp.Tr. 7ª, 8ª y 13ª Disp. Final 2ª RDLey 28/2018 Modifica art. 249 LGSS DA 9ª RDLeg 3/2015 TR Ley de Empleo (red. RDLey 32/2021).

[105] https://ec.europa.eu/social/ año 2014.

[106] Informe Jóvenes nº28/ Marzo 2021 https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/jovenes/index.htm p. 14.

[107] Mercader Uguina, J.R.: *Robótica y Riesgos Laborales*, Archivo de prevención de riesgos laborales, 21, 3, 2018, p. 120.

[108] Fernández Avilés, J.A.: *El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*. Guía de estudio. Secretaria de salud laboral y medio ambiente, 2018, p. 7.

[109] Todolí Signes, A.: *El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales*. Revista de Treball, Economía i Societat, 92, 2019, p. 1.

[110] Todolí Signes, A.: *El impacto de la "uber economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*. Revista Ius Labor, 3, 2015, p. 3.

[111] Berg, J.: *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: como fomentar el trabajo decente en el mundo digital.* OIT Ginebra 2019 pp. 120-121.

de las limitaciones en la carrera laboral de los menores de 31 años y, por ello, se establece un periodo de cotización especial. Esto ocurre también en los supuestos de incapacidad permanente parcial cuando se trata de menores de veintiún años. Si bien se trata de una medida lógica por la imposibilidad material del cumplimiento de los años requeridos para la carencia específica, resulta importante la existencia de esta matización sin cuya aplicación sería imposible el acceso del colectivo a la protección por incapacidad.

En el caso de las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres también fija un periodo de carencia especial para menores de veintiún años (no necesaria carencia) y para menores de veintiuno a veintiséis que incrementen las posibilidades de percibir la prestación para aquellos trabajadores de incorporación más tardía al mercado laboral.

Sin embargo, resulta llamativo como el Ingreso Mínimo Vital, con unos niveles de riesgo de pobreza juvenil del 24,6 % entre los jóvenes de 16 y 29 años[112], ha fijado la edad inicial para el acceso de jóvenes emancipados[113], en los veintitrés años[114] y ha establecido unos requisitos de acceso más intensos para los beneficiarios menores de treinta años[115]. Estas condiciones conllevan desprotección para los jóvenes desempleados y les obligan a seguir dependiendo de las rentas familiares.

Con el Ingreso Mínimo Vital se ha superado el concepto de pobreza asociado a bajos ingresos y se trabaja sobre el concepto de vulnerabilidad económica[116] relacionada con otros aspectos más amplios de la vida del beneficiario[117]. Las actuaciones se focalizan según el nivel de necesidad[118] y no con el nivel de ingresos, por ello resulta llamativo que los jóvenes y sus dificultades de inserción laboral y emancipación no hayan sido objeto de especial protección por la norma, incluso teniendo en cuenta que el problema ya había sido detectado en el desarrollo de rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas[119].

Por tanto, sería aconsejable que el ingreso mínimo vital adaptara sus requerimientos a la situación concreta de aquellos menores emancipados en riesgo de pobreza a partir de, por ejemplo, la mayoría de edad, y se acompañara de un plan intensivo de soporte y asesoramiento laboral, sobre todo enfocado en aquellos grupos necesitados de especial protección (violencia, adicción…) con el fin de garantizar no sólo su sustento económico, sino sus posibilidades de

[112] Riesgo de pobreza o exclusión social (nueva definición 2021) y de sus componentes por edad y sexo.(52209) (ine.es)

[113] Monereo Pérez, J.L.: *La Renta Mínima Garantizada como medida estructural del Sistema de Seguridad Social en la Sociedad del Riesgo*, Lex Social, 10, 2020, (424-505), p. 479. Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5074 Acceso: 21-06-2022.

[114] Gala Durán, C.: *El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes*. Cit., p. 119.

[115] Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y Régimen jurídico*. Murcia, Laborum., 2020.

[116] Monereo Pérez, J.L.: *El derecho Social al Ingreso Mínimo Vital*, cit., p. 62.

[117] Sala Franco, T. y Martín-Pozuelo López, A.: *El Ingreso Mínimo Vital. El Sistema Español de Rentas Mínimas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

[118] Pérez del Prado, D.: *Un primer análisis ante el nacimiento de una nueva prestación: el ingreso mínimo vital*, en Casas Baamonde, M.E. (Dir.) y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (Dir.), Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia, Madrid, Francis Lefebvre, 2020.

[119] López Cumpre, L.: *La participación privada en el sistema de protección social español.* Publicaciones del Ministerio de Empleo, Seguridad Social y Migraciones, 2010. Disponible en: www.seg-social.es Acceso 21-07-2022, p. 193.

educación y de integración social evitando la herencia intergeneracional de la pobreza[120] (*trampas de pobreza*[121]).

Los jóvenes son el pilar fundamental del sistema presente y futuro. Los poderes públicos deben comprender las dificultades que vive la juventud y establecer las medidas necesarias para que recuperen la confianza perdida, abandonen la actitud apática que presentan y contribuyan de manera consciente a preservar el Estado de Bienestar, dejando atrás situaciones de vulnerabilidad y precariedad.

5. A modo de reflexión

En este momento, el desempleo de los jóvenes sigue creciendo de manera descontrolada, incrementando la desmotivación entre el colectivo y minorando sus posibilidades económicas de crecimiento. Identificados los problemas, ha llegado el momento de establecer propuestas de solución que pasan, inevitablemente por la educación y la formación, no sólo de estos jóvenes, sino de las empresas en las que deben ser integrados laboralmente de manera digna. También de los responsables sociales, que deben colocar al colectivo como prioridad en sus políticas y favorecer el diálogo inter-generacional, garantizando su desarrollo sostenible dentro del mercado laboral mediante fórmulas de empleo o auto-empleo. Además, resulta necesario que la sociedad comprenda el riesgo que supone el desempleo juvenil, no sólo como creador de riqueza, sino como pilar fundamental del sostenimiento del sistema.

También que los propios jóvenes comprendan la importancia del sistema de Seguridad Social, así como la magnitud de la tarea que tienen encomendada, a través de campañas de comunicación con una presencia generalizada en redes sociales, actividades de difusión, medios de comunicación y cuantas actuaciones se consideren adecuadas para el fin descrito.

6. Bibliografía

Barcelón Cobedo, S.: *Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el ingreso mínimo vital como eje de la tutela*, Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, 3, 2020, pp. 172-183 Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/5779

Barrios Baudor, G.L.: *La revisión del pacto de Toledo.* Temas Laborales, 73, 2004, pp. 145-176.

Berg, J.: *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: como fomentar el trabajo decente en el mundo digital.* OIT Ginebra 2019 pp. 120-121.

Böheim, R.: *El efecto de los planes de jubilación anticipada en el empleo juvenil*, IZA World of Labor, Institute of Labor Economics (IZA), 2014, pp. 1-70.

Blanco, R., Fontrodona, J. y Poveda, C.: *La industria 4.0: El Estado de la cuestión*. Economía industrial, 406, 2017, pp. 151-164.

Card, D., Kluve, J. y Weber, A.: *What Works? A Meta Analysis of Recent Active Labor Market Program Evaluations*, Journal of the European Economic Association, 16(3), 2018, pp. 894-931.

[120] Barcelón Cobedo, S.: *Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el ingreso mínimo vital como eje de la tutela*, Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, 3, 2020, (172-183) Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/5779 Acceso 2-07-2022, p. 181.

[121] Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B.M. (Dirs. y Coords.*) Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e instituciona*l, Cizur Menor (Navarra), Editorial Thomson Reuters/Aranzadi, 2016.

Carrasco Carpio, C. y Riesco Sanz, A.: *La trayectoria de inserción laboral de los jóvenes inmigrantes*, Papers Revista de sociología, 96/1, 2011, pp. 189-203.

Cebrián, I. y Moreno, M.: *La efectividad de las reformas laborales en el empleo de los jóvenes.* Revista de Economía Laboral, 12, 2015, pp. 128-163.

Conde Ruíz, J.I. y González Martínez, C.I.: *El proceso de envejecimiento en España*. Mediterráneo económico, 34, 2021, pp. 73-93. Disponible en: El proceso de envejecimiento en España | Documentos - Universidad Complutense de Madrid (ucm.es)

Conde Ruíz, J.I. y González Martínez, C.I.: *Reforma de pensiones 2011 en España*, Instituto de Estudios Fiscales, Hacienda Pública Española / Review of Public Economics, 204, 1, 2013, pp. 9-44.

Conde Ruíz, J.I. y González Martínez, C.I.: *Envejecimiento: pesimistas, optimistas.* FEDEA Colección Estudios Económicos 10-2010, Panorama social número 11, 2010, pp. 122-133.

De la Fuente, A., García Díaz, M.A. y Sánchez Martin, A: *¿Hacia una contrarreforma de pensiones? Notas para el Pacto de Toledo,* Instituto de Estudios Fiscales, Hacienda Pública Española / Review of Public Economics, 232, 1, 2020.

De la Fuente, A., García Díaz, M.A. y Sánchez Martin, A.: *Algunas reflexiones sobre el informe del Pacto de Toledo y los planes del gobierno en materia de pensiones*. Mediterráneo económico 3-4 El futuro de las pensiones en España, 2020. Disponible en: Algunas reflexiones sobre el informe del Pacto de Toledo y los planes del Gobierno en materia de pensiones - Fundación de Estudios de Economía Aplicada (fedea.net)

Encinas Goenechea, B.: *Recuperar la confianza de los jóvenes en el sistema público de pensiones es fundamental para su continuidad.* En Hierro Hierro, F.J.(Dir.), Perspectivas Jurídicas y Económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Farge Collazo, C.: *El Estado de Bienestar*, Enfoques XIX, 1/2, 2007, pp. 45-54. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3183498

Fernández Avilés, J.A.: *El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*. Guía de estudio. Secretaria de salud laboral y medio ambiente, 2018.

Fernández Ramírez, M.: *Empleo Juvenil, jubilación y Previsión Social Complementaria. La incierta transición desde el modelo de compartimentos estancos a la estrategia de los vasos comunicantes*. Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, 22, 2020, pp. 27-69.

Font, P., Izquierdo, M. y Puente, S.: *La evidencia sobre el peso muerto de algunos programas de exenciones a las cotizaciones a la Seguridad Social,* Documentos de Trabajo, n.º 1740, 2017.

Gala Durán, C.: *El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes*. Revista sobre estudios sobre Ciencia del Trabajo y Protección Social, 1, 2020, pp. 111-155. Disponible en: https://idus.us.es/handle/11441/103930

González Díaz, F.A.: *La garantía juvenil: ¿una respuesta a la crisis del empleo de los jóvenes?,* Revista Española de Derecho del Trabajo num.181/2015 parte Estudios, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1-3.

González Martínez, C.I.: *La democracia y las pensiones: mito y realidad*. Instituto Santa Lucía, Revista pensiones del Futuro, 4, 2019. Disponible en: https://institutosantalucia.es/

González Martínez, C.I.: *Sostenibilidad del Sistema de pensiones de reparto en España y modelización de los rendimientos financiero*. FUNCAS. Estudios de la fundación serie Tesis, 2013.

Gutiérrez Cassillas, I.: *El Pacto de Toledo: fundamento, precedentes, concepto, contenido y revisión parlamentaria*. Revista de las Cortes Generales, 103, 2018, pp. 399-428.

Gutiérrez Bengoechea, M.: *El sistema de reparto de la Seguridad Social, versus envejecimiento poblacional*. Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social, 1, 2020 (235-243) Disponible en: EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL VERSUS ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL (uma.es)

Hernández De Cos, P.: *El sistema de pensiones en España: Una actualización tras el impacto de la pandemia*. Banco de España. Documentos ocasionales, Nº. 2106, 2020.

Hierro Hierro, F.J.: *El reto de ofertar una protección adecuada a colectivos precarizados en un sistema construido sobre la estabilidad en el empleo: acceso a una ocupación de calidad y apuesta por una campaña pedagógica clara*. en Hierro Hierro, F.J.(Dir.), Perspectivas Jurídicas y Económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Higuerillas Redecillas, J.C.: *Las pensiones en la Unión Europea. Análisis de los principales retos para la convergencia en una economía post COVID*. Revista Universitaria Europea, 34, 2021 pp. 161-188. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7851413

López Cumpre, L.: *La participación privada en el sistema de protección social español*. Publicaciones del Ministerio de Empleo, Seguridad Social y Migraciones, 2010. Disponible en: www.seg-social.es

López Gandía, J.: *Concertación y seguridad social: de la legitimidad social a la legitimidad tecnocrática*. Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 2, 2014, pp. 109-116.

Majón Valpuesta, D., Ramos Valverde, P. y Pérez Salanova.: *Claves para el análisis de la participación social en los procesos de envejecimiento de la generación baby boom*. Psicoperspectivas 15(2), 2016, pp. 53-63. Disponible en: https://doi.org/10.5027/psicoperspectivas-Vol15-Issue2-fulltext-833

Mercader Uguina, J.R.: *Robótica y Riesgos Laborales*, Archivo de prevención de riesgos laborales, 21, 3, 2018.

Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B. del M.: *La eterna discusión acerca de la promoción del acceso al mercado de trabajo de los jóvenes "versus" retraso en la edad de jubilación de los mayores*. Trabajo y seguridad social de la juventud. I Jornadas ITSS/AESSS. En Gutiérrez De La Peña, M.S., López Insua, B. Del M., Illueca Ballester, H. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 17-63.

Monereo Pérez J.L.: *La garantía de las pensiones desafíos para la sostenibilidad económica y social*. Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social, 3, 2021, (21-84).

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones*, en Hierro Hierro, F.J.(Dir.), *Perspectivas Jurídicas y Económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020*. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 49-84.

Monereo Pérez, J.L.: *El derecho Social al Ingreso Mínimo Vital*. Temas Laborales, 158, 2021, pp. 45- 117. Disponible en: El derecho social al ingreso mínimo vital - Dialnet (unirioja.es)

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y Régimen jurídico*. Murcia, Laborum., 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *El pacto de Toledo 25 años después: a propósito del informe de evaluación y reforma del pacto de Toledo de 2020*. Revista del derecho de la Seguridad Social. Laborum, 25, 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones*, en Hierro Hierro, F.J.(Dir.), Perspectivas Jurídicas y Económicas del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: *La Renta Mínima Garantizada como medida estructural del Sistema de Seguridad Social en la Sociedad del Riesgo*, Lex Social, 10, 2020, pp. 424-505, Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5074

Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.

Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B.M. (Dirs. y Coords.*) Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucion*al, Cizur Menor (Navarra), Editorial Thomson Reuters/Aranzadi, 2016.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La situación de la "Hucha de las Pensiones". A propósito de las últimas disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía*, Revista de Derecho de la Seguridad Social, 5, 2015.

Olazabal, I.: *Que sont les baby-boomers devenus? Aspects sociaux d'une génération vieillissante.* Quebec, Éditions Nota Bene, 2009.

Ortega Lozano, P.G.: *Propuestas para una adecuada y justa protección social de los becarios*. En Trabajo y seguridad social de la juventud. I Jornadas ITSS/AESSS. En Gutiérrez De La Peña, M.S., López Insua, B. Del M., Illueca Ballester, H. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 243-271.

Panizo Robles, J.A.: *De nuevo el Pacto de Toledo. Breve análisis de las recomendaciones del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020*. RTySS (CEF). Disponible en: Renovación del Pacto de Toledo: análisis de las recomendaciones 2020 (laboral-social.com)

Pérez del Prado, D.: *Un primer análisis ante el nacimiento de una nueva prestación: el ingreso mínimo vital*, en Casas Baamonde, M.E. (Dir.) y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (Dir.), Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia, Madrid, Francis Lefebvre, 2020.

Pérez Hernández, M.M.: *Actualización de la inspección de trabajo y seguridad social en materia de becarios.* En Gutiérrez De La Peña, M.S., López Insua, B. Del M., Illueca Ballester, H. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 175-198

Pérez Ortiz, L., Viñas Apaolaza, A.I., Da Silva Bichara, J. y Heredero, M.I.: *Instituciones del mercado de trabajo y crisis en la UE*, Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

Rodriguez Escanciano, S.: *Los contratos formativos como instrumentos de política de empleo juvenil: análisis y propuestas.* En Gutiérrez De La Peña, M.S., López Insua, B. Del M., Illueca Ballester, H. (Dir.), Murcia, Laborum, 2022, pp. 97-152.

Sada, D.: *Una visión europea del estado de bienestar*. Revista Colección Año VII, 11, 2001 pp. 41-61. Disponible en: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10127

Sala Franco, T. y Martín-Pozuelo López, A.: *El Ingreso Mínimo Vital. El Sistema Español de Rentas Mínimas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Todolí Signes, A.: *El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales*. Revista de Treball, Economía i Societat, 92, 2019.

Todolí Signes, A.: *El impacto de la "uber economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*. Revista Ius Labor, 3, 2015.

El mecanismo de equidad intergeneracional en el Pacto de Toledo

Ana Nieves Escribá Pérez
Directora del Grado en Derecho
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Internacional de Valencia. VIU. (España)
orcid id: https://orcid.org/0000-0003-2174-3594

1. Introducción

El acuerdo sobre las pensiones en el marco de los *Pacto de Toledo*, ha supuesto el primer acuerdo, en esta materia, de los últimos años que, sin lugar a dudas, necesitaban de un estudio pormenorizado que supusiese una mejora de las mismas. No solo se trata de gestionar y garantizar las pensiones actuales, sino que, además, se debía tratar de garantizar las futuras dotándolas, además, de mecanismos que aseguren el poder adquisitivo real de las personas y, por supuesto, de tratar de buscar soluciones y acciones incardinadas al reforzamiento del sistema de *Seguridad Social* y, para ello, se ha tratado de establecer mejoras reales para los pensionistas.

En la actualidad existen infinidad de cuestiones que inquietan a la ciudadanía y, sin lugar a dudas, la situación de las arcas de la *Seguridad Social* y el futuro de las pensiones están entre estas[1] por lo que tres han sido las cuestiones fundamentales a este respecto: el mantenimiento del poder

[1] Teniendo en cuenta, además, la reforma sobre pensiones llevada a cabo en el año 2013, operada por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

adquisitivo de los pensionistas, el establecimiento de un mecanismo estable de revalorización de las pensiones[2] e incentivar el acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad ordinaria[3].

En este sentido se ha establecido como plazo máximo de acción para la cuestión referente al *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* de las pensiones antes del 15 de noviembre de este mismo año cuya línea de acción será, principalmente, un recorte creciente de las mismas que afectará, de manera clara, a aquellas personas que acaban de acceder al mercado laboral.

La nueva reforma del sistema de pensiones tiene varias cuestiones a las que enfrentarse que se convierten en retos de futuro pero también de presente; así pues, por un lado se debe tener en cuenta una de las variables más importantes que es el aumento de la esperanza de vida de la población a lo que se pretende hacer frente con el aumento de la edad de jubilación a los sesenta y siete años tratando, además, con este nuevo bloque de medidas disminuir el número de jubilaciones anticipadas y, por tanto, equiparar la edad efectiva de jubilación con la edad legal. Esta cuestión, además, es una medida temporal que tiene que ver con el aumento de la natalidad en un periodo concreto de tiempo en nuestro país -entre 1957 y 1977- y con la llegada de todas esas personas a la edad de jubilación a partir de 2032 -y que, previsiblemente, abarcará hasta 2050-.

El *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* no es la primera medida que se aborda desde el Gobierno de España para dar solución a dicha cuestión de incremento del número de personas que tendrán derecho a la pensión de jubilación en unos años. Ya en previsión de la situación se incrementó la edad de jubilación de las personas trabajadoras de los sesenta y cinco años tradicionales a los sesenta y siete -a los que se llegará en 2027- de forma paulatina. El *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* es pues una medida de apoyo y soporte a la ya tomada años atrás y que va a suponer un incremento de las cotizaciones en un 0,6 % durante los próximos diez años -desde 2023 hasta 2032- con lo que se pretende paliar los posibles problemas económicos en el abono de las pensiones de nuestro sistema de *Seguridad Social*.

Se trata de un acuerdo que aborda, según José Luis Escrivá, *más de la mitad de las recomendaciones del Pacto de Toledo*[4]*… que incluye medidas de gran relevancia para dar certidumbre a los pensionistas presentes y futuros al garantizar el poder adquisitivo, culminar de la separación de fuentes y reforzar la sostenibilidad del sistema público de pensiones*[5]*"*.

2. El informe de evaluación y reforma del pacto de Toledo (2020)

La Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del *Pacto de Toledo*[6] tiene carácter permanente y no legislativa que tiene como objetivo principal controlar el cumplimiento de los objetivos del *Pacto de Toledo* y, además, proponer recomendaciones para el mantenimiento y la mejora del sistema de pensiones de la *Seguridad Social*.

[2] Tratando otras cuestiones de interés como son

[3] A través de cuatro vías: la revisión de la jubilación anticipada voluntaria e involuntaria y por razón de actividad, la jubilación demorada, la jubilación activa y la jubilación forzosa.

[4] De hecho, se da respuesta a 12 de las 22 recomendaciones en materia de pensiones presentes en los Pacto de Toledo.

[5] Escrivá: "El acuerdo con los agentes sociales es muy profundo y aborda más de la mitad de las recomendaciones del Pacto de Toledo". *Revista Seguridad Social*. Madrid: Secretaría de Estado de la Seguridad Social, 7 de julio de 2021 [consulta: 15/02/2022]. Disponible en: https://revista.seg-social.es/2021/07/07/escriva-el-acuerdo-con-los-agentes-sociales-es-muy-profundo-y-aborda-mas-de-la-mitad-de-las-recomendaciones-del-pacto-de-toledo/

[6] La actual Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo actual se constituyó el 28 de septiembre de 2016 -Legislatura XII- y ha sido renovada en diversas ocasiones hasta el 13 de febrero de 2020 -Legislatura XIV-.

El informe de evaluación y reforma del *Pacto de Toledo* de 2020 estableció 22 recomendaciones en relación a las pensiones, su sostenibilidad y su gestión y tratamiento cuya finalidad es revalorizarlas en función del IPC real y la consecución del equilibrio financiero que el sistema de *Seguridad Social* necesita dadas la idiosincrasia en la que va a verse sumido a partir del próximo año. El Informe aprobado en diciembre de 2010 fue la base para la aprobación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de *Seguridad Social*[7], que estableció como medida de actuación en materia de pensiones la extensión de la edad legal de jubilación en sesenta y siete años, amplió a veinticinco el cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación, eliminó los incentivos a la jubilación anticipada y ajustó las prestaciones a las cotizaciones realizadas por la persona trabajadora. La última reforma en materia de pensiones se llevó a cabo en el año 2013 a través del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo[8], si bien, en esta ocasión, dicha transformación no fue precedida de un Informe de evaluación y reforma.

El 16 de junio de 2021, se presenta por el Gobierno el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y, en concreto, el Componente 30 sobre Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del *Pacto de Toledo*[9], enfocado a asegurar la sostenibilidad financiera efectiva del sistema de pensiones de la *Seguridad Social* y, así, poder mantener el poder adquisitivo preservando su papel en la protección frente a la pobreza y garantizando la equidad intergeneracional que, amparándose en el consenso parlamentario que aprobó las recomendaciones en el marco del *Pacto de Toledo*[10] propone una serie de medidas entre las que destacan: la separación de fuentes de financiación, la puesta en marcha de un mecanismo de revalorización de las pensiones que garantice el mantenimiento del poder adquisitivo, la continuación del proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad legar a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas, adecuación a los nuevos modelos de carrera profesional de periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación, la integración y convergencia de los distintos regímenes de pensiones, como los de los autónomos y la revisión del sistema de previsión social complementaria, fomentando su desarrollo en el ámbito de las empresas[11]. El objetivo principal de este Plan de Recuperación -tal y como él mismo establece- es el de *preservar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones*[12], a través de objetivos más concretos y claro el objetivo marcado por el Componente 30: *Preservar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones, garantizando su poder adquisitivo, su contribución a la lucha contra la pobreza y la justicia intergeneracional.* Se establecen, pues, una serie de reformas a llevar a cabo con la finalidad de la consecución de ambos objetivos: La separación de fuentes de financiación de la *Seguridad Social*[13], Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones[14], Alineación de

[7] Vigente desde el 1 de enero de 2013.

[8] Que modificó la Disposición Final Duodécima dos de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

[9] Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-30-sostenibilidad-largo-plazo-del-sistema-publico-de-pensiones-en-marco-del-pacto-de-toledo. [consultado: 15/02/2022]

[10] Ratificado por el Pleno del Congreso el 19 de noviembre de 2020 -sin ningún voto en contra-.

[11] Algunos de los elementos de la reforma ya fueron incorporados en los Presupuestos Generales del Estado para 2021.

[12] Y que este sea inclusivo y sostenible.

[13] Separando la financiación de la protección contributiva y la no contributiva y, así, recuperar parte del equilibrio financiero a corto plazo -C30.R1-.

[14] Derogando el índice de revalorización de las pensiones introducido por la mencionada reforma de 2013 para, así, poder garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones tal y como plantea el Pacto de Toledo -C30. R2-A-.

la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación[15], Adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación[16], Sustitución del *Factor de Sostenibilidad* por un mecanismo equidad intergeneracional -que es la que más interesa en estas líneas-[17], Nuevo sistema de cotización a la *Seguridad Social* de los trabajadores autónomos por sus ingresos reales[18], Modificación del complemento de maternidad de pensiones mediante un nuevo diseño[19], Reforma e impulso de los sistemas complementarios de pensiones[20] y Adecuación de la base máxima de cotización del sistema[21].

2.1. La separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social

Necesaria es la separación de las fuentes de financiación de la protección contributiva y no contributiva para conseguir equilibrio financiero del sistema de *Seguridad Social* a corto plazo que se asentará asumiendo el Estado la partida presupuestaria que, hasta ahora, se realizaba a través del sistema de cotizaciones contribuyendo, así, hacerse cargo de manera más desahogada las cuestiones que afecten a la sostenibilidad del sistema a largo plazo. Esta separación de fuentes, además, ya venía reflejado en el *Pacto de Toledo* de 1995 y asumido por la Ley General de *Seguridad Social*[22], si bien esto no ha sido así en los últimos años[23] -tal y como se ha expresado en la recomendación 1 del *Pacto de Toledo* 2020-. Si se lleva a cabo un reparto de la financiación del sistema de *Seguridad Social* de manera correcta, es decir, a través de las aportaciones del Estado, se conseguiría un equilibrio financiero del sistema que permitirá afrontar los retos venideros a partir de 2023 con mayor fluidez presupuestaria[24].

2.2. Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones

Una de las reformas más importantes es la que implica la derogación del Índice de Revalorización de las Pensiones que se introdujo a través de la reforma de 2013 con la finalidad de mantener el poder adquisitivo de las pensiones, así, hasta ahora se preveía una subida anual del 0,25 % lo que ha supuesto una pérdida del poder adquisitivo de los pensionistas equivalente a un 37 %. Es importante recordar en este sentido que la configuración del mecanismo de

[15] A través de incentivo a la demora en la jubilación -mecanismo a la inversa en relación a la anterior reforma- y ajustando la jubilación anticipada -C30.R2-B-.

[16] Con la intención de reforzar la progresividad y el carácter contributivo del sistema para que la pensión refleje de manera más idónea y real la vida laboral de la persona trabajadora -C30.R2-C-.

[17] Incorporando, junto a la evolución de la esperanza de vida, otros indicadores complementarios -C30.R2-D-.

[18] Por el que se implementará, de forma gradual, un nuevo sistema de cotización para el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que se base en los rendimientos por la actividad económica desempeñada -C30.R3-.

[19] Tal y como ya se expresó en el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. Su finalidad es compensar el coste que el nacimiento y el cuidado de los hijos supone a los progenitores -especialmente a las madres-, intentando, así, disminuir en mayor medida la brecha de género en las pensiones -C30.R4-

[20] Aprobando un nuevo marco jurídico que impulse los planes de pensiones de empleo y contemple la posibilidad de promocionar públicamente los fondos de pensiones estableciendo cobertura a colectivos de trabajadores isn planes de empelo en sus empresas o a trabajadores autónomos -C30.R5-.

[21] Adecuación gradual de las bases de cotización máxima que deberá ser concurrente con una modificación de pensión máxima para no afectar a la naturaleza contributiva del sistema -C30.R6-.

[22] Debiendo asumir directamente el Estado los costes derivados de asistencia sanitaria, prestaciones no contributivas y complementos a mínimos de las pensiones.

[23] Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-30-sostenibilidad-largo-plazo-del-sistema-publico-de-pensiones-en-marco-del-pacto-de-toledo. [consultado: 15/02/2022]

[24] En este sentido cabe destacar que los PGE para 2021 ya incluyen una transferencia de 14.000 millones de euros para hacerse cargo de todos los gastos impropios del sistema de Seguridad Social.

revalorización de las pensiones viene condicionada por el artículo 50 de la Constitución Española que establece la necesidad de garantizar la suficiencia y adecuación de las mismas. El principal problema a la hora de poner en práctica esta cuestión es el gasto adicional en pensiones que va a suponer para las arcas de la *Seguridad Social*, si bien, será asumible teniendo en cuenta que la reforma de las pensiones va a ser global y la revalorización de las pensiones se realizará -como en otros países europeos- con un sistema vinculado, directamente, a los salarios y los precios[25].

2.3. Alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación

La finalidad de esta medida es aproximar la edad efectiva de jubilación a la edad legalmente establecida[26]. Su idea fundamental es retrasar la edad real de jubilación creando incentivos para ello para lo que el Gobierno modificará los coeficientes reductores de la jubilación anticipada y establecerá beneficios para las empresas que mantengan a este sector de personas trabajadoras lo que, aún así, supondrá una reducción en el gasto asumido por el sistema de *Seguridad Social*[27]. La pretensión fundamental es que la jubilación anticipada pase a ser una excepción y no una práctica común y extendida por lo que la aplicación de coeficientes reductores va a ser fundamental para conseguir este objetivo acompañado, además, de un sistema a la inversa que se asegure de incentivar a aquellas personas trabajadoras que opten por alargar su edad de jubilación de forma efectiva más allá de la establecida legalmente que serán ideadas para beneficiar tanto a estos como a los empleadores que mantengan a su plantilla después de haber cumplido la edad legal de jubilación. Estas medidas supondrán, en gran medida, un descenso de la carga financiero del sistema de *Seguridad Social* y, por tanto, una mayor conservación del presupuesto. Lo que se pretende, por tanto, es modificar el diseño de los incentivos para, así, alinear de forma progresiva las edades legales y efectivas de jubilación según la recomendación del *Pacto de Toledo* lo que supondrá una modificación del Texto Refundido de la Ley General de *Seguridad Social*[28].

2.4. Adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación

La idea es adecuar la realidad de las carreras profesionales para con el periodo de cómputo en el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación estableciendo la posibilidad de elegir los años que integrarán la misma cuando se trate de carreras largas, así como realizar una revisión del procedimiento de integración de lagunas en las mismas[29]. Lo que el Gobierno pretende con esta medida es *reforzar la progresividad y el carácter contributivo del sistema haciendo que la pensión de jubilación refleje en mayor medida la vida laboral de* las personas trabajadoras *y atienda la realidad de un mercado laboral en el que las interrupciones y las lagunas son cada vez menos excepcionales*[30]. Dicha medida será implementada de forma progresiva a partir de 2023[31].

[25] Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-30-sostenibilidad-largo-plazo-del-sistema-publico-de-pensiones-en-marco-del-pacto-de-toledo. [consultado: 15/02/2022]

[26] Cabe recordar que en la reforma de 2011 se introdujo, paulatinamente, el incremento de la edad legal de jubilación desde los sesenta y cinco anteriores hasta los sesenta y siete -se alcanzará en 2027-.

[27] Según el Ageing Report de 2018, la edad media de jubilación en España se sitúa en los 64,6 años frente a los 65,2 de Dinamarca, los 65,4 de Países Bajo o los 65,9 de Suecia.

[28] Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-30-sostenibilidad-largo-plazo-del-sistema-publico-de-pensiones-en-marco-del-pacto-de-toledo. [consultado: 15/02/2022]

[29] La extensión del cómputo de años para el cálculo de la pensión de jubilación se ha modificado de forma expresa en todas y cada una de las reformas del sistema de pensiones que se han llevado a cabo desde el año 1985

[30] Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-30-sostenibilidad-largo-plazo-del-sistema-publico-de-pensiones-en-marco-del-pacto-de-toledo. [consultado: 15/02/2022]

[31] Se prevé su aprobación a finales de 2022.

2.5. Sustitución del Factor de Sostenibilidad por un mecanismo equidad intergeneracional

Esta medida es la que interesa, en mayor medida, a este estudio si bien no se puede comprender un estudio separado de la misma al tratarse de medidas que, en su conjunto, pretenden una finalidad común en materia de pensiones de *Seguridad Social*.

Es sabida la falta de consenso para con el *Factor de Sostenibilidad* que se introdujo con la reforma de las pensiones en 2013 por lo que se pretende establecer un mecanismo que consiga, de forma efectiva, la equidad intergeneracional que será revisado, de forma periódica. El *Factor de Sostenibilidad* realizaba el ajuste de las pensiones en función de la evolución de la esperanza de vida de las personas en España, estableciendo un coeficiente reductor sobre las pensiones que suponía una reducción de las pensiones de jubilación elevando, por tanto, parte de la carga de la sostenibilidad del sistema de pensiones de la *Seguridad Social* en la figura de los pensionistas. Lo que pretende este nuevo mecanismo es introducir otra serie de indicadores que en conjunto mejore la situación[32].

2.6. Nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos por sus ingresos reales

La medida consistirá en implantar, gradualmente, un nuevo sistema de cotización para el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en el que se tendrán en cuenta los rendimientos reales obtenidos en su actividad económica y eliminar una cotizar igualitaria para todos -y elegida libremente, en la actualidad, por cada uno en función de las establecidas en la norma[33]- con la finalidad de aumentar los recursos del sistema y, además, mejorar la acción protectora de los trabajadores autónomos. En este sentido, además, el 36 % de los pensionistas del RETA no alcanzan la pensión mínima lo que, a su vez, supone que son beneficiarios de complementos a mínimos lo que, nuevamente, incrementa el gasto con respecto al ingreso y, por tanto, afecta de manera clara a la sostenibilidad del sistema de pensiones de la *Seguridad Social*; se ha de destacar, además, que el sistema de cotización por ingresos reales de los Trabajadores autónomos ha sido una petición recurrente durante los último años del propio colectivo y, además, un mandato establecido en el *Pacto de Toledo*[34]. La aplicación de esta medida se hará de forma gradual[35] *mediante la aproximación de las bases de cotización mínimas por tramos a los ingresos reales del trabajador*[36].

2.7. Modificación del complemento de maternidad de pensiones mediante un nuevo diseño

Tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, se estableció que el diseño del complemento por maternidad era discriminatorio al aplicarse, únicamente, a las mujeres por lo que se ha rediseñado el mismo cuyo objetivo es compensar

[32] Se prevé su aprobación antes de finales de 2022.

[33] Lo que se traduce en que el 85 % de los trabajadores autónomos eligen la base mínima de cotización, menos del 9 % elige una base que no supera los 1964,70 € y solo el 6,6 % cotiza por la base máxima. Esto supone que la recaudación por cuotas de trabajadores autónomos sea solo el equivalente al 57,02 % del gasto en prestaciones obteniendo convirtiéndose, por tanto, un resultado negativo para la Seguridad Social.

[34] Ello supondrá homogeneizar las cotizaciones con las del Régimen General y, además, la cobertura de las personas trabajadoras en ambos regímenes de forma igualitaria.

[35] Se prevé su aprobación en el primer semestre de 2022 con un despliegue gradual de la medida.

[36] Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-30-sostenibilidad-largo-plazo-del-sistema-publico-de-pensiones-en-marco-del-pacto-de-toledo. [consultado: 15/02/2022]

el coste que el nacimiento y el cuidado de los hijos supone a los progenitores -sin olvidar que dicho coste es más elevado para las mujeres[37] por lo que implica a nivel laboral en la mayoría de las ocasiones-. Este complemento realiza, actualmente, un estudio de las cotizaciones de ambos progenitores para determinar quién se vio más perjudicado en su carrera y, por ende, en su cotización al sistema de *Seguridad Social* para el cálculo de su pensión[38]. La necesidad de dicha modificación queda basada en la recomendación 17 del *Pacto de Toledo*. Con esta nueva regulación[39] que establece un sistema equitativo en función del estudio pormenorizado de los periodos de cotización y la posibilidad de añadirlo a cualquiera de los dos progenitores se pretende convertir el complemento en algo neutro que no suponga problemas jurídicos pero que, a su vez, presupone que se aplicará en la gran mayoría de los casos a las mujeres[40].

2.8. Reforma e impulso de los sistemas complementarios de pensiones

La práctica habitual en nuestro país ha sido la suscripción de sistemas complementarios de pensiones de carácter personal si bien, existen algunas empresas que los suscriben para sus trabajadoras -pocas en la actualidad- que, además, suponían un alto coste fiscal. Lo que esta medida persigue es revisar la regulación de los sistemas complementarios de pensiones[41] para que tengan mayor presencia en el marco de la negociación colectiva. Otra novedad a incluir en esta medida es la permisibilidad de movilidad de las personas trabajadoras ya que los sistemas complementarios de pensiones podrán traspasarse de una mercantil a otra. Las ventajas fiscales, tras la reforma, aplicarán en mayor medida a los sistemas complementarios de pensiones obtenidos a través de la negociación colectiva. Actualmente, ese tipo de sistemas complementarios se aplica a, aproximadamente, dos millones de personas trabajadoras, pero se prevé que tras su reforma y con las mejoras propuestas, los mismos puedan dar cobertura a trece millones de personas trabajadoras en 2030 y hasta a un 80 % de la población activa a largo plazo[42].

Se ha podido comprobar que el actual sistema no cumple con el objetivo principal de suponer un ahorro eficiente y efectivo de las personas trabajadoras para su periodo de jubilación debido, principalmente, a que es fiscalmente regresivo y, además, tiene un alto coste[43]. Para aumentar el número de beneficiarios de los sistemas complementarios de pensiones, el Gobierno, creará fondos de pensiones de empleo de promoción pública -gestionadas por el sector privado-, extenderá dichos planes a mayor número de personas trabajadoras a través de la negociación colectiva, simplificará los trámites en la adscripción y gestión de los planes, diseñará mecanismos que permitan la movilidad de personas trabajadoras entre empresas, un nuevo incentivo fiscal

[37] La brecha de género en las pensiones tiene su origen en el mercado de trabajo -las mujeres tienen bases de cotización más bajas y periodos de trabajo más cortos y, por tanto, con periodos de cotización más bajos que los hombres lo que afecta de manera sustancial en sus pensiones.

[38] Si no hay un progenitor más afectado que otro se reconoce dicho complemento a la madre.

[39] Aprobado por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

[40] Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-30-sostenibilidad-largo-plazo-del-sistema-publico-de-pensiones-en-marco-del-pacto-de-toledo. [consultado: 15/02/2022]

[41] El nuevo marco jurídico pretenderá impulsar la cobertura de determinados colectivos de personas trabajadoras sin planes de empleo en sus empresas y a trabajadores autónomos ya que, actualmente, esto últimos no tienen beneficios para la contratación.

[42] Se prevé su aprobación durante el primer semestre de 2022 teniendo, además, efecto acumulativo en el tiempo.

[43] Según la AIReF un 69 % de los planes de pensiones en España están englobados en la modalidad individual y solo el 31 % a través de la modalidad empresarial.

que impulse los sistemas colectivos[44] y limitará los gastos de gestión por debajo del 0,30 % de los activos gestionados[45].

2.9. Adecuación de la base máxima de cotización del sistema

La pretensión de esta medida es incrementar gradualmente la base de cotización máxima del sistema y, por ende, adaptar las pensiones máximas a percibir[46].

La desigualdad social es una realidad latente en nuestra sociedad actual que no influye, únicamente, en aspectos económicos, sino que, además, supone una merma en la calidad de vida y, por tanto, una disminución de la esperanza vital de las personas. Existe una clara desigualdad salarial aun en la actualidad lo que se traduce en diferencias en las cotizaciones al sistema y, por ende, en el importe de las pensiones y prestaciones a percibir por las personas. Estas cotizaciones requieren no solo de la *indexación de la base máxima del sistema al IPC,* sino que, además, *requiere de una adaptación que tenga en cuenta la evolución de toda la distribución*[47]. En definitiva, se adaptarán las bases de cotización máximas para que sean más reales y ajustadas a los salarios efectivamente recibidos que, obviamente, se traducirán en un aumento de la cuantía de la pensión máxima para que, así, el sistema siga respetando su base contributiva[48].

3. El mecanismo de equidad intergeneracional

3.1. Introducción

El *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* es la acción directa derivada del diálogo social y el *Pacto de Toledo* para sustituir al anterior *Factos de Sostenibilidad* de las pensiones anticipándose así, el Gobierno, a la cuestión que se planteará en torno a las cuestiones entre 2030 y 2050 a casusa del desajuste demográfico que está presente en nuestro país[49]. Se trata, en palabras de Escrivá, *de una herramienta complementaria que se activará solo si es necesario* y, además, *actuará como válvula de seguridad, únicamente si el gasto en pensiones crece por encima de lo previsto*[50]. Este mecanismo, además, actuará sobre los ingresos y no sobre las prestaciones -como lo hacía el *Factor de Sostenibilidad*-.

Se tratará de establecer un fondo de reserva para, así, poder afrontar las desviaciones previstas en referencia a el cobro de pensiones de las próximas décadas lo que se obtendrá de una cotización adicional del 0,6 % que se distribuirá entre empresa y personas trabajadoras[51]. A priori, el *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* es una acción temporal que coincidirá con el intervalo de años en los que el reto demográfico es notable -entre 2030 y 2050-, solo se activará en caso de ser necesario y lo hará de forma paulatina, flexible y equilibrada.

---

[44] Los PGE para 2021 ya han señalado medidas al respecto otorgando ventajas a los planes de empresa y contemplando la promoción pública de fondo de pensiones de empleo -Disposición Adicional 40-.

[45] Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-30-sostenibilidad-largo-plazo-del-sistema-publico-de-pensiones-en-marco-del-pacto-de-toledo. [consultado: 15/02/2022]

[46] Su aprobación está prevista antes de que finalice 2022.

[47] Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-30-sostenibilidad-largo-plazo-del-sistema-publico-de-pensiones-en-marco-del-pacto-de-toledo. [consultado: 15/02/2022]

[48] Esta medida se llevará a cabo de manera gradual durante los próximos treinta años.

[49] Dando así respuesta a las recomendaciones 3, 14 y 21 de Pacto de Toledo.

[50] Escrivá: "El acuerdo con los agentes sociales es muy profundo y aborda más de la mitad de las recomendaciones del Pacto de Toledo". *Op. Cit.*

[51] Este incremento puede suponer una reserva de 40.000 millones de euros en los próximos diez años.

La gran diferencia entre el *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* y el *Factor de Sostenibilidad*[52] se basa, fundamentalmente en que el mecanismo genera equidad intergeneracional -todos aportarán en la misma medida independientemente de la edad que tengan- mientras que el segundo sobrecargaba a las generaciones más jóvenes. El *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* pretende ser la garantía del poder adquisitivo de las pensiones y un refuerzo a la sostenibilidad del sistema que forma parte del primer paquete de medidas de reforma del sistema de pensiones[53].

La implantación de este nuevo mecanismo atiende a la petición de Europa para paliar la posible insostenibilidad del sistema de pensiones de varios países entre los que se encuentra España -si bien en diferentes franjas anuales-. El Gobierno debe gestionar la cuestión y presentar un análisis sobre la efectividad del *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* ante la Comisión Europea a finales del presente año. El Gobierno, además, está obligado a llevar a cabo la reforma integral de las pensiones a finales de este año por lo que ha comenzado a trabajar en la cuestión y ha dado comienzo a la sustitución del *Factor de Sostenibilidad* por el *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* para, así, conseguir la sostenibilidad efectiva de las pensiones

3.2. ¿Qué es el mecanismo de equidad intergeneracional?

El *Factor de Sostenibilidad* y el *Mecanismo de Equidad Intergeneracional*, establecen criterios temporales diferentes ya que el primero de ellos se basa en la variación de la esperanza de vida si fecha de finalización en 2060 y el segundo finaliza ese año ya que se trata de una medida temporal para intentar de paliar la llegada de los *baby boomers* a la edad legal de jubilación. A lo largo del tiempo parece que el *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* va a suponer una aportación de fondos mayor que la que estaba previsto que supusiese el *Factor de Sostenibilidad*.

El *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* se trata de un componente a introducir en nuestro sistema de *Seguridad Social*[54] -a petición de Europa- para poder paliar los efectos negativos que tendría para el sistema de pensiones español el desajuste generacional en el que nos veremos inmersos en las próximas décadas -será el momento en el que la generación del *baby boom*[55] lleguen a la edad de jubilación-. Pronto, los primeros *baby boomers* llegarán a la edad de jubilación y es por ello que el *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* comenzará a aplicarse en España a partir de 2023 y durante un periodo de diez años. La finalidad de este mecanismo

[52] El Factor de Sostenibilidad, se introdujo a través de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre que regula el factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación, que había sido creado en 2011 por la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, cuya finalidad era aplicar en aquellas pensiones que fuesen efectivas a partir del 1 de enero de 2019 -si bien nunca llegó a aplicarse-. El Factor de Sostenibilidad se aplicaría al calcular el importe inicial de la pensión de forma automática vinculando la misma a la evolución de la esperanza de vida real en España de los pensionistas de modo que la duración que, previsiblemente, tendría la pensión de jubilación , las bases de cotización y los periodos cotizados serían los ítems que establecerían la cuantía de la misma, tratando, así, de garantizar la proporcionalidad y la contribución de las personas al sistema de Seguridad Social.

[53] Que incluye la revalorización de las pensiones -que se incrementarán en función del IPC del año anterior-, establecimiento de medidas para acercar la edad real de jubilación a la edad ordinaria, establecer un equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social a partir de 2023, establecer un nuevo sistema de cotización para trabajadores autónomos, derogación del Factor de Sostenibilidad e inclusión del Mecanismo de Equidad Intergeneracional, equiparación de la pensión de viudedad de las parejas de hecho, inclusión de sistema de cotizaciones para becarios, reconocimiento de los periodos del servicio social femenino obligatorio -equiparándolo al servicio militar obligatorio- y mejora de los convenios de los cuidadores familiares de personas en situación de dependencia.

[54] En otros países europeos como Italia, Portugal, Suecia, Dinamarca, Finlandia u Holanda, los gobiernos han decidido optar por establecer un sistema que esté directamente ligado al aumento de la esperanza de vida y no al incremento de las cotizaciones de las personas trabajadoras.

[55] El *baby boom* es el nombre con el que se conoce a los españoles que nacieron entre 1957 y 1977 -en plena dictadura- pero que vivieron la transición a la democracia actual. Según datos del INE se trata de 7,7 millones de personas.

es, fundamentalmente, garantizar el poder adquisitivo de ese gran número de personas cuando lleguen a la edad de jubilación.

Su definición legal no es sencilla ya que dicho mecanismo ha sido elaborado por el propio Ministro Escrivá pero sí es clara su finalidad y es que los fondos de la *Seguridad Social* crezcan para poder hacer frente a la jubilación de ese gran número de personas que conforman el *baby boomer* y que comenzarán a acceder a la pensión de jubilación a partir de 2032.

La medida es, sin lugar a dudas, necesaria ya que lo que pretende es que nuestro sistema de pensiones de la *Seguridad Social* siga existiendo tal y como lo conocemos. Se pretende anteponerse al problema y evitar que, en un futuro ya no tan lejano, las personas tengan derecho de acceso a la pensión de jubilación y, además, que esta sea justa y que asegure su poder adquisitivo. Si no se tomaran medidas en este sentido sería imposible la sostenibilidad del sistema ya que el número de pensionistas que existiría en nuestro país sería tan alto que las cotizaciones del momento no serían suficientes para cubrir las necesidades existentes a partir de 2032.

En definitiva, el *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* es una respuesta anticipada a la posible deficiencia en la sostenibilidad del sistema de pensiones de la *Seguridad Social* que podría producirse a partir de 2032 con la llegada a la edad legal de jubilación -sesenta y siete años- de un gran número de pensionistas, si bien es cierto que se trataría de un incremento puntual y con una fecha de reversión conocida. Su pretensión principal es, pues, el mantenimiento del poder adquisitivo de ese número elevado de pensionistas.

3.3. Aplicación del mecanismo de equidad intergeneracional

El acuerdo que ha supuesto la aplicación del *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* se establece con la finalidad de reactivar el Fondo de Reserva de la *Seguridad Social* para, así, financiar el sistema a través de las aportaciones realizadas por las personas trabajadoras entre 2023 y 2032. La aportación supondrá un incremento de la cotización por contingencias comunes de un 0,6 % -lo que supondrá un incremento de unos 12 € aproximadamente para una pensión de jubilación media- que se repartirá entre empresa 0,5 % y persona trabajadora 0,1 %[56]-.

El *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* solo se utilizará en caso de que exista un desvío del gasto previsto para las pensiones hasta 2050 lo que supondría que el fondo que existe para las mismas sería insuficiente. Si, finalmente, no existe desviaciones que supongan un descenso importante e insostenible del presupuesto existente, el fondo obtenido a través del *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* redundará en una reducción de las cotizaciones o en un incremento de la cuantía de las pensiones para, así, beneficiar a aquellos que han contribuido a dicha reserva y si, por el contrario, a partir de 2033 se confirma la desviación sobre el gasto previsto se utilizará el fondo generado a través del *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* con un límite anual del 0,2 % del PIB.

4. Conclusiones

El *Mecanismo de Equidad Intergeneracional* recae sobre los ingresos y no sobre los gastos, es decir, repercute directamente en un incremento del porcentaje de cotización sobre la base de contingencias comunes lo que implica que son las personas en activo quienes van a tener que soportar la carga de dicho incremento -razón por la que la CEOE se ha descolgado del acuerdo sobre dicho mecanismo- que, como ya he indicado, supondrá un incremento de los ingresos para el fondo de pensiones de la *Seguridad Social* de unos 2.000 millones de euros al año. Este

[56] Lo que supone que las empresas pasarán a soportar el 24,1 % de la base de cotización -actualmente es un 23,6 %- y los trabajadores pasarán a aportar el 4,8 % -actualmente es un 4,7 %.

incremento, por tanto, va a impactar directamente, además, en los costes laborales que recaen sobre las empresas -cabe recordar que soportarán el 0,5 % del incremento sobre el total del 0,6 %- y, por tanto, en el coste de la contratación laboral. Este incremento en el coste empresarial podría afectar en otro tipo de cuestiones ventajosas que podrían llegar a ser introducidas por los convenios colectivos como, por ejemplo, la aportación empresarial a los planes de pensiones.

La patronal se ha descolgado de la aprobación de este mecanismo y su reacción va unida, obviamente, a la repercusión de el 0,5 % que tendrán que soportar como gastos de contratación y no creen suficiente esta subida para subsanar la cuestión relacionada con el déficit de las pensiones si bien cabe recordar aquí que esta cuestión estará sometida a revisión para adecuarla a las necesidades reales de cada momento a partir de 2032. Por su parte, los sindicatos, son cautos al respecto si bien han prestado su apoyo a esta medida y la ven necesario y positiva para, así, poder afrontar el reto del acceso a la pensión de jubilación de los *baby boomers*.

Es importante recordar que el Gobierno ha dejado claro que este mecanismo o más bien sus frutos, solo se utilizarán en caso de que sea necesario y el gasto en pensiones se eleve de tal forma que sea imposible de mantener. En caso de no ser necesaria su utilización, al final, revertiría en el beneficio de las personas trabajadoras que han contribuido a su creación a través de una rebaja en las cotizaciones a la *Seguridad Social* o a través de un incremento de las pensiones que percibirán en el futuro.

5. Bibliografía

Alonso Soto, D.; Matea Rosa, M.LL. El Semestre Europeo 2021 y el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. *Boletín económico/Banco de España [Artículos], n. 4, 2021*, 2021.

De la Fuente, A., García Díaz, M.A y Sánchez, A. El *Mecanismo de Equidad Intergeneracional*: una disposición poco equitativa, insuficiente y confusa. *FEDEA, Colección Apuntes*, 2022, no 2022-02.

De la Fuente, A., *et al.* Algunas reflexiones sobre el informe del *Pacto de Toledo* y los planes del Gobierno en materia de pensiones. *Fedea Policy Papers*, 2020, vol. 3.

Devesa, E., *et al.* The Sustainability Factor: How Much Do Pension Expenditures Improve in Spain?. *Risks*, 2020, vol. 8, no 4, p. 134.

Devesa, E., Devesa, M., Encinas B., Domínguez, I. y Meneu R. Efectos del Mecanismo de Equidad Intergeneracional sobre el Sistema de Seguridad Social. *Informe Instituto Santa Lucía*. Santa Lucía Seguros, 2021.

Escrivá: "El acuerdo con los agentes sociales es muy profundo y aborda más de la mitad de las recomendaciones del *Pacto de Toledo*". *Revista Seguridad Social*. Madrid: Secretaría de Estado de la *Seguridad Social*, 7 de julio de 2021 [consulta: 15/02/2022]. Disponible en: https://revista.seg-social.es/2021/07/07/escriva-el-acuerdo-con-los-agentes-sociales-es-muy-profundo-y-aborda-mas-de-la-mitad-de-las-recomendaciones-del-pacto-de-toledo/

Hierro Hierro, F.J. *Perspectivas jurídicas y económicas del» Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo»*. ARANZADI/CIVITAS, 2021.

Hu, E.; Nl, Roltfiie; Lu, Skbenosi. The 2012 Ageing Report: Economic and budgetary projections for the EU-27 Member States (2010-2060). 2012.

Devesa, E., Devesa, M., Encinas B., Domínguez, I. y Meneu R. Efectos del Mecanismo de Equidad Intergeneracional sobre el Sistema de Seguridad Social. *Informe Instituto Santa Lucía*. Santa Lucía Seguros, 2021.

Plan de Recuperación. Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-30-sostenibilidad-largo-plazo-del-sistema-publico-de-pensiones-en-marco-del-pacto-de-toledo. [consultado: 15/02/2022]

Rueda López, N. La modernización del sistema fiscal en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España. *Revista de ciencias sociales*, 2021, vol. 27, no 3, p. 34-36.

La cotización de los trabajadores en asignación internacional, como garantía del cobro de futuras pensiones junto a la pensión nacional

José Antonio González Martínez
Universidad de Murcia
Profesor Ayudante Doctor (acreditado Contratado Doctor)

1. Introducción

Tomamos como hilo conductor el análisis del desplazamiento de trabajadores en asignación internacional como fenómeno clave de la economía globalizada que actualmente se desarrolla en el mundo. En el modelo laboral actual, no sólo existen movimientos migratorios transnacionales en búsqueda de trabajo a otro país, sino también para realizar el trabajo que ya se tiene (las empresas envían trabajadores en misión para realizar trabajos, específicos o no, fuera del territorio nacional).

Junto a la dificultad del carácter transnacional de los desplazamientos se une la complejidad de las propias actividades de prestación de servicios; materia en constante cambio que se utiliza como vía para actuar en fraude de ley y en contra de los derechos de los trabajadores. Esta movilidad de la mano de obra, entre ordenamientos nacionales, precisa de un Derecho transnacional que dote de cobertura a las lagunas existentes en aras a proteger los derechos de los trabajadores, sobre todo de cara a las futuras pensiones de los mismos.

La globalización, como integración económica, demanda organizaciones empresariales capaces de visualizar y comprender nuevos escenarios sociales y económicos con el objetivo de poder anticiparse y adaptarse a un mercado laboral cada día más complejo. El problema de fondo

es que nos enfrentamos a una globalización desregulada, que demanda a gritos nuevas reglas ante estos nuevos cambios tecnológicos y de medios productivos.

La movilidad internacional en el empleo es un tema tremendamente complejo y en constante evolución: al principio era una movilización sobrevenida e impuesta por la empresa a sus empleados, generalmente poco cualificados; en una etapa posterior se llevaba a cabo una movilización consensuada y con trabajadores altamente cualificados, (que se denominó expatriados de carrera); y la tendencia actual se basa en una movilización consensuada, pero no sólo con trabajadores cualificados (en sectores como banca o servicios, siendo un desplazamiento poco problemático) sino también con trabajadores menos cualificados a los que se pretende relocalizar por no haber ocupación en el país de origen (principalmente en manufacturas, construcción, y transporte por carretera, siendo una movilidad más problemática).

Una cuestión clave para el Derecho del Trabajo a nivel comunitario, es el trato que otorga la Seguridad Social a los trabajadores en su movilidad internacional, de cara a las posibles prestaciones que pudieran derivarse como consecuencia de cualquier contingencia, especialmente en el supuesto de un accidente laboral[1], y pensando en una pensión vitalicia como una incapacidad permanente o una jubilación. Cuando llegue el momento que los ciudadanos europeos tenga conciencia de sus derechos en materia de Seguridad Social, con una legislación clara, concreta y precisa, se podrá alcanzar la libre circulación de trabajadores, recogida en los artículos 45 a 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[2].

La libertad de circulación de trabajadores ha sido y es uno de los elementos clave dentro de la construcción europea. Lograr que todos los trabajadores de la UE obtengan los mismos derechos que los nacionales de los Estados miembros en los que prestan su actividad laboral, y que se sometan a las mismas condiciones y reglas que ellos, es un objetivo casi inalcanzable, ello debido al carácter no comunitario de la Seguridad Social.

La Seguridad Social europea se articula en torno al principio de coordinación[3] y no de armonización, pues el objetivo no es adoptar una legislación única para todos los ciudadanos de la UE derogando los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social de los Estados miembros,

[1] El accidente de trabajo surge, como concepto jurídico, en la incipiente legislación de seguros sociales de la mayoría de los países de nuestro entorno, incluido España, apareciendo en una Ley de 1900, en la que se regula la responsabilidad objetiva y asegurable del empresario frente al trabajador para indemnizar a las víctimas de accidentes en el trabajo. Años más tarde, aparece el concepto preventivo que ya se apuntaba en la citada Ley, concepto vinculado a la exigencia por la Administración Laboral de responsabilidades a los empresarios que incumplían sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, véase, González Martínez, J.A.: "La protección privilegiada de los riesgos profesionales: un obstáculo histórico", en *Revista Economía Española y Protección Social*, número VIII, 2016, pp. 82-83.

[2] DOUE C 326, de 26 de octubre de 2012.

[3] El TJCE en su sentencia de 15 de enero de 1986, asunto Pietro Pinna C-41/84, recoge el concepto de coordinación frente al de armonización. "El artículo 51 del Tratado contempla una coordinación y no una armonización de las legislaciones de los Estados miembros. El artículo 51 del Tratado deja subsistir por tanto la diversidad entre los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros y por tanto en los derechos de los trabajadores allí ocupados. Las diversidades sustanciales y procedimentales entre los regímenes de Seguridad Social de cada Estado miembro y por tanto en los derechos de los trabajadores allí ocupados, permanecen inalterados por el artículo 51 del Tratado. La realización del objetivo de asegurar a los trabajadores la libre circulación en el interior de la Comunidad, como está contemplado en los artículos 48 y 51 del Tratado, se agiliza cuando las condiciones de trabajo, entre las que figuran las normas de Seguridad Social, son lo más cercanas posibles entre los Estados miembros. Tal objetivo, sin embargo, se ve comprometido y su realización se hace más compleja, cuando la diversidad evitable en las normas de Seguridad Social son introducidas por el Derecho Comunitario, por lo que se deriva que la normativa sobre Seguridad Social adoptada a raíz del artículo 51 del Tratado, debe evitar añadir ulteriores disparidades a aquellas que se derivan ya de la falta de armonización de las legislaciones nacionales".

sino articular una reglas comunes de funcionamiento que permitan coordinar los distintos sistemas normativos de Seguridad Social existentes.

Desde el 1 de mayo de 2010 los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión están coordinados, quedando establecidos los criterios de determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, con la aprobación del Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (Reglamento base)[4] y el Reglamento (CE) 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Reglamento de aplicación)[5].

La movilidad internacional de los trabajadores ha experimentado un crecimiento cuantitativo en los últimos años debido a la globalización. La creciente vocación transnacional de la economía española, mediante su incursión en nuevos mercados, obliga a las empresas a tomar conciencia de la importancia de poner en marcha una buena política de expatriación, previamente al desplazamiento internacional, porque ello afectará a las prestaciones que el trabajador perciba o pueda percibir en un futuro, si bien puede suponer un coste adicional a la empresa. Todo ello implica que la coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social sea ahora más necesaria que nunca. Con la coordinación de sistemas nacionales se persigue *"garantizar a las personas que se desplazan dentro de la Comunidad, a las personas a su cargo y a sus supérstites, el mantenimiento de los derechos y ventajas que hayan adquirido o estén adquiriendo"*[6]. Y de cara a una futura pensión, tengamos siempre presente que cotizar en varios países, puede implicar recibir varias pensiones a futuro, y compatibles entre si.

2. El derecho a la libre circulación de trabajadores como motor de un historial de seguro en varios países

La libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios son principios fundamentales del mercado interior de la UE consagrados en el TFUE. La Unión desarrolla estos principios en profundidad con el fin de garantizar la igualdad de condiciones para todas las empresas y el respeto de los derechos de los trabajadores.

Es de resaltar que el ámbito de aplicación territorial de la normativa comunitaria, es bastante amplio, pues se extiende a los países miembros de la UE, a los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechenstein) y a Suiza.

Respecto al ámbito subjetivo, la libertad de circulación ha tenido un devenir marcado por la ampliación de las personas beneficiarias de su régimen. Así, si bien en un principio quedó limitada a los trabajadores y los miembros de sus familias[7], que les acompañaban en sus movimientos

[4] DO L 166, de 30 de abril de 2004.

[5] DO L 284, de 30 de octubre de 2009.

[6] Considerando 13 Reglamento (CE) núm. 883/2004.

[7] Sobre las prestaciones familiares en la UE, véase González Martínez, J.A.: "La previsión social de la familia en la Unión europea", en Hacia la Protección de la Familia. Perspectivas del Derecho de Familia Hoy: Preguntas, Respuestas y Propuestas, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 65-66: El mantenimiento de los hijos, se considera una causa merecedora de la prestación que otorgan los sistemas de Seguridad Social de los países miembros, cuya razón de existencia es la cobertura de la situación de necesidad económica o de exceso de gastos que produce, para determinadas personas (en especial en economías modestas), la existencia de responsabilidades familiares y el nacimiento o adopción de hijos y su cuidado. Para atender a la protección a la familia se establecen un conjunto de prestaciones, que se otorgan según las circunstancias por las que atraviesa la familia, a través de dos modalidades (contributiva y no contributiva), si bien la cuantía económica de las prestaciones familiares es sensiblemente superior

migratorios, con posterioridad fue ampliando su campo de acción hasta alcanzar a todos los ciudadanos de la UE.

Esta libertad sólo tendrá efecto si los trabajadores que se desplazan tienen la certeza de que sus derechos, por ejemplo en materia de Seguridad Social, no se verán mermados según los vayan adquiriendo en un Estado u otro. La importancia de esta libertad en el ámbito de la UE, la convierte en uno de los pilares fundamentales en la integración de los Estados miembros.

El marco normativo de la libre circulación se encuentra en los artículos 45 a 48 del TFUE, siendo desarrollado por la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, en la que se regula el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros[8], y a nivel nacional por el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[9].

El derecho a circular libremente por el territorio de la UE lleva consigo el reconocimiento de una serie de derechos que lo dotan de contenido. En primer lugar, la eliminación de cualquier tipo de discriminación por razón de la nacionalidad, ya sea en el acceso al empleo, ya sea en la retribución percibida o en cualquiera otra de las condiciones laborales. También supone que la autoridad del país en que se reside aplique las mismas condiciones a los trabajadores migrantes que las que aplica a sus ciudadanos, de forma que la persona que llega a un país miembro no puede hallar ninguna traba o condición más gravosa en sus condiciones de permanencia y de acceso al empleo, que las que pueden tener los nacionales de ese Estado.

Los límites a la libertad de circulación los encontramos en el artículo 45.3 TFUE, y son por razones de orden público, de seguridad o de salud pública, y su aplicación ha sido interpretada restrictivamente por el TJCE. No existe una definición de ámbito comunitario sobre estos conceptos, siendo cada país miembro el que elabora una definición. No obstante, no cabe que la aplicación se realice por motivos económicos. Debe, a su vez, responder a criterios de proporcionalidad, aplicándose al individuo concreto en virtud de su concreta conducta.

Cuando la situación excepcional está acreditada, puede denegarse la entrada en el Estado miembro o bien, si ya se encuentra en el país, podrá ser expulsado. Para realizar cualquiera de estas operaciones, el Estado miembro debe tener en cuenta, entre otras cuestiones, la situación familiar económica de la persona, su integración social y cultural y la importancia de los vínculos con su país de origen, así como el tiempo de residencia. Como regla general, no puede expulsarse a una persona por estos motivos cuando el ciudadano lleve más de diez años residiendo en el país de acogida.

El problema que se plantea es determinar el marco conceptual básico, esto es, si tomamos como referencia al trabajador (primando la libre circulación de trabajadores) o si situamos la piedra angular en la empresa (y damos primacía a la libre prestación de servicios). El TJUE establece el marco regulador europeo y resuelve esta incógnita atendiendo a la naturaleza del servicio, y por tanto decantándose por la libre prestación de servicios porque los trabajadores protegidos no se

en la modalidad no contributiva (a diferencia del resto de prestaciones, ya que la modalidad contributiva no se trata tanto de una prestación económica sino de la consideración como cotizado de un período de excedencia para cuidado de hijo o menor acogido).

[8] DOUE L 158, de 30 de abril de 2004.

[9] BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2015.

integran en el mercado laboral del Estado de destino, sino que son desplazados temporalmente (desplazamiento temporal como elemento necesario a la actividad de la empresa).

Como posteriormente veremos, la normativa comunitaria (Directiva y propuesta), hace un giro copernicano in-aplicando la libre circulación de trabajadores porque eleva el coste de la mano de obra y obstaculiza la libre prestación de servicios. Esto quiere decir que si el trabajador es comunitario se aplica la Directiva y no los principios de la libre circulación de trabajadores.

3. La libre prestación de servicios favorece la expatriación, pero frena la cotización en destino

La libre prestación de servicios favorece a las empresas que precisan enviar personal en misión fuera del territorio nacional para realizar trabajos concretos, reforzar temporalmente una filial o ejecutar programas de colaboración temporales. La libre prestación de servicios incluye el derecho de las empresas a prestar sus servicios en otro Estado miembro, al que pueden desplazar temporalmente a sus propios trabajadores con tal fin. El trabajo se hace transnacional, con desplazamientos de los trabajadores, lo cual tiene consecuencias tanto en el ámbito laboral como de Seguridad Social[10].

La libre prestación de servicios, dentro del acervo comunitario, ocupa un lugar privilegiado, constituyendo una de las libertades fundamentales garantizadas por el mercado interior en la UE (como espacio sin fronteras interiores). El Tratado consagra el derecho de las empresas a prestar sus servicios en otros Estados miembros y dispone que "*quedarán prohibidas la restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación*"[11]. La libre prestación de servicios solo podrá limitarse con normas justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que estén justificadas, sean proporcionadas y se apliquen de manera no discriminatoria.

En el ámbito laboral, la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, ha establecido garantías para el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios[12], y que ha sido objeto de transposición en España a través de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional[13]. La finalidad de esta norma es la garantía de la aplicación de determinadas condiciones mínimas de trabajo de la normativa del país de ejecución del trabajo cualquiera

[10] La Seguridad Social, por las fuertes implicaciones económicas y políticas, ha sido considerada como una materia de competencia estatal. Esto implica que, en cada sistema nacional de Seguridad Social, resulte de aplicación el principio de territorialidad de su normativa reguladora. En principio, esta característica de los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social entrañaría que el Derecho de la Seguridad Social solo puede tener origen en fuentes de Derecho nacionales; sin que sea posible que, en lo que aquí concierne, la Seguridad Social española esté regulada por fuentes de Derecho Internacional. En este sentido, González Martínez, J.A. y Ortega Giménez, A.: Gestión de trabajadores expatriados. Cuestiones básicas jurídico-laborales, fiscales y de recursos humanos, Creaciones Copyright, Madrid, 2011, p. 87.

[11] Artículo 56 del TFUE.

[12] DOCE L 18, de 21 de enero de 1997. Señala el artículo 2 de esta Directiva que se entiende por trabajador desplazado, todo trabajador que, durante un periodo limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente. El concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado.

[13] BOE núm. 386, de 30 de noviembre de 1999. La citada Ley define en su artículo 2 al trabajador desplazado, como el trabajador, cualquiera que sea su nacionalidad, de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley desplazado a España durante un período limitado de tiempo en el marco de una prestación de servicios transnacional, siempre que exista una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento. Y queda incluido en dicha definición, el trabajador de una empresa de trabajo temporal puesto a disposición de una

que sea la legislación laboral que haya de regir la relación. Justo la finalidad contraria a la que se persigue en materia de la Seguridad Social en la que de lo que se trata es de establecer una excepción a la regla general sobre la determinación de la legislación aplicable, y que no se apliquen las normas de Seguridad Social del país de destino, sino las normas del país de procedencia o de origen (en el régimen laboral se establece una garantía de la aplicación de los mínimos del Estado donde se prestan los servicios, mientras que en la Seguridad Social de lo que se trata es de permitir el mantenimiento de la norma del país de origen).

En determinados casos pueden producirse conductas estratégicas en la utilización de trabajadores desplazados[14] para organizar ciertas formas de dumping social[15], eligiendo el desplazamiento desde países con costes de Seguridad Social más bajos para competir con ventaja con los que tienen que afrontar los costes más altos vigentes en el país de ejecución. Estas estrategias constituyen las llamadas "zonas grises", y se desarrollan con mayor facilidad cuando coinciden empresas reales y ficticias, contratas y subcontratas con cesión ilegal de trabajadores, en el marco de las actividades de una ETT, con los grupos de empresa y con determinadas formas de trabajo autónomo. El problema del trabajador expatriado es que sigue cotizando en el país de origen y no en el país de destino, por lo que no podrá percibir pensión del país donde realmente esta prestando sus servicios durante ese desplazamiento temporal.

Toda la regulación del desplazamiento está en función de estos objetivos: lograr que los desplazamientos no se penalicen por el coste de la aplicación de la ley del país de ejecución, pero evitando que el desplazamiento se convierta en una vía para practicar una competencia socialmente desleal[16]. A estos efectos, debe existir una empresa con actividad real en el Estado de establecimiento, y no ante una mera empresa-buzón establecida de forma ficticia en dicho Estado con el fin de contratar trabajadores para desplazarlos a otros Estados miembros, obteniendo así ventajas fruto de la utilización de una norma más favorable.

Pero el problema consiste en determinar qué es un corto periodo de tiempo y qué es un desplazamiento. El desplazamiento de régimen común está sometido a límites temporales precisos en el artículo 12 del Reglamento 883/2004. Sin embargo, esos límites desaparecen, al menos, como límites determinados, en el régimen extraordinario que contempla el artículo 16 del Reglamento 883/2004[17].

---

empresa usuaria en el extranjero y desplazado temporalmente por ésta a España en el marco de una prestación de servicios transnacional

[14] Artículo 2 Directiva: "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por trabajador desplazado todo trabajador que, durante un periodo limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente".

[15] Para garantizar que los derechos y condiciones de trabajo de un trabajador desplazado están protegidos en toda la Unión Europea, y para evitar el "dumping social" donde los proveedores de servicios extranjeros puede socavar los proveedores locales de servicio debido a sus estándares laborales son menores, la legislación comunitaria ha establecido un núcleo de las normas obligatorias sobre los términos y condiciones de empleo que se aplicarán a un trabajador desplazado a trabajar en otro Estado miembro. Estas normas se ajustarán a las normas de los trabajadores locales en el Estado miembro de acogida (es decir, a donde se envía al empleado a trabajar). Este pacto de desplazamiento, ofrece seguridad jurídica tanto del trabajador desplazado como del empresario. En este sentido, González Martínez, J.A. y Ortega Giménez, A.: Gestión de trabajadores expatriados. Cuestiones básicas jurídico-laborales, fiscales y de recursos humanos, cit., p. 86.

[16] Desdentado Bonete, A.: "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 64, 2006, p. 21.

[17] "Dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados o los organismos designados por dichas autoridades podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas categorías de personas o de determinadas personas, excepciones a las disposiciones de los artículos 11 a 15".

Lo que sorprende de esta norma es la libertad que se concede a los acuerdos entre los Estados o instituciones implicadas, que puede determinar una auténtica derogación de la regla general *ius loci laboris*. Por ello, se han señalado los riesgos de que algunas prácticas acogidas a esta autorización puedan suponer una quiebra del principio de igualdad de trato para los trabajadores migrantes y una vía para el dumping social. Hay que advertir, sin embargo, que el límite temporal, aunque indeterminado, sigue existiendo y que lo que no cabría es amparar en el artículo 17 un desplazamiento permanente, que obviamente ya no sería propiamente un desplazamiento[18].

El desplazamiento temporal de los trabajadores para que realicen trabajos en otros países les permite ofrecer sus servicios especializados en los mismos, lo que contribuye a aumentar su eficiencia y crecimiento económico. La movilidad internacional es positiva tanto para el mercado laboral como para las empresas europeas, pero no debe utilizarse para eludir las normas mínimas de protección social (con cotizaciones más bajas) o establecer condiciones de trabajo deficientes (con menor nivel de protección de la mano de obra).

La Directiva de 1996 se creó para garantizar tanto la libertad de movimientos de las empresas, como los derechos sociales de los trabajadores; introduce el marco reglamentario de la UE para alcanzar un equilibrio entre los objetivos de promover y facilitar la prestación transfronteriza de servicios, proteger a los trabajadores desplazados y garantizar una competencia leal entre los competidores extranjeros y locales. Para ello, señala un conjunto de condiciones de trabajo y empleo en el Estado miembro de acogida, que el empleador debe cumplir durante el desplazamiento: legislación laboral aplicable; periodos máximos de trabajo; salarios mínimos; convenios que deben aplicarse a los trabajadores; vacaciones anuales retribuidas; salud, seguridad e higiene en el trabajo; medidas de protección para mujeres embarazadas o que acaban de dar a luz, niños y jóvenes; libertad de huelga; igualdad de trato entre hombres y mujeres, etc. Debe existir un verdadero marco social europeo que tenga en cuenta los beneficios del derecho a la libertad de establecimiento, evitando situaciones de abuso en las que los trabajadores vean menoscabados sus derechos.

La Directiva 2014/67/UE sobre la garantía de cumplimiento de la Directiva de 1996[19] prevé instrumentos nuevos y reforzados para combatir y sancionar cualquier abuso, elusión o fraude: enumera los criterios cualitativos que caracterizan la existencia de un vínculo real entre el empleador y el Estado miembro de establecimiento, que también pueden utilizarse para determinar si una persona responde a la definición aplicable a un trabajador desplazado; contiene disposiciones destinadas a mejorar la cooperación administrativa entre las autoridades nacionales competentes en materia de desplazamiento; establece las medidas de control nacionales que pueden aplicar los Estados miembros cuando supervisan el cumplimiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados (su objetivo es mejorar la aplicación y el cumplimiento en la práctica de la Directiva del 96 garantizando así una mayor protección de los trabajadores desplazados y un marco legal más transparente y predecible para los proveedores de servicios).

Las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros necesarias para dar cumplimiento a la Directiva de aplicación de 2014 debían haber entrado en vigor el 18 de

[18] Desdentado Bonete, A.: "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004", cit., p. 27.

[19] Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior ("Reglamento IMI", DO L 316, de 14 de noviembre de 2012); publicada en el DO L 159 de 28 de mayo de 2014. A través de este sistema, las Autoridades responsables de otros Estados miembros envían sus solicitudes de información y colaboración a la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

junio de 2016, si bien la Comisión ha enviado dictámenes motivados a Chequia, Chipre, Croacia, Eslovenia, España, Luxemburgo, Portugal, Rumanía y Suecia por no haber comunicado la plena transposición de la misma a su ordenamiento jurídico nacional.

Ante este panorama se hacía necesario un marco legislativo modernizado que regule el desplazamiento de trabajadores y que ayude a crear condiciones transparentes y equitativas para la ejecución del Plan de Inversiones para Europa, el cual proporcionará un impulso adicional a la prestación transfronteriza de servicios y permitirá responder al aumento de la demanda de mano de obra cualificada. La modernización de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores facilitará las inversiones en condiciones de competencia no falseada y de protección de los derechos de los trabajadores.

En vista de la larga duración de algunos desplazamientos, es necesario prever que, en caso de que estos se prolonguen durante más de veinticuatro meses, el Estado miembro de acogida se considere el país en el que se realiza el trabajo. De conformidad con el principio recogido en el Reglamento Roma I, la ley de los Estados miembros de acogida debe aplicarse al contrato de trabajo de los trabajadores desplazados si las partes no eligen una ley aplicable. En caso de haber hecho una elección diferente, el resultado no puede ser el de privar al empleado de la protección a la que tiene derecho en virtud de disposiciones que no pueden derogarse por acuerdo al amparo de la legislación del Estado miembro de acogida. Esto debe aplicarse desde el inicio de un desplazamiento cuya duración se prevea superior a veinticuatro meses y desde el primer día posterior a los veinticuatro meses cuando se supere efectivamente esta duración. Esta norma no afecta la potestad de las empresas que desplazan trabajadores al territorio de otro Estado miembro de ejercer el derecho a la libre prestación de servicios también en los casos en los que el desplazamiento supere los veinticuatro meses. El objetivo es simplemente generar seguridad jurídica en la aplicación del Reglamento Roma I a una situación específica, sin modificar dicho Reglamento en modo alguno. En particular, el trabajador ha de disfrutar de la protección y las prestaciones que le confieren el Reglamento Roma I.

Se aborda la legislación laboral aplicable a los trabajadores desplazados cuando la duración prevista o real del desplazamiento excede de 24 meses (sin perjuicio de la posible duración de una prestación temporal de servicios). Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la distinción entre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios con carácter temporal debe efectuarse caso por caso, teniendo en cuenta no solo la duración sino también la frecuencia, periodicidad y continuidad de la prestación. Cuando la temporalidad del desplazamiento excede de veinticuatro meses, el Estado miembro de acogida debe considerarse el país en el que se realiza el trabajo habitualmente[20].

La Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, establece una duración máxima para los desplazamientos con el fin de armonizar las disposiciones con el Reglamento de la UE sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Con arreglo al Reglamento Roma I, el país en el que se considera que el trabajador realiza habitualmente su trabajo no cambia cuando esté empleado temporalmente en otro país.

[20] Artículo 2 bis Directiva 2014: "1. Cuando la duración real o prevista del desplazamiento sea superior a veinticuatro meses, se considerará que el Estado miembro a cuyo territorio se haya desplazado al trabajador es el país en el que realiza habitualmente su trabajo. 2. A efectos del apartado 1, en caso de sustitución de trabajadores desplazados que realizan el mismo trabajo en el mismo lugar, deberá tenerse en cuenta la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de los trabajadores afectados, por lo que se refiere a los trabajadores desplazados por un período de al menos seis meses".

Conforme a su Considerando 9, el desplazamiento es una situación temporal por naturaleza (los trabajadores desplazados suelen regresar al Estado miembro desde el que fueron desplazados tras concluir el trabajo para el que fueron desplazados). Sin embargo, en vista de la larga duración de algunos desplazamientos y reconociendo el vínculo existente entre el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida y los trabajadores desplazados durante esos largos períodos, en caso de que los desplazamientos se prolonguen durante más de 12 meses, los Estados miembros de acogida deben velar por que las empresas que desplazan trabajadores a su territorio garanticen a dichos trabajadores un conjunto de condiciones de trabajo adicionales que se aplican obligatoriamente a los trabajadores en el Estado miembro donde se efectúa el trabajo. Este período debe prorrogarse cuando el prestador del servicio presente una notificación motivada.

Su Considerando 10 matiza que toda disposición aplicable a los trabajadores desplazados en el contexto de un desplazamiento superior a doce o, en su caso, 18 meses debe, por tanto, ser compatible con dicha libertad. De conformidad con una jurisprudencia consolidada, las restricciones a la libre prestación de servicios solo son admisibles si están justificadas por razones imperiosas de interés general y si son proporcionadas y necesarias.

Y su Considerando 11 señala que cuando la duración del desplazamiento supere los 12 o, en su caso, 18 meses, el conjunto de condiciones de trabajo adicionales cuyo cumplimiento deben garantizar las empresas que desplazan trabajadores al territorio de otro Estado miembro debe aplicarse también a los trabajadores desplazados para sustituir a otros trabajadores desplazados que realicen el mismo trabajo en el mismo lugar, a fin de garantizar que las sustituciones no se utilicen para eludir las normas aplicables.

4. Bibliografía

Desdentado Bonete, A.: "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 64, 2006.

González Martínez, J.A.: "La previsión social de la familia en la Unión europea", en *Hacia la Protección de la Familia. Perspectivas del Derecho de Familia Hoy: Preguntas, Respuestas y Propuestas,* Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor (Navarra), 2012.

González Martínez, J.A.: "La protección privilegiada de los riesgos profesionales: un obstáculo histórico", en *Revista Economía Española y Protección Social,* número VIII, 2016.

González Martínez, J.A. y Ortega Giménez, A.: *Gestión de trabajadores expatriados. Cuestiones básicas jurídico-laborales, fiscales y de recursos humanos,* Creaciones Copyright, Madrid, 2011.

Configuración y régimen jurídico de la jubilación parcial

Sara Guindo Morales
Profesora Ayudante Doctora
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-7018-8681

I. La jubilación parcial con o sin contrato de relevo: configuración y régimen jurídico general

En términos generales, la jubilación parcial contiene su régimen jurídico esencial en el artículo 215 "Jubilación parcial", en el apartado sexto de la disposición transitoria cuarta "Aplicación de legislaciones anteriores para causar derecho a pensión de jubilación" y en la disposición transitoria décima "Normas transitorias sobre jubilación parcial" del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social[1] (en adelante y para simplificar, RDL 8/2015).

Así como también en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial[2] (en adelante y para simplificar, RD 1131/2002).

[1] Publicado en el BOE en fecha de 31 de octubre de 2015.

[2] Publicado en el BOE en fecha de 27 de noviembre de 2002.

Por un lado, el apartado primero del artículo 215 del RDL 8/2015 establece que los trabajadores que hayan cumplido la edad a que se refiere el artículo 205.1.a)[3] y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo del 25 % y un máximo del 50 %, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo.

A lo que añade a renglón seguido que los porcentajes indicados se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

Entendiéndose por trabajador a tiempo completo comparable un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar, salvo que en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, en cuyo caso se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal[4].

Empero, además, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7[5] del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores[6] (en adelante y para simplificar, ET), los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los siguientes requisitos (artículo 215.2 del RDL 8/2015):

a) Tener cumplida en la fecha del hecho causante una edad de sesenta y cinco años, o de sesenta y tres cuando se acrediten treinta y seis años y seis meses de cotización, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.

Se entiende producido el hecho causante de la pensión de jubilación parcial el día del cese en la jornada del trabajo que se viniese realizando con anterioridad, siempre que, en dicha fecha, se haya suscrito el correspondiente contrato a tiempo parcial y, caso de ser necesario, el contrato de relevo[7].

b) Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial.

A tal efecto se computa la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del ET, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

---

[3] Relativo a los beneficiarios de la pensión de jubilación contributiva, en virtud del cual, "1. Tendrán derecho a la pensión de jubilación regulada en este capítulo, las personas incluidas en el Régimen General que, además de la general exigida en el artículo 165.1 (concerniente a las condiciones del derecho a las prestaciones, en donde se dispone que, para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, las personas incluidas en su campo de aplicación habrán de cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario), reúnan las siguientes condiciones:
a) Haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.
Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a ellos las fracciones de los mismos".

[4] Ministerio de Trabajo y Economía Social y Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: *Guía laboral 2021,* Madrid, BOE, 2021.

[5] Referente a las reglas a las que se debe ajustar el contrato de relevo.

[6] Publicado en el BOE en fecha de 24 de octubre de 2015.

[7] Artículo 11 del RD 1131/2002.

c) Que la reducción de su jornada de trabajo se halle comprendida entre un mínimo de un 25 % y un máximo del 50 %, o del 75 % para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida, siempre que se acrediten el resto de los requisitos.

Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

d) Acreditar un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.

A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 %, el período de cotización exigido será de veinticinco años.

e) Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 % del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

f) Los contratos de relevo que se establezcan como consecuencia de una jubilación parcial tendrán, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a que se refiere el artículo 205.1 a) previsto anteriormente.

En los casos a que se refiere la letra c), en que el contrato de relevo sea de carácter indefinido y a tiempo completo, deberá mantenerse al menos durante una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a que se refiere el artículo 205.1.a).

En el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante.

En caso de incumplimiento por parte del empresario de las condiciones establecidas en el presente artículo en materia de contrato de relevo, será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial.

g) Sin perjuicio de la reducción de jornada a que se refiere la letra c), durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando este a jornada completa.

Por tanto, las principales diferencias entre la jubilación parcial sin contrato de relevo y con contrato de relevo son que, en la primera (jubilación parcial diferida), no se exige edad mínima (pues es la edad ordinaria de jubilación aplicable), se puede estar contratado a jornada completa o parcial, la reducción de la jornada laboral es de entre un 25 % a un 50 % y no se exige antigüedad en la empresa.

Mientras que, en la segunda (jubilación parcial anticipada), sí se exige edad mínima (varía en función de si se es mutualista o no o si se tiene discapacidad), se debe estar contratado a jornada completa, la reducción de la jornada laboral es de entre un 25 % y un máximo del 50 % o del 75 %

si el contrato de relevo es a jornada completa y por tiempo indefinido y sí se exige antigüedad en la empresa (de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial).

En antepenúltimo lugar, cabe señalar que el disfrute de la pensión de jubilación parcial en ambos supuestos será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial[8].

En penúltimo lugar, el régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores es el que reglamentariamente se ha establecido en el Capítulo III del RD 1131/2002, que lleva por título "Jubilación parcial"[9].

Finalmente, expresa el apartado quinto del artículo 215 del RDL 8/2015 que podrán acogerse a la jubilación parcial regulada en este precepto legal los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, asimilados a trabajadores por cuenta ajena en los términos del artículo 14, que reduzcan su jornada y derechos económicos en las condiciones previstas en el artículo 12.6[10] del ET, y cumplan los requisitos establecidos en el apartado 2 citados con anterioridad, cuando la cooperativa concierte con un socio de duración determinada de la misma o con un desempleado la realización, en calidad de socio trabajador o de socio de trabajo, de la jornada dejada vacante por el socio que se jubila parcialmente, con las mismas condiciones establecidas para la celebración de un contrato de relevo en el artículo 12.7 del ET, y conforme a lo previsto en este artículo.

Por otro lado, el apartado sexto de la disposición transitoria cuarta del RDL 8/2015 fue añadido por el artículo 1 del Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España (en adelante y para simplificar, RD-l 20/2018)[11].

Según su Exposición de Motivos, las reformas operadas en los últimos años en las normas reguladoras de la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo han dificultado en la práctica el acceso a dicha modalidad de jubilación y, como consecuencia, el uso del contrato de relevo ha disminuido en los últimos años, poniendo de manifiesto la existencia de determinadas disfuncionalidades en la actual regulación de la figura de la jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, lo que, a su vez, ha venido a frustrar en parte la finalidad perseguida por esta modalidad de jubilación parcial, que no es otra que la de procurar

[8] Artículo 215.3 del RDL 8/2015.

[9] Artículo 215.4 del RDL 8/2015.

[10] A tenor del cual, "Para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial, en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y demás disposiciones concordantes, deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo del veinticinco por ciento y un máximo del cincuenta por ciento y la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo, de acuerdo con lo establecido en el apartado siguiente, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. También se podrá concertar el contrato de relevo para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación ordinaria que corresponda conforme a lo establecido en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
La reducción de jornada y de salario podrá alcanzar el setenta y cinco por ciento cuando el contrato de relevo se concierte a jornada completa y con duración indefinida, siempre que el trabajador cumpla los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial y su retribución serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial.
La relación laboral se extinguirá al producirse la jubilación total del trabajador".

[11] Publicado en el BOE en fecha de 8 de diciembre de 2018. *Vid.*, un análisis de esta normativa, en Cef Laboral Social: *La jubilación parcial con contrato de relevo será posible hasta el 31de diciembre de 2022*. Web: https://www.laboral-social.com/jubilación-parcial-contrato-relevo-ampliada-aplicacion-disposicion-transitoria-cuarta-ley-general-seguridad-social-rdl-medidas-urgentes-industria-comercio.html

el rejuvenecimiento de las plantillas, el fomento de la contratación indefinida y el incremento de la productividad de las empresas.

Continúa diciendo el Preámbulo de dicha normativa que el próximo 31 de diciembre de 2018 finalizaba el plazo de aplicación de la disposición transitoria cuarta del RDL 8/2015, sin que se hubiese completado el ciclo, poniendo en riesgo la competitividad futura, a medio y largo plazo, de las plantas de fabricación y montaje, siendo, por ende, necesario y urgente alargar el período de aplicación de la mencionada disposición transitoria, con el fin de evitar que la misma se extinguiese.

Razón por la cual, añade, el artículo 1 del RD-l 20/2018 modifica el RDL 8/2015, pues la exigencia de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema de la Seguridad Social aconseja que esta sea una reforma transitoria y limitada de la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, orientada particularmente a sectores profesionales industriales y, dentro de estos, a aquellos colectivos de trabajadores que vienen prestando servicios que comportan relevantes esfuerzos físicos y, además, han alcanzado ciertas cotas de edad, antigüedad y cotización mínima.

Por lo que la incorporación de esta medida, entiende el Gobierno, alargando el periodo de aplicación de la disposición transitoria cuarta del RDL 8/2015, impulsará la competitividad de la industria y facilitará las decisiones de nuevas inversiones en nuestras plantas productivas, inversiones orientadas en gran medida a realizar la necesaria transformación de la industria durante la transición ecológica, ofreciendo productos sostenibles y nuevas soluciones para una sociedad descarbonizada, mejorando sus procesos para un mayor aprovechamiento de las materias primas y la energía, y reduciendo las emisiones contaminantes, contribuyendo esta medida a asegurar la transición ecológica de la industria, manteniendo su actividad y sus empleos.

Asimismo, avisa la Exposición de Motivos del RD-l 20/2018 que esta contribución del sector industrial a la transición ecológica debe ser convenientemente monitorizada, de forma que las Administraciones Públicas, y la sociedad en su conjunto, puedan tener la información al respecto, debiendo las empresas industriales contribuir a proporcionar información sobre sus políticas de empresa y planes de actuación destinados a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, así como informar sobre el cumplimiento de dichos planes y los logros obtenidos, sin que dicha exigencia de información suponga una carga administrativa para las pequeñas y medianas empresas.

Motivo por el que, en la disposición adicional primera del RD-l 20/2018 se exige a las grandes empresas industriales manufactureras cuyos empleados se hayan acogido a la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo que incluyan entre la información no financiera de sus informes de gestión, aquella referida a las medidas que la empresa adopte en el marco de la transición hacía una economía descarbonizada a efectos de favorecer una gestión equilibrada de la transición del modelo actual de producción y consumo de la industria manufacturera hacia un modelo sostenible en el que se integre adecuadamente la variable del cambio climático[12].

[12] Dicha disposición adicional, que lleva por título "Información no financiera de las empresas con trabajadores acogidos a la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo", estipula que "Las empresas que empleen a trabajadores que se hayan acogido a la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo establecida en el apartado 6 de la disposición transitoria cuarta del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en la redacción dada por el artículo 1 de este real decreto-ley, deberán incluir entre la información no financiera contenida en el informe de gestión previsto en el artículo 262.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto

Así pues, en virtud de lo expuesto con anterioridad sobre dicha normativa adoptada en caso de extrema de urgente necesidad, se seguirá aplicando la regulación para la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social[13], a pensiones causadas antes del 1 de enero de 2023, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos[14]:

a) Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial realice directamente funciones que requieran esfuerzo físico o alto grado de atención en tareas de fabricación, elaboración o transformación, así como en las de montaje, puesta en funcionamiento, mantenimiento y reparación especializados de maquinaria y equipo industrial en empresas clasificadas como industria manufacturera.

b) Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial acredite un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial.

A tal efecto, se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del ET, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

c) Que en el momento del hecho causante de la jubilación parcial el porcentaje de trabajadores en la empresa cuyo contrato de trabajo lo sea por tiempo indefinido, supere el 70 % del total de los trabajadores de su plantilla.

d) Que la reducción de la jornada de trabajo del jubilado parcial se halle comprendida entre un mínimo de un 25 % y un máximo del 67 %, o del 80 % para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida.

Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

e) Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 % del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

f) Que se acredite un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.

A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 %, el período de cotización exigido será de veinticinco años.

Por último, según la disposición transitoria décima del RDL 8/2015, las normas transitorias sobre jubilación parcial son las siguientes:

Legislativo 1/2010, de 2 de julio, el conjunto de medidas que hayan adoptado en el marco de la transición justa hacia una economía descarbonizada".

[13] Publicada en el BOE en fecha de 2 de agosto de 2011.

[14] Apartado sexto de la disposición transitoria cuarta del RDL 8/2015.

1. Que la exigencia del requisito de la edad a que se refiere el artículo 215, apartados 1 y 2.f), se aplicará de forma gradual, conforme a lo previsto en la disposición transitoria séptima.

La disposición transitoria séptima del RDL 8/2015 contiene la aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización, al establecer que las edades de jubilación y el período de cotización a que se refiere el artículo 205.1.a), así como las referencias a la edad que se contienen en los artículos 152.1, 207.1.a) y 2, 208.1.a) y 2, 214.1.a) y 311.1 se aplicarán de forma gradual, en los términos que resultan del siguiente cuadro:

Año	Períodos cotizados	Edad exigida
2013	35 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 3 meses.	65 años y 1 mes.
2014	35 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 6 meses.	65 años y 2 meses.
2015	35 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 9 meses.	65 años y 3 meses.
2016	36 o más años.	65 años.
	Menos de 36 años.	65 años y 4 meses.
2017	36 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 3 meses.	65 años y 5 meses.
2018	36 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 6 meses.	65 años y 6 meses.
2019	36 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 9 meses.	65 años y 8 meses.
2020	37 o más años.	65 años.
	Menos de 37 años.	65 años y 10 meses.
2021	37 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 3 meses.	66 años.
2022	37 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 6 meses.	66 años y 2 meses.
2023	37 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 9 meses.	66 años y 4 meses.
2024	38 o más años.	65 años.
	Menos de 38 años.	66 años y 6 meses.
2025	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 8 meses.
2026	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 10 meses.
A partir del año 2027	38 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 6 meses.	67 años.

A lo que añade que la edad de sesenta y siete años a que se refieren los artículos 196.5 y 200.4 se aplicará gradualmente teniendo en cuenta la más elevada de las establecidas para cada año en el cuadro anterior.

2. Que la exigencia del requisito de edad a que se refiere el artículo 215.2.a) se aplicará de forma gradual, en los términos que resultan del siguiente cuadro:

Año del hecho causante	Edad exigida según períodos cotizados en el momento del hecho causante		Edad exigida con 33 años cotizados en el momento del hecho causante
2013	61 y 1 mes.	33 años y 3 meses o más.	61 y 2 meses.
2014	61 y 2 meses.	33 años y 6 meses o más.	61 y 4 meses.
2015	61 y 3 meses.	33 años y 9 meses o más.	61 y 6 meses.

2016	61 y 4 meses.	34 años o más.	61 y 8 meses.
2017	61 y 5 meses.	34 años y 3 meses o más.	61 y 10 meses.
2018	61 y 6 meses.	34 años y 6 meses o más.	62 años.
2019	61 y 8 meses.	34 años y 9 meses o más.	62 y 4 meses.
2020	61 y 10 meses.	35 años o más.	62 y 8 meses.
2021	62 años.	35 años y 3 meses o más.	63 años.
2022	62 y 2 meses.	35 años y 6 meses o más.	63 y 4 meses.
2023	62 y 4 meses.	35 años y 9 meses o más.	63 y 8 meses.
2024	62 y 6 meses.	36 años o más.	64 años.
2025	62 y 8 meses.	36 años y 3 meses o más.	64 y 4 meses.
2026	62 y 10 meses.	36 años y 3 meses o más.	64 y 8 meses.
2027 y siguientes	63 años.	36 años y 6 meses.	65 años.

No siendo de aplicación la escala de edades indicada a los trabajadores a que se refiere la norma 2.ª del apartado 1 de la disposición transitoria cuarta, a quienes se exigirá haber cumplido la edad de sesenta años sin que, a estos efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación a los interesados.

3. Que la base de cotización durante la jubilación parcial a que se refiere el artículo 215.2.g) se aplicará de forma gradual conforme a los porcentajes calculados sobre la base de cotización a jornada completa de acuerdo con la siguiente escala:

a) Durante el año 2013, la base de cotización será equivalente al 50 % de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa.

b) Por cada año transcurrido a partir del año 2014 se incrementará un 5 %o más hasta alcanzar el 100 % de la base de cotización que le hubiera correspondido a jornada completa.

c) En ningún caso el porcentaje de base de cotización fijado para cada ejercicio en la escala anterior podrá resultar inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada.

Por tanto, la base de cotización durante la jubilación parcial se aplicará de forma gradual conforme a los porcentajes calculados sobre la base de cotización a jornada completa de acuerdo con la siguiente escala:

Año	Porcentaje de base de cotización
2013	50
2014	55
2015	60
2016	65
2017	70
2018	75
2019	80
2020	85
2021	90
2022	95

Fuente: Página web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones

IV. Cuantía de la pensión de jubilación parcial

Las reglas generales concernientes a la cuantía de la pensión de jubilación parcial son las siguientes[15]:

— La cuantía de la pensión de jubilación parcial es el resultado de aplicar el porcentaje de reducción de jornada al importe de la pensión que le correspondería, de acuerdo con los años de cotización que acredite el trabajador en la fecha del hecho causante, calculada de conformidad con las normas generales del Régimen de la Seguridad Social de que se trate.

El importe de la pensión así calculada no podrá ser inferior, en ningún caso, a la cuantía que resulte de aplicar ese mismo porcentaje al importe de la pensión mínima vigente en cada momento para los jubilados mayores de 65 años, de acuerdo con las circunstancias familiares del jubilado.

Las pensiones de jubilación parcial serán objeto de revalorización en los mismos términos que las demás pensiones de modalidad contributiva.

V. Compatibilidades e incompatibilidades de la pensión de jubilación parcial

Por un lado, la pensión de jubilación parcial es compatible con[16]:

— 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 su jornada.

— Los trabajos a tiempo parcial 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 los dos supuestos anteriores, en caso de aumentarse la duración de su jornada, la pensión de jubilación parcial quedará en suspenso.

— Con la pensión de viudedad, la prestación de desempleo, y con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones que correspondieran a los trabajos a tiempo parcial concertados con anterioridad a la situación de jubilación parcial.

Mientras que, por otro lado, la pensión de jubilación parcial es incompatible con[17]:

— Las pensiones de incapacidad permanente en los grados de absoluta y gran invalidez.

— La pensión de incapacidad permanente en el grado de total para el trabajo que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial.

— La pensión de jubilación que pudiera corresponder por otra actividad distinta a la realizada en el contrato a tiempo parcial.

[15] Artículo 12 del RD 1131/2002.

[16] Artículo 14 del RD 1131/2002.

[17] Artículo 14 del RD 1131/2002 y página web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Web: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10963/28393/28399/28434

VI. Extinción de la pensión de jubilación parcial

La pensión de jubilación parcial se extinguirá por las siguientes causas[18]:

- El fallecimiento del pensionista.
- El reconocimiento de la jubilación ordinaria o anticipada, en virtud de cualquiera de las modalidades legalmente previstas.
- El reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente incompatible.
- La extinción del contrato de trabajo a tiempo parcial, realizado por el jubilado parcial, salvo cuando se tenga derecho a prestación de desempleo, compatible con la jubilación parcial, o a otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones percibidas en aquél, en cuyo caso la extinción de la jubilación parcial se producirá en la fecha de la extinción de las mismas.

Lo previsto en el párrafo anterior, no será de aplicación a las extinciones del contrato de trabajo declaradas improcedentes, en cuyo caso se mantendrá el derecho a la jubilación parcial, sin perjuicio de las obligaciones empresariales establecidas.

VII. Solicitud de la jubilación parcial, gestión y reconocimiento del derecho

En virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del RD 1131/2002 y en la página web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones[19]:

- La solicitud de jubilación parcial por parte de la persona trabajadora se presentará junto con la respectiva documentación ante la Entidad gestora correspondiente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o, si se trata de trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el Instituto Social de la Marina (ISM), indicando la fecha prevista en que vaya a producirse el cese en el trabajo o, en su caso, la fecha de la nueva reducción de jornada.
- La solicitud podrá presentarse con una antelación máxima de 3 meses a las fechas indicadas en el párrafo anterior.
- Antes de elaborar la propuesta de resolución, la Entidad gestora informará al solicitante si reúne las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión y, en su caso, la cuantía que pudiera corresponderle para que, en un plazo máximo de 10 días, formule alegaciones y presente los documentos que estime pertinentes.
- El reconocimiento del derecho quedará condicionado a la formalización del correspondiente contrato de trabajo a tiempo parcial y, de ser necesario, el de relevo o, en su caso, a la modificación de los mismos en los supuestos de nueva reducción de jornada.
- Los efectos económicos de la pensión de jubilación parcial se producirán el día siguiente al del hecho causante, siempre que en dicha fecha haya entrado en vigor el correspondiente contrato de trabajo a tiempo parcial y, caso de ser necesario, el de relevo, si la solicitud se presenta dentro de los tres meses anteriores o posteriores

[18] Artículo 16 del RD 1131/2002.

[19] Web: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10963/28393/28399/28443

al momento del cese en el trabajo que venía realizándose y que es objeto de la correspondiente reducción de jornada.

— Si la solicitud se presenta transcurridos más de tres meses desde el cese en el trabajo que venía realizándose y que es objeto de la correspondiente reducción de jornada, o desde la fecha en que surta efectos la nueva reducción de jornada, los efectos económicos de la pensión sólo tendrán una retroactividad de tres meses, contados desde la fecha de presentación de la solicitud.

VIII. Características del contrato de relevo del relevista

De conformidad con el apartado séptimo del artículo 12 del ET, el contrato de relevo del relevista se ajustará a las siguientes reglas:

a) Se celebrará con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

b) Salvo lo establecido en los dos párrafos siguientes, la duración del contrato de relevo que se celebre como consecuencia de una jubilación parcial tendrá que ser indefinida o, como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria que corresponda conforme a lo establecido en el RDL 8/2015.

Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo con las partes por periodos anuales, extinguiéndose en todo caso al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

En el supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 6 "La reducción de jornada y de salario podrá alcanzar el setenta y cinco por ciento cuando el contrato de relevo se concierte a jornada completa y con duración indefinida, siempre que el trabajador cumpla los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social", el contrato de relevo deberá alcanzar al menos una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria que corresponda conforme al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante.

En el caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación ordinaria prevista en el RDL 8/2015, la duración del contrato de relevo que podrá celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por el mismo podrá ser indefinida o anual.

En este segundo supuesto, el contrato se prorrogará automáticamente por periodos anuales, extinguiéndose en todo caso al finalizar el periodo correspondiente al año en que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

c) Salvo en el supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 6 anteriormente traído a colación, el contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial.

En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido.

El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.

d) El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido.

En todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el RDL 8/2015.

e) En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo.

En términos generales, los convenios colectivos y los acuerdos de empresa se limitan esencialmente a aquella modalidad que se acuerda antes de cumplir la edad de jubilación ordinaria[20] o legal.

Así pues, a título ejemplificativo, en virtud del artículo 69 del convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2022[21], titulado "aplicación de la Jubilación parcial y del Contrato de Relevo":

1. Los trabajadores tendrán derecho a acceder a la jubilación parcial, al cumplir la edad y requisitos exigidos por la legislación vigente.

2. La empresa fijará de acuerdo con el trabajador el porcentaje de la jornada anual a trabajar, continuando el trabajador de alta y cotizando hasta su jubilación total. Igualmente, podrá pactarse la realización de forma acumulada del número de horas que debe realizar hasta la jubilación total.

3. Respecto al trabajador contratado o relevista se le podrá contratar con un contrato a tiempo completo.

En penúltimo lugar, el contrato de trabajo se formalizará por escrito en el modelo oficial y en él deberá constar necesariamente el nombre, edad y circunstancias profesionales del trabajador sustituido, así como las características del puesto de trabajo que vaya a desempeñar el relevista[22].

Por último, en el caso de contrato temporal, a la finalización del mismo el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

IX. Características del contrato a tiempo parcial del trabajador relevado

De conformidad con el apartado 6 del artículo 12 del ET, para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial, en los términos establecidos en el RDL 8/2015 y demás disposiciones concordantes, deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo del 25 % y un máximo del 50 % y la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo con la finalidad de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente.

A lo que añade a renglón seguido que también se podrá concertar el contrato de relevo para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación ordinaria que corresponda conforme a lo establecido en el RDL 8/2015.

[20] Laborda Ibáñez, M.: *La Jubilación Parcial,* Servicio de Estudios de la Confederación de UGT, 2019, p. 3.

[21] Publicado en el BOE en fecha de 12 de enero de 2022.

[22] Página web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Web: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10963/28393/28399/28426

Ahora bien, la reducción de jornada y de salario podrá alcanzar el 75 % cuando el contrato de relevo se concierte a jornada completa y con duración indefinida, siempre que el trabajador cumpla los requisitos establecidos en el RDL 8/2015.

Por lo que la ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial y su retribución serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial, extinguiéndose la relación laboral al jubilarse de manera total el trabajador.

De otro lado, cabe señalar que el jubilado parcial tendrá la condición de pensionista a efectos del reconocimiento y percepción de prestaciones sanitarias, tanto médicas como farmacéuticas, así como de las prestaciones de servicios sociales[23].

Por último, algunas de las peculiaridades del contrato a tiempo parcial del trabajador que se jubila parcialmente son las siguientes[24]:

- Se formaliza por escrito y en modelo oficial.
- Deberán figurar en el mismo los elementos propios del contrato a tiempo parcial, así como la jornada que el trabajador realizaba antes y la que resulte como consecuencia de la reducción de su jornada de trabajo.
- La celebración del contrato no supondrá la pérdida de los derechos adquiridos y de la antigüedad que correspondan al trabajador.

X. Obligaciones empresariales en relación con los contratos (mantenimiento de los contratos de relevo y de jubilación parcial)

Las obligaciones empresariales en relación con los contratos son las siguientes[25]:

- Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.
- Si el trabajador jubilado parcialmente fuese despedido de manera improcedente[26] antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión, la empresa deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por éste dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador en quien concurran las circunstancias a que se refiere el apartado anterior.

  En el supuesto de que la jornada de trabajo del relevista fuera superior a la jornada dejada vacante, la ampliación a la que se refiere el párrafo anterior tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal.

[23] Artículo 17 del RD 1131/2002.

[24] Disposición adicional primera del RD 1131/2002 y página web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Web: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10963/28393/28399/28426

[25] Disposición adicional segunda del RD 1131/2002.

[26] Sobre las consecuencias jurídicas del despido, *vid.*, Ortega Lozano, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad,* Laborum, 2018, *passim.*

— Las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo.

  En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido.

  La jornada pactada en los nuevos contratos será, como mínimo, igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción, el trabajador cuyo contrato se ha extinguido.

— En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada.

XI. Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género

A tenor del apartado cuarto del artículo 60 del RDL 8/2015, rubricado "complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", precisamente no se tendrá derecho a este complemento en los casos de jubilación parcial.

Ahora bien, sí se reconocerá el complemento que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez que la persona jubilada haya cumplido la edad que en cada caso corresponda.

Recordemos que dicho precepto fue modificado por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico[27], siendo su versión originaria la siguiente:

"4. El complemento de pensión no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial.

No obstante lo anterior, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda".

XII. Conclusiones sobre la jubilación parcial

1. La jubilación parcial contiene su configuración y régimen jurídico principal en el artículo 215 y en las disposiciones transitorias cuarta y décima del RDL 8/2015, en el RD 1131/2002 y en el artículo 12, apartados 6 y 7, del ET.

2. En términos generales, la jubilación parcial se podría definir como la iniciada por los trabajadores por cuenta ajena, integrados en cualquier Régimen de la Seguridad Social, después del cumplimiento de los 60 años, simultánea con un contrato de trabajo a tiempo parcial y vinculada o no con un contrato de relevo celebrado con una persona trabajadora en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada[28], siempre y cuando

[27] Publicado en el BOE en fecha de 3 de febrero de 2021.

[28] Página web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Web: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10963/28393/28399?changeLanguage=es

reúnan las demás condiciones exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social.

3. Su finalidad es múltiple: favorecer la continuidad de la vida laboral de las personas trabajadoras de mayor edad[29], promoviendo de esta manera el envejecimiento activo, emplear a personas en situación de desempleo (reduciendo así el gasto público en prestaciones por desempleo[30]) o convertir en indefinidos los contratos de trabajo de duración determinada que las personas tengan concertados con la empresa (en ambos casos, si se celebra con contrato de relevo, pudiendo la empresa tener derecho a incentivos en materia de Seguridad Social si cuenta con una plantilla de menos de 50 trabajadores) y ayudar a mejorar la actual insostenibilidad del sistema público de pensiones en España.

Y es que, de esta manera, se evita la situación de una dependencia absoluta del trabajador de edad madura respecto del Sistema de la Seguridad Social, pues la persona trabajadora continúa cotizando a la Seguridad Social, lo que favorece el equilibrio financiero del Sistema ante el progresivo envejecimiento de la población[31].

4. La jubilación parcial puede ser con contrato de relevo y sin contrato de relevo.

Las principales diferencias entre la jubilación parcial sin contrato de relevo (jubilación parcial diferida) y con contrato de relevo (jubilación parcial anticipada) son que, en la primera, no se exige edad mínima (pues es la edad ordinaria de jubilación aplicable), se puede estar contratado a jornada completa o parcial, la reducción de la jornada laboral es de entre un 25 % a un 50 % y no se exige antigüedad en la empresa.

Mientras que, en la segunda, sí se exige edad mínima (varía en función de si se es mutualista o no o si se tiene discapacidad), se debe estar contratado a jornada completa, la reducción de la jornada laboral es de entre un 25 % y un máximo del 50 % o del 75 % si el contrato de relevo es a jornada completa y por tiempo indefinido y sí se exige antigüedad en la empresa (de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial).

5. El artículo 1 RD-l 20/2018 ha añadido un nuevo apartado 6 a la disposición transitoria cuarta del RDL 8/2015 con la siguiente redacción:

"Se seguirá aplicando la regulación para la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social[32], a pensiones causadas antes del 1 de enero de 2023, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial realice directamente funciones que requieran esfuerzo físico o alto grado de atención en tareas de fabricación, elaboración o transformación, así como en las de montaje, puesta en funcionamiento, mantenimiento y

[29] Ortega Lozano, P.G.: "Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo" en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et al: Envejecimiento activo y vida laboral,* Granada, Comares, 2019, pp. 491-514.

[30] Sobre las prestaciones por desempleo, *vid.*, Ortega Lozano, P.G.: "Las prestaciones por desempleo y cese de actividad en España y su coordinación en la Unión Europea: el Reglamento (CE) núm. 883/2004. Análisis comparativo con el régimen jurídico general de Seguridad Social del trabajador asalariado", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 209, 2018, pp. 63-100.

[31] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. Moreno Vida, M.N. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social,* Madrid, Tecnos, última edición, *passim.*

[32] Publicada en el BOE en fecha de 2 de agosto de 2011.

reparación especializados de maquinaria y equipo industrial en empresas clasificadas como industria manufacturera.

b) Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial acredite un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto, se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del ET, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

c) Que en el momento del hecho causante de la jubilación parcial el porcentaje de trabajadores en la empresa cuyo contrato de trabajo lo sea por tiempo indefinido, supere el 70 por ciento del total de los trabajadores de su plantilla.

d) Que la reducción de la jornada de trabajo del jubilado parcial se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 67 por ciento, o del 80 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

e) Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

f) Que se acredite un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, el período de cotización exigido será de veinticinco años".

6. Para el año 2022, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria décima del RDL 8/2015, la edad para acceder a la jubilación parcial con contrato de relevo es la siguiente:

— 62 y 2 meses: edad exigida según períodos cotizados en el momento del hecho causante (35 años y 6 meses o más).

— 63 y 4 meses: edad exigida con 33 años cotizados en el momento del hecho causante

7. No cabe duda de que, en la última década, se han endurecido las condiciones de acceso a la jubilación parcial anticipada[33].

Todo ello, con la finalidad de acercar la edad real media de jubilación (que actualmente se sitúa en torno a los 64 años) y la edad legal y ordinaria, mediante un sistema de jubilación gradual y flexible[34].

Por lo tanto, actualmente nos encontramos hacia el tránsito desde las políticas de anticipación de la edad de jubilación hacia las políticas de retraso de la edad de jubilación.

[33] Monereo Pérez, J.L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Madrid, Laborum, 2019, pp. 28 y 29.

[34] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. Moreno Vida, M.N. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social,* Madrid, Tecnos, última edición, *passim.*

En definitiva, se intentan implantar medidas de tal índole que dejan entrever la influencia que ejerce el mandato constitucional en el artículo 135, cuyo apartado primero dispone que "*todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria*".

Así como lo establecido en el artículo 11.5 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en virtud del cual, "*las Administraciones de Seguridad Social mantendrán una situación de equilibrio o superávit presupuestario*"[35].

En otros términos, se pretende una lectura del artículo 135 de la CE que subordina el gasto social al pago de la deuda pública[36].

Debido a dichas políticas de control de la gestión del gasto, mientras que el número de personas que reciben una pensión de jubilación ha incrementado a lo largo del tiempo, cada vez menos personas reciben otros tipos de pensiones como, por ejemplo, de discapacidad[37].

XIII. Bibliografía

Cef Laboral Social: *La jubilación parcial con contrato de relevo será posible hasta el 31de diciembre de 2022.* Web: https://www.laboral-social.com/jubilación-parcial-contrato-relevo-ampliada-aplicacion-disposicion-transitoria-cuarta-ley-general-seguridad-social-rdl-medidas-urgentes-industria-comercio.html

Laborda Ibáñez, M.: *La Jubilación Parcial,* Servicio de Estudios de la Confederación de UGT, 2019.

Ministerio de Trabajo y Economía Social y Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: *Guía laboral 2021,* Madrid, BOE, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Madrid, Laborum, 2019.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Revalorización y actualización de pensiones: la STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* núm. Extraordinario 1, 2016.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. Moreno Vida, M.N. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social,* Madrid, Tecnos, última edición.

Ortega Lozano, P.G.: "Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo" en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *et al: Envejecimiento activo y vida laboral,* Granada, Comares, 2019.

Ortega Lozano, P.G.: "Las prestaciones por desempleo y cese de actividad en España y su coordinación en la Unión Europea: el Reglamento (CE) núm. 883/2004. Análisis comparativo con el régimen jurídico general de Seguridad Social del trabajador asalariado", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 209, 2018.

[35] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Revalorización y actualización de pensiones: la STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* núm. Extraordinario 1, 2016, p. 16.

[36] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 2020, p. 226.

[37] Rodríguez Cabrero. G., Montserrat Codorniu, J., Arriba González De Durana, A. y Marbán Gallego, V.: *ESPN Thematic Report on Financing social protection - Spain, European Social Policy Network (ESPN),* Brussels, European Commission, 2019, p. 10.

Ortega Lozano, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad,* Laborum, 2018.

Página web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Web: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10963/28393/28399?changeLanguage=es

Rodríguez Cabrero. G., Montserrat Codorniu, J., Arriba González De Durana, A. y Marbán Gallego, V.: *ESPN Thematic Report on Financing social protection - Spain, European Social Policy Network (ESPN),* Brussels, European Commission, 2019.

Los planes privados de pensiones: luces y sombras de un debate abierto

Belén del Mar López Insua
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. El impulso de los planes privados de pensiones

La protección social frente a las distintas situaciones de necesidad pasa por un momento delicado debido al descenso de la población activa, lo que unido al incremento de gastos a cargo del sistema provoca un desfase entre los recursos disponibles y el coste de los mismos. El aumento en las tasas de desempleo, así como al alargamiento de la esperanza de vida están generando importantes quiebras dentro de esa tendencia hacia la universalidad de las prestaciones de vejez e invalidez. De ahí que, espoleada por las distintas crisis económicas, el sistema de Seguridad Social se haya planteado la necesidad de incrementar la colaboración con los mecanismos privados de aseguramiento para así poder proponer cambios y adaptaciones que respeten un mínimo de protección social[1].

Ciertamente, el sistema de Seguridad Social padece graves carencias de cobertura y desigualdades que inciden, de manera relevante, en colectivos vulnerables como: los desempleados de larga duración, los trabajadores a tiempo parcial, los mayores y los empleados discontinuos e irregulares. El riesgo de pobreza está ocasionando una importante brecha social que incide no sólo en razón de la edad, sino también del género. La insuficiencia de mecanismos eficaces de protección social provoca en efecto, un impacto negativo sobre los trabajadores mayores, por lo

[1] Castro Argüelles, M.A.: "El papel de los planes y fondos de pensiones en el sistema de previsión social", *Actualidad Laboral,* Sección doctrina, 1999, Ref. XXXII, Tomo 2, p. 1 en su versión digital.

que también las diferencias de protección determinan una forma de injusticia intergeneracional. Esta brecha de protección social además de injusta es ineficiente, en cuanto debilita la financiación adecuada de los sistemas de protección social[2], por lo que en el contexto actual serán precisos nuevos modelos específicos de protección social que se adapten al ciclo vital de las personas[3] y, por ende, a las actuales formas de empleo[4].

La Constitución Española recoge en su artículo 41 un modelo normativo relativamente abierto en donde se combina el régimen público de Seguridad Social con fórmulas privadas de protección social[5]. En efecto, junto a un nivel mínimo, básico, público y no excluyente de fórmulas privadas de protección social, aparece otro nivel libre o complementario, cuyas características principales remiten a las notas de voluntariedad[6] y privacidad y que, al mismo tiempo, no excluye la concurrencia de ánimo de lucro en materia de gestión. Por todo ello, los sistemas voluntarios de previsión o protección social pueden operar tanto en un plano individual, como colectivo[7].

Dualización de la protección social española en consecuencia que, no sin algunos titubeos, ha terminado por confirmar el Tribunal Constitucional en su sentencia 103/83 de 22 de noviembre que, posteriormente, matizada y amplia en las sentencias 121/83, de 15 de diciembre; 65/87, de 21 de mayo; 134/87 de 21 de julio y 208/88, de 10 de noviembre (igualmente del Tribunal Constitucional). Lógicamente esa acción protectora voluntaria determina todo un elenco de prestaciones de larga duración e incluso vitalicias que determinan el nacimiento de las pensiones privadas[8].

Esta dualización en los sistemas de protección social no resulta nueva, sino que se remonta a la etapa preconstitucional[9]. Ciertamente, el legislador ha venido prestando especial atención a los instrumentos privados de protección mediante normas de distinta naturaleza que, en función del riesgo, venían a respaldar situaciones de necesidad diversas. Y es que, aunque el legislador ha querido elaborar un marco normativo que proporcione mayor seguridad jurídica para la puesta en marcha de estos mecanismos, lo cierto es que todavía este sistema adolece de deficiencias que impiden la efectividad de los sistemas complementarios de protección social español. Empero,

---

[2] Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A y Gutiérrez Bengoechea, M: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones,* Murcia, Laborum, 2021, pp. 49 y siguientes.

[3] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: *Los planes de pensiones en el sector público,* Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2008.

[4] Recuérdese, a este respecto, el principio 15 del Pilar Europeo de Derechos Sociales en el que, bajo la rúbrica de "Pensiones y prestaciones de vejez".

[5] Monereo Pérez, J.L.: *Público y Privado en el Sistema de Pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996, espec., pp. 39 y sigs., y 84 y sigs. Obra, ésta, de referencia en la construcción doctrinal en materia de planes privados de pensiones y respecto a la conexión dinámica entre la función encomendada por el ordenamiento jurídico al sistema público de pensiones de la Seguridad Social y a las instituciones privadas de previsión social.

[6] Indica el Tribunal Constitucional que esa voluntariedad implica dejar en manos de los particulares la organización de todo tipo de dispositivos de protección social encaminados a proteger las distintas situaciones de necesidad (sentencia del Tribunal Constitucional 206/97).

[7] Monereo Pérez, J.L.: *Los Planes de Pensiones del Sistema de empleo,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, *passim;* Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación u nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo,* Albacete, Bomarzo, 2021, pp. 9 a 11.

[8] Suárez Corujo, B: *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*, Madrid, Lex Nova, 2003, pp. 23 y siguientes. Asimismo, López Cumbre, L: "La externalización de los premios de jubilación", en la *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* nº 8, 2003, pp. 99 y siguientes.

[9] Gallego Losada, R.: "La inseguridad jurídica derivada de la contrarreforma de las pensiones públicas de jubilación: ¿quiebra de los derechos de los pensionistas?, *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* Nº22, 2020.

su mayor expansión se produjo con el estreno de la negociación colectiva y en el seno de los sindicatos verticales (año 1960)[10].

Ciertamente, esa libertad reconocida a los particulares para concertar mecanismos de protección social resulta perfectamente compartible con la acción legislativa encaminada a encauzar tal autonomía privada en dos direcciones[11], por un lado, estableciendo modelos determinados de protección social privada frente a otros muchos posibles e incluso, estimulando su utilización con ventajas públicas (por ejemplo de orden fiscal o financiero) y, de otro, exigiendo que determinadas medidas de protección privada cumplan ciertas exigencias mínimas para garantizar su disfrute efectivo por parte de los beneficiarios[12].

El establecimiento de estas medidas complementarias de protección social privada no implica una ampliación de la cobertura constitucional, sino que evidencian una convivencia de los mismos con los mecanismos públicos. De ahí que jueguen un papel muy relevante, en tanto que los poderes públicos podrán intervenir para asegurar su garantía, imponiendo con frecuencia un marco legal preceptivo para su desarrollo[13].

El modelo clásico de Seguridad Social se integra así en un ámbito más amplio, esto es la protección social. Por lo que, al mismo tiempo, el artículo 41 de la Carta Magna diseña un modelo "mixto" o de dos entradas, cuyos parámetros elementales serían los siguientes: a) Un régimen público o legal de Seguridad Social, que es función del Estado y que se basa en principios normativos propios y diferenciados de los que informan el aseguramiento privado. Experimenta así una pérdida progresiva de relevancia el componente contributivo en favor de todas aquellas prestaciones que cubran suficientemente los estados de necesidad; b) Y un régimen complementario libre y voluntario basado en una lógica contractual privada y cuyas prestaciones son financiadas mediante la constitución de fondos asimismo privados y a cargo exclusivo de sus propios asegurados.

De esta forma, la protección de la Seguridad Social se estructura en dos niveles, uno, contributivo y, otro, no contributivo y asistencial, al que se le unen los sistemas privados como complemento al sistema público[14] y obligatorio. Estos últimos otorgan una protección adicional al sistema público[15]. Esta complejidad y dualización ha determinado distinguir entre tres pilares

[10] De La Villa Gil, L.E: "La reforma de la composición del sistema de Seguridad Social y del modelo de protección social", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* nº29-30, 2012, pp. 35 y 36.

[11] VV.AA., López Cumbre, L (responsable): *La participación privada en el sistema de protección social español,* publicado en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/b7b282b5-a55b-4bd5-b044-86c8ec2ad44e/25_PF10_1.pdf?MOD=AJPERES

[12] De La Villa Gil, L.E: "Las pensiones sociales: problemas y alternativas", en VV.AA.: *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 3 a 34.

[13] De La Villa Gil, L.E: "La reforma de la composición del sistema de Seguridad Social y del modelo de protección social"... *Op. Cit.*, p. 36. Y, de igual modo, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación u nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo... Op. Cit.*, pp. 9 a 11.

[14] Gallego Losada, R.: "El fondo de reserva, un bello espejismo", en VV.AA., Hierro Hierro, F.J. (Dir y Coord)., *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo" (2020),* Navarra, Aranzadi, 2021.

[15] Fernández Bernat, J.A: "Capítulo III. La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas", en VV.AA., Ortiz Castillo, F., Rodríguez Iniesta, G. y López Insua, B.M (Coords.), *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible,* Murcia, Laborum, 2019, pp. 369 y 370.

o niveles de protección: el asistencial, el contributivo y el complementario[16]. Por todo ello, aunque la Seguridad Social se base en el principio de contributividad, en la práctica éste se ha visto complementado con el seguro privado, el cual encuentra su raíz en los primitivos e históricos seguros sociales[17].

1.1. Seguridad Social y protección social complementaria: evolución y perspectivas de futuro

> *"Mientras los juristas trabajaban, unos viendo funcionar la máquina y los otros desmontándola, la sociedad evolucionaba"*
>
> Georges Ripert[18]

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 41 de la Constitución Española (CE), al poder político y a los agentes e interlocutores sociales le compete la responsabilidad de garantizar en el futuro un sistema público de pensiones justo, equilibrado y solidario. De acuerdo con este mandato, el Estado queda comprometido al establecimiento de un sistema de protección de naturaleza pública y a la articulación de unos recursos económicos que hagan viable esa protección social de forma suficiente, si bien, a continuación, la Carta Magna establece también que el nivel complementario de la protección social será libre, lo que implica que podrán llevarse a cabo iniciativas de carácter privado.

El sistema de Seguridad Social se configura como un sistema público y obligatorio que busca garantizar a todos los ciudadanos una protección suficiente ante situaciones de necesidad, para lo cual se dota de unos recursos económicos estables y suficientes que buscan financiar dicha acción protectora[19]. Al mismo tiempo, la gestión de sus instrumentos protectores corresponde a los poderes públicos y ello con independencia de que se pueda admitir la intervención de sujetos privados en dicha función (tal y como establece el artículo 41 de la CE). La interpretación del artículo 41 de la CE debe hacerse en relación al artículo 50 ("Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad...") y en el marco del sistema internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales. Por lo que se relacionan, inescindiblemente, el derecho de Seguridad Social y su contenido esencial con la configuración que establece el artículo 10.2 de la Carta Magna[20].

Por su parte, la protección social voluntaria se compone por las notas de voluntariedad, lo que implica que será la autonomía privada quien determine el acceso a los mismos. Su gestión es privada (a diferencia de la Seguridad Social), lo que no impide una intervención de los poderes públicos a fin de garantizar una suficiente de los recursos económicos. Aparte, las prestaciones que se otorgan en este último caso obedecen, generalmente, a una lógica contractual-privada

---

[16] VV.AA., López Cumbre, L. (responsable): *La participación privada en el sistema de protección social español,* publicado en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/b7b282b5-a55b-4bd5-b044-86c8ec2ad44e/25_PF10_1.pdf?MOD=AJPERES

[17] Sentencias del Tribunal Constitucional 65/87 y 134/87.

[18] Ripert, G.: *El régimen democrático y el Derecho Civil Moderno,* revisión, edición y estudio preliminar; "Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de jurista liberal" (pp. IX-LXXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022, p. 12.

[19] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N. y Maldonado Molina, J.A: *Manual de Derecho de Seguridad Social,* Madrid, Tecnos, 2020.

[20] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación u nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo... Op. Cit.*, p. 16.

que tiene por finalidad ofrecer una protección adicional a la garantía financiera que ya ofrece el sistema público[21].

La financiación de sendos sistemas resulta también diferente. En efecto, mientras que las prestaciones de la Seguridad Social se nutren de las cotizaciones sociales y otros mecanismos impositivos; la protección social complementaria se integra por las aportaciones de los partícipes e interesados. En otras palabras, el funcionamiento de la Seguridad Social obedece a un principio de solidaridad intergeneracional en el sentido de que las pensiones actuales son financiadas con las cotizaciones sociales de la población activa, entendiendo así que cuando aquéllos alcancen la edad de jubilación los nuevos activos harán lo mismo. De ahí que se diga que el citado principio tenga carácter permanente al estar sustentado por un contrato social entre generaciones sucesivas. Por su parte, el sistema privado de pensiones se abona a partir de un fondo creado durante un período de tiempo con las aportaciones de los partícipes y con los intereses generados. Por tanto, será necesario que se produzca una acumulación de recursos durante varios años para obtener una pensión. Al acaecer la contingencia objeto de protección el fondo capitalizado se convierte automáticamente en una anualidad vitalicia, aunque también se permite la opción de cobrar el capital de una sola vez. La capitalización de los fondos privados puede tener naturaleza colectiva o individual en función de si se prevé o no algún tipo de transferencia de recursos entre los partícipes. Además, el método de capitalización se instrumenta de forma mayoritaria a través del sistema de cotización definida que consiste en la fijación de una aportación determinada que debe realizar el sujeto partícipe durante todo su período de actividad laboral, de forma que la pensión a la que tiene acceso dependerá siempre de los rendimientos de mercado de los activos del fondo[22].

Esta dualización no es nueva en el ordenamiento jurídico español, sino que ha ido evolucionando conforme cambiaban las circunstancias económicas, sociales y culturales. En efecto, hasta épocas muy recientes, el modelo de Seguridad Social se organizaba básicamente sobre tres grandes principios: proporcionalidad entre la prestación reconocida y la contribución económica realizada por los trabajadores (contributividad) naturaleza profesional de la protección ligada al desempeño de una actividad y la escasa o nula consideración de los recursos económicos disponibles por parte del sujeto protegido. Ahora bien, estas características que informan el sistema de Seguridad Social sufren una importante alteración tras la aprobación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, sobre prestaciones no contributivas de la Seguridad Social. En efecto, gracias al impulso de esta ley se introduce un segundo nivel de protección con el objetivo de suplir la carencia de rentas de subsistencia, con independencia de la actividad profesional del beneficiario y de sus aportaciones económicas al sistema (cotizaciones).

El Pacto de Toledo -aprobado en el Pleno del Congreso a fecha de 6 de abril de 1995- fue determinante, en este punto, para comprender las transformaciones del sistema de Seguridad Social y el impulso de los sistemas complementarios de protección. Y es que la problemática de la financiación de la Seguridad Social, así como su proyección futura constituyeron para obtener un plan de previsión que evitara el incremento del déficit público, a causa del incremento de pago en orden a las prestaciones y, en particular, de las pensiones de jubilación[23].

[21] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación u nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo... Op. Cit.*, pp. 9 a 11.

[22] López Gandía, J.: *Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002. Fernández Bernat, J.A.: "Capítulo III. La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas"... *Op. Cit.*

[23] Fernández Bernat, J.A.: "Capítulo III. La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas"... *Op. Cit.*, pp. 369 a 370.

El objetivo básico que se aspiraba a conseguir con las propuestas contenidas en el Pacto de Toledo era el de: "... garantizar en el futuro un sistema público de pensiones, justo, equilibrado y solidario, de acuerdo con los principios contenidos en el artículo 41 de la Constitución Española". Para ello, en las mencionadas recomendaciones, se destacan los principios orientadores del sistema español de Seguridad Social, de un lado, el de equidad y contributividad del sistema y, de otro, el reforzamiento del principio de solidaridad[24]. A través del primero se pretende conseguir una mayor solidaridad, de forma que las prestaciones guarden una mayor proporcionalidad con el esfuerzo contributivo realizado[25]; mientras que el segundo principio va dirigido a adoptar medidas encaminadas a elevar la edad máxima en el percibo de las pensiones de orfandad y viudedad, siempre que la situación financiera lo permita.

Aspirando a estudiar y marcar el devenir de las futuras pensiones se constituyó una Comisión no permanente para valorar los resultados del Pacto de Toledo. Los criterios que guiaron la actuación de esta Comisión fueron los de estabilidad, sostenibilidad e igualdad de prestaciones para todo España. El objetivo, por lo tanto, no era otro que el de garantizar la continuidad en la mejora del nivel de bienestar de los pensionistas y con especial atención a las pensiones de menor cuantía.

Los resultados de este informe fueron ratificados posteriormente por el Pleno del Congreso de los Diputados, no obstante se incorporaron nuevas recomendaciones que se concretaron en lo siguiente[26]: a) conveniencia de examinar la situación de los trabajadores afectados por las modernas fórmulas de organización del trabajo en especial respecto a la extensión del trabajo a tiempo parcial, la incidencia del empleo temporal y las posibilidades de compatibilizar salario y pensión o subsidio; b) estudiar mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como "elementos a considerar en las carreras de cotización"; c) configurar un sistema integrado que aborde desde la perspectiva de la globalidad, el fenómeno de la dependencia; d) consideración especial de las personas con discapacidad física, psíquica o sensorial y e) adoptar las medidas necesarias para garantizar la incorporación de los ciudadanos de otros países al sistema de protección social con plenitud de derechos y obligaciones.

Tras el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social de 2006, sale a luz la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Esta norma fue determinante en esta materia, pues a través de ésta se reafirma la necesidad de mantener y reforzar determinados principios básicos en los que se asientan el sistema de la Seguridad Social como objetivo para garantizar la eficacia del mismo y el perfeccionamiento de los niveles de bienestar del conjunto de los ciudadanos[27].

Así se avanza en el camino hacia la implantación del principio de solidaridad y garantía financiera mediante la paulatina mejora y extensión de la intensidad protectora, al tiempo que se refuerza la unidad de caja. También se intensifica la contributividad del sistema, progresando en una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones realizadas y las prestaciones obtenidas,

[24] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes de pensiones en el sector público...Op. Cit.*

[25] Suárez Corujo, B.: "RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones: un nuevo paso en el empecinado intento de fomentar la protección social complementaria", *Relaciones Laborales,* Nº15/16, Tomo II, 2004, pp. 1 y siguientes en su versión digital.

[26] Aguilera Izquierdo, R., Barrios Baudor, G, Sánchez-Urán Azaña, Y.: *La protección social complementaria,* Madrid, Tecnos, 2005.

[27] Monereo Pérez, J.L.: "El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual", en VV.AA, Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social´´*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008, p. 161.

evitando al mismo tiempo situaciones de falta de equidad en el reconocimiento de estas últimas. Asimismo, se prospera en el camino ya iniciado de favorecer la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación, sin olvidar tampoco la necesidad de paliar las consecuencias negativas experimentadas por los trabajadores de más edad expulsados prematuramente del mercado laboral. Y es que la idea es favorecer, cada vez, en envejecimiento activo para lo cual la Seguridad Social deberá adaptarse al ciclo vital de las personas[28].

La modernización del sistema se erigió en otro importante objetivo a alcanzar. Por ello, se pretenden adaptar la Seguridad Social a las nuevas exigencias y realidades familiares, de modo que pueda ésta ofrecer una respuesta acorde a los situaciones sociodemográficas que presenta la praxis ordinaria, a saber: el envejecimiento de la población, la incorporación de los mayores al mercado de trabajo y el fenómeno de la inmigración, así como de los criterios armonizadores hacia los que se apunta en el ámbito de la Unión Europea, con el objetivo de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones[29].

Finalmente, cabe aludir a una serie de principios y directrices que justifican esa evolución hacia una efectiva solidaridad financiera. De un lado, la Carta Magna atribuye al Estado "la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (artículo 141.1. 17ª de la CE). Y, de otro, la CE atribuye la igualdad de derechos de los asegurados cualquiera que sea el lugar donde residan y por su sola condición de tal, puesto que tales derechos, se ejercen frente a un único titular, esto es, el Estado. Siendo éste el único obligado a aplicar el principio de solidaridad financiera, no discriminando por razón del territorio. Ligado directamente con esta idea, el artículo 149.1.17ª de la Constitución Española, recoge de forma implícita el principio de Unidad de Caja recogido de forma expresa en diversas normas con rango de Ley y que debe interpretarse a la luz de la doctrina constitucional en el sentido de la existencia de un único titular (el Estado) de todos los recursos, obligaciones y prestaciones de la Seguridad Social, en todo el territorio nacional, con independencia de que ese titular exclusivo pueda utilizar distintos entes recaudadores y registradores.

El principio de unidad de caja, debe entenderse como la voluntad del Estado de racionalizar en el tiempo y en la totalidad del territorio nacional, la distribución de fondos de la Seguridad Social, para hacer frente a la totalidad de sus obligaciones.

1.2. La protección social complementaria: un antes y un después

El sistema español de protección social se organiza sobre la base de un régimen público de Seguridad Social que tiene como objetivo base, "*garantizar a todo ciudadano la cobertura frente a cualquier circunstancia o situación de necesidad, asegurando de modo adecuado su subsistencia y de la su familia*"[30]. Caracterizándose el sistema de Seguridad Social por ser de titularidad estatal (artículo 149.1.7 de la CE) y obligatorio, dando de este modo cumplimiento al objetivo fundacional señalado[31].

[28] López Insua, B.M.: La negociación colectiva de reestructuración empresarial en la Directiva Comunitaria sobre despidos colectivos", en VV.AA., *Perspectiva de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo,* Madrid, Cinca, 2015, pp. 1-12.

[29] Ruesga Benito, S.M.: "Reflexionando sobre el futuro de los sistemas de pensiones", *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* Nº23, 2020, pp. 319 a 354.

[30] Venturi, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, pp. 289-293.

[31] Durand, P: *La política contemporánea de Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social,* trad. y estudio preliminar de J. Vida Soria, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, pp. 314-330.

Por mandato constitucional (artículo 41) se distinguen dentro del sistema público de Seguridad Social dos niveles protección: el contributivo y profesional, destinado a la protección específica de los trabajadores y, el no contributivo y asistencial, reservado "*para todos los ciudadanos*". Junto a estos dos niveles, en cuanto público también, habrá que añadirse el conjunto de instrumentos "internos" al sistema, los de Asistencia Social y Servicios Sociales[32] que el Estado pone a disposición de los ciudadanos.

Se constituye así un régimen público, mínimo, obligatorio y suficiente de protección social o de Seguridad Social Mixta que participa de los rasgos de las concepciones puras bismarkiana y beveridgeana, y que no agota el contenido entero de ésta, pero al cual se atribuye, varios rasgos sustanciales derivados de la garantía constitucional de esta institución jurídica.

A parte de estos dos mecanismos, el texto constitucional (artículo 41) permite el establecimiento de un nivel heterogéneo y plural de instrumentos de protección de las necesidades sociales de carácter voluntario en su establecimiento, al hacer referencia expresa que "*la asistencia y prestaciones complementarias serán libres*"[33].

Cuando se habla de protección social complementaria[34], se hace referencia al conjunto plural y heterogéneo de medidas o técnicas de protección social de naturaleza privada, que pretenden asegurar a los sujetos beneficiarios una mejora de la acción protectora que dispensa el sistema de Seguridad Social[35]. Constituyéndose, así como una técnica "externa" al sistema protector de Seguridad Social y dotada de una serie de instrumentos privados para la protección de las necesidades sociales de carácter voluntario[36].

Algunas observaciones son necesarias a este respecto al objeto de identificar correctamente su intención expresiva. Cuando se utiliza el término "complementarias" se está aludiendo: a) a algo que ostenta un lugar secundario respecto de algo principal, que es precisamente aquello que es complementario; b) la acción de complementar, significa hacer íntegra o perfecta otra cosa pero sobre la base de que la complementada es autónoma, bastante y suficiente; y c) lo complementario es por el contrario, adicional y meliorativo, esto es, un plus sobre algo con entidad y sustancia propia en relación a un objeto idéntico[37].

---

[32] Monereo Pérez, J. L y Fernández Bernat, J. A: "La protección social complementaria "externa" al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social, Estudio de su régimen jurídico, actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas urgentes en materia de Seguridad Social,* Granada, Comares, 2008, p. 761. Aguilera Izquierdo, R., Barrios Baudor, G, Sánchez-Urán Azaña, Y: *Protección social complementaria,* Madrid, Tecnos, 2005, pp. 52-63.

[33] Monereo Pérez, J.L.: *Público y Privado en el Sistema de Pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, espec., pp. capítulo II, pp. 71 y sigs., en particular p. 74, indicado, asimismo, que la Constitución Española "afirma el carácter social del Estado y, en consecuencia, se inscribe en la línea del intervencionismo estatal propio de los textos del constitucionalismo social contemporáneo, lo que pone de manifiesto a lo largo de su articulado (así, por ejemplo, los artículos 9.2, 41, 43 y 50 CE). De ahí que la CE, artículo 41, proclame que la Seguridad Social es una función del Estado, y solamente deje un espacio de libre iniciativa y gestión en el ámbito de la protección social complementaria libre" (*Ibid.,* p. 74).

[34] Podemos también referirnos a la protección social complementaria como: "previsión o protección social voluntaria".

[35] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: "Protección social complementaria. Parte X", en VV.AA, Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C (Dir y Coord.): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía,* Granada, Comares, 2009, p. 556.

[36] Monereo Pérez, J.L.: "El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria*", Revista Relaciones Laborales,* nº14, 1991, p. 87.

[37] Rodríguez-Piñero, M y González Ortega, S: "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma", en VV.AA.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pp. 281 y 282.

No se puede, sin embargo, colocar en un mismo plano ambas dimensiones. La principal, es en este caso, obviamente el régimen de Seguridad Social que se configura, justamente, como un régimen suficiente para hacer frente a la protección ante situaciones de necesidad[38]. Siendo entonces el complementario, un sobreañadido a tal suficiencia, de tal manera, que quien se acoja a la protección exclusiva del régimen público podrá prescindir de este último, sin que por ello las prestaciones que reciba pierdan calidad[39]. De ahí que dicha intervención privada y constitucionalmente legítima[40], sea tan sólo posible en el nivel profesional-contributivo del régimen público.

En la actualidad, el sistema de previsión complementaria se configura como un mecanismo libre, que admite cualquier forma de aseguramiento civil y mercantil. Se consolida así, una interpretación "privatista" del último inciso del artículo 41 de la CE como abierto a la creación de medidas y regímenes complementarios de previsión. El modelo es por tanto plural, en cuanto la nota de libertad permite el reconocimiento de distintas instancias de previsión social complementaria, incluida la llevada a cabo a través de la negociación colectiva[41], la cual ha jugado un importante papel en el crecimiento actual de las políticas de seguridad social[42].

La protección social complementaria se conforma en un conjunto heterogéneo de técnicas que participan al objetivo de otorgar una protección adicional al régimen público de Seguridad Social[43], mejorando en sentido amplio, la protección básica dispensada por el sistema de Seguridad Social. Lo que puede adoptar diversas formas: a) O bien se trata de una protección social estrictamente *complementaria* para la cobertura de los mismos riesgos objeto del sistema obligatorio (ámbito objetivo), y por lo tanto para los mismos sujetos (ámbito subjetivo), de tal forma que su función esencial no sea otra, que la mejorar económicamente la protección mínima, utilizando el mismo esquema de prestaciones[44]; b) O bien se trata de una protección social *suplementaria-autónoma,* en cuanto que pretende proteger a personas no incluidas en el ámbito del régimen público mínimo (área contributiva y no contributiva); o proteger necesidades sociales distintas a las previstas legalmente como contingencias o riesgos propios de ese régimen

[38] Gallego Losada, R.: "El fondo de reserva, un bello espejismo", en VV.AA., Hierro Hierro, F.J. (Dir y Coord), *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo" (2020),* Navarra, Aranzadi, 2021.

[39] Rodríguez-Piñero, M y González Ortega, S: "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma" …. *Op. Cit.*, p. 282.

[40] La Constitución no fuerza a privatizar con carácter absoluto los mecanismos de cobertura de necesidades personales a establecer por encima del régimen público, mínimo y obligatorio, permaneciendo, por tanto, dichos mecanismos a extramuros del Sistema de Seguridad Social. Palomeque López, C: "Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución", en el VV.AA.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 330 y 331.

[41] Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social" (art. 41 CE), en VV.AA, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C y Moreno Vida, M.N.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España,* Granada, Comares, 2002, p. 1489.

[42] Casas Baamonde, M.E: *Autonomía colectiva y Seguridad Social,* Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 154.

[43] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: "*La protección social complementaria "externa" al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes*" … *Op. Cit.*, p. 762.

[44] Salvador Pérez, F: "Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social*", Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 43, julio/septiembre, 1990.

público[45]; u otorgar prestaciones de diversa naturaleza y carácter respecto de las que conforman la acción protectora del régimen público y mínimo[46].

Para diferenciar el nivel básico del complementario, resulta necesario atender a la voluntad fundacional, de tal forma que, si el sistema de acción protectora ha sido establecido imperativamente por el Estado, se podrá hablar de Seguridad Social básica. Ahora bien, si por el contrario se trata de una protección adicional o marginal implantada por la autonomía privada, dentro de los cauces preparados ex profeso por el Estado, se estará frente a la protección complementaria. El marco normativo es en ambos casos estatal. Pero la voluntad fundacional procede en un caso del Estado y en otro de los particulares, por ello ésta última queda impregnada de elementos de Derecho privado[47].

La Seguridad Social básica está conformada como un mecanismo obligatorio, gestionado y controlado por los poderes públicos (ya sean por el Estado, por las Comunidades Autónomas o por otros entes territoriales) y la cual, dispensa prestaciones de naturaleza jurídico-pública. Mientras que la protección social complementaria, se trata de un mecanismo de carácter voluntario[48] y privado (no sólo en cuanto a su creación sino también su financiación), gestionado o controlado por entes o instituciones privados (ajenos al sistema público)[49], siendo sus prestaciones (complementarias o autónomas) de naturaleza privada; y en donde sus beneficiarios ostentan un derecho de crédito en el marco de las relaciones patrimoniales privadas[50].

2. La protección social complementaria en el ojo del huracán

Los planes y fondos de pensiones se regulan por medio del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, quedando su desarrollo reglamentario instrumentado a través del RD 304/2004, de 20 de febrero. Sobre el resto de instrumentos de previsión social, conviene destacar el RD Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

2.1. Los distintos modelos de planes privados de jubilación

La ley de planes y fondos de pensiones del 2002 distingue ambas instituciones: planes y fondos de pensiones. Ciertamente, sendas figuras estén estrechamente relacionadas, aunque en realidad desarrollan funciones convergentes o encadenadas. De un lado, el plan de pensiones se define como un acuerdo contractual de estructura compleja que tiene por finalidad garantizar, tras el acuerdo de voluntades, la percepción por los beneficiarios de una serie de prestaciones económicas -de carácter privado- cuando se produzca algunos de los acaecimientos previstos por ley (artículo 8.6 de la Ley de Planes y Fondos de pensiones de 2002). Se trata, por tanto, de un instrumento de previsión social voluntario y libre cuyas prestaciones pueden o no ser complemento del sistema de Seguridad Social obligatorio.

---

[45] Por ejemplo, la ortodoncia.

[46] Alonso Olea, M y Tortuero Plaza, J.L: *Instituciones de Seguridad Social,* Madrid, Civitas, Décimo cuarta edición, 1995, p. 506. Aguilera Izquierdo, R; Barrios Baudor, G y Sánchez-Urán Azaña, Y: *Protección social complementaria… Op. Cit.*, p. 49.

[47] Monereo Pérez, J.L. y Viñas Armada, J.M.: "Acción protectora (art. 39 CE)", *Op. Cit.*, p. 491.

[48] Son siempre voluntarias, en el sentido de que su asunción es siempre asumida libremente por los sujetos protegidos para lograr el nivel de protección que quieran así mismos otorgarse.

[49] Yanini Baeza, J: "La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias. Mutualidades. Contrato de Seguro", en VV.AA, De La Villa Gil, L.E: *Derecho de la Seguridad Social,* Valencia, Tirant lo Blanch 4º edición, 2004, p. 957.

[50] Monereo Pérez, J.L. y Viñas Armada, J.M.: "Acción protectora" (art. 39 CE) … *Op. Cit.*, p. 491.

De otro lado, los fondos de pensiones constituyen el apoyo financiero al plan. Son masas patrimoniales integradas por los recursos afectos a las finalidades predeterminadas en los planes adscritos, de modo que podrán destinarse a gestionar las aportaciones de los diferentes planes sin que, en ningún caso, se confundan con ellos. Los fondos tratarán de generar el capital necesario que cubra las prestaciones futuras, por ello recogerán los rendimientos de las inversiones del fondo de pensiones que, en los términos marcados legalmente, se asignen al plan. Los fondos adquieren autonomía respecto de los planes que se integran en ellos y esa autonomía se manifiesta en numerosos aspectos de su régimen jurídico. De ahí que su finalidad sea instrumental para el cumplimiento de los fines del plan[51].

Actualmente existen una pluralidad de planes complementarios de pensiones, algunos se enmarcan en el segundo pilar[52] y otros en el tercer pilar[53]. En cualquier caso, sea por una vía o por otra, estos planes y fondos privados están llamado a externalizar los compromisos por pensiones que son derivados de las obligaciones legales y contractuales[54].

Este "polisistema" de modelos que integra la protección social complementaria no sólo se caracteriza por su dispersión normativa e institucional, sino también por su especial heterogeneidad, por ello resulta altamente complicado identificar una norma conformadora de todos ellos[55]. A diferencia de la Seguridad Social en donde el sistema público se constituye, de manera general y universal, de acuerdo con unos principios básicos; el sistema de protección social complementaria resulta de esfuerzos de previsión voluntarios de muy diversa índole difícilmente reconducibles a la unidad[56].

Los planes y fondos de pensiones constituyen un único sistema de ahorro-previsión[57] que, conforme al artículo 8.6 del Real Decreto Legislativo 1/2002, tienen por objeto otorgar prestaciones dinerarias o realizar aportaciones, vinculadas a las contingencias de: a) Jubilación o situación asimilable, incluidos premios por jubilación; b) Invalidez Laboral Total y Permanente para la profesión habitual o Absoluta y Permanente para todo tipo de trabajo y la Gran Invalidez; c) Muerte del trabajador que pudiera generar derecho a prestaciones de viudedad u orfandad o a favor de otros herederos o personas designadas. Los empresarios están obligados a externalizar estos compromisos por pensiones a través de la contratación de un plan de pensiones o de un seguro y todo ello desde la promulgación del Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios (Real Decreto 1588/1999, de

[51] Castro Argüelles, M.A.: "El papel de los planes y fondos de pensiones en el sistema de previsión social"... *Op. Cit.*, p. 3 en su versión digital.

[52] A saber: los planes de pensiones en su modalidad del sistema de empleo, los seguros colectivos y los planes de previsión social empresarial. Estos derivan del contrato de trabajo y se implantan por medio de la negociación colectiva.

[53] Entre otros, los planes de pensiones individuales, planes de previsión asegurados, planes de jubilación... etcétera. Estos poseen una dimensión individual y su ámbito subjetivo de actuación es abierto.

[54] Castro Argüelles, M.A.: "El papel de los planes y fondos de pensiones en el sistema de previsión social"... *Op. Cit.*, p. 2 en su versión digital.

[55] Monereo Pérez, J.L.: "Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias", en VV.AA., *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias. VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, p. 88. Fernández Bernat, J.A: "Capítulo III. La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas"... *Op. Cit.*, pp. 369 a 370.

[56] García Murcia, J: "El espacio de las pensiones privadas", en VV.AA., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.

[57] Fernández Bernat, J.A: "Capítulo III. La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas"... *Op. Cit.*, pp. 369 a 370.

15 de octubre)[58]. Resumiendo, las características básicas de estos planes y fondos de pensiones son: 1) el sometimiento a unos *principios informadores esenciales* -no discriminación, integración obligatoria, irrevocabilidad de las aportaciones, atribución de derechos y capitalización como único sistema financiero actuarial admisible-, 2) la *limitación de carácter anual de aportaciones a* realizar al plan, la regla general de la *iliquidez d*e los derechos económicos consolidados de los partícipes, 3) la existencia obligatoria de *una comisión de control e*ncargada de la supervisión del plan, 4) la *titularidad d*e los recursos patrimoniales afectos al plan por parte de los partícipes, 5) la delimitación cerrada de la lista de contingencias pensionables por el plan y, por último, 6) un régimen de control e intervención administrativa que tiene como objetivo asegurar un adecuado desenvolvimiento del plan y evitar situaciones de insolvencia que pudieran amenazar el cobro efectivo de sus prestaciones[59].

Estos compromisos, incluyendo las prestaciones causadas, deben gestionarse través de la formalización de un Plan de Pensiones de Empleo, Contratos de Seguro Colectivos de Vida o mediante la utilización simultánea de ambos instrumentos, de manera que los empresarios ya no podrán sostener por sí mismos, a través de fondos internos, la gestión de los mismos. En estos casos cabe hablar siempre de una exteriorización, también denominada de externalización o instrumentación[60] (de acuerdo con la Disposición Adicional 1ª. RD Legislativo 1/2002, de 29 noviembre). A estos efectos, los compromisos por pensiones buscan otorgar mejoras directas a las prestaciones, que posean un carácter dinerario y que estén vinculadas a las contingencias de jubilación, incapacidad permanente o fallecimiento[61].

El contrato de seguro constituye otra modalidad de protección social complementaria que garantizan un desplazamiento patrimonial en favor del beneficiario cuando acontezca el suceso contingente[62]. Éstos podrán revestir una doble naturaleza, por un lado, la de carácter individual y, de otro, las colectivas. Los primeros tienen en cuenta las aportaciones individuales que realizan los sujetos autónoma e independientemente; mientras que los colectivos atienden a un grupo asegurable (por ejemplo: formado por personas dependientes de una empresa o grupo de empresas). Mientras que en el primer grupo encontraríamos los planes de jubilación, los seguros de supervivencia y de ahorro; en los segundos aparecen el colectivo de seguros de vida y de

[58] En efecto, este reglamento ordenó a las empresas que mantuvieran compromisos por pensiones con sus trabajadores a externalizarlas antes del 1 de enero del año 2001, incluyendo las prestaciones causadas.

[59] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación u nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo... Op. Cit.*, p. 22.

[60] El origen de esta obligación legal de externalizar deriva de una Directiva Comunitaria 80/987, de 20 de octubre (relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario), para que éstos y otros derechos no quedaran sin contenido.
El art. 8 de la Directiva señala expresamente que "los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de éste, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejes, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social".
El art. 8 de la Directiva sólo exige que los Estados adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, pero no concreta cuáles son esas medidas. Ante esta falta de concreción, el legislador español ha considerado como medida de garantía suficiente la "externalización" de los compromisos por pensiones a través de contrato de seguro o plan de pensiones, pues ambos mecanismos constituyen patrimonios separados que podrán hacerse cargo de los compromisos por pensiones asumidos por los empresarios en caso de insolvencia de éstos.

[61] Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2007 (Recurso 618/2006) y la de 13 de mayo de 2004 (Recurso número 2070(2003).

[62] Castro Argüelles, M.A.: "El papel de los planes y fondos de pensiones en el sistema de previsión social"... *Op. Cit.*, p. 8 en su versión digital.

dependencia los cuales se instrumentan a través de los compromisos y planes de pensiones en las empresas. De igual modo, se incluyen en este segundo grupo los denominados planes de previsión empresarial en donde no existe un riesgo de pérdida de capital, ya que la rentabilidad está garantizada con un interés mínimo asegurado. Estos planes de previsión empresarial se instrumentan junto a los seguros colectivos de vida y dependencia y, por tanto, como un compromiso asumido por la empresa. No obstante, se benefician de un tratamiento fiscal más ventajoso al situarse como mecanismos complementarios de previsión profesional.

Otra técnica de protección social complementaria son los planes de previsión asegurados. Constituyen una modalidad más de contrato de seguro, equiparados fiscalmente a los planes y fondos de pensiones, pero sin capacidad para poder instrumentar compromisos por pensiones asumidos por las empresas. Su ámbito de actuación está relacionado, principalmente, con las decisiones individuales de ahorro para la jubilación[63]. Aquí las prestaciones pueden cobrarse en forma de renta o de capital. A diferencia de los planes de pensiones, los planes de previsión asegurado garantizan el 100 % del capital más una rentabilidad que se genera por trimestre o por semestre.

Finalmente, aparecen las mutualidades de previsión social como otra técnica voluntaria de protección social externa a la Seguridad Social. Se constituyen éstas como entidades aseguradoras cuya función es la de cubrir riesgos tales como: el desempleo, la invalidez, la jubilación, muerte y supervivencia. Las mutualidades de previsión social buscan transformar riesgos individuales en riesgos colectivos, de ahí que se conviertan en reservas técnicas de seguro. La actividad que prestan se llama actividad mutual (en analogía con la actividad cooperativizada de las cooperativas) y sus socios se denominan mutualistas. En definitiva, las Mutualidades de previsión social actúan fuera de la Seguridad Social obligatoria y sus prestaciones poseen naturaleza jurídica distinta a las dispensadas por el sistema público de protección social.

2.2. El papel de la protección social

La protección social complementaria busca completar al sistema de Seguridad Social, cubriendo así un vacío o deficiencia del sistema público. Esta idea contradice, claramente, la finalidad misma que establece la Carta Magna (artículo 41 CE), en tanto que el sistema público de Seguridad Social debería garantizar unas pensiones suficientes para poder sobrevivir[64].

Los sistemas voluntarios tienen un carácter libre y está constituido principalmente por las Entidades de Previsión Social y los Fondos de Pensiones. Su cobertura es voluntaria y su contratación también es libre. Por lo tanto, lo que se busca a través de éstos es hacer frente a situaciones de necesidad y asegurar una mayor correspondencia entre la prestación "estándar" dispensada por el sistema de Seguridad Social y la renta de trabajo. Ello permitiría acercarse a ese óptimo de cobertura de aproximación o equivalencia entre la renta laboral anterior y la cuantía efectiva de las pensiones[65]. Así, el objetivo que se busca con la protección social complementaria en el marco de la jubilación es el de asegurar las rentas de sustitución para el momento en que la persona abandona el mercado de trabajo y, con ello, se produce la pérdida de los ingresos que percibía como resultado de su actividad laboral previa.

[63] Aunque también pueden cubrir contingencias tales como: el fallecimiento, la invalidez y la dependencia.

[64] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación u nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo... Op. Cit.*, p. 24 y siguientes.

[65] Rodríguez-Piñero, M.: "Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas", *Relaciones Laborales,* Tomo II, 1988, p. 6.

Para conocer el grado de cobertura de la pensión pública de jubilación se suele utilizar la tasa de sustitución que es la relación entre la cuantía neta de la primera pensión recibida respecto al último salario neto. El cálculo de la tasa de sustitución requiere, para un año en concreto, conocer la cuantía de la pensión media de las nuevas jubilaciones y el salario medio para ese año. Dicha tasa puede variar mucho, puesto que en su determinación influyen multitud de factores.

Ciertamente, la protección social complementaria constituye un mecanismo interesante para mejorar las pensiones de jubilación. Sin embargo, en España los planes de pensiones han ido paulatinamente fracasando por varias razones objetivas y subjetivas: Primero, el salario de los trabajadores nacionales es, en términos de conjunto, inferior en comparación con otros países de la Unión Europea, por lo que difícilmente aquellos trabajadores más "pobres" o con salarios más bajos van a contratar fondos y planes de pensiones. Únicamente los trabajadores con mayores ingresos (encuadrados en los grupos de cotización 1 y 2, así como los funcionarios de los grupos A y B) son los que acceden a la protección social complementaria, ya que sus salarios se lo permiten[66].

En segundo lugar (y relacionado con lo anterior), uno de los factores que desincentiva el recurso a los mecanismos de protección social complementaria es la alta tasa de reposición existente en la nación española, por ello quizás la solución pase por bajarla. Dicha medida no está exenta de problemas. Hay que tener en cuenta que el desarrollo de la protección social complementaria está condicionado enormemente por el nivel salarial del país. En el caso español, por ejemplo, dicho nivel es por lo general inferior a la media de la OCDE, por lo que la capacidad de contribución a la protección social complementaria no es tan alta. Si no hay un crecimiento de las rentas salariales difícilmente puede haber un desarrollo de los sistemas complementarios, a no ser que lo que se pretenda con la modificación a la baja de la tasa de reemplazo sea transferir recursos de las pensiones públicas a los sistemas complementarios[67].

En tercer lugar, estas medidas de protección social se han empleado en los últimos años más como un instrumento de salida prematura del mercado de trabajo, antes que de fomento del "envejecimiento activo"[68]. Así es, los planes de pensiones privados se configuran como contingencias protegidas por el régimen de Planes y Fondos de pensiones[69]. Constituyen, en la práctica, una vía de escape para el pago complementario y suplementario de la responsabilidad pública en las pensiones de jubilación[70] que, lamentablemente, encubren una prejubilación en caso de despido colectivo[71]. De hecho, gracias al Real Decreto-Ley 16/2013 de Medidas para ofrecer la Contratación Estable y Mejorar la Empleabilidad de los Trabajadores se han previsto

[66] Fernández Bernat, J.A: "Capítulo III. La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas"... *Op. Cit.*, p. 374.

[67] Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A y Gutiérrez Bengoechea, M: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones... Op. Cit.*

[68] Para un conocimiento más exhaustivo, véase López Insua, B.M: "El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada", en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A (Dirs)., Envejecimiento activo y vida laboral, Granada, Comares, 2019, pp. 409-437.

[69] La promotora de los planes y fondos de pensiones fue la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. (BOE núm. 137, de 9 de junio de 1987). Esta ley nace con la finalidad de dar cumplimiento a la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

[70] Recuérdese que conforme al artículo 5 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones, podrán realizar aportaciones tanto el trabajador, como "... los empresarios individuales que realicen contribuciones empresariales a favor de sus trabajadores, como promotores de un plan de pensiones de empleo, podrán realizar aportaciones propias al citado plan".

[71] Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* nº Extra 1, 2010, pp. 192-194.

"las aportaciones empresariales a planes de pensiones" cómo una fórmula pactada de retribución integrada en la base de cotización a la Seguridad Social. De ahí que computen a la hora de calcular la indemnización por despido, pues no se discute ya su naturaleza salarial (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2013 y 3 de mayo de 2017)[72].

En la actualidad, he tenerse en cuenta en esta materia de un lado, el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y, de otro, el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones.

Tras la reforma del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones introducida por el Real Decreto 681/2014 de 1 de agosto se prevé su pago anticipado, no siendo necesario que el beneficiario agote el derecho a la prestación por desempleo para poder solicitar el rescate por un plan de pensiones. Únicamente, el trabajador deberá acreditar tres requisitos para poder solicitar el abono del plan de pensiones privado: 1) estar en situación legal de desempleo (se incluyen los supuestos de extinción por despido colectivo), 2) encontrarse inscrito en las oficinas públicas correspondientes como demandante de empleo en el momento de presentar la solicitud y 3) no tener derecho a percibir la prestación contributiva por desempleo o haberla agotado.

3. La Recomendación 16 del Pacto de Toledo y la nueva Ley 12/2022 para el impulso de los planes de pensiones de empleo

La protección social complementaria ha ido adquiriendo, con el paso del tiempo, una enorme relevancia. Es por ello que, desde el Pacto de Toledo de 1995, casi todos los acuerdos políticos y sociales suscritos hayan prestado especial atención a estos sistemas de protección social complementaria. Lógicamente, en la última versión del Pacto de Toledo de 10 de noviembre de 2020[73] se dedica un espacio a los "Sistemas complementarios". Y es que con el objetivo en mente de que el sistema de Seguridad Social pueda en un futuro seguir haciendo frente a la protección de las personas que se encuentran en situación de necesidad, otorgando así una cobertura protectora amplia y eficaz, se han adoptado ya algunas medidas de urgencia que "supuestamente" tratan de compensar estos dos factores -envejecimiento demográfico y búsqueda de equilibrios financieros del sistema de pensiones públicas[74]- al tiempo que se evita cualquier discriminación por razón de edad. Y todo ello, en sintonía con lo que ya se describe en la normativa Comunitaria[75].

[72] En este sentido, el Tribunal Supremo en su última sentencia de 2017 ha dictaminado que: "La posible cualidad de mejora voluntaria de la Seguridad Social que podría atribuirse a.… los planes de jubilación solo pueden predicar de las prestaciones obtenibles en virtud del correspondiente aseguramiento, pero no en virtud a las primas, que son salario en especie del que el trabajador hipotéticamente puede beneficiarse".

[73] Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, nº75, de 10 de noviembre de 2020. Publicado en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF

[74] Monereo Pérez, J.L.: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos,* VV.AA, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Comares, 2010, p. 146.

[75] Con apoyo en el artículo 156 TFUE se establece una auténtica Agenda Social Europea que, a lo largo de la pasada década, vino marcada por la llamada «Estrategia de Lisboa», pues fue en el Consejo Europeo de Lisboa de 2000 donde se fijaron los objetivos que debían orientar las políticas sociales de la Unión Europea y de sus Estados miembros. La Estrategia 2020 fue el marco en el que se incardinó el Libro Blanco sobre las Pensiones «Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles» (COM2012, 55 final), como acción comunitaria encaminada a la armonización y coordinación de las políticas de seguridad social que contempla el artículo 156 TFUE para la consecución del objetivo europeo de asegurar una protección social adecuada, en un marco de solidaridad intergeneracional.
De acuerdo con el Libro Blanco sobre las Pensiones, la consecución de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros ha de lograrse conciliando tres objetivos; a saber:
- Hacer frente a las consecuencias del incremento de la esperanza de vida, recuperando el equilibrio entre el número de años de actividad laboral cotizada, respecto al número de años durante los cuales se percibe pensión de jubilación.

Así es, la Recomendación 16ª del Pacto de Toledo se refiere a la "protección social voluntaria" o "previsión social complementaria" al abogar por fomentar esta alternativa de ahorro «complementaria al sistema»[76]. Se recuerda que el modelo estándar que prevé el sistema Público lo hace de manera «insuficiente e insatisfactorio», de ahí que sea preciso incentivar a través de la negociación colectiva estos planes privados para así asegurar unas pensiones dignas. Una de las cuestiones en las que más se insiste es en el hecho de que estos mecanismos privados sean «más transparentes» en costes. Todo ello a fin de evitar rendimientos negativos para el partícipe.

El Pacto de Toledo ha ido incluyendo mejoras y nuevos incisos al régimen jurídico de protección social complementaria[77], entre las más notables se encuentran las siguientes:

Primero, en cuanto al tratamiento tributario de dichos sistemas de previsión social privada se sugieren tres medidas: una, la mejora directa del tratamiento fiscal de las aportaciones a los planes de pensiones del sistema de empleo, planteando en particular el establecimiento de nuevos estímulos fiscales en la regulación del impuesto de sociedades. Otra -interesante desde una perspectiva de género-, la articulación de fórmulas que hagan posible que las personas (generalmente las mujeres) con menores ingresos puedan beneficiarse de las aportaciones de sus cónyuges o parejas. Y, por último, un tratamiento especial para las aportaciones dirigidas a la cobertura de las situaciones de dependencia, eximiéndolas del límite según el cual dichas aportaciones no pueden recibir un trato fiscal más favorable que el que reciben las cotizaciones sociales.

La segunda novedad introduce mejores dirigidas a autónomos y empresarios individuales. La Recomendación busca impulsar y promocionar, para estos colectivos, planes de pensiones o planes de previsión asegurada que contemplen dos supuestos adicionales de "rescate" (esto es, disposición anticipada) ante la concurrencia de dificultades económicas: el "… cese de la actividad o la existencia de pérdidas durante un determinado periodo de tiempo".

En tercer lugar, la mencionada Recomendación insta a mejorar los sistemas de información que se conceden a los partícipes y beneficiarios de estos mecanismos complementarios. Se aspira a que la información sea más personalizada y sencilla. En cuanto al contenido, no sólo se alude a un conocimiento exacto y periódico de los derechos consolidados (en terminología de planes de pensiones), sino también a un asunto con más relevancia de la que aparenta cual es el relativo a los gastos asociados derivados de la gestión. En cambio, se echa en falta una alusión a la información sobre los hipotéticos derechos que podrían generarse de cara a la jubilación, tal y como se prevé para el sistema público. Asimismo, se insiste en la necesidad de establecer un sistema de comunicación veraz y adecuado con los socios o titulares, cuya participación deberá ser periódica; y la necesaria evaluación de los gestores, respecto de sus competencias y de su desempeño en el proceso de generación de los complementos (Pacto de Toledo de 2020).

- Remover los obstáculos a la movilidad de los trabajadores que puedan derivar de las regulaciones internas de los sistemas de pensiones, incluidos los planes complementarios de pensiones.
- Asegurar la adecuación de la cuantía de las pensiones.

Respetando las orientaciones establecidas en el Libro Blando se celebra la Cumbre Social Europea en noviembre de 2017, bajo el lema: "En favor del empleo justo y el crecimiento: reforzar la dimensión social de la UE". En esta Cumbre se proclamó el denominado Pilar Europeo de Derechos Sociales en el que se redefinen los derechos sociales de los ciudadanos europeos, estructurándolos en veinte principios, repartidos en tres categorías: a) Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo; b) Condiciones de trabajo justas y c) Protección e inclusión social.

[76] La mayor parte de las previsiones que se contienen en esta Recomendación están inspiradas en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

[77] Para un conocimiento más exhaustivo véase Suárez Corujo, B: "La protección social privada", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* nº 29-30, 2012, pp. 541-542.

En cuarto lugar, el Pacto de Toledo aclara que las mutualidades de previsión social ponen a disposición de la ciudadanía instrumentos que se diferencian del sistema público, pero que deben ser articulados "en colaboración..." con él. A este respecto, la gestión de dichos mecanismos debe ser más transparente de lo que ha sido hasta ahora, de manera que los costes de administración por las entidades promotoras no comporten rendimientos negativos para los ahorradores, pues de ello se desprende la necesidad de regular fórmulas más intensas de protección de los ahorros invertidos en este tipo de sistemas complementarios.

En línea con la reforma del Pacto de Toledo de 2020 se publica, en el Boletín oficial de las Cortes Generales[78], el Proyecto de Ley de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo[79]. Ahora bien, con fecha de 30 de junio, sale a la luz la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones[80]. Esta norma cumple así con los compromisos que venía ya recogidos en el proyecto de ley, de forma que introduce dos capítulos adiciones: 1) relativo a fondos de pensiones de empleo de promoción pública abierta y 2) sobre planes de pensiones de empleo simplificados. De este modo, simplifica los procesos de promoción y gestión de los planes de pensiones de empleo.

Junto a los fondos de pensiones de promoción conjunta, se podrán adherir los nuevos planes de pensiones simplificados y, de igual modo, los planes de pensiones de empleo de aportación definida para las pensiones de jubilación, sin perjuicio de que puedan ofrecer cobertura frente a otras contingencias.

Por otra parte, se crean los planes de pensiones de empleo simplificados que podrán configurarse de la siguiente manera: 1) Planes de pensiones de empleo promovidos por las empresas incluidas en los acuerdos colectivos de carácter sectorial que instrumenten compromisos por pensiones en favor de sus trabajadores, con especial atención a promover su implantación en las pequeñas y medianas empresas; 2) Planes de pensiones de empleo del sector público promovidos por las Administraciones públicas, incluidas las corporaciones locales, las entidades y organismos de ellas dependientes, que instrumenten compromisos por pensiones en favor del personal a su servicio; 3) Planes de pensiones de trabajadores por cuenta propia o autónomos, promovidos por las asociaciones, federaciones, confederaciones o uniones de asociaciones de trabajadores

[78] Publicado a fecha de 4 de marzo de 2022, serie A, núm. 93-1.

[79] Este proyecto destaca el deterioro que estos mecanismos de previsión social complementaria han sufrido en los últimos años, sobre todo desde el año 2012 hasta la actualidad. Ciertamente, la situación de crisis económica originada por el COVID-19 no ha ayudado a revertir la tendencia a la baja que vienen sufriendo estos mecanismos. Es por ello que, urgentemente, se pretenda fomentar los planes de pensiones de empleo, valiéndose para ello de la negociación colectiva sectorial. Las medidas específicas que pretenden modificarse en el actual Real Decreto Legislativo 1/2022 inciden sobre los siguientes puntos: a) creación de un fondo de pensiones de empleo de promoción público, aunque gestionado por el sector privado; b) ampliar e incluir en el sistema de planes de pensiones de empleo a los trabajadores que se encontraban excluidos, estableciendo para ello un mecanismo de financiación mixta (entre trabajadores y empresas); c) emplear la digitalización para simplificar los trámites de adscripción y gestión de los planes de pensiones; d) impulsar el establecimiento de mecanismos que favorezcan la movilidad de los trabajadores entre empresas y sectores; e) se debe diseñar un nuevo incentivo fiscal que favorezca el impulso de este mecanismo de segundo nivel, para lo cual se pretende atraer a aquellos colectivos con rentas más bajas, incluyendo a los jóvenes y f) limitar los costes en la gestión de estos planes.
Finalmente, este proyecto de ley pretende simplificar la actual división entre planes de pensiones, siendo consciente de las coincidencias que -con los planes de pensiones de empleo y los individuales- tienen con los planes de pensiones asociados. A este respecto, se añaden dos nuevos capítulos al Real Decreto Legislativo 1/2002, de un lado, el Capítulo XI "Fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos" y, de otro, el Capítulo XII sobre los "Planes de pensiones de empleo simplificados". La idea no es que desaparezcan los planes de pensiones asociados, sino fomentar -en primer lugar- los planes privados y de empleo.

[80] BOE núm. 157 de 1 de julio de 2022.

por cuenta propia o autónomos, por sindicatos, por colegios profesionales o por mutualidades de previsión social, en los que sus partícipes exclusivamente sean trabajadores por cuenta propia o autónomos y 4) Planes de pensiones de socios trabajadores y de socios de trabajo de sociedades cooperativas y laborales, promovidos por sociedades cooperativas y laborales y las organizaciones representativas de las mismas.

Para las empresas adheridas a un convenio colectivo estatutario de carácter sectorial por el que se prevea la instrumentación de compromisos por pensiones con sus trabajadores a través de un plan de pensiones de empleo sectorial simplificado se indica que podrán éstas adherirse al mismo si así lo establece el citado convenio. Por su parte, el régimen de contribuciones empresariales será el acordado convencionalmente, si bien las empresas podrán mejorar dicho importe. Igualmente, el convenio colectivo de carácter sectorial podrá prever la posibilidad de que las empresas del sector puedan no adherirse al plan sectorial simplificado solo en el caso de acordar la promoción de su propio plan de pensiones de empleo que en ningún caso podrá ser de inferiores condiciones al plan sectorial.

Además, los planes de pensiones de empleo simplificados podrán regular (aparte de las contingencias de jubilación) las prestaciones por incapacidad permanente, fallecimiento y dependencia del partícipe, así como las garantizadas a los beneficiarios una vez acaecida cualquier contingencia y sus reversiones, deberán articularse en su totalidad mediante los correspondientes contratos de seguro previstos por el plan, el cual en ningún caso asumirá los riesgos inherentes a dichas prestaciones.

Otras de las modificaciones que se introducen son las siguientes: a) los planes de pensiones de empleo no podrán establecer periodos de carencia para el acceso de los trabajadores participes superiores a un mes; b) se modifican los límites de aportaciones y contribuciones empresariales a planes de pensiones (con efectos desde el 1 de enero de 2023) y c) se introduce una doble excepción al límite de 1500 euros como reducción máxima en la base imponible del IRPF por aportaciones y contribuciones a planes de pensiones.

A pesar de la evolución experimentada en materia de "protección social complementaria" se mantienen algunas críticas al respecto. Una de las cuestiones más debatidas ha sido la referente al impulso de estos mecanismos, en lugar de fomentar y reforzar el sistema público de Seguridad Social (tal y como indica el Pilar Europeo de Derechos Sociales)[81]. En esta línea, una parte de la doctrina opina que de imponerse la Recomendación 16ª del Pacto de Toledo la nación española acabaría abocada a "abandonar el sistema actual, basado en el reparto solidario entre generaciones y comunidades" y, todo ello, por apostar "... por un sistema de capitalización individual que sería la antelasala de la mochila austriaca: tanto tienes, tanto vales". En definitiva, se piensa que la Seguridad Social sería cada vez más insuficiente y pobre, por lo que no llegaría así a cumplir con los objetivos mismos que determinaron el nacimiento de la misma, pero tampoco con los compromisos sociales más básicos que se imponen desde el ámbito de la Unión Europea.

Aparte, los mecanismos de protección social complementaria presentan una serie de inconvenientes que no logran solventarse. El primero se refiere a su escasa y desigual implantación en las empresas. Mientras que en las grandes empresas se han establecido compromisos por pensiones que vinculan a todos los trabajadores, por el contrario, en las pequeñas y medianas empresas su implantación ha sido muy desigual (también se encuentran diferencias en función

[81] El Pilar Europeo de Derechos Sociales tiene la virtud práctica de elevar a la categoría de derechos sociales de los ciudadanos europeos la realización de los principios de contributividad, suficiencia, igualdad y universalidad en materia de pensiones. A su vez, la realización de esos principios exige hacer compatible la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones con la adecuación de su cuantía.

del sector). Además, cabe destacar la desigual distribución que del patrimonio se realiza por persona. En efecto, frente a unos pocos miles de trabajadores con patrimonios que garantizan una verdadera previsión social complementaria, aparece un gran número de trabajadores cuyos ingresos son testimoniales[82].

Otros de los problemas que presentan los sistemas complementarios por pensiones se relaciona con las dificultades de acceso a los mismos. En particular, en los instrumentos referidos al tercer pilar, el acceso a los mismos se ha producido más con la finalidad de reducir la presión fiscal que de complementar al sistema público de Seguridad Social. Ahora bien, justo en los planes de empleo se han encontrado especiales dificultades en cuanto que se exige una cierta antigüedad en la empresa para el acceso a los mismos como partícipe. Ello supone excluir, fundamentalmente, a trabajadores temporales y en precario. Lo cual contradice la misma noción de trabajo decente y, por ende, de acceso a unas condiciones dignas de jubilación[83].

Finalmente, habría que garantizar que los mecanismos de protección social complementaria cumplan efectivamente con la finalidad para la que se han creado, esto es, complementar al sistema público de Seguridad Social. El problema ha sido que, en España, al igual que en el resto de países de la OCDE, los sistemas complementarios de capitalización se han orientado hacia el modelo de contribuciones definidas, lo que supone trasladar al partícipe el riesgo de las inversiones. Ello, ciertamente, desincentiva a la hora de decidir si contratarlos o no. De ahí que sean pocos los trabajadores que concierten estos sistemas voluntarios de protección social complementaria. Los factores financieros y económicos a tener en cuenta, entre otros: la rentabilidad del fondo durante toda la vida activa, los gastos de gestión, los costes de seguros y rentas vitalicias, tipos de interés, tablas actuariales... etcétera; se convierten en decisivos a la hora de determinar el cálculo de la pensión de los partícipes, tanto o más que el esfuerzo de cotización de éstos o del promotor del plan[84]. Es por ello que resulte necesario romper con este modelo, de forma que la adhesión fuese obligatoria sólo en el caso de aquellos sistemas complementarios vinculados a la empresa (esto es, aquellos que se encuentran en el segundo pilar) eliminando por consiguiente los periodos de espera y antigüedad, al tiempo que se fomenta la libre desafiliación. Ciertamente, para que la cobertura que ofrecen los sistemas de previsión complementarios alcance a una población cada vez más amplia se tiene que potenciar los mecanismos del segundo pilar, es decir, los de carácter profesional ligados a la relación laboral, aspecto sobre lo que ya incide la actual Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo[85]. Es ésta la tendencia reformista que siguen los países de nuestro entorno, con la cual se persigue la materialización de fórmulas de capitalización en los sistemas de protección social concertadas a nivel empresarial o sectorial. Para ello, habría que seguir avanzando por el cauce de la negociación colectiva como vía estratégica de generalización de la previsión social complementaria. De este modo, los trabajadores españoles podrán jubilarse con dos fuentes de renta[86], lo que nos acercaría al establecimiento de unas pensiones de jubilación dignas.

---

[82] Fernández Bernat, J.A: "Capítulo III. La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas"... *Op. Cit.*, p. 389.

[83] Suárez Corujo, B: *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad,* Valladolid, Lex-Nova, 2014.

[84] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: *Los planes de pensiones en el sector público... Op. Cit.*

[85] Específicamente, este proyecto de ley incide en la necesidad de generalizar estos planes de pensiones en el sector público, pero también entre los trabajadores autónomos o por cuenta propia.

[86] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación u nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo... Op. Cit.*, p. 73-79.

4. Bibliografía

Aguilera Izquierdo, R., Barrios Baudor, G., Sánchez-Urán Azaña, Y.: *La protección social complementaria,* Madrid, Tecnos, 2005.

Almansa Pastor, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social,* Madrid, Tecnos, séptima edición, 1991.

Alonso Olea, M y Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social,* Madrid, Civitas, Décimo cuarta edición, 1995.

Betti, E: *Teoría general del negocio jurídico*, edición y Estudio Preliminar, "El negocio jurídico como categoría problemática", a cargo de J.L Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

Casas Baamonde, M.E: *Autonomía colectiva y Seguridad Social,* Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977.

Castro Argüelles, M.A.: "El papel de los planes y fondos de pensiones en el sistema de previsión social", *Actualidad Laboral,* Sección doctrina, 1999, Ref. XXXII.

De la Puebla Pinilla, A., De Sandez Pérez-Bedmar, M. y Suárez Corujo, B.: "La protección social complementaria en la negociación colectiva", en VV.AA., Escudero Rodríguez, R (Coord.): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

De La Villa Gil, L.E.: "La reforma de la composición del sistema de Seguridad Social y del modelo de protección social", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* nº29-30, 2012.

De La Villa Gil, L.E.: "Las pensiones sociales: problemas y alternativas", en VV.AA., *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.

Durand, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico,* edición al cuidado de J.L Monereo Pérez, Granada, Comares, 2001.

Fernández Bernat, J.A: "Capítulo III. La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas", en VV.AA., Ortiz Castillo, F; Rodríguez Iniesta, G y López Insua, B.M (Coords.)., *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible,* Murcia, Laborum, 2019.

Gallego Losada, R.: "El fondo de reserva, un bello espejismo", en VV.AA., Hierro Hierro, F. J (Dir y Coord)., *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo" (2020),* Navarra, Aranzadi, 2021.

Gallego Losada, R.: "La inseguridad jurídica derivada de la contrarreforma de las pensiones públicas de jubilación: ¿quiebra de los derechos de los pensionistas?, *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* Nº22, 2020.

García Murcia, J: "El espacio de pensiones privadas", en VV.AA.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II),* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.

García Ninet, J.I: "Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes", *Tribuna Social,* nº 40, 1994. ISSN: 1130-7331

López Cumbre, L: "La externalización de los premios de jubilación", en la *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* nº 8, 2003.

López Gandía, J.: *Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

López Insua, B.M: "El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada", en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A (Dirs)., *Envejecimiento activo y vida laboral,* Granada, Comares, 2019.

López Insua, B.M: "La negociación colectiva de reestructuración empresarial en la Directiva Comunitaria sobre despidos colectivos", en VV.AA., *Perspectiva de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo,* Madrid, Cinca, 2015.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: *La sostenibilidad de las pensiones públicas, M*adrid, Tecnos, 2014.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A: "La protección social complementaria "externa" al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes", en VV.AA, Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social, Estudio de su régimen jurídico, actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas urgentes en materia de Seguridad Social,* Granada, Comares, 2008. ISBN: 978-84-9836-352-4

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Parte X. Protección social complementaria", en VV.AA, Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C (Dir y Coord.): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía,* Granada, Comares, 2009.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes de pensiones en el sector público,* Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2008.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación u nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo,* Albacete, Bomarzo, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La previsión privada y su funcionalidad en el marco del envejecimiento activo, e*n Monereo Pérez, J.L.,

Maldonado Molina, J.A. (Dirs.): *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español,* Granados Romera, M.J. y Fernández Bernat, J.A. (Coords.), Granada, Comares, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación, 2*ª ed., Murcia, Laborum, 2022.

Monereo Pérez, J.L. y Viñas Armada, J.M.: "Acción protectora (artículo 39 CE)", en VV.AA, Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N. (Dirs): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social, Tomo I. Arts. 1 a 127,* Granada, Comares, 1999.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Derecho de Seguridad Social,* Madrid, Tecnos, 2021.

Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones,* Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: *Público y Privado en el Sistema de Pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996.

Monereo Pérez, J.L.: *Los planes del sistema de empleo,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997.

Monereo Pérez, J.L.: *Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias,* Ponencia General en VV.AA: *Los Planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social),* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* nº Extra 1, 2010.

Monereo Pérez, J.L.: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L. (Dir.), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos,* Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J.L.: "El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri: La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social,* Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008.

Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (artículo 41 CE)", en VV.AA,

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C y Moreno Vida, M.N. (DIRS): *Comentario a la Constitución socio-económica de España,* Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J.L.: "El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria", *Revista Relaciones Laborales,* nº14, 1991.

Monereo Pérez, J.L.: "El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del pacto de Toledo", *Aranzadi Social,* nº 15-10, diciembre 2010.

Palomeque López, C.: "Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución", VV.AA. en el volumen: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

Ripert, G.: *El régimen democrático y el Derecho Civil Moderno, revisión, edición y estudio preliminar*; "Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de jurista liberal" (pp. IX-LXXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022.

Rodríguez-Piñero, M. y González Ortega, S.: "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma", en VV.AA.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-CARL, 1985.

Rodríguez-Piñero, M.: "Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas", *Relaciones Laborales,* Tomo II, 1988.

Ruesga Benito, S.M.: "Reflexionando sobre el futuro de los sistemas de pensiones", *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* Nº23, 2020.

Salvador Pérez, F.: "Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* nº 43, julio/septiembre, 1990.

Sánchez-Urán Azaña, Y. y Aguilera Izquierdo, R: "La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social", en VV.AA, Sempere Navarro, A.V (Dir.) y Martín Jiménez, R (Coord.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

Suárez Corujo, B.: *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad,* Valladolid, Lex-Nova, 2014.

Suárez Corujo, B.: "La protección social privada", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* nº 29-30, 2012.

Suárez Corujo, B.: "RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones: un nuevo paso en el empecinado intento de fomentar la protección social complementaria", *Relaciones Laborales,* Nº15/16, Tomo II, 2004.

Suárez Corujo, B.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*, Madrid, Lex Nova, 2003.

Venturi, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

VV.AA., López Cumpre, L. (responsable): *La participación privada en el sistema de protección social español,* publicado en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/b7b282b5-a55b-4bd5-b044-86c8ec2ad44e/25_PF10_1.pdf?MOD=AJPERES

Yanini Baeza, J.: "La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias. Mutualidades. Contrato de Seguro", en VV.AA, De La Villa Gil, L.E: *Derecho de la Seguridad Social,* Valencia, Tirant lo Blanch 4º edición, 2004.

¿Es inevitable la presencia de las pensiones privadas como complementarias de las públicas? Evaluación jurídico-social del modelo constitucional de pensiones en España y su alcance práctico en relación a la reforma de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, respecto de la pensión de jubilación

Enrique Martín-Serrano Jiménez
Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid. Consejero del Consejo Económico y Social de España, vocal del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) en representación de Comisiones Obreras
https://orcid.org/0000-0002-0546-0335

"El mejor sistema de pensiones es el que se puede pagar"

José Mª Aznar López (presidente del Gobierno de España 1996-2004)

"El orden adecuado para calcular la inversión que necesita cualquier política pública es este: 1º qué necesitamos, 2º cuánto cuesta, y 3º cómo lo vamos a pagar. No hay que olvidar nunca que los números son imprescindibles, pero sirven para sostener ideas"

(escuchado en una asamblea de trabajadores sobre la reforma de pensiones)

1. ¿Qué se espera del sistema público de pensiones? El modelo constitucional de pensiones y sus objetivos

Es notorio que a la hora de evaluar el presente y el futuro del sistema público de pensiones una parte significativa, quizá mayoritaria, del relato que proyectan los medios de comunicación, y que acompaña una parte no menor de la doctrina científica, tiene como eje vertebrador su insostenibilidad y un alegato en defensa de la necesidad de que sean complementadas por pensiones privadas. Se alega para ello tanto la insostenibilidad financiera del sistema público como la insuficiencia de las propias pensiones, y sobre lo que nos detendremos con mayor detalle más adelante.

El presente trabajo tiene como objetivo reflexionar en torno a si este fenómeno realmente se produce, o no, y, en su caso, en qué términos lo hace. En definitiva nuestro objetivo es el de evaluar nuestro modelo de pensiones, y para ello conviene comenzar por presentar el marco general del propio modelo y, singularmente, el papel que en el mismo tiene atribuido lo que hemos definido como los ámbitos público y privado.

La Constitución española (CE) de 1978 es gregaria de la línea reformista que tras la Segunda Guerra Mundial impuso la centralidad de los sistemas públicos de Seguridad Social en la definición de los Estados Sociales modernos[1]. De ahí que nuestro modelo de pensiones se encuentre constitucionalizado en el art. 41 CE, en donde se establece que *"Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres"*; y junto al que habría de referenciar el art. 50 CE por el que se establece que *"Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad…"*

Este marco general conformado por los artículos 41 y 50 CE[2], a su vez, debe ser interpretado imperativamente con arreglo al artículo 10.2 CE en relación con los artículos 93 a 96 de la propia Constitución y conectado, por tanto, con el art. 12 de la Carta Social Europa (revisada)[3]; lo que configura a la Seguridad Social como un derecho dotado de un contenido esencial que actúa como límite al desarrollo legal ordinario de las previsiones constitucionales[4].

---

[1] En relación al debate científico relativo a la conformación del Estado Social y su constitucionalización a partir de 1946, vid: Schumpter, J. A. Capitalismo, Socialismo y Democracia. Aguilar Ediciones, México-Madrid-Buenos Aires, 1952; Rubio Llorente, F. "Europa y Estado Social". Conferencia pronunciada en la Fundación Juan March, en Madrid, el 2 de diciembre de 1993, minutos 20 a 22 en: www.march.es/conferencias/anteriores/voz.aspx?p1=22177&l=1; Bourideu, P. Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992). Anagrama, Barcelona, 2014, p. 497; Martín-Serrano Jiménez, E. El Principio de Cooperación como solución del Estado Autonómico. Una propuesta para la reforma (constitucional, o no) del sistema público de protección social en España. Editorial Comares, Granada, 2018, pp: 1-7

[2] Para un análisis exhaustivo de la institución de Seguridad Social vid: Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza. Instituciones de Seguridad Social. Decimoquinta edición. Civitas, Madrid, 1997. pp: 19-53

[3] Monereo Pérez, J.L.: La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis, Murcia, Laborum, 2021

[4] Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)", en VV.AA.: Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524; Monereo Pérez, J.L.: "Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental", en RTSS. CEF, núm. 429 (2018). Y, en una perspectiva de conjunto sobre la Seguridad Social como derecho constitucional garantizado, Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1995, pp. 194 y ss.

A su vez, la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional en orden a interpretar el conjunto del bloque constitucional[5] del que hablamos ha ido perfilando progresivamente la definición exacta de nuestro modelo constitucional de pensiones, que cabría sistematizar en el siguiente esquema:

1. La existencia de un sistema "público" y obligatorio de Seguridad Social cuya función es la de garantizar pensiones "adecuadas" y "suficientes", y cuya cobertura debe ser universal.

2. La posibilidad de que exista un ámbito "complementario" al anterior, pero que no puede ser sustitutivo del mismo, y que ha de ser de carácter "libre", esto es, de cobertura voluntaria.

3. El ámbito público del sistema de pensiones se articula desde un modelo de reparto (conocido como de 1er pilar)[6], financiado prioritariamente mediante cotizaciones sociales y gestionado por la administración pública. El ámbito complementario se articula desde un modelo de capitalización que puede darse con carácter colectivo en el marco de las empresas (2do pilar) o con carácter estrictamente individual (3er pilar), se financia exclusivamente con aportaciones de los partícipes y su gestión es privada a través de entidades financieras y de seguro.

4. El concepto de "adecuación" de las pensiones (art. 50 CE) ha de ser entendido en relación al principio de contributividad. Esto es, la relación que existe entre el esfuerzo que una persona trabajadora realiza financiando el sistema mediante cotizaciones sociales y la cuantía de la prestación que percibe.

5. El concepto de "suficiencia" de las prestaciones (art. 41 CE) ha de ser entendido en relación al principio de solidaridad. Esto es, la garantía pública de que las situaciones de necesidad debidamente acreditadas de personas que no han cotizado, o lo han hecho de forma insuficiente, han de verse protegidas por el sistema de Seguridad Social.

6. El sistema de pensiones se configura como un sistema de aseguramiento y, por tanto, su objetivo prioritario no es la redistribución de la riqueza; sin embargo, como

[5] Para un estudio sistemático de la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, vid: Valdueza Blanco, M.D. La Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional (1981-2020). Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; Sánchez-Urán Azaña, Y. y Aguilera Izquierdo, R: "La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social", en VV.AA, Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Martín Jiménez, R (Coord.): EL modelo social en la Constitución Española de 1978, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)", en VV.AA.: Comentario a la Constitución Socio-Económica de España, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524; Monereo Pérez, J.L.: Público y privado en el sistema de pensiones, Madrid, Tecnos, 1996; Rodríguez-Piñero, M y González Ortega, S: "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma", en VV.AA, II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Prados De Reyes, F.J (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

[6] El conocido como "Código de Lovaina" (1977) sirve como base teórica internacionalmente aceptada para estructurar la arquitectura financiera de los sistemas de pensiones en tres pilares o niveles. Su nombre se debe a que dicho marco teórico es fruto de los estudios e investigaciones emprendidos por el Instituto de Seguridad Social de la Universidad de Lovaina que culminaron en el conocido como coloquio de septiembre de 1977 en el que se concretó este modelo. Antes, algunos autores habían ya comenzado a teorizar en esta línea, entre otros, vid: Dupeyroux, J.J. Évolution et tendances des systèmes de Sécurité Sociale des pays membres des Communautés Européennes et de la Grande-Bretagne, Services des publications des Communautés Européennes, Luxembourg, 1966 disponible en: http://aei.pitt.edu/36107/1/A2119.pdf; para una descripción más completa de la concreción de este maro teórico vid: Gómez Salvado, M.A. "Los tres pilares fundamentales en los que se apoya el modelo español de pensiones ¿Hacia dónde vamos?". *Revista Iuslabor*, Nº. 3, 2021. disponible on line en: https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/391351/487924

ocurre con todas las políticas públicas del Estado Social, debe contribuir a ella. De ahí que en nuestro sistema de Seguridad Social el principio de contributividad debe entenderse en conexión con el principio de solidaridad, garantizando un equilibrio adecuado entre ambos.

7. La "sostenibilidad" no es un objetivo expreso de nuestro modelo constitucional de pensiones, pero resulta un requisito necesario para garantizar en la práctica el propio modelo. Cabe aquí destacar que su garantía debe asegurarse en una doble dimensión. De un lado, la "sostenibilidad financiera" ya que no existe ningún derecho social, por muy perfecta que sea su factura jurídica, que se pueda proveer en la práctica sin un apunte presupuestario que lo materialice. De otro lado, la "sostenibilidad social", esto es, el grado de legitimación social que una sociedad confiere a una institución, no sólo para ponerla en valor, sino también para defenderla frente a ataques de terceros, lo que exige que los valores que la conforman sean compartidos y que su resultado material se ajuste a los términos en los que se ha definido.

2. EL sistema de pensiones no es ni generoso ni mezquino. Grado de cumplimiento de los objetivos constitucionales del sistema público de pensiones

Una vez establecido el marco de nuestro modelo constitucional de pensiones, evaluemos el grado de cumplimiento que ha conseguido alcanzar en la práctica.

Como señalábamos antes, son habituales las críticas a nuestro modelo de pensiones desde diversas posiciones ideológicas. De un lado, quienes arremeten contra él para justificar la necesidad de su complemento con pensiones privadas, justifican tal conclusión desde un curioso relato que, de un lado, critica la excesiva generosidad del sistema público, lo que contribuye a su insostenibilidad financiera (que, además, se considera inevitable como consecuencia de la evolución socio-demográfica). Y, al mismo tiempo, se señala la insuficiencia de las prestaciones que ya sufren quienes tienen rentas más altas (como consecuencia en gran medida de los límites de pensión máxima y la fórmula de cálculo de las prestaciones), pero también en relación a la que sufriría el grueso de la población trabajadora de "clase media" si la fórmula de cálculo no fuese tan generosa como la actual y se ajustase a las verdaderas posibilidades que, desde este punto de vista, realmente pude asumir el sistema.

En paralelo, y desde sus antípodas ideológicas, se produce también una crítica que arremete contra la suficiencia general de las pensiones públicas, tachándolas de mezquinas singularmente respecto de los segmentos de población con renta más baja. Si bien en este caso la solución a tal insuficiencia no pasa por la complementariedad de las prestaciones desde el ámbito privado, sino sencillamente por una descausalización del modelo constitucional en relación al principio de contributividad, de manera que, en esta lógica, se constituya como un sistema cuyo objetivo prioritario sea la redistribución de la riqueza y no como un mero mecanismo de seguro. Aunque no forma parte propiamente del objeto de este trabajo, intentaremos también dar respuesta a este segundo grupo de opinión, por cuanto no deja de ser una crítica en la que subyace una propuesta alternativa al actual modelo constitucional de pensiones.

Así las cosas, y comenzando por señalar que el alcance material que es capaz de garantizar el sistema público de pensiones es, sin la menor duda, mejorable, desde nuestro punto de vista no existe evidencia empírica que permita aceptar como válidas las aseveraciones en relación a que nuestro modelo sea excesivamente generoso ni tampoco mezquino; de la misma forma que tampoco cabe alegar una situación de insostenibilidad financiera que haga necesariamente inviable el sistema ni en el corto, ni en el medio, ni el largo plazo.

2.1. Adecuación (art. 50 CE)

Como ya hemos señalado, el concepto de "adecuación" de las pensiones (art. 50 CE) ha de ser entendido en relación al principio de contributividad. Esto es, la relación que existe entre el esfuerzo que una persona trabajadora realiza financiando el sistema mediante cotizaciones sociales y la cuantía de la prestación que percibe.

Centraremos nuestro estudio sobre el conjunto de pensiones del sistema con carácter general y, particularmente, en la pensión de jubilación por ser esta la prestación que tiene una relación de contributividad más directa, además de suponer el grueso del sistema de pensiones; no en vano, de los 9,9 millones de pensiones contributivas actualmente en vigor (julio de 2022), 6,2 millones son de jubilación.

Como muestra el cuadro 1, mientras que la cuantía media del conjunto de pensiones en vigor se sitúa en 1.090 €/mes, las pensiones de jubilación lo hacen en un importe medio de 1.254 €/mes en relación al Total del Sistema, en 1.403 €/mes en el caso de las generadas en el Régimen General y en 835 €/mes en las del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Se trata del perfil de prestación que corresponde a las personas jubiladas más veteranas que, en media, llevan percibiendo una prestación de este tipo desde hace aproximadamente una década[7].

Cuadro 1: Cuantía media de las Pensiones en vigor (julio 2022) (€/mes)

	Total Sistema	Régimen General	Régimen Especial de Autónomos
Total pensiones	1.090,43	1.194,91	750,97
Jubilación	1.254,95	1.403,76	835,44

Fuente: Seguridad Social

Sin embargo, si nos fijamos en las nuevas altas de jubilación que se han producido en el año 2021, las cuantías son claramente más altas, tal y como se aprecia en el cuadro 2. En este caso estas pensiones han sido generadas por personas trabajadoras con una edad media de 64 años.

Cuadro 2

Altas iniciales de pensión año 2021

	Total Sistema		Régimen General		Régimen Especial de Autónomos	
	Número	Pensión media (€/mes)	Número	Pensión media (€/mes)	Número	Pensión media (€/mes)
Total pensiones	582.647	1.117,30	461.271	1.206,30	105.780	727,81
Jubilación	316.056	1.388,69	256.016	1.502,99	57.134	853,28

Fuente: Seguridad Social

De la comparación de los datos incluidos en los dos cuadros precedentes, cabría extraer las siguientes conclusiones:

— Con carácter general, las cuantías de las nuevas altas de pensión son superiores a las que presentan las pensiones en vigor, como consecuencia del aumento del esfuerzo

[7] La edad media de las personas titulares de pensión de jubilación es de 74,9 años para el Total Sistema, 74,2 años en el Régimen General y 76,4 años en el caso del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. En el caso del conjunto de pensiones, la edad media de las personas titulares es de 71,6 años.

contributivo que se registra en las carreras de cotización de las personas que están ahora alcanzando la edad de pensionamiento respecto de la que acumularon las generaciones precedentes.

A modo de ejemplo, cabría señalar que las personas con carrera de cotización igual o superior a 35 años en el momento de acceder a la jubilación se han incrementado en 10 puntos porcentuales considerando las que acreditan las nuevas altas (74,44 %) respecto de las de los pensionistas en vigor (64,03 %)[8].

— Tanto en las pensiones en vigor como en las nuevas altas, se aprecia que las pensiones de jubilación son de cuantía superior a las del conjunto de pensiones, como consecuencia precisamente de los elementos de contributividad que se utilizan a la hora de calcular las prestaciones.

Probablemente una de las principales diferencias que ayude a explicar esta mayor relación de contributividad radica en que en el caso de la jubilación el porcentaje de la base reguladora al que se genera derecho, y con el que se conforma la cuantía de la prestación, depende en relación directa con el tiempo de cotización efectiva que acredita el pensionista. Sin embargo, que en el resto de clases de pensión dicho porcentaje está establecido de forma automática en función de las situaciones que se pretenden proteger en cada caso.

— Se aprecia claramente una clara diferencia entre las cuantías de las pensiones que se generan en el marco del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y el Régimen General, que son más altas, también como consecuencia de las diferencias de esfuerzo contributivo que se registra en las carreras de cotización de ambos regímenes.

A este respecto cabría destacar, entre otros, el efecto de los periodos de cotización que se acreditan en el momento de la jubilación. Hemos de señalar con carácter previo que las personas afiliadas al RETA vienen registrando en las últimas décadas un crecimiento en sus carreras de cotización muy relevante, que se mantiene de forma sostenida en el tiempo, y que ha sido singularmente intenso desde la aprobación de la reforma de pensiones de 2011, a través de la *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social,* una norma que ha contribuido de forma clara a la modificación de comportamientos del conjunto de personas trabajadoras y especialmente de los autónomos en relación al esfuerzo contributivo exigido en el sistema de Seguridad Social. No obstante, las carreras de cotización de las personas trabajadoras por cuenta propia todavía presentan una diferencia relevante con respecto a las de las personas trabajadoras por cuenta ajena. Así, entre las personas que han accedido en 2021 a la jubilación en el Régimen General lo han hecho con carreras de cotización igual o superiores a 35 años en el 75,91 % de los casos, mientras que en el RETA lo han hecho en el 67,6 %[9].

Más relevante aún resulta actualmente el efecto que despliega sobre las pensiones finales la posibilidad de elección de las bases de cotización del que disfrutan las personas afiliadas al RETA, y cómo se utiliza esta facultad. Resulta bastante gráfico el hecho de que en ejercicio 2022 la base de

[8] *Vid.* MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. Informe Económico-financiero del Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social para el ejercicio 2022. Tomo III. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. p. 202.

[9] Puede consultarse con mayor detalle las diferencias de esfuerzo contributivo entre ambos regímenes en relación a la pensión de jubilación en: MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. Informe Económico-financiero del Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social para el ejercicio 2022. Tomo III. *Op. Cit.* pp. 194-222.

cotización media de cotización en el Régimen General, que se encuentra directamente vinculada a los salarios percibidos, se ha situado en 1.976,42 €/mes, mientras que en el Régimen Especial de Autónomos (RETA), donde hasta ahora la persona trabajadora podía elegir libremente su base de cotización, lo ha hecho en 1.140,65 €/mes[10] (esto es, en el 57,7 % de la base media del Régimen General). De hecho, al cierre del ejercicio 2021 el 64,5 % de los afiliados al RETA eligieron voluntariamente cotizar por la base mínima de cotización, una proporción que es incluso superior en las cohortes de personas afiliadas más jóvenes y sólo se reduce parcialmente a partir de los segmentos de edad en los que las bases de cotización comienzan a considerarse en el periodo de cálculo de la cuantía de la base reguladora de la prestación. Pero aún así, incluso entre las personas afiliadas al RETA mayores de 50 años optan por mantener la cotización por la base mínima en el 55,6 % de los casos[11].

También contribuye gravemente a este fenómeno el hecho de que la base mínima de cotización establecida para el RETA (960,60 €/mes) sea muy inferior a la del Régimen General (1.166,70 €/mes) y suponga tan sólo el 86 % de ésta.

No es casualidad, por tanto, que la primera fase de la reforma de pensiones abordada en el marco del diálogo social en el año 2021 haya incluido un nuevo régimen jurídico de cotización para el RETA, vinculando la base de cotización a los ingresos reales del trabajador autónomo, que se ha concretado normativamente en el *Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad*, que comenzará a operar de forma progresiva a partir del año 2023 y que culminará su plena implantación en el año 2032, momento en que las bases de cotización de las personas trabajadoras autónomas estarán directamente vinculadas a sus ingresos reales, y donde se establece además la convergencia de las cuantías de la base mínima del Régimen General y el RETA en un periodo de tres años.

Por todo ello, debemos concluir que la pensión de jubilación que ofrece el sistema público de pensiones ofrece una prestación directamente vinculada al esfuerzo contributivo realizado por las personas trabajadoras, registrándose diferencias relevantes en la cuantía de la prestación en relación directa con la contribución realizada en cada caso.

Establecida así la inequívoca relación de contributividad de la pensión de jubilación (mayor cuantía cuanto mayor esfuerzo contributivo), cabe ahora preocuparnos por si tal relación es realmente generosa, o no lo es tanto.

Cabe utilizar para ello la referencia que nos ofrece la estadística oficial que periódicamente publica la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), y que posibilita el análisis comparado con los sistemas de pensiones de nuestro entorno. Precisamente es esta estadística la que se suele utilizar para glosar el carácter pretendidamente generoso que se atribuye a nuestro sistema público de pensiones.

Como se aprecia en el gráfico 1, en el año 2021 las pensiones españolas presentaron una tasa de reemplazo[12] equivalente al 73,9 % del último salario de las personas trabajadoras, haciéndolo

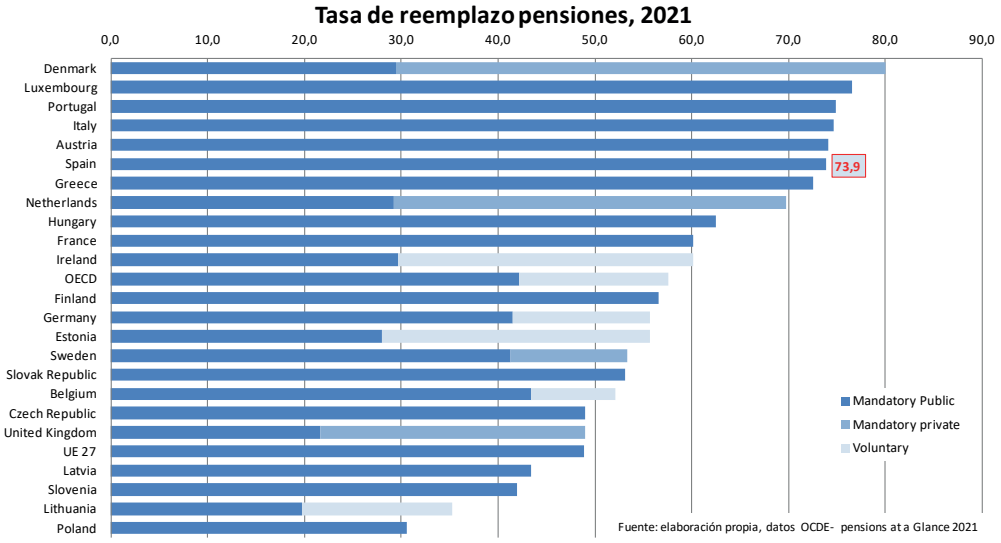
[10] MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. Informe Económico-financiero del Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social para el ejercicio 2022. Tomo III. *Op. Cit*. pp. 124 y 141.

[11] MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL. Trabajadoras y trabajadores autónomos, personas físicas en alta en la Seguridad Social. Resumen de resultados. 31 diciembre de 2021, p. 4 disponible en https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2021/4TRIMESTRE/Resumen-de-resultados-4o-trim-2021.pdf

[12] La tasa de reemplazo se mide como el porcentaje del último salario al que equivale la cuantía de las pensiones reconocidas.

exclusivamente mediante prestaciones de 1er pilar (esto es, mediante un sistema público obligatorio financiado por cotizaciones sociales y articulado mediante el modelo de reparto)[13].

Gráfico 1



Tanto el alcance de la tasa de reemplazo como el modelo de pensiones con el que se consigue ésta, basado en prestaciones de 1er pilar sin presencia significativa de instrumentos de capitalización, son características que compartimos buena parte de los países mediterráneos. Frente a este modelo se erige otro alternativo, en el que se ubican varias de las principales economías europeas, y que está caracterizado por tasas de reemplazo sensiblemente más bajas y una presencia muy significativa de instrumentos de capitalización (en no pocas ocasiones de 2do pilar de carácter obligatorio).

Precisamente es esta comparación entre modelos la que justifica que el sistema de pensiones español se perciba como excesivamente generoso, porque presenta una tasa de reemplazo de 10 y hasta 20 puntos porcentuales más alta que las que ofrecen economías incluso más fuertes que la nuestra; y lo hace, además, con un modelo de protección basado exclusivamente en el reparto frente a los modelos mixtos con presencia significativa de la capitalización.

Sin embargo, hacer el análisis en estos términos resulta incompleto.

La lógica de la excesiva generosidad debería conllevar que, a mayor tasa de reemplazo, mayor cuantía de pensión. Pero no es así, de hecho, ocurre justo al revés en la mayoría de casos. Ello se debe a que en el análisis de la generosidad debemos incluir el dato de los salarios medios a los que las pensiones vienen a sustituir.

Si, como presentamos en el cuadro 3 y el gráfico 2, introducimos la variable salario, el resultado material de la tasa de reemplazo sirve en realidad para señalar una suerte de esquema de protección que busca garantizar una pensión "razonable" (el art. 50 CE lo señala como "adecuada") teniendo en cuenta los salarios y el hecho de que la necesidades vitales de un pensionista no son

[13] Actualmente el peso relativo que en España ofrecen las prestaciones derivadas de instrumentos de previsión social complementaria (2do y 3er pilar) es todavía muy escaso y no los recoge la estadística de la OCDE.

tan diferentes de unos países europeos a otros y podemos establecer una referencia común en relación a ello. Dicho de otra forma, en la medida en que un país tiene salarios más elevados, precisa en menor medida que su sistema de pensiones tenga tasas de reemplazo altas para garantizar un nivel de prestaciones adecuado para sus jubilados.

Así, por ejemplo, la tasa de reemplazo del 73,9 % en España puede garantizar una pensión media de 19.905 €/año, que es muy inferior a la que ofrece Alemania con una tasa de reemplazo de tan sólo el 55,7 % con la que, sin embargo, puede garantizar una pensión de 29.017 euros.

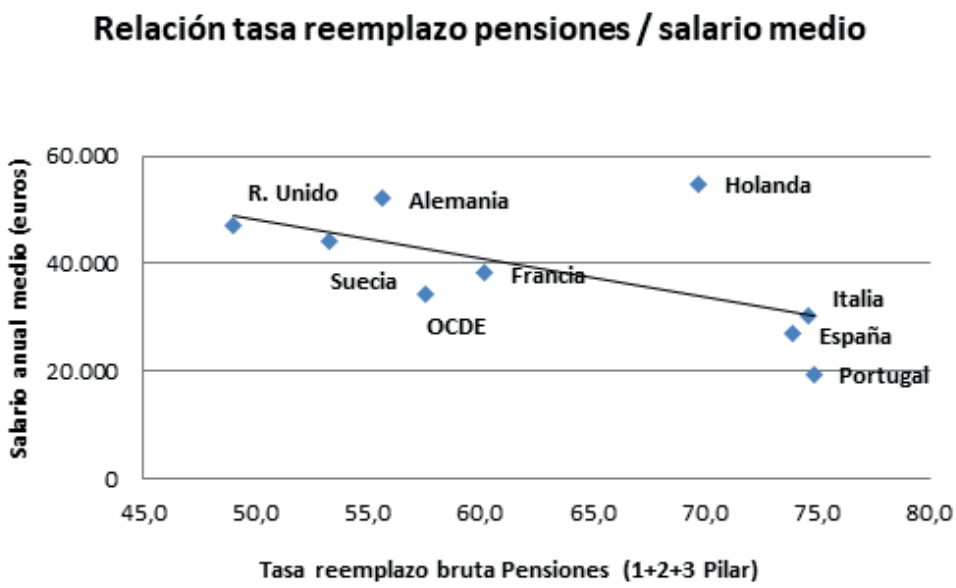
Cuadro 3

Relación tasa reemplazo pensiones/ salario medio

	Tasa reemplazo bruta pensiones (1+2+3 pilar) (porcentaje)	Salario medio anual (euros)	Pensión media anual estimada (euros)
Holanda	69,7	54.843	38.231
Alemania	55,7	52.104	29.017
Reino Unido	49,0	46.926	22.993
Suecia	53,3	44.274	23.597
Francia	60,2	38.188	22.993
OCDE	**57,6**	**34.301**	**19.757**
Italia	74,6	30.233	22.559
España	73,9	26.934	19.905
Portugal	74,9	19.478	14.580

Fuente: elaboración propia, datos OECD - Pensions at a Glance 2021

Gráfico 2



Fuente: elaboración propia, datos OECD - Pensions at a

Pretender evaluar la generosidad de un sistema de pensiones como "excesiva" estableciendo una comparación exclusiva de las tasas de reemplazo entre países, sin considerar los salarios a los que deben sustituir[14] y las necesidades vitales mínimas que han de garantizarse a las personas pensionistas, es, sencillamente, considerar las pensiones públicas como un mero instrumento de seguro y no como un verdadero sistema de Seguridad Social en los términos a los que obliga nuestro modelo constitucional.

Por todo ello debemos concluir que nuestro sistema público de pensiones no es excesivamente generoso, al contrario, responde al mandato constitucional de garantizar pensiones adecuadas, en las que se aprecia una clara relación de contributividad, pero que también es capaz de garantizar un nivel de vida digno para las personas pensionistas y acorde con los parámetros económicos de la economía de nuestro país.

Adicionalmente cabría también traer a referencia la vinculación que tiene respecto del principio de contributividad tanto la propia fórmula de cálculo de la base reguladora de la pensión con la que se determina la cuantía de la prestación, singularmente la parte referida a la consideración de las bases de cotización actualizadas con la inflación a partir del mes 25º del periodo de cálculo (art. 197.1.a).2ª LGSS), así como también la fórmula utilizada para la revalorización de dichas pensiones (art. 58 LGSS).

Cuando el mandato constitucional obliga a garantizar pensiones "adecuadas", el sistema de pensiones tiene como objetivo garantizar una renta que sustituya el salario de las personas trabajadoras en una relación razonable de la capacidad de compra que aquel tenía. Y, más aún, este

[14] No es menor el detalle que supone que la propia estadística de la OCDE en sus análisis sobre pensiones incluye numerosas referencias a los niveles salariales.

mandato constitucional no se agota en la determinación de la pensión inicial, sino que extiende la obligación durante todo el periodo de tiempo que se percibe la prestación. Por tanto, ambos rasgos, señalamiento inicial de la pensión en una relación adecuada de la capacidad de compra de los salarios a los que sustituye y el manteniendo de dicha relación a lo largo del tiempo, resultan características imprescindibles del carácter propiamente contributivo que debe preservar nuestro sistema de pensiones.

En este sentido, el acuerdo de diálogo social de julio de 2021 que culminó la primera fase de reforma del sistema de Seguridad Social, y que se concretó en la *Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*, devolvía la fórmula de revalorización de las pensiones públicas vinculándolas con la inflación media registrada y garantiza con ello el mantenimiento del poder de compra de las pensiones.

En buena medida el debate suscitado entre las reformas de pensiones de 2013[15] y 2021 consiste en la decisión de mantener, o no, un sistema público de pensiones con una tasa de reemplazo como la que actualmente ofrece. En 2013 se optaba por reducir la tasa de reemplazo mediante el debilitamiento de la dimensión contributiva en la determinación de las cuantías de las pensiones por la doble vía de desvincular la fórmula de la revalorización de pensiones de la inflación, y la de reducir la cuantía de la pensión inicial atribuyendo a este concepto en exclusiva el impacto de la evolución de la esperanza de vida; de modo que se facilitase así la sostenibilidad financiera del sistema en el medio y largo plazo. En 2021 se ha optado por revertir las medidas de la reforma precedente y garantizar la sostenibilidad financiera con medidas alternativas que se detallan más adelante y, adicionalmente, reforzar de esta forma la sostenibilidad social de nuestro modelo de pensiones.

Por último, sí debemos compartir la crítica que se hace en relación a las pensiones máximas y las personas trabajadoras que cotizan en los salarios más altos. No en relación a una supuesta "insuficiencia" de estas pensiones máximas (actualmente señaladas en 2.819,20 €/mes y 39.468,8 €/año) difícil de justificar en la medida en la que sitúan a estos pensionistas en el decil más alto de renta. Así como tampoco en relación a la crítica de que el esquema de cotización para los salarios más altos suponga una suerte de "cotización solidaria", derivada de que las bases máximas de cotización sean más altas que la cuantía de las pensiones máximas a las que pueden generar derecho. Este diferencial solidario se produce igualmente en otros muchos parámetros del sistema y resultan imprescindibles en el modelo de solidaridad que le es propio al sistema de reparto (periodos de cotización superiores los requeridos para generar derechos de pensión, cotización por contingencias que finalmente no se producen y respecto de las que no se genera prestación, etc.).

Pero sí debemos compartir la crítica que se hace respecto del deterioro que está sufriendo en los últimos años la relación de contributividad como consecuencia de un crecimiento desacompasado de las bases y las pensiones máximas; en la última década, desde el año 2012, las bases máximas se han incrementado en el 26,8 % mientras que la pensión máxima lo ha hecho en el 11,7 %. Somos partidarios de que la cuantificación de la "solidaridad" que cabe atribuir a la relación entre ambos conceptos debe huir de automatismos matemáticos y encontrar en el acuerdo político y social el equilibrio entre los principios de contributividad y solidaridad que inspiran nuestro modelo constitucional de pensiones. Pero igualmente somos conscientes de que tal equilibrio se ha deteriorado y, en un plazo razonable, debe restablecerse devolviendo a la

[15] *Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.*

senda de crecimientos equiparables (que no necesariamente idénticos) tanto las cuantías de las bases máximas de cotización como de las pensiones máximas.

2.2. Suficiencia (art. 41 CE)

Decíamos al principio que el concepto de "suficiencia" de las prestaciones (art. 41 CE) ha de ser entendido en relación al principio de solidaridad. Esto es, la garantía pública de que las situaciones de necesidad debidamente acreditadas de personas que no han cotizado, o lo han hecho de forma insuficiente, han de verse protegidas por el sistema de Seguridad Social.

Cabría ordenar nuestro análisis a este respecto alrededor de dos debates. De un lado, la mecánica de garantía de pensiones mínimas con la que el sistema da respuesta al mandato del art. 41 CE y, de otro lado, respecto de las cuantías establecidas en relación a la propia suficiencia de dichas prestaciones.

En relación a la mecánica de la acción protectora, en este caso referida a las pensiones, nuestro sistema de Seguridad Social está articulado en dos niveles de protección: contributivo y asistencial; en el primero se reconocen prestaciones que tienen como objeto sustituir rentas del trabajo y en el segundo garantizar un mínimo vital ante situaciones de necesidad cuando las personas no han podido acceder al nivel contributivo[16].

En ambos niveles despliega el mandato constitucional la obligación de garantizar prestaciones suficientes[17]. En el caso del nivel contributivo, mediante el reconocimiento de un complemento para pensiones inferiores a la mínima que alcanza a todas las clases y modalidades de pensión (art. 59 LGSS); y en el caso del nivel asistencial, mediante pensiones no contributivas para las que se establecen las modalidades de jubilación e invalidez (arts. 363 a 372 LGSS)

Aunque ambos instrumentos comparten rasgos comunes, sin embargo, la concreción del nivel de suficiencia en cada una de ellos se realiza en una suerte de "doble escalón" atendiendo al modelo de Seguridad Social de inspiración *beveriana*[18] que hemos constitucionalizado. De modo que se garantiza un estándar de suficiencia en el conjunto de prestaciones del sistema, pero, al mismo tiempo, estableciendo un plus de protección que reconoce el esfuerzo contributivo cuando se ha producido.

Dentro de los elementos comunes a ambos niveles de protección, destaca el requisito de encontrarse en situación de necesidad. A la postre este elemento es el nuclear para el acceso a esta dimensión de protección y se acredita cuando la persona beneficiaria carece de ingresos o éstos son inferiores a un límite determinado.

También resulta similar la duración de la prestación, que en ambos niveles se mantiene en tanto que la persona beneficiaria sigue acreditando la mencionada situación de necesidad.

Es común la cuantía máxima establecida para proteger las situaciones de necesidad vinculadas a las pensiones, que se sitúa en la cuantía general de la pensión no contributiva (421,40 €/mes en el año 2022). Sin embargo, en el caso del complemento por mínimos de las pensiones contributivas la protección se concreta en una prestación diferencial que, con el límite señalado, complementa la prestación contributiva a la que se ha generado derecho hasta alcanzar la cuantía de la pensión

[16] Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza. Instituciones de Seguridad Social. Decimoquinta edición. *Op. Cit.* pp: 31-33

[17] Tortuero Plaza, J.L. "La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del sistema en clave continuista", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 44, 2003, pp. 33-50.

[18] Monereo Pérez, J.L. "William Henry Beveridge (1879-1963). La construcción de los modernos sistemas de seguridad social". *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, Nº. 4, 2015, pp. 279-305.

mínima que en cada caso establece cada año la Ley de Presupuestos Generales del Estado (en el caso de la pensión de jubilación para los mayores de 65 años se establece, según los casos, entre 685 €/mes y 890,50 €/mes en el año 2022)[19]. Mientras que en el caso de las pensiones no contributivas se reconocen por su importe nominal con carácter general.

También resulta diferente la concreción de los límites de ingresos que se han de acreditar en cada nivel de protección. El límite exigido es así más alto en el caso de las prestaciones contributivas y, por tanto, más exigentes en el caso de las prestaciones asociadas al nivel asistencial[20].

Así las cosas, el alcance de los instrumentos de suficiencia establecidos en el sistema de pensiones son comparativamente más altos en el caso del nivel contributivo, en una relación de personas beneficiarias de 4 a 1 con respecto a las prestaciones asistenciales; principalmente como causa de que es muy minoritario el segmento de población que queda excluido de carreras de cotización suficientes para generar prestaciones contributivas.

Las personas que son titulares de una pensión no contributivas son 0,4 millones (junio 2022) y el presupuesto previsto para financiarlas es de 2.772 millones de euros[21].

Por su parte, como muestra el cuadro 4, las pensiones contributivas que tienen reconocido un complemento a mínimos es de 2,2 millones (julio 2022) a los que se dedica un presupuesto de 7.075 millones de euros. Ello significa que el 22,17 % de las pensiones en vigor precisan de complementos a mínimos; una proporción que se reduce ligeramente en el caso de la pensión de jubilación y que, sin embargo, sí encuentra diferencias relevantes atendiendo al régimen de cotización en el que se han generado como consecuencia de las diferencias de esfuerzo contributivo que hemos comentado en el apartado anterior. Los complementos se hacen así más necesarios en las prestaciones originadas en el Régimen de autónomos que en el Régimen General.

Cuadro 4

Pensionescontributivas con complementos a mínimos (julio 2022)

	Total Pensiones		Pensión de Jubilación	
	Número	Porcentaje	Número	Porcentaje
Total Sistema	2.204.635	22,17%	1.275.197	20,39%
Régimen General	1.492.518	20,42%	853.703	18,77%
Régimen Trabajadores autónomos	657.020	33,23%	403.331	30,52%

Fuente: Seguridad Social

[19] La Ley de Presupuestos Generales del Estado establece anualmente las cuantías de pensiones mínimas atendiendo generalmente a las diferentes clases de pensión, la edad de las personas beneficiarias y las cargas familiares que acreditan en cada caso.

[20] El límite de ingresos exigido para acceder a las pensiones no contributivas se establece en el importe anual de la propia prestación: 5.899,60 € anuales en el ejerció 2022. En el caso del exigido para acceder a los complementos a mínimos, el importe máximo depende de la situación familiar: en el caso de beneficiarios sin cónyuge a cargo se sitúa en 7.939 € anuales, en el caso de beneficiarios con cónyuge a cargo en 9.260 € anuales.

[21] Puede consultarse un resumen de las partidas presupuestarias previstas para la financiación de cada una de estas prestaciones en: MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. Proyecto de Presupuestos ejercicio 2022. Información complementaria. Síntesis de cifras y datos. Tomo II. p. 46

La necesidad de complementos a mínimos se reduce en el caso de las nuevas altas de pensión, aunque en 2021 continuaban siendo necesarios en el 15,8 % del total de nuevas altas de pensiones y en el 12,15 % de las de jubilación[22].

Cabría también señalar el relevante impacto que estos complementos despliegan en relación a la reducción de la brecha de género que se produce en el mercado de trabajo. En el cuadro 5, además del impacto que tiene el encuadramiento de las trabajadoras que ya hemos comentado, podemos también comprobar cómo los complementos a mínimos concentran mayoritariamente su acción protectora sobre las pensiones femeninas, donde se precisan casi en el doble de casos que las masculinas, y donde las cuantías de los complementos tienen una importancia relativa muy superior ya que suponen aproximadamente un tercio del total de la pensión reconocida.

Cuadro 5

Impacto del complemento a mínimos sobre la reducción de la brecha de género (julio 2022)

		Total Pensiones					Pensión de Jubilación				
Sexo	**Régimen de cotización**	Número de pensiones con complemento	Porcentaje de pensiones con complemento (%)	Cuantía media de la pensión con complemento (€/mes)	Cuantía media del complemento (€/mes)	Porcentaje que representa el complemento respecto del total de la cuantía de la pensión (%)	Número de pensiones con complemento	Porcentaje de pensiones con complemento (%)	Cuantía media de la pensión con complemento (€/mes)	Cuantía media del complemento (€/mes)	Porcentaje que representa el complemento respecto del total de la cuantía de la pensión (%)
Ambos sexos	**Total Sistema**	**2.204.635**	**22,17**	**680,04**	**224,79**	**33,06**	**1.275.197**	**20,39**	**707,21**	**231,89**	**32,79**
	Régimen General	1.492.518	20,42	676,83	220,70	32,61	853.703	18,77	704,09	233,02	33,10
	Régimen Trabajadores autónomos	657.020	33,23	686,63	235,16	34,25	403.331	30,52	713,42	230,49	32,31
Hombres	**Total Sistema**	**739.977**	**15,62**	**703,71**	**199,75**	**28,39**	**569.648**	**15,20**	**753,07**	**214,90**	**28,54**
	Régimen General	480.806	13,61	693,97	196,57	28,33	358.671	12,78	745,83	213,46	28,62
	Régimen Trabajadores autónomos	241.271	25,75	723,52	205,68	28,43	197.637	25,54	766,96	217,12	28,31
Mujeres	**Total Sistema**	**1.464.642**	**28,12**	**668,08**	**237,45**	**35,54**	**705.536**	**28,16**	**670,18**	**245,62**	**36,65**
	Régimen General	1.011.709	26,78	668,68	232,16	34,72	495.030	28,16	673,85	247,20	36,68
	Régimen Trabajadores autónomos	415.736	39,96	665,22	252,27	37,92	205.683	37,56	661,98	243,33	36,76

Fuente: elaboración propia, datos Seguridad Social

Precisamente la reducción de la brecha de género se ha constituido como un elemento estratégico a la hora de garantizar prestaciones suficientes hasta el punto de que han sido varias las prestaciones las que sucesivamente se han orientado ha completar por esta vía las cuantías de las pensiones ocasionadas por mujeres. En concreto se han implementado el *Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social*, vigente entre 2016 y 2021, que fue posteriormente reformulado en el actualmente en vigor *Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género* (ambos regulados sucesivamente en el art. 60 LGSS). Dichos complementos se reconocen actualmente a algo más de 1 millón de mujeres pensionistas y se destina a su financiación algo menos de 1.000 millones de euros anuales.

[22] Dato hasta agosto de 2021, vid: MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. Informe Económico-financiero del Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social para el ejercicio 2022. Tomo III. *Op. Cit.* p. 257

Cuadro 6

Complementos para la reducción de la brecha de género percibidos por mujeres* (junio 2022)

	Complemento maternidad (2016-2021)		Complemento brecha de género	
	Número pensiones con complemento	cuantía media complemento (€/mes)	Número pensiones con complemento	cuantía media complemento (€/mes)
Total Sistema	822.956	63,87	244.410	62,99

** En aplicación de la STJUE C-450/18 de 12 de diciembre de 2019 ,se deben arbitrar medidas que posibiliten el acceso de los hombres a estos complementos, cuando cumplen determinadas condiciones.*

Fuente: Seguridad Social

Aunque hemos señalado los principales instrumentos que utiliza el entramado institucional y jurídico del sistema de pensiones para garantizar la suficiencia de las pensiones, cabría también traer a colación muchos otros mecanismos que contribuyen a ello de forma indirecta. Cabe destacar entre todos ellos los relacionados con la fórmula de cálculo de las prestaciones y singularmente el procedimiento de integración de lagunas (art. 248.2 LGSS) que permite complementar las carreras de cotización más precarias de las personas que acceden a la jubilación. Baste con señalar que los Presupuestos Generales del Estado atribuyen a este mecanismo un coste anual de 468 millones de euros como consecuencia directa de la complementación "solidaria" que el sistema de las carreras de cotización discontínuas que acceden a la jubilación.

Por último, también debemos señalar aquí que la revalorización de pensiones ligada al mantenimiento del poder de compra de las prestaciones cumple una función estrechamente ligada al principio de suficiencia. De no existir una fórmula que garantizase de forma automática el mantenimiento del poder de compra de las pensiones, quedaría comprometida gravemente la propia dimensión de suficiencia del sistema y su preservación quedaría en manos de la coyuntura política que prevaleciese en cada momento. La fórmula de revalorización de pensiones ligada a la inflación funciona así como un instrumento de estabilidad institucional que contribuye a preservar el principio de suficiencia establecido en el art. 41 CE.

A la vista de todo lo anterior, resulta evidente el esfuerzo que despliega el sistema público de pensiones en orden a garantizar un nivel de suficiencia en las prestaciones. Sin embargo, son habituales las críticas que señalan que, aun a pesar de todo ello, son muchas las pensiones contributivas de cuantías de cuantía muy baja.

En el gráfico 3 se presenta el perfil de cuantías que presenta la pensión de jubilación. Como hemos visto en los cuadros anteriores, casi 1,3 millones de estas pensiones tienen reconocido complementos a mínimos. Estas personas jubiladas tienen pensiones medias de entorno de 700 €/mes, si bien el rango en el que oscilan las pensiones mínimas de jubilación se sitúa entre los 650 y los 900 €/mes, según la edad y las situaciones de convivencia de los titulares.

Sin embargo, hay también casi un millón de pensiones[23] de cuantía inferior a la pensión mínima (650 €/mes), siendo este dato uno de los que más se utilizan para señalar la insuficiencia de la protección que ofrece el sistema público de pensiones. Sin embargo, quienes utilizan este argumento hacen un análisis incompleto del mismo y olvidan que dentro de este grupo conviven, al menos, tres perfiles de pensionistas distintos.

De un lado, quienes han generado carreras de cotización escasas en duración y/o salarios que, por tanto, han dado lugar a prestaciones contributivas de bajas cuantías, pero que no se

[23] En concreto, 947.014 pensiones en el mes de julio de 2022.

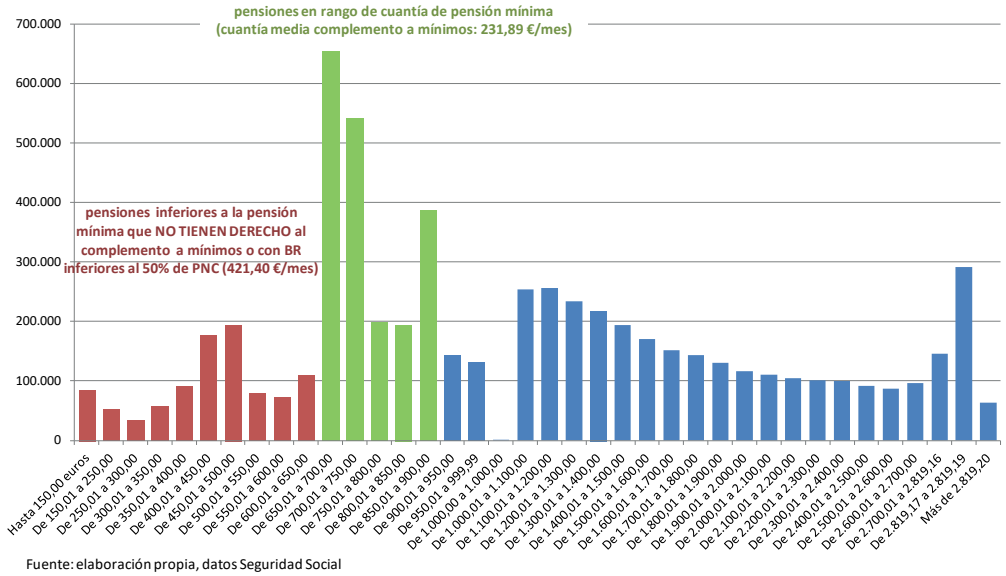
encuentran en una situación de necesidad (esto es, tienen otros ingresos adicionales) por lo que no pueden acceder al complemento a mínimos.

Un segundo grupo de personas que son beneficiarias de varias pensiones públicas (la situación más habitual es quienes compatibilizan pensión de viudedad y jubilación) que, sumadas, no dan lugar al acceso a los complementos. De modo que lo que muestra la estadística puede ser incluso la diferencia entre la cuantía de la pensión preexistente y la pensión máxima (art. 57 LGSS).

Aunque los anteriores grupos con toda probabilidad excederá con mucho esta cifra, lo que es seguro es que se encuentran en alguno de las situaciones anteriores los casi 400.000 pensionistas que tienen reconocida una pensión igual o inferior a 421,41 €/mes[24], por lo que no cabe aquí criticar la escasez de sus prestaciones. Se trata en todo caso de casi la mitad de las pensiones que se suelen denunciar como excesivamente bajas.

Gráfico 3

Número de pensiones de Jubilación en vigor por cuantía - Total Sistema (julio 2022)



Fuente: elaboración propia, datos Seguridad Social

Un tercer grupo, sin embargo, está conformado por personas que han tenido carreras de cotización precarias por las que han generado prestaciones bajas que, sumadas al complemento, no han sido capaces de alcanzar la cuantía de la pensión mínima. Esta situación se produce en los casos en los que la cuantía de la prestación contributiva es inferior a unos 230 €/mes, lo que equivale aproximadamente a la mitad de la cuantía máxima del complemento a mínimos; en cuantías de pensión contributiva superior a esta cifra la suma del complemento sitúa la pensión final en el rango de las pensiones mínimas.

En nuestra opinión, en este caso sí convendría ahondar en el análisis de esta situación y proponer medidas con las que, manteniendo el "doble escalón" de protección que hemos definido antes, no se desdibujen ni los incentivos a la cotización ni los mecanismos de reconocimiento de

[24] En las pensiones de cuantía más baja, el mero reconocimiento de un complemento a mínimos generaría una pensión de una cuantía, al menos, 1 céntimo más de la cuantía máxima de dicho complemento (421,40 €/mes).

este esfuerzo contributivo, pero que sean también capaces de garantizar niveles de suficiencia para todas las personas trabajadoras que se encuentran en situación de necesidad.

Precisamente esta reflexión nos lleva a plantear el segundo debate con el que abríamos este apartado: ¿las cuantías mínimas de pensión realmente garantizan la suficiencia de las prestaciones?

Como ya hemos mencionado en puntos anteriores, en nuestra opinión, hemos de ser especialmente cuidadosos a la hora de establecer automatismos matemáticos para determinar el alcance de determinados parámetros en el sistema de Seguridad Social, de manera que reservemos este tipo de soluciones a elementos muy excepcionales y huyamos de su aplicación indiscriminada.

No obstante, sí consideramos necesario que los actores que intervienen en el sistema de pensiones dispongan de elementos de referencia que posibiliten métricas sólidas sobre las que adoptar decisiones que lleven al cumplimiento del conjunto de objetivos constitucionales del sistema.

En este sentido sería necesario abrir el debate sobre la necesidad de encontrar indicadores sólidos que permitan medir el nivel de suficiencia de las prestaciones de Seguridad Social y desde los cuales poder adoptar decisiones al respecto.

Una idea para iniciar este debate podría partir de la identificación que tradicionalmente se hace entre "suficiencia" y "riesgo de pobreza". Somos conscientes de la dificultad que entraña la medición del riesgo de pobreza, habida cuenta de las dispares metodologías que pueden utilizarse[25] y el hándicap que supone encontrar un indicador suficientemente sólido que poder tomar como referencia inequívoca. Pero podemos comenzar la exploración, por ejemplo, considerando el grado de consenso relativamente alto que ha conseguido el indicador AROPE[26] a la hora de instituirse como referencia internacional[27]. Este indicador sitúa el riesgo de pobreza relativa en las personas que perciben ingresos inferiores al 60 % de la mediana de ingresos de una sociedad dada, y es habitual situar el riesgo de pobreza severa en la referencia del 30 % de la misma mediana de ingresos.

Tomando como referencia el indicador AROPE, la Red de lucha contra la pobreza en Europa (EAPN, en sus siglas en inglés) ha monetizado el umbral de riesgo de pobreza relativa en España para el año 2021 en ingresos inferiores a 9.535 € anuales (794,6 €/mes)[28]; de lo que, severa en la lógica de las referencias que hemos señalado antes, cabe inferior que el riesgo de pobreza severa se sitúa en 4.767 € anuales (397,3 €/mes).

En el cuadro 7 se presenta la comparativa que ofrecen las cuantías de las pensiones mínimas de jubilación en relación a la monetización del riesgo de pobreza, en aplicación de la metodología

[25] Entre otras, vid: INE. La pobreza y su medición Presentación de diversos métodos de obtención de medidas de pobreza. Instituto Nacional de Estadística, Madrid (sin fechar), disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/sociales/pobreza.pdf

[26] Mide la población en riesgo de pobreza y/o exclusión, su denominación corresponde a las siglas en inglés de este concepto: AROPE (At Risk of Poverty and/or Exclusión).

[27] Es habitual la utilización de este indicador en las estadísticas de la Unión Europea y sus países miembros en los que su diseño metodológico está incluso ligado a los nuevos objetivos de la Estrategia Europa 2030. Sin embargo, otras instituciones internacionales miden la tasa de pobreza de forma diferente, por ejemplo, la OCDE lo hace como la proporción del número de personas (en un grupo de edad determinado) cuyos ingresos están por debajo de la referencia que supone la mitad del ingreso familiar promedio de la población total, *vid*. OECD. Poverty rate indicators, disponible on line en: https://data.oecd.org/inequality/poverty-rate.htm

[28] EAPN. El estado de la pobreza en España 2021. Avance de resultados junio 2022. p. 4 disponible en: https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/Informe_AROPE_2022-el-estado-de-la-pobreza-avance-resultados-junio-2022.pdf

señalada. Así, las pensiones no contributivas (que constituyen el "segundo escalón" de protección) tan sólo garantizan superar el riesgo de pobreza severa, pero quedan muy lejos de asegurar la protección del riesgo de pobreza relativa. De igual modo, las cuantías de pensión mínima de jubilación de la modalidad contributiva (el "primer escalón" de protección) se sitúan claramente por encima del riesgo de pobreza severa, pero no garantizan en todos los casos la protección de las situaciones de riesgo de pobreza relativa.

Cuadro 7

Comparativa pensiones mínimas jubilación vs Tasa riesgo pobreza

Pensiones Seguridad Social (contributivas)	Cuantía Pensiones Mínimas 2022 (euros/mes)			Riesgo pobreza relativa* (60% ingresos) (€/mes)
	Con cónyuge a cargo	Unidad económica unipersonal	Con cónyuge no a cargo	una persona
Pensión de Jubilación				
Edad >= 65 años	890,50	721,70	685,00	794,60
Edad < 65 años	834,90	675,20	638,20	
Edad >= 65 años proc. Gran Invalidez	1.335,80	1.082,60	1.027,50	

Pensiones Seguridad Social (no contributivas)	Cuantía Pensiones Mínimas 2022 (euros/mes)	Riesgo pobreza severa* (30% ingresos) (€/mes)
	un beneficiario	una persona
Pensión de Jubilación	421,40	397,30

Fuente: elaboración propia, datos Seguridad Social, EAPN y elaboración propia

**datos ingresos 2021*

Habida cuenta de la dificultad técnica que implica concretar este tipo de indicadores, hemos de señalar que el ejercicio que aquí se realiza es únicamente un primer acercamiento al fenómeno que no permite extraer conclusiones firmes. No obstante, resulta necesario continuar trabajando en este tipo de análisis hasta poder establecer indicadores sólidos que permitan presentar una visión correcta del nivel de suficiencia que deben garantizar las prestaciones de Seguridad Social.

2.3. Sostenibilidad

Señalábamos al principio que la "sostenibilidad" no es un objetivo expreso de nuestro modelo constitucional de pensiones, pero resulta una condición necesaria para garantizar en la práctica el propio modelo.

Señalábamos también que su garantía debe asegurarse en una doble dimensión. De un lado, la "sostenibilidad financiera" que permita la provisión presupuestaria necesaria para el pago efectivo de las prestaciones. Y, de otro lado, cabe también hablar de la "sostenibilidad social", esto es, el grado de legitimación social que una sociedad confiere a una institución en la media en la que la comparte y la pone en valor frente a terceros.

En lo relativo a la medición de la sostenibilidad financiera cabe utilizar como referencia oficial los estudios que a este respecto realiza periódicamente la Autoridad Fiscal de Responsabilidad Fiscal (AIReF)[29]. Hemos de advertir con carácter previo que las previsiones actualmente disponibles aún no incorporan el posible efecto que finalmente pueda derivarse del episodio de inflación que se viene registrando durante el año 2022 como consecuencia de la invasión

[29] Se utiliza aquí el último estudio publicado a este respecto, vid: AIReF. Actualización de previsiones demográficas y de gasto en pensiones. Documento técnico 1/20. Disponible on line en: https://www.airef.es/wp-content/uploads/2020/09/PREVIS-DEMOGRAFICAS/200928-Documento-T%C3%A9cnico-previsiones-demogr%C3%A1ficas-y-gasto-en-pensiones.pdf

rusa de Ukrania y de la crisis energética que se ha derivado de ello. No obstante, Las previsiones realizadas por la Comisión Europea en el primer semestre de 2022 señalan que los efectos del citado conflicto bélico sobre las fuentes de energía supondrán una ralentización del crecimiento económico que, no obstante, mantendrá un perfil de crecimiento en el medio y largo plazo y una elevación extraordinaria de la inflación en el año 2022 que volverá a una senda moderada a partir del año 2023[30].

Pese al relato mayoritariamente publicitado en los medios de comunicación que pregona el incontrolado crecimiento del gasto en pensiones hasta hacerlo insostenible, lo cierto es que las previsiones de organismos oficiales señalan que las sucesivas reformas puestas en marcha en las últimas décadas en el marco del Pacto de Toledo garantizan un crecimiento del gasto perfectamente asumible.

La AIReF sitúa la proyección del gasto en pensiones para el año 2050 (momento de mayor tensión demográfica que debe soportar el sistema) en el entorno de 14,2 % del PIB[31]. Se trata de una cifra sin duda exigente pero perfectamente manejable para una economía con la española y que se enmarca en el nivel de exigencia equiparable al que presentarán los sistemas de pensiones de los principales países europeos en momentos de tensión demográfica similares.

La previsión oficial de gasto muestra un perfil de crecimiento progresivo durante las próximas décadas, coincidiendo con el acceso a la edad de jubilación de la generación del *baby-boom*, la más numerosa de nuestra historia. Presentará su máxima exigencia de gasto en la década de 2050 para después reducirse de forma intensa, como consecuencia también de la extinción de las pensiones de la propia generación del *baby-boom*, y volver a un perfil de gasto mucho menos exigente.

No obstante, el hecho de que la proyección de gasto sea manejable no implica que deje por ello de ser exigente. Por ello, las sucesivas reformas de pensiones que se han venido operando desde 1995 en el marco del Pacto de Toledo se han orientado también a la consecución de este objetivo de sostenibilidad financiera, intentando hacerlo compatible con el cumplimiento estricto de los objetivos constitucionales de suficiencia y adecuación y fomentando con todo ello el reforzamiento de la sostenibilidad social del conjunto del modelo.

Es buen ejemplo de ello la primera fase de la reforma de pensiones suscrita en el marco del diálogo social el 1 de julio de 2021, en la que, además de los elementos de adecuación y suficiencia que se han señalado antes, han de destacarse varias medidas orientadas expresamente a garantizar la sostenibilidad financiera del sistema. La concreción legislativa esta primera fase de la reforma se ha producido a través de dos normas sucesivas: en primera instancia, mediante la *Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones,* y posteriormente mediante el *Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad.*

El refuerzo de la sostenibilidad financiera del sistema se consigue en nuestro modelo de pensiones mediante la mejora de los ingresos contributivos y a través de la plena implementación del principio de separación de fuentes.

La mejora de los ingresos por cotizaciones pasa por mejorar con carácter general las bases de cotización de las personas afiliadas al sistema. En este sentido actúa tanto el incremento del

[30] COMISIÓN EUROPEA. Previsiones económicas de primavera de 2022: la invasión rusa pone a prueba la resiliencia económica de la UE, disponible on line en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip. 22_3070

[31] AIReF. Actualización de previsiones demográficas y de gasto en pensiones. Documento técnico 1/20. *Op. Cit.* p. 38

Salario Mínimo Interprofesional (que desde el año 2018 se ha incrementado en un 35,88 %) que sirven para determinar la base mínima de cotización del Régimen General, como el mandato para equiparar la base mínima de cotización del RETA con la del Régimen General a partir del año 2026 (disposición transitoria séptima, RDL 13/2022). También en el mismo sentido de mejora de ingresos contributivos actúan las reglas orientadas a garantizar la cotización de las personas trabajadoras en base a sus salarios y rendimientos económicos reales; en el caso de los trabajadores autónomos, el nuevo sistema de cotización por ingresos reales que se desplegará progresivamente en los próximos nueve años ha sido regulado en el *Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio*, mientras que el incremento de las bases máximas de cotización para garantizar esta misma situación en el caso de trabajadores por cuenta ajena ha quedado pendiente para la segunda fase de la reforma de pensiones que venimos describiendo. Sin duda, ambas medidas (base mínima y cotización por ingresos reales) contribuirán a reducir la actual brecha que presentan las bases medias de cotización de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (éstas últimas actualmente se sitúan en el 57,7 % de la del Régimen General); lo que, a su vez, contribuirá a mejorar los ingresos del sistema en el corto plazo y a reforzar la intensidad de las prestaciones que reconoce el sistema cuando más tarde estas se produzcan.

En lo relativo al principio de separación de fuentes, hemos de comenzar señalando que su enunciación original se produjo en 1995, formando ya parte de las conclusiones originales del Pacto de Toledo. Dicho principio se enuncia sobre dos premisas complementarias.

De un lado, establece que las prestaciones de naturaleza asistencial (no contributiva), aquellas que tienen como objetivo garantizar un nivel mínimo de protección común para todas las personas que se encuentran en una situación de necesidad, se deben financiar exclusivamente con recursos provenientes de la imposición fiscal general.

Esta dimensión es la que comenzó a implementarse en los primeros acuerdos de reformas del sistema a partir de 1995 (supuso entonces la asunción por parte del Estado de la financiación de la asistencia sanitaria universal, los servicios sociales, las pensiones no contributivas, …), y en el Acuerdo de reforma de pensiones de 2001 (que estableció un calendario para la asunción completa de la financiación de los complementos a mínimos de las pensiones contributivas que se culminó en el año 2013).

La segunda premisa incluida en el principio de separación de fuentes señala que las prestaciones contributivas, que tienen como objetivo garantizar ingresos que sustituyan rentas salariales y a las que se accede por haber cotizado previamente y cumplir una serie de requisitos, se deben financiar básicamente con cotizaciones sociales y, en lo que éstas no sean suficientes, el Estado debe actuar como garante público del sistema mediante las transferencias necesarias hasta equilibrarlo financieramente.

La evolución demográfica que hemos señalado anteriormente hace inevitable la necesidad de acudir a las trasferencias del Estado para garantizar una parte minoritaria, pero relevante, del equilibrio financiero del sistema durante un periodo de tiempo también limitado.

Como señalábamos antes, no ha sido en 2021 la primera vez que las reformas acometidas en el Pacto de Toledo se preocupan por resolver el objetivo de la sostenibilidad financiera. La creación del ya mencionado Fondo de Reserva en el Acuerdo de pensiones de 2001 tenía entre sus objetivos ayudar a que los superávit de cotizaciones que se generan en etapas de menor presión demográfica pudiesen ser utilizados en los momentos en los que aquella crecía, de modo que gracias a estos recursos la necesidad de transferencias del Estado se pudiese modular durante un lapso de tiempo relevante; con lo que en las primeras etapas de desajuste financiero se facilitaba el cumplimiento de la garantía pública de transferencias que requiriese el sistema. Para ello,

la Ley reguladora del Fondo de Reserva establecía unas reglas limitativas en la disposición del mismo, de modo que se preveía que en el momento en el que se comenzase a necesitar un flujo de financiación adicional, ésta se consiguiese en una parte utilizando el Fondo de Reserva y en el resto mediante transferencias del Estado.

Sin embargo, la crisis económica de 2008 comenzó a desplegar graves efectos sobre el sistema de Seguridad Social (caída de ingresos por cotizaciones sociales debidos a la destrucción de empleo y el proceso de devaluación salarial por el que se apostó como herramienta para mejorar la competitividad de las empresas y la economía española, reduciendo la retribución las personas asalariadas, instrumentado en gran medida gracias a la reforma laboral de 2012) mucho antes de que comenzasen a llegar a la edad de jubilación cohortes significativas de la generación del *baby-boom*.

Los gobiernos del Partido Popular de aquel momento optaron, en un contexto de incremento del déficit y deuda públicos, porque los primeros déficit del sistema derivados principalmente de la crisis económica se financiasen exclusivamente con cargo al Fondo de Reserva, debilitando completamente el fin para el que fue creado, sin que se pusiesen en marcha transferencias significativas desde el Estado. Ello ha provocado que los recursos del Fondo de Reserva (que llegaron a alcanzar cerca de 70.000 millones de euros) se consumieran de forma anticipada en su práctica totalidad entre 2012 y 2019[32], con lo que hoy ya no disponemos del "colchón de tiempo" que garantizaba este mecanismo precisamente cuando ya sí comienza a jubilarse la generación del *baby-boom*.

Así las cosas, el sistema de pensiones se enfrenta a la antesala de la primera etapa de tensión demográfica con la necesidad de activar, de forma singularmente ambiciosa, la segunda dimensión del principio de separación de fuentes, la relativa a la garantía pública que el Estado debe asumir.

El Acuerdo de Diálogo Social de julio de 2021 primero y posteriormente la propia Ley 21/2021 modificando la disposición transitoria trigésima segunda LGSS, ambas en cumplimiento de la recomendación primera del Pacto de Toledo (2020), han dado respuesta expresa a esta situación reiterando el compromiso del Estado como garante público del sistema de Seguridad Social mediante la realización de las correspondientes transferencias y, además, concretando este compromiso en un listado de conceptos de gasto respecto de los que se deben realizar las transferencias cuantificadas en las próximas Leyes Generales de Presupuestos del Estado[33].

La disposición adicional trigésimo segunda LGSS enumera así las funciones de gasto que deben ser transferidas anualmente al presupuesto de la Seguridad Social, mediante la oportuna transferencia desde el Estado:

- La financiación de los beneficios y exenciones en cotización a la Seguridad Social de determinados regímenes y colectivos,
- el coste del reconocimiento de la prestación anticipada de jubilación por aplicación de coeficientes reductores cuando no se haya previsto cotización adicional,
- el coste de la integración de los periodos no cotizados en la determinación de la base reguladora y de la cuantía de las prestaciones del sistema,

[32] En la actualidad los recursos del Fondo de Reserva ascienden a 2.139 millones de euros (dato al cierre del mes de mayo de 2022).

[33] Una parte de estas medidas ya se recogían en los PGE-2021, como se hace constar en el acuerdo y apoyado por CCOO, conscientes de las dificultades para constituir mayorías parlamentarias que aprueben los presupuestos anuales en el actual marco político.

- las reducciones legalmente establecidas en la cotización a la Seguridad Social,
- el coste de la pensión de jubilación anticipada involuntaria en edades inferiores a la edad ordinaria de jubilación,
- el incremento de la cuantía de las prestaciones contributivas sujetas a límites de ingresos

El listado de transferencias contenido en la disposición adicional trigésima segunda LGSS dan respuesta así a la doble premisa con la que se establece el principio de separación de fuentes, asumiéndose desde la imposición general algunas prestaciones y medidas de naturaleza no contributiva que aún se financiaban con cotizaciones sociales (reducciones, complementos asistenciales, …), y estableciendo una serie de referencias genéricas que tienen como objetivo concretar contablemente el compromiso del Estado para garantizar una financiación adicional, suficiente y sostenida.

Se estima que el conjunto de medidas que se acuerda transferir como financiación adicional alcanzarán aproximadamente un importe equivalente al 2 % del PIB, una cuantía que se sitúa en el entorno de la mitad de los recursos adicionales que se estiman precisará el sistema para garantizar su equilibrio financiero en el año 2050. De modo que se trata de un instrumento muy relevante a la hora de contribuir a garantizar la sostenibilidad financiera del sistema en el medio y largo plazo, si bien es más que previsible que sea preciso activar algunas otras iniciativas.

Algunas de ellas ya han comenzado a abordarse, como es el caso del Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) creado en la propia Ley 21/2021 (disposición final cuarta). Desde nuestro punto de vista, no puede justificarse que, como se ha venido repitiendo, el MEI sea un instrumento que venga a sustituir el efecto de la derogación del Factor de Sostenibilidad aprobado en 2013, sino que se trata más bien de una herramienta más que se integra en el conjunto de medidas orientadas a garantizar la sostenibilidad financiera del sistema. De hecho, en nuestra opinión, la garantía de recursos que hace innecesario el Factor de Sostenibilidad se deriva precisamente del efecto combinado del conjunto de medidas impulsadas en las reformas de 2011 y 2021.

Así, el MEI actúa como un mecanismo de activación del Fondo de Reserva mediante el señalamiento de una cotización adicional específica, finalista y temporal. Consiste en un incremento temporal de las cotizaciones en 0,6 puntos porcentuales sobre la base de cotización de las contingencias comunes (el 0,5 a cargo del empresario y el 0,1 a cargo de las personas trabajadoras), que se recaudará entre el año 2023 y el año 2032, y cuyos ingresos se destinarán íntegramente a la dotación del Fondo de Reserva. En el año 2032 se evaluará cuál es la evolución del gasto previsto en el sistema de pensiones (si crece o no por encima de lo previsto) y se decidirá sobre la disposición de los fondos y el futuro de este instrumento.

Desde nuestro punto de vista, lo más relevante de este mecanismo no es el impacto financiero que puede llegar a desplegar (aproximadamente un 0,2 % PIB anual)[34] habida cuenta de lo limitado del tipo de cotización que se ha establecido y el corto periodo de tiempo que estará en vigor, sino el hecho mismo que supone la consideración de un incremento de tipos de cotización como mecanismo de refuerzo de los ingresos contributivos del sistema. Hemos de recordar en este punto que los tipos de cotización actuales son sensiblemente inferiores a los que históricamente

[34] MINISTERIO DE SEGURIDAD SOCIAL, INCLUSIÓN Y MIGRACIONES. Presentación utilizada por el Ministro Escrivá en su comparecencia en el Congreso de los Diputados el 18 de noviembre de 2021 en relación a El mecanismo de equidad intergeneracional y otros elementos de la reforma del sistema de pensiones, disponible on line en: https://revista.seg-social.es/documents/39386/1362692/wp. 1637304814133.pdf/fd025e77-4c7b-2298-513c-3f280b557cf9 p. 11.

ha presentado el sistema, de modo que existe un margen más que amplio para avanzar en medidas de este tipo[35], tal y como se describe de forma pormenorizada en el cuadro 8

Cuadro 8

Evolución de los tipos de cotización por contingencias comunes del Régimen General										Tipo de cotización adicional Mecanismo Equidad Intergeneracional (MEI)
	1979-1980	1981	1982	1983	1984	1985-1992	1993-1994	1995 - hoy	Diferencia	2023 - 2032
A cargo del empresario	29,15	28,14	27,28	25,8	24,3	24	24,4	23,6	-5,55	0,5
A cargo del trabajador	5,15	4,96	4,82	4,8	4,8	4,8	4,9	4,7	-0,45	0,1
Total	34,3	33,1	32,1	30,6	29,1	28,8	29,3	28,3	-6,00	0,6

Fuente: elaboración propia, datos Seguridad Social

Por último, cabe también señalar que en cualquier caso la garantía de transferencias del Estado y el papel del mismo como garante público del sistema de pensiones deberán ir acompañados en un futuro próximo, como el propio Gobierno de España ha comprometido ante la Unión Europea, con avances significativos en una reforma fiscal intensa, progresiva y suficiente que recorte la distancia que actualmente presenta nuestro país y nos equipare, en cuanto a capacidad de desarrollar políticas públicas, con los países de nuestro entorno en la UE y eurozona, contando con unos ingresos fiscales comparables a los suyos[36].

Valga en este sentido un breve apunte para recordar que la brecha de aportación fiscal que presenta España respecto de la que tiene la media de la Eurozona ronda los 7-8 puntos del PIB, que es básicamente el doble de la estimación de financiación adicional completa que precisará nuestro sistema de pensiones para garantizar su sostenibilidad en el momento de mayor tensión demográfica, en el entorno del año 2050.

Por todo ello, es notorio el esfuerzo que el sistema público de pensiones viene haciendo para garantizar tanto la sostenibilidad financiera del sistema como su sostenibilidad social, y no hay argumento suficientemente sólido que venga a poner en duda el hecho de que existe una garantía del cumplimiento efectivo de ambas tanto en el momento actual como en el medio y largo plazo[37].

3. El (probable) papel de la Ley 12/2022 de impulso de los planes y fondos de pensiones en nuestro sistema de pensiones

En nuestro modelo constitucional de pensiones se prevé de forma expresa la posibilidad de que exista un ámbito de "complementario" al público, pero que no puede ser sustitutivo del mismo, y que ha de ser de carácter "libre", esto es, de cobertura voluntaria. La utilidad del ámbito complementario no se limita exclusivamente a la provisión final de un nivel de pensiones adicional, sino que, debido al esquema financiero del mismo (basado en el modelo de capitalización), ofrece también importantes oportunidades, entre otras, en relación a la posibilidad de financiación de la

[35] Adicionalmente cabe señalar que el efecto de esta medida en relación a su coste final y su impacto sobre la actividad económica y el empleo, debe tenerse en cuenta que tanto las empresas como las personas trabajadoras disfrutan de respectivas desgravaciones, respectivamente, sobre el Impuesto de Sociedades y el IRPF en relación al tipo marginal de cada impuesto por la totalidad de las cotizaciones que están a su cargo.

[36] Entre las diversas alternativas posibles, puede consultarse la propuesta de reforma fiscal realizada por CCOO, vid: CCOO. Propuesta sindical para una profunda reforma tributaria (febrero 2020), disponible on line a través de: https://www.ccoo.es/8e86f3b8536fea6fa98d23fd60760f54000001.pdf

[37] Monereo Pérez, J.L.: "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de reforma", en Derecho de las relaciones laborales, núm. 2 (2018) pp. 173-201

economía que ofrece las masas de ahorro ilíquido que conforman las aportaciones de empresas y trabajadores a estos instrumentos[38].

La reforma impulsada en la *Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo* no ha sido ajena al debate que planteamos en este estudio; si bien hemos de advertir que en este caso el modelo planteado en dicha norma se ajusta desde nuestro punto de vista al modelo constitucional de pensiones[39].

3.1. Objetivos declarados de la Ley 12/2022

El preámbulo de la norma que ordena la reforma señala de forma expresa que uno de los elementos que mueve la misma es la menor cobertura que los instrumentos complementario han sido capaces de alcanzar en España en relación a lo que lo han hecho en otros países de nuestro entorno europeo. En concreto, se llama la atención respecto de que en nuestro país los planes de pensiones de empleo apenas alcancen a poco más del 10 % de la población activa ocupada y que el nivel de ahorro acumulado en los mismos no llegue al 1 % de la masa salarial del conjunto de la población activa ocupada. Unas cifras que comparan con la cobertura europea de estos instrumentos, que se ordena en un amplio margen que oscila entre el 25 % y el 60 % de la población asalariada en aquellos países en los que los planes se ordenan a través de la negociación colectiva voluntaria, como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico.

De igual forma se destaca la pérdida de peso relativo que acumulan los instrumentos de segundo pilar respecto del conjunto de la previsión social complementaria. Así, el preámbulo de la norma alerta del hecho de que el patrimonio gestionado en los fondos de pensiones de empleo si bien representaba en la década de 1990 el 50 % del total de la previsión social complementaria, en la actualidad sólo supone algo más del 25 %.

Sin embargo, a nuestro juicio, llama la atención el hecho de que el preámbulo de la norma no se haya detenido a establecer de forma expresa cuáles son las posibles causas que pueden explicar esta situación y, obviando esta fase de evaluación, en la que en nuestra opinión debería tener un papel destacado las variables relacionadas con los salarios, la norma haya optado por presentar directamente los objetivos que se persiguen y las medidas con las que busca alcanzarlos.

Así, los objetivos expresos de la reforma son dos. De un lado revertir la tendencia señalada y fomentar la potenciación de la previsión social complementaria de corte profesional a partir del desarrollo de los planes de pensiones de empleo, buscando el reforzamiento de su anclaje en la negociación colectiva sectorial y facilitando así el acceso a colectivos que, hasta ahora, parecen encontrar dificultades para acceder a los mismos.

---

[38] Cabe destacar en este sentido, tanto las oportunidades que ofrece en relación a la financiación de la economía productiva, por ejemplo, de sectores de actividad que quepa considerar estratégicos, como también en relación a los elementos de inversión socialmente responsable que podrían derivarse de una adecuada gestión de estos recursos. Entre otros ejemplos, cabe señalar a este respecto la experiencia que ofrece el CWC (Global Unions Committee on Workers' Capital), una iniciativa conjunta de la Confederación Sindical Internacional (CSI), las Federaciones Sindicales Mundiales (FSI) y el Comité Asesor Sindical de la OCDE (TUAC) que se articula como una red sindical internacional, en la que también participan las principales organizaciones sindicales españolas, con el objetivo de conectar activistas laborales y propietarios de activos de todo el planeta para promover el intercambio de información y la acción conjunta orientada a la utilización de los fondos de pensiones en los términos planteados antes. Puede consultarse esta iniciativa a través de su página web: www.workerscapital.org

[39] Para un análisis exhaustivo de la reforma impulsada por esta Ley, vid: Monereo Pérez, J.L. y Martín-Serrano Jiménez, E. La nueva regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones tras la reforma creadora de los Fondos de Pensiones de promoción pública. (Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo). Editorial Laborum, Murcia, 2022, cuyo contenido inspira este apartado.

De otro lado, la reforma busca mejorar la eficiencia de los instrumentos de previsión social empresarial sobre la base de garantizar una mayor dimensión de sus patrimonios. Se busca así favorecer la existencia de fondos de pensiones de empleo con una dimensión adecuada que permita garantizar menores costes de gestión, permitir una distribución de inversiones diversificada y, con todo ello, mejorar los niveles de rentabilidad que los sitúe en la línea con los de otras instituciones de inversión colectiva.

Para alcanzar ambos objetivos, la reforma se ordena en tres líneas de actuación que podríamos señalar como estratégicas.

La primera de ellas consiste en el impulso del papel de la negociación colectiva sectorial mediante la promoción de planes sectoriales que sirvan para encuadrar a los convenios territoriales o de empresa de modo que se facilite así la adscripción de las empresas y de las personas trabajadoras empleadas en ellas. La negociación colectiva se establece así como clave en el proceso de expansión de la previsión social empresarial que busca por esta vía introducirlos en sectores en los que prevalece la presencia de pequeñas y medianas empresas que hasta ahora sólo han sido capaces de desarrollar planes sectoriales a escala nacional de manera casi testimonial, fundamentalmente a través de los planes de promoción conjunta. El objetivo expreso de la reforma a este respecto se sitúa en "alcanzar la universalidad de estos planes de pensiones de empleo para todos los trabajadores y trabajadoras"; un reto quizá demasiado ambicioso al punto de partida del que nace.

La segunda línea de actuación estratégica consiste en el desarrollo de una regulación específica para el sector público con la que se busca la generalización de los planes de pensiones de empleo para empleados públicos, especialmente entre las entidades locales pequeñas y medianas. No obstante, se señala a este respecto que el alcance de dicha regulación en el sector público ha de entenderse condicionado dentro de los límites que fijen las normas básicas sobre aumentos retributivos.

La tercera y última línea estratégica que promueve la reforma consiste en el desarrollo de planes específicos para trabajadores por cuenta propia o autónomos dentro de la previsión social empresarial. Se busca con ello encauzar de una forma más efectiva el ahorro para la jubilación de este colectivo profesional y permitir con ello una minoración de por comisiones a través de la contratación de los nuevos planes de pensiones simplificados creados en esta reforma.

3.2. Nuevos instrumentos de previsión social complementaria impulsados por la Ley 12/2022

Enmarcadas en estas tres líneas de actuación estratégica, el nuevo texto legal desarrolla un total de seis medidas concretas con las que se pretende alcanzar los objetivos señalados en la reforma.

1.ª Creación de fondos de pensiones de empleo de promoción pública al que pueden adscribirse tanto planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación como el conjunto de instrumentos de previsión social empresarial.

Se trata de una de las medidas estrellas de la reforma. Básicamente la idea que está detrás de esta iniciativa es la de conseguir garantizar una dimensión adecuada de los patrimonios acumulados por los distintos planes de pensiones de empleo, agrupándolos en el marco de una serie de fondos de pensiones impulsados por la administración pública.

Se prevé que dichos fondos de promoción pública estarán gestionado por el sector privado, pero su modelo de gobernanza prevé un papel de pleno control por parte de la administración pública, muy por encima incluso de la capacidad de actuación que se reserva a los propios partícipes y promotores que son quienes finalmente han de asumir el riesgo de su financiación.

2.ª Creación de los planes de pensiones de empleo simplificados impulsados en el marco de la negociación colectiva de carácter sectorial

Junto con la medida anterior constituye el núcleo central de la reforma. Se trata de establecer un nuevo marco regulador que, sobre la base del impulso de la negociación colectiva de ámbito preferentemente sectorial, permita aumentar la población cubierta por planes de pensiones del sistema de empleo, singularmente en el caso de la pequeña y mediana empresa. Más relevante incluso parece el hecho de que estos nuevos instrumentos queden abiertos a la incorporación de los colectivos de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

3.ª Simplificación de los trámites en la adscripción y gestión de los planes de pensiones, fundamentalmente mediante la utilización de sistemas de digitalización para que las operaciones de alta de la empresa y del partícipe, aportación, información de rentabilidad y movimientos, petición de prestaciones y cobro se hagan de forma on-line. En este punto se fija como objetivo específico no dejar fuera a ninguna persona por causa de la brecha digital.

4.ª Diseño de mecanismos que favorezcan la movilidad de los trabajadores entre las diferentes empresas y sectores. La puesta en marcha de una plataforma digital común que deberán usar todas las entidades gestoras y depositarias se constituye así como un instrumento especialmente relevante a este respecto.

5.ª Diseño de un nuevo incentivo fiscal dirigido a impulsar este tipo de instrumentos colectivos, respecto del que se dice buscar que beneficie especialmente el ahorro de las rentas medias y bajas y en el que se destaca el objetivo de incorporar a los jóvenes de manera más eficaz. Para ello se prevé una ampliación de los límites fiscales y financieros a las aportaciones a planes de pensiones de empleo previstos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y un nuevo régimen de cotización a la Seguridad Social de dichas aportaciones, excluyendo de la obligación de cotización a una parte de las aportaciones.

Esta medida adquiere mayor importancia en el marco de la diferenciación de política fiscal que en los últimos ejercicios se ha producido entre los instrumentos de segundo y tercer pilar, concentrándose ahora ya de forma muy intensa los beneficios tributarios en los instrumentos de previsión social de carácter colectivo frente a los de carácter estrictamente individual.

Se busca así focalizar los beneficios fiscales en aquellas figuras que, por su estricta naturaleza colectiva se financian principalmente por contribuciones empresariales y, por tanto, responden a una lógica claramente orientada a servir como instrumentos de previsión social complementaria; frente a los instrumentos de carácter individual financiados exclusivamente desde la capacidad de renta disponible de las personas y que, por tanto, cabría vincular en una órbita más cercana a instrumentos propiamente de ahorro.

Dentro de las medidas de incentivo se ha establecido también una reducción de la cuota empresarial por contingencias comunes a la Seguridad Social respecto de los importes de las contribuciones empresariales a los planes de pensiones de empleo. En relación a esta medida la exposición de motivos de la norma prevé esta medida ha de servir como incentivo a la negociación colectiva sectorial para la generalización entre la población trabajadora de este tipo de instrumentos de dimensión colectiva.

Y, más aún, establece que este incentivo ha de operar sin causar ningún perjuicio al sistema público de Seguridad Social, cuya centralidad dentro del entramado institucional que conforma nuestro modelo de protección social en esta reforma se reconoce como inherente a la configuración institucional de nuestro Estado social. Cabría en este sentido explicar que las reducciones de cuotas están expresamente contempladas en la Disposición adicional trigésima segunda , dentro de las funciones de gasto que el Estado debe asumir en la financiación de la acción protectora de la Seguridad Social en cumplimiento del principio de separación de fuentes consagrado en el Pacto de Toledo. De modo que se prevé así que la Ley de Presupuestos Generales del Estado contemplará anualmente una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social para la financiación de los beneficios y exenciones en cotización a la Seguridad Social de determinados regímenes y colectivos, entre los que se incluirá el coste de esta reducción de cuotas.

6.ª Limitación de los costes de gestión de los planes de empleo y transparencia en la información a los partícipes. Si bien en este caso, el texto legislativo se remite a posteriores desarrollos reglamentarios.

3.3. Algunos resultados probables de la Ley 12/2022: ¿realmente los planes de pensiones privados pueden ser una alternativa a las pensiones públicas?

La reforma que implica la Ley 12/2022 en realidad se inserta en un modelo legal de previsión social complementaria más o menos acabado[40] que ha tenido cierta estabilidad en los últimos años, pero que, sin embargo, no ha conseguido alcanzar un nivel de cobertura equivalente al que han tenido otros países de nuestro entorno, salvo en aquellos sectores económicos que presentan mayor valor añadido y mejores salarios (grandes empresas de los sectores financiero, energético, eléctrico, químico, automoción, etc).

Lejos de intentar desentrañar la totalidad de causas últimas que puedan explicar este hecho, de la lectura sistemática de las diferentes medidas propuestas en la reforma cabría interpretar que, en opinión del legislador, parece tener más peso el modelo jurídico y singularmente el modelo de gobernanza de los planes de pensiones de empleo, antes que los condicionantes de carácter socio-económico que se derivan de nuestro modelo productivo (tamaño de empresas, estructura salarial, etc.). De ahí que la iniciativa de la Ley 12/2022 se centre prioritariamente sobre el marco jurídico de estos instrumentos en la idea de que ello corrija la situación que se pretende modificar.

El nuevo modelo de previsión del segundo pilar, que convivirá con el preexistente, pivota así sobre la reserva que la administración pública se arroga respecto de las competencias de gobernanza de los fondos y planes de pensiones de empleo, pese a que no ofrece ningún tipo de garantía ni asume ningún riesgo en relación al patrimonio sobre el que va gobernar. Quienes opten así por constituir o integrarse en las nuevos instrumentos deberán asumir un modelo *ex novo* en el que en nivel práctico de participación tanto de los promotores como de los partícipes se reduce en ocasiones hasta un papel que roza lo meramente testimonial en favor de la de los representantes de la administración pública. Se trata en todo caso de un régimen de supervisión y participación institucional que, desde una pretendida justificación de garantía del gobierno técnico de los instrumentos, parece esconder en realidad una evidente desconfianza respecto de la capacidad que tanto promotores como partícipes pueden llegar a desempeñar a la hora de gobernar recursos que son de su estricta propiedad.

Cabría concluir así que el nuevo modelo de gobernanza impuesto en la reforma de 2022 en realidad parece limitarse a garantizar una suerte de nuevo marco de externalización de

[40] Monereo Pérez, J.L. y Martín-Serrano Jiménez, E. La nueva regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones tras la reforma creadora de los Fondos de Pensiones de promoción pública. *Op. Cit.* p. 142

compromisos de pensión sobre los colectivos diana señalados por el legislador como prioritarios: empleados públicos, personas empleadas en pequeñas y medianas empresas y trabajadores por cuenta propia; sin que se haya previsto para ellos un régimen de supervisión y participación institucional que les garantice un nivel de participación equivalente al que el modelo preexistente establece para los instrumentos de previsión social complementaria de empleo tradicionales.

Con toda probabilidad el alcance que conseguirá desplegar la cobertura de los nuevos instrumentos puede ser más alta entre los empleados públicos, habida cuenta de que el promotor de los mismos es principalmente la Administración General del Estado que promueve la reforma. Sin embargo, también con toda probabilidad, encontrarán un fuerte resistencia para ello en las organizaciones sindicales que en el nuevo modelo de gobernanza perderán la mayoría de herramientas de participación efectiva en la gobernanza de los recursos. En cualquier caso, el alcance material de estos instrumentos de previsión social complementaria entre los empleados públicos continuará condicionado por las aportaciones que realmente estén dispuestas a realizar las administraciones promotoras de los mismos.

Está también por ver el alcance que finalmente consigue desplegar este modelo en el sector privado, habida cuenta de que ya existían instrumentos de previsión con un objetivo similar (planes de pensiones de promoción conjunta) que, sin embargo, han tenido un desarrollo casi testimonial entre las pequeñas y medianas empresas. Y a lo que, además, habrá que añadir el hecho de que en el nuevo modelo se producen las limitaciones de participación ya señaladas que igualmente generarán una resistencia entre las organizaciones sindicales.

En el caso de las y los trabajadores por cuenta propia resulta, sin embargo, más difícil prever el resultado del nuevo modelo, teniendo en cuenta que en este caso sí se produce un incentivo claro al propiciar para estas personas trabajadoras el acceso a un límite de aportaciones claramente superior al que tienen reconocido en el modelo preexistente[41].

No obstante, hemos de señalar que este nuevo incentivo para las y los trabajadores autónomos se produce a costa de quiebra del modelo de previsión preexistente. Más aún, cabría señalar que la consideración de los trabajadores por cuenta propia como un sujeto singular, con un tratamiento diferenciado, supone de alguna manera la quiebra del esquema binario tradicional que se articulaba con instrumentos colectivos de segundo pilar en los que quedaban encuadrados los trabajadores y trabajadoras que disponían de una referencia empresarial y colectiva desde la que concretarlos o, alternativamente, mediante instrumentos individuales de tercer pilar en aquellos casos en los que la persona trabajadora no disponía de dicha referencia empresarial y colectiva. Ahora se crea un espacio intermedio para los trabajadores por cuenta propia, que le permite acceder a las figuras de previsión colectiva de segundo pilar, pero con algunas reglas diferentes.

Hemos de finalizar por reiterar que, en nuestra opinión, la reforma impulsada por la Ley 12/2022 obvia los principales elementos de carácter socio-económico que conforman nuestro modelo productivo y que, a la postre, son los que en mayor medida explican tanto el mapa de cobertura actual de la previsión social complementaria como el verdadero alcance que puede llegar a desplegar en relación a constituirse como un verdadero ámbito complementario de pensiones.

Es ciertamente difícil plantear que pueda establecerse un verdadero ámbito complementario de pensiones cuando tomamos en cuenta que en 2020 del número total de personas cubiertas por

[41] Los límites de aportación a planes de pensiones de empleo quedan establecidos en 8.500 € anuales en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, 4.250 € anuales en el caso de los trabajadores autónomos que queden incorporados a alguno de los nuevos instrumentos, y en 1.500 € anules en el caso de trabajadores que opten por planes de pensiones individuales.

planes de pensiones del sistema de empleo (2 millones), el 60,5 % de los partícipes directamente no hicieron aportaciones, o lo hicieron por un importe igual o inferior a 300 euros anuales en un 9,6 por ciento de casos adicionales. El panorama en la previsión social complementaria de carácter individual (tercer pilar) es también similar. En este caso, son mayores los partícipes (algo más de 7,4 millones) pero el volumen por partícipe/asegurado es relativamente bajo y sus aportaciones son también mayoritariamente bajas. En el caso de los planes de pensiones individuales el 67,8 por ciento de los partícipes tampoco han realizado aportaciones en 2020, y el 6,4 por ciento adicional lo ha hecho por un importe igual o inferior a 300 euros anuales[42]. Sin duda los efectos derivados del ciclo económico de las sucesivas crisis financiera (2008-2013) y Covid-post pandemia (2020-…), especialmente los procesos de devaluación salarial, están influyendo en estas bajas aportaciones, aunque previamente a tales crisis tampoco se significaron por cuantías muy superiores[43].

Sea como fuere, el patrimonio medio acumulado por partícipe en el año 2020 (medido como ahorro medio) en el caso de los planes de pensiones de empleo fue de 17.601 €, mientras que en el caso de los planes de pensiones individuales ha sido de 10.974 €. Cifras que quedan lejos de poder ser consideradas como verdaderamente garantes de verdaderas pensiones complementarias.

A la postre el alcance de estos instrumentos depende directamente de la renta disponible de las personas trabajadoras, esto es, de la parte de su masa salarial que pueden destinar a la financiación de los mismos. En nuestra opinión, por tanto, es en la actuación sobre los salarios y la productividad de nuestro modelo productivo donde se encuentra realmente la clave de bóveda del papel que realmente puede llegar a jugar el ámbito complementario de pensiones que prevé nuestro modelo constitucional. De otro modo, el alcance de las reformas producidas sobre el marco jurídico del modelo tendrá necesariamente un efecto limitado respecto del nivel de cobertura y la intensidad de las prestaciones que pueda alcanzar.

De la misma forma que no compartimos la idea de quienes pretenden justificar el crecimiento de los instrumentos de previsión social complementaria sobre un relato de una pretendida insostenibilidad o insuficiencia del segmento público que, como hemos visto, no se produce en la práctica.

Al contrario, más allá de que el propio diseño jurídico-constitucional del modelo no permitiría no ya la sustitución del ámbito público, sino un mero nivel de complementariedad "obligatorio" derivado de la insuficiencia de las prestaciones públicas, los actores políticos y sociales que participan en el gobierno del sistema de Seguridad Social vienen orientándolo desde hace décadas en un sentido bien diferente. Así, las reformas operadas en el sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo, más allá de que se encuentran insertas en un proceso dinámico en el que necesariamente aún tienen margen de evolución y mejora, están claramente orientadas a garantizar los principios constitucionales de suficiencia y adecuación de las pensiones al tiempo que buscan hacerlo preservando la sostenibilidad tanto financiera como social del propio modelo.

Por lo que podemos concluir que, en nuestra opinión, el modelo constitucional de pensiones continúa plenamente vigente y se encuentra bien orientado para la consecución de sus objetivos. No cabe justificar, por tanto, ni la redefinición integral del modelo, ni la "obligatoria" complementariedad de sus prestaciones Debería bastar así con mantener la senda abierta en el

[42] DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES. Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria 2020 y avance 2021 pp. 40 y 85.

[43] Valga como ilustración el hecho de que el total de aportaciones a los planes de pensiones de empleo en 2008 fue de 1.759 millones de euros (233 millones fueron realizados por los partícipes y el resto por el promotor), mientras que en 2020 la aportación total ha sido de 1.237 millones de euros (239 de ellos realizados por los partícipes).

marco del Pacto de Toledo de evaluación periódica y ajuste permanente de los parámetros en los que se ordena dicho modelo para seguir garantizando la consecución de sus objetivos en el medio y largo plazo.

4. Bibliografía

AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL (AIReF). Actualización de previsiones demográficas y de gasto en pensiones. Documento técnico 1/20.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza. *Instituciones de Seguridad Social*. Decimoquinta edición. Civitas, Madrid, 1997

Bourideu, P. *Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992)*. Anagrama, Barcelona, 2014

Dupeyroux, J.J. Évolution et tendances des systèmes de Sécurité Sociale des pays membres des Communautés Européennes et de la Grande-Bretagne, Services des publications des Communautés Européennes, Luxembourg, 1966.

COMISIÓN EUROPEA. Previsiones económicas de primavera de 2022: la invasión rusa pone a prueba la resiliencia económica de la UE

COMISIONES OBRERAS. Propuesta sindical para una profunda reforma tributaria (febrero 2020)

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES. Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria 2020 y avance 2021

EAPN. *El estado de la pobreza en España 2021*. Avance de resultados junio 2022

Gómez Salvado, M.A. "Los tres pilares fundamentales en los que se apoya el modelo español de pensiones ¿Hacia dónde vamos?". *Revista Iuslabor*, Nº. 3, 2021.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *La pobreza y su medición Presentación de diversos métodos de obtención de medidas de pobreza*. Instituto Nacional de Estadística, Madrid (sin fechar), disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/sociales/pobreza.pdf

Martín-Serrano Jiménez, E. *El Principio de Cooperación como solución del Estado Autonómico. Una propuesta para la reforma (constitucional, o no) del sistema público de protección social en España*. Editorial Comares, Granada, 2018.

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. *Informe Económico-financiero del Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social para el ejercicio 2022*. Tomo III. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. *Proyecto de Presupuestos ejercicio 2022. Información complementaria. Síntesis de cifras y datos*. Tomo II.

MINISTERIO DE SEGURIDAD SOCIAL, INCLUSIÓN Y MIGRACIONES. Presentación utilizada por el Ministro Escrivá en su comparecencia en el Congreso de los Diputados el 18 de noviembre de 2021 en relación a El mecanismo de equidad intergeneracional y otros elementos de la reforma del sistema de pensiones.

Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1995

Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996

Monereo Pérez, J.L.: "Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental", en *RTSS*. CEF, núm. 429 (2018).

Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1425-1524

Monereo Pérez, J.L.: "William Henry Beveridge (1879-1963). La construcción de los modernos sistemas de seguridad social". *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, Nº. 4, 2015, pp. 279-305

Monereo Pérez, J.L.: "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de reforma", en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2 (2018) pp. 173-201

Monereo Pérez, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis*, Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Martín-Serrano Jiménez, E. *La nueva regulación legal de los Planes y Fondos de Pensiones tras la reforma creadora de los Fondos de Pensiones de promoción pública. (Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo)*. Editorial Laborum, Murcia, 2022

Rodríguez-Piñero, M y González Ortega, S: "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma", en VV.AA, *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, PRADOS DE REYES, F.J (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985

Rubio Llorente, F. "Europa y Estado Social". Conferencia pronunciada en la Fundación Juan March, en Madrid, el 2 de diciembre de 1993, disponible en: www.march.es/conferencias/anteriores/voz.aspx?p1=22177&l=1 ;

Sánchez-Urán Azaña, Y. y Aguilera Izquierdo, R: "La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social", en VV.AA, Sempere Navarro, A.V (Dir.) y Martín Jiménez, R (Coord.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

Schumpter, J. A. Capitalismo, Socialismo y Democracia. Aguilar Ediciones, México-Madrid-Buenos Aires, 1952

OECD. Poverty rate indicators, disponible on line en: https://data.oecd.org/inequality/poverty-rate.htm

Tortuero Plaza, J.L. "La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del sistema en clave continuista", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 44, 2003

Tortuero Plaza, J.L. Retos y reformas en materia de pensiones. Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos, Nº. 467, 2022, pp. 189-223

Tortuero Plaza, J.L. La visión racionalizadora de la complejidad normativa de la Seguridad Social. Revista de derecho de la seguridad social. Laborum, Nº. Extra 1 (In memoriam a don Aurelio Desdentado Bonete), 2021, pp. 167-174

Tortuero Plaza, J.L.: "Editorial". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* (REJLSS), ISSN-e 2660-437X, Nº. 3, 2021 (Ejemplar dedicado a: La protección social de los mayores frente al reto de la sostenibilidad y suficiencia de las pensiones), pp. 14-19

Tortuero Plaza, J.L.: "De la solidaridad intergeneracional al riesgo del fraude piramidal. Estudios financieros". *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, ISSN 1138-9532, Nº. 429, 2018, pp. 105-135

Tortuero Plaza, J.L.: "De nuevo, el sistema de pensiones como arma electoralista". *Temas para el debate* Nº. 283 (junio), 2018 (Ejemplar dedicado a: El futuro de las pensiones), pp. 23-26

Valdueza Blanco, M.D. *La Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional* (1981-2020). Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

El nuevo sistema de revalorización de las pensiones públicas ante el reto de la inflación

Gloria María Montes Adalid
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

Raquel Castro Medina
Investigadora Predoctoral en el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

1. Introducción: situación actual del sistema de pensiones y previsiones futuras

Son innumerables los estudios que han puesto de manifiesto aquellos elementos condicionantes para nuestro Sistema de Pensiones. Esto son los ya conocidos como el factor demográfico, los cambios en el empleo y en el crecimiento económico y las migraciones[1]. Además, en los tiempos que corren, la crisis económica ha servido como agravante tambaleando aún más los cimientos sobre los que se cierne el sistema. Los datos nos muestran un aumento en la esperanza de vida sin precedentes augurando un futuro cercano en el que se llegarán a doblar el número de pensionistas que tenemos en la actualidad. Por ello, la preocupación por la salud financiera del sistema público de pensiones español y la necesidad de garantizar tanto su suficiencia como su sostenibilidad resultan ser cuestiones altamente recurrentes en la agenda política de nuestro país. Ya desde el pasado año 2019, el Sistema de la Seguridad Social registró un déficit del 1,3 % del Producto

[1] AA.VV: *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones,* Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dir.),. Granada, Comares, 2020.

Interior Bruto (en adelante PIB), equivalente a 17.000 millones de euros aproximadamente. Lo cual, como decimos, es algo que se viene arrastrando tiempo atrás provocando un desequilibrio presupuestario importante. Deterioro que obedece a un incremento del gasto en pensiones contributivas superior al leve aumento de los ingresos propios de las cotizaciones sociales. Así, mientras que el peso de las segundas alcanzó el 10 % del PIB en 2019, las pensiones contributivas han incrementado su participación de un 6,9 % del PIB en 2007 hasta el 10,3 % en el 2019.

En la actualidad, tal y como tendremos oportunidad de estudiar en los epígrafes siguientes, el gasto en pensiones se sitúa en el 12 % del PIB. De este modo, las pensiones públicas en España representan la mayor partida de los Presupuestos Generales del Estado (en adelante PEG). Los datos aportados por la Moncloa estiman que este año se va a destinar 171.165 millones de euros de los PGE al pago de pensiones. Cifra que irá aumentando en respuesta a los principales retos anteriormente apuntados, más aún cuando la generación del *baby boom* comience a retirarse del mercado laboral.

En concreto, los escenarios demográficos aportados por el Instituto Nacional de Estadística dibujan una proyección de la pirámide poblacional cada vez más desfigurada por el peso creciente de la población mayor de 65 años. No obstante, cualquier aproximación al futuro debe estudiarse con cierta prudencia debido a la incertidumbre que denota. De tal suerte, puede ser que incluso la realidad que vivamos de aquí a unos años sea mucho más dura que la esperada o, por el contrario, las tasas netas de natalidad y/o migraciones consigan mitigar la desproporción entre el número de personas en edad de jubilación o superior y la población activa en edad de trabajar.

De cualquier forma, sea cual sea el escenario que finalmente acontezca resulta revelador y todo un hecho que cualquier variación sufrida en estos elementos supondrá consecuencias directas sobre el gasto en pensiones. Así pues, un incremento en el factor demográfico a causa de un aumento en la esperanza de vida forzaría una subida en el gasto. Por ejemplo, si hacemos uso del simulador proporcionado por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (en adelante AIReF)[2] si seleccionamos un escenario "pesimista" demográficamente hablando estaríamos posicionándonos en un valor que contiene el 20 % de la distribución de las variables fecundidad y migraciones y el 80 % de la supervivencia. Con estas estimaciones la presión sobre el gasto en pensiones promedio del 13.6 % entre el 2020 y el 2050 manteniendo el resto de los factores "constantes".

En definitiva, como vemos, tener en consideración los diferentes elementos señalados así como otros tantos de índole coyuntural y poco previsibles como han sido el COVID o la inflación, suponen un eje crucial para hablar del futuro del sistema de pensiones español sin los cuales no podríamos abordar un estudio como el presente.

2. Marco constitucional en materia de suficiencia y adecuación de las pensiones

Desde una perspectiva histórica, para esbozar un panorama integral y estructurado de una materia tan cambiante y evolutiva como es el sistema de pensiones español, resulta altamente recomendable ahondar en las directrices constitucionales sobre la que asienta sus raíces dicho entramado. Y, es que, como sabemos, durante el proceso de gestación de la que es hoy nuestra Carta Magna las controversias suscitadas entorno a los preceptos destinados a dotar de eficacia el derecho a la Seguridad Social del ciudadano no fueron pocas. De hecho, a raíz de tales controversias y, muy especialmente a raíz de los debates acaecidos sobre el art. 41, se desprende la característica dicotomía del ambiente en el que se redactó el texto. Dicotomía obviamente provocada por la presencia de dos grupos políticos abanderados de ideas notoriamente contrarias

[2] Enlace web: https://www.airef.es/es/datalab/simuladores/

tratando de alcanzar una visión interpretativa única. En cualquier caso, una vez logrado el consenso se vislumbraba el final de un largo proceso de cesiones y concesiones que dio pie a incontables esfuerzos políticos y legislativos en aras de asegurar el tan ansiado equilibrio entre las demandas de la población y el fortalecimiento de los pilares financieros planteados. Todo ello con el ambicioso propósito de asegurar la viabilidad del que fuera el presente y el futuro de un sistema que mantenemos hoy día y que, casi con total seguridad, acompañará a las generaciones venideras.

Pues bien, ya puesto sobre la mesa el contexto en el que se encuadra el reconocimiento constitucional del derecho a la Seguridad Social pasaremos a dedicar las siguientes líneas a estudiar de manera más pormenorizada algunas de las disposiciones en la que se encuadra. En primer lugar, como apuntábamos, el art. 41 CE denota cierto protagonismo al configurarse como todo un principio rector de la política social y económica cuya redacción expresa que "los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarías serán libres". Se persigue así conseguir una protección de universal sin precisar ningún camino concreto para alcanzarla[3]. Lo cual ha permitido que, con base a tal indeterminación, se configure un modelo mixto constituido por dos vertientes obligatorias, una contributiva y no contributiva, y otra voluntaria complementaria[4]. Además, esta flexibilidad que impide hablar de un modelo único de Seguridad Social permite dejar abierta la puerta para la adaptación a nuevos escenarios "hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar"[5].

En segundo lugar, encontramos otras disposiciones igualmente significativas para la configuración del sistema de pensiones contemporáneo como son el art. 39 que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia; el art. 42 referente a la protección social de los trabajadores españoles en el extranjero; el art. 43 donde se reconoce el derecho a la protección de la salud; el art. 49 que asegura la protección a personas con discapacidad física, sensorial y psíquica; siendo el art. 50 el que garantice y procure la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas.

Llegados a este punto debemos recordar la existencia de cierta jerarquía dentro de la Constitución entre los diferentes derechos declarados. Así por un lado encontraríamos los derechos denominados fundamentales y libertades públicas de la Sección I del Capítulo II y Título I cuyo desarrollo debe realizarse mediante ley orgánica. Por otro lado estarían los conocidos como derechos constitucionales, sujetos para su desarrollo a ley ordinaria que, en cualquier caso, debe respetar el núcleo esencial de los mismos. Y, por último, podemos ubicar los principios rectores de la política social y económica, cuyo cometido es informar a la legislación positiva, la

[3] Rodríguez Díez, J.R.:"La pensión de jubilación en el sistema de seguridad social español" *Revista de Derechos Humanos y Educación,* núm.6, 2022.

[4] Conviene señalar que dentro de este sistema cabe distinguir tres pilares. Un primer pilar básico constituido por las prestaciones no contributivas libres de requisitos de cotización previa, de carácter universal y financiado con cargo de las aportaciones del Estado. Un segundo pilar de ámbito contributivo vinculado a requisitos de cotización sustentado por las aportaciones de los trabajadores y empresarios. Y, un tercer pilar, complementario a los anteriores, de carácter voluntario y financiado por los propios trabajadores y/o determinadas empresas. Todo ello englobado por los principios propios de la Seguridad Social (universalidad, unidad, solidaridad e igualdad). Sobre el tema recomendamos encarecidamente la siguiente lectura: Gómez Salado, M. Á.: "Los tres pilares fundamentales en los que se apoya el modelo español de pensiones: ¿Hacia dónde vamos?". *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm. 3, 2021. https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2021.i03.04.

[5] STC 206/1997, de 27 de noviembre de 1997.

actuación de los poderes públicos y la práctica judicial. Pues bien, a priori, esta diferenciación podría llegar a significar que nuestra constitución no confiere verdaderos derechos subjetivos en relación a dichos principios entre los cuales, como venimos diciendo, se encuentran importantes directrices conferidas al sistema de Seguridad Social. Sin embargo, numerosa jurisprudencia se ha manifestado al respecto arrojando luz sobre la cuestión. De forma que, partiendo de tales pronunciamientos si podríamos sustentar el valor programático de dichos principios, los cuales deben ser entendidos como claros objetivos para el legislador[6]. Es, de esta manera, en bloque, y no por separado, que debemos realizar el estudio y análisis del art. 41 puesto que solo así podemos entender tanto la naturaleza abierta del texto como el carácter esencial e irreducible para el legislador ordinario de desarrollo de las previsiones contenidas.

En efecto, sobrepasar los límites otorgados al contenido esencial del derecho a la Seguridad Social implicaría, necesariamente, una reforma constitucional de todo el bloque constitucional regulador. Todo ello conforme al imperativo mismo contenido en el art. 10.2 CE la cual obliga a realizar una la interpretación de los arts. 41 y 50 CE en el marco del sistema internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales, que incluye, evidentemente, a los derechos fundamentales sociales, por intermediación del art. 10.2 CE y en relación los arts. 93 a 96 del mismo texto[7].

Finalmente, en relación con diversa doctrina constitucional podemos destacar que el concepto señalado en el art. 50 CE "pensión adecuada" debe ser puesto en relación igualmente con el resto del sistema de pensiones en su conjunto. Todo ello con el objeto de no caer en el error de obviar ciertas circunstancias sociales y/o económicas propias de cada momento. De esta forma, procuraremos una visión integral sin perder de vista el fin último por el que se configura el sistema y sus principios fundamentales ni pasar por alto que se trata de administrar medios económicos finitos entre un número de necesidades sociales considerables. Igual sucede con la difícil tarea de garantizar una actualización periódica sin que, obligatoriamente tenga como objetivo un incremento anual de todas las pensiones. Además, el hecho de fijar un límite a la formulación de nuevas pensiones o la actuación de denegar una actualización durante cierto periodo de tiempo, el legislador no rebasa las funciones que le corresponde en la evaluación de las mencionadas circunstancias condicionantes, sin duda, de la adecuación y actualización del sistema de pensiones[8].

3. La garantía del mantenimiento del poder adquisitivo: la influencia de los Pactos de Toledo

Como apuntamos en los epígrafes anteriores, el sistema de pensiones se erige como un pilar básico del modelo de protección y bienestar social. Por dicha razón, las autoridades políticas, de manera recurrente, han enfrentado tan compleja labor a través de modificaciones legislativas y medidas de garantía de sostenibilidad y funcionamiento del sistema de pensiones, enfrentándose a retos tales como la prolongación de la vida de las personas jubiladas y la numerosa generación del *baby boom* al momento de acceder a la jubilación.

Concretamente, en el año 1995, ante el aumento de la esperanza de vida en medio de una crisis económica, se constituyó el Pacto de Toledo, que analizaremos en primera instancia

[6] Rodríguez Díez, J.R.: "La pensión de jubilación en el sistema de seguridad social español" *Revista de Derechos Humanos y Educación,* núm. 6, 2022.

[7] Wilhelmi, M.A.: "Crisis financiera y recortes de derechos: la austeridad como dispositivo de desposesión constitucional". *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016.

[8] Cardenal Carro, M.: "La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (II)" *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.5, 1999.

para comprender su repercusión en el presente y futuro de las pensiones, y en la garantía de mantenimiento del poder adquisitivo[9].

3.1. La evolución de los Pactos de Toledo

A este tenor, el propio texto del Pacto en su versión de 2011 dispone que: *"(…) resulta oportuno, como punto de partida, recapitular el sentido originario que tuvo el Pacto, así como -con la mayor sencillez posible- describir su contenido actual. Por eso es necesario recuperar la idea de que pocos sectores de la población española son tan sensibles como el sector de nuestros pensionistas, integrado en su mayoría por personas jubiladas o viudas; este fue el motivo por el cual, -aunque a veces no lo parezca- todos los partidos políticos se pusieron de acuerdo en la conveniencia de evitar la utilización de las pensiones como arma electoral. Esa regla no escrita constituyó la base sobre la que en 1995 se formuló el llamado "Pacto de Toledo" en el que se concretaron 15 recomendaciones que debían orientar las futuras reformas del sistema de pensiones con el fin de garantizar, en primer lugar, su viabilidad y, si fuera posible, su mejora. Esas recomendaciones fueron apoyadas por todos los grupos parlamentarios en la correspondiente sesión plenaria del Congreso de los Diputados; asimismo, al poco tiempo, los llamados "interlocutores sociales" sumaron su apoyo al Pacto Toledo."*[10]

Vemos, por tanto, que el Pacto de Toledo fue creado con la finalidad de analizar cuestiones estructurales que inciden negativamente en el sistema de Seguridad Social, con el objetivo de consensuar reformar para paliar los problemas. Se aprobó por primera vez en el año 1995[11], por Resolución del Congreso de los Diputados, teniendo lugar sucesivas reformas desde entonces (en los años 2003 y 2011)[12].

Entendemos, por tanto, que es un texto dinámico, en continua transformación y ánimo de mejora, que tiene la pretensión de adaptarse a la nueva realidad socioeconómica.

El Pacto de Toledo concerniente al 6 de abril de 1995 hace una descripción del sistema de pensiones español, factores que podrían impactar en el sistema en el futuro y una serie de recomendaciones sobre la manera de financiar el sistema (15). Las recomendaciones más relevantes fueron: la creación de un Fondo de Reserva para minimizar efectos negativos de los ciclos económicos, mejora de las bases de cotización de conforme a los salarios reales, separación de las fuentes de financiación, mejora de los mecanismos de financiación o garantía del poder adquisitivo, entre otras cuestiones.

Las aludidas recomendaciones se reflejaron en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social[13], que establecía un periodo de referencia de 15 años para calcular la pensión, actualización de las bases de cotización conforme al IPC y la necesidad de constituir un Fondo de Reserva.

Tras esto, en el año 2003, la Comisión de Evaluación y Seguimiento de los Acuerdos del Pacto de Toledo publicó un nuevo informe[14] con un preámbulo y 22 recomendaciones que revisaba el

[9] BBVA: "Pacto de Toledo, ¿qué es? Te contamos cómo ha repercutido este acuerdo sobre el sistema de pensiones español", *BBVA*, S. f., Disponible en: https://www.bbva.es/finanzas-vistazo/ef/planes-de-pensiones/pacto-de-toledo.html

[10] Congreso de los Diputados: "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo", *Boletín Oficial de las Cortes Generales, IX Legislatura*, núm. 513, 2011, p. 12.

[11] Boletín Oficial De Las Cortes Generales, núm. 134, 12/04/1995.

[12] Gutiérrez Casillas, I.: "El Pacto de Toledo: fundamento, precedentes, concepto, contenido y revisión parlamentaria", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 103, 2018, p. 408.

[13] BOE núm. 169, 16/07/1997.

[14] Informe de la Comisión no permanente del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados, núm. 596, 02/10/2003.

texto de 1995, con una adaptación a las transformaciones ocurridas en esos años: financiación, integración de regímenes, equiparación de la cobertura de los trabajadores autónomos, contributividad y solidaridad, la modernización de la gestión, etc.[15].

En el año 2011 se aprobó su penúltima versión (previa a la actual), que ha generado dificultades en la puesta en práctica del propio pacto en dos cuestiones fundamentales: la separación de fuentes de financiación (recomendación 1) y la revalorización de las pensiones (recomendación 2).

Centrándonos en la segunda recomendación, vinculada a la revalorización de las pensiones: la Comisión reafirmó, como hizo en los años 1995 y 2003, las siguientes premisas[16]:

- Defender el poder adquisitivo de los pensionistas y garantizarlo por Ley, con la actualización periódica de las pensiones que se dispone en la Constitución (art. 50).
- Mantenimiento del poder adquisitivo a través que equilibren el sistema de pensiones de cara al futuro.

Asimismo, la recomendación incluía una clara diferenciación entre la mejora de pensiones y el mantenimiento del poder adquisitivo, aludiendo a las distintas fuentes financieras utilizadas para soportar los costes de cada una de ellas. A su vez, se incluye en la recomendación la posibilidad de poner en práctica nuevos índices de revalorización de las pensiones y una crítica a la congelación sucedida en el año 2010, de la que hablaremos en los siguientes apartados[17].

Por último, el Pleno del Congreso aprobó el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo emitido por la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo el pasado 27 de octubre de 2020, 25 años después de la creación de la Comisión. En concreto, la recomendación número 3 explicita "*el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, su garantía por Ley y su preservación mediante la adopción de medidas encaminadas a asegurar el equilibrio social y financiero del sistema de pensiones en el futuro*", revalorizándose conforme al IPC[18].

En suma, en todas las versiones existentes de los Pactos de Toledo se pone de manifiesto la necesidad del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y la garantía de la viabilidad financiera del sistema, dos cuestiones de fondo que aludimos en el transcurso de este capítulo.

3.2. Mejora de pensiones *vs* el mantenimiento del poder adquisitivo

En la penúltima versión del Pacto de Toledo (2011), la Comisión dispuso que, respecto a la distinción entre mejora de pensiones y el mantenimiento del poder adquisitivo:*"(…) la revalorización anual de las pensiones se presenta como el mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones; en este sentido, la revalorización debe ser diferenciada de cualquier otra acción de mejora encaminada no a conservar, sino -cuando lo permita la situación económica y con la oportuna cobertura legal- a aumentar dicho poder adquisitivo."*

También, en aras de preservar el equilibrio financiero del sistema de pensiones en el futuro, la recomendación número 2 puso de relieve que: "(…) la sostenibilidad del sistema exige que sólo

[15] Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, "Cuarto consenso en 25 años en el Pacto de Toledo", *La Revista de la Seguridad Social*, 2020.

[16] Gutiérrez Casillas, I.: "El Pacto de Toledo: …, *Op. Cit.*, p. 415.

[17] Gutiérrez Casillas, I.: "El Pacto de Toledo: …, *Op. Cit.*, p. 423.

[18] Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, "Cuarto consenso…", *Op. Cit.*

se financien con cargo a los recursos de la Seguridad Social los gastos correspondientes al estricto mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, y que toda subida por encima del IPC (o del índice que, en su caso, pudiere adoptarse) sea sufragada con cargo a otros recursos financieros."

Por tanto, la financiación de la subida de las pensiones por encima del IPC (la denominada "mejora"), debería ser con cargo a recursos diferentes de los de la Seguridad Social, de conformidad a lo que se explicita en esta parte de la recomendación[19]: *"(…)a partir de ahora deberá proponerse para cada desviación que haya ocasionado subidas en las pensiones por encima del IPC real, un tratamiento específico: ya sea como mejora que, total o parcialmente, se consolida y absorbe permanentemente por el sistema, ya sea como mejora cuyo exceso no se consolida. El Gobierno pondrá en conocimiento de la Comisión del Pacto de Toledo la decisión a adoptar, acompañada de las oportunas proyecciones macroeconómicas y datos financieros que fundamenten dicha decisión y que aseguren su adecuación al requisito de sostenibilidad del sistema que exige el Pacto de Toledo.*"

Se observa, de esta manera, una dicotomía subrayable entre los términos mejora y mantenimiento.

3.3. Los nuevos índices de revalorización y el factor de sostenibilidad

3.3.1. La situación del sistema de revalorización de pensiones antes de 2013

Recapitulando con la situación actual del sistema de pensiones, recordamos que, en los últimos años, los países occidentales han experimentado grandes cambios demográficos: incremento de la esperanza de vida, envejecimiento de la población y aumento de la tasa de dependencia. Transformaciones han impactado abruptamente sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones público, ocasionando una gran afluencia de reformas en la materia en la mayoría de países occidentales, con el objeto de mitigar las consecuencias negativas.

Las mencionadas reformas han venido de la mano de dos vertientes bien diferenciadas: la paramétrica (incidentes en el modo de calcular la pensión pública) y la estructural (modificación del sistema de pensiones: pasando del sistema de reparto a sistemas mixtos, de capitalización, etc.)[20].

En nuestro país se han utilizado reformas paramétricas en distintas etapas de nuestra historia más reciente, destacando el retraso de la edad de jubilación a los 67 años para el año 2027 o la ampliación del número de años a tener en cuenta en el cálculo de la pensión[21].

En adición, como sabemos, el sistema de previsión social en España se basa en el principio de solidaridad, donde los trabajadores actuales financian las pensiones actuales. Lo cual depende en gran medida de la demografía del país. Por tanto, ante los cambios demográficos en España, este sistema podría ser incapaz de afrontar el pago de las prestaciones de generaciones futuras si el número de cotizantes es menor que el de pensionistas[22]. Por este motivo, el sistema de pensiones español afronta dos problemas fundamentales: el envejecimiento acelerado de la población y el aumento de la tasa de dependencia. Además, a estas dos cuestiones se le suma la situación

[19] Gutiérrez Casillas, I.: "El Pacto de Toledo: fundamento, …, *Op. Cit.*, p. 424

[20] Alda, M., Marco, I., Marzo, A.: "La reforma del sistema público de pensiones español: el factor de sostenibilidad", *Revista Finanzas y Política Económica*, vol. 10, núm. 1, 2018 p. 27.

[21] Jimeno, J.: "La equidad intergeneracional de los sistemas de pensiones", *Revista de Economía Aplicada*, 33(11), 2003, pp. 25-43.

[22] Bandrés, E. y Cuenca, A.: "Equidad intrageneracional en las pensiones de jubilación. La reforma de 1997", *Revista de Economía Aplicada*, 6(18), 1998, pp. 119-140.

de déficit presupuestario, siendo España uno de los países de la Unión Europea con el déficit presupuestario más elevado (para 2014, se situaba en un 5,8 % del PIB).

Hay que destacar, no obstante, que el fuerte crecimiento que registró la economía y los continuos superávits de la Seguridad Social hicieron posible la aplicación de la fórmula de revalorización de las pensiones que se aprobó en la Ley 24/1997, aplicándose sin excepción hasta el año 2010[23].

Sin embargo, la Comisión del Pacto de Toledo manifestó en 2010, en plena crisis económica, lo siguiente: "*Por otra parte, resulta conveniente estudiar (para su posterior análisis y valoración por la Comisión) la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el comportamiento de las cotizaciones a la Seguridad Social, siendo recomendable que se tengan en cuenta los efectos que dichos índices han tenido sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones en los países de nuestro entorno*." Y, con el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo[24], se suspendía la revalorización de las pensiones para el 2011. De igual manera, el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social[25], se suspendía la revalorización de las pensiones en función del IPC (0,2 %) y ordenaba un incremento general de las pensiones del 1 %, más otro 1 % adicional a las pensiones que iguales o inferiores a los 1000 mensuales (14000 en cómputo anual).

En el año 2011, por su parte, tuvo lugar una gran y ambiciosa reforma (Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social[26]), en la que se disponían dos medidas fundamentales a tenor de las pensiones: retraso de la edad de jubilación a los 67 años y la introducción del factor de sostenibilidad y el índice de revalorización anual.

Esta manifestación se materializó en la previsión que introdujo la mencionada Ley 27/2011, que adicionó a la LGSS la Disposición Adicional 59.ª relativa al "*Factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social*", estableciendo que: "*Con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada 5 años, utilizando a este fin las previsiones realizadas por los organismos oficiales competentes.*"[27].

Las mencionadas medidas se erigían con la finalidad de garantía de la sostenibilidad del sistema, adaptando el importe de las pensiones a la esperanza de vida y a la coyuntura económica. En esta reforma se propuso la introducción de un mecanismo de sostenibilidad, el factor de equidad intergeneracional[28] (en lo sucesivo, FEI).

---

[23] Devesa Carpio, J.E.; Devesa Carpio, M.; Meneu Gaya, R.; Domínguez Fabián, I.; Encinas Goenechea, B.: "El Índice De Revalorización De Las Pensiones (Irp) Y Su Impacto Sobre El Sistema De Pensiones Español", *Revista de Economía Aplicada*, vol. XXIII, núm. 68, 2015, p. 107.

[24] BOE, núm. 126, de 24/05/2010.

[25] BOE, núm. 289, 01/12/2012.

[26] BOE, núm. 184, 02/08/2011.

[27] Congreso de los Diputados, "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo", *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 175, 2020, p. 43.

[28] El FEI hace referencia esperanza de vida de cada nuevo jubilado en el momento de su retiro del mundo laboral, calculándose conforme a estadísticas y medidas demográficas los años que va a vivir el nuevo jubilado y cuántos meses disfrutará de su pensión.

3.3.2. La situación del sistema de revalorización de las pensiones posterior a 2013

El desarrollo y formalización de los nuevos mecanismos de sostenibilidad y nuevos índices de revalorización de las pensiones no tuvo lugar hasta 2013, con la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social[29], donde se amplió la ya iniciada reforma, regularizando la revalorización de las pensiones y el factor de sostenibilidad, que se ubican en el art. 58 y en el art. 211 (derogado) del Texto Refundido de la LGSS, respectivamente. Esto supuso un cambio radical en la política de revalorización al vincular la actualización de las pensiones al equilibrio presupuestario del sistema[30].

Conforme a esto, al inicio del año se revalorizaban las pensiones con arreglo al índice establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, usando la fórmula establecida en el art. 58 LGSS[31]. La mencionada fórmula tenía en consideración ingresos y gastos del sistema de la Seguridad Social, el número de pensiones contributivas, revalorización de las nuevas pensiones respecto de las antiguas que se dejan de pagar por fallecimiento de su titular. De esta manera, el resultado reflejará la evolución de estas cuestiones en un periodo de 11 años (el año en que sea de aplicación dicho índice, así como los 5 años anteriores y los 5 años posteriores al mismo), aumentando de manera progresiva el índice de revalorización, conforme a la situación financiera del sistema de pensiones. Una vez que se calculaba el índice, estaba sujeto a unos límites: mínimo del 0,25 %, y máximo del IPC más el 0,50 %. Por tanto, el Índice de revalorización perseguía el equilibrio presupuestario, desligando la revalorización de las pensiones y de los precios, pasando a ajustarse la mencionada revalorización en función de los gastos e ingresos del sistema a lo largo del tiempo. De esta manera, se produciría un mantenimiento en el poder adquisitivo de las pensiones siempre que el sistema contase con los recursos necesarios para ello[32]. Supone un nuevo sistema que desvincula la revalorización anual del IPC, como se venía haciendo, introduciendo en el cálculo otras tasas de crecimiento.

En adición, de acuerdo a la disposición adicional 22.ª LGSS, el Gobierno redactaría cada 5 años un informe sobre la adecuación y suficiencia de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, aplicándose a partir de diciembre de 2018.

Finalmente, con el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social[33], se regularon las medidas de

[29] BOE, núm. 309, 26/12/2013.

[30] Devesa Carpio, J.E.; Devesa Carpio, M.; Meneu Gaya, R.; Domínguez Fabián, I.; Encinas Goenechea, B.: "El Índice De Revalorización De Las…", *Op. Cit.*, p. 104.

[31] En cuanto a la dificultad de aplicación de esta fórmula, son oportunas las anotaciones presententes en el estudio realizado por Desdentado Bonete, A.: "Reflexiones sobre el factor de sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones", *Revista de Derecho Social. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social,* núm. 64, 2013, pp. 223-236. En él se establece que: "*Este protagonismo de las fórmulas ya viene produciéndose desde hace tiempo en algunos sectores del ordenamiento (energía eléctrica, telecomunicaciones, etc.) y tiene precedentes en la propia legislación de la Seguridad Social, como las famosas fórmulas de los artículos 140 y 162 de la LGSS. Pero aquéllas son disposiciones de carácter técnico y van dirigidas fundamentalmente a especialistas y las fórmulas de la LGSS ilustran simplemente las proposiciones normativas sin sustituirlas. El proyecto va más allá, pues, como ya he dicho, las fórmulas sustituyen a las palabras; no se limitan a ilustrarlas.*" (…) "*Pero hay algo más preocupante. Las fórmulas están en función de una serie de datos que quedan fuera de la ley y fuera también de su eventual reglamento; son datos estadísticos o internos de los organismos gestores de difícil acceso o verificación. La norma queda así incompleta y se integrará no por otras normas publicadas, sino por decisiones o valoraciones de la Administración. Esto va a producir una opacidad nada desdeñable.*"

[32] Comité de Expertos: Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones, 2013. Disponible en: http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/downloadFile.do?tipo=documento&id=1950&idContenido=1028

[33] BOE, núm. 261, de 31/10/2015.

sostenibilidad, sustituyendo el aludido FEI por el Factor de Sostenibilidad. Pero, ¿qué es el Factor de Sostenibilidad? Conforme a dicha normativa, nos referimos a un modo de ajustar automáticamente las pensiones de jubilación de acuerdo a la esperanza de vida de cada beneficiario, que tenía el objetivo de garantizar a generaciones presentes y futuras la percepción de pensiones suficientes y adecuadas, con un ajuste de la equidad intergeneracional y un mantenimiento del equilibrio del sistema financiero a medio y largo plazo[34].

La diferencia principal entre el Índice de Revalorización y el Factor de Sostenibilidad es que el factor de sostenibilidad ajustaba las nuevas pensiones de jubilación conforme al aumento de la esperanza de vida y el índice de revalorización disponía el ajuste anual de todas las pensiones.

4. La erosión de la crisis en la sostenibilidad del sistema

4.1. La garantía del mantenimiento del poder adquisitivo

En todas las versiones de los Pactos de Toledo se incide en la importancia de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo, es decir, la preservación y protección de la capacidad de adquisición de bienes y servicios de los pensionistas.

Como hemos constatado, la recomendación 2ª del Pacto de Toledo tiene como fin primario blindar y mantener el poder adquisitivo de quienes subsisten únicamente con su pensión contributiva. Dicha garantía se refiere a brindar seguridad en cuanto a asegurar la conservación de la capacidad económica a la hora de adquirir bienes y servicios.

A este respecto, nace la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[35], que da sentido y cumplimiento a esta recomendación 2ª del Pacto de Toledo, analizada al explicitar los Pactos de Toledo en puntos anteriores.

En la mencionada norma se produce la derogación del Factor de Sostenibilidad (art. 211 LGSS) con efectos de 1 de enero de 2022, que fue un mecanismo diseñado por la reforma de pensiones de 2013, cuya entrada en vigor estaba prevista para 2023. ¿Qué hubiera ocurrido? Habría tenido lugar una rebaja automática de las pensiones de los nuevos pensionistas en función del aumento de la esperanza de vida.

A su vez, se explicita una nueva fórmula de revalorización de las pensiones, en la que las pensiones se recalcularán con respecto al IPC medio registrado cada año, con una incidencia positiva en el mantenimiento del poder adquisitivo y la previsión de que la pensión no disminuya en caso de inflación negativa, conforme a la modificación establecida para el art. 58 LGSS, relativo a la revalorización y garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones[36].

4.2. La quiebra del mecanismo de revalorización vinculado a la inflación

La pandemia del COVID-19, la invasión de Ucrania, el coste de los combustibles fósiles y la electricidad, los desajustes de la cadena de suministros y el aumento de los precios del transporte y

[34] Devesa Carpio, J.E.; Devesa Carpio, M.; Meneu Gaya, R.; Domínguez Fabián, I.; Encinas Goenechea, B.: "El Índice De Revalorización De Las…", p. 111.

[35] BOE, núm.312, 29/12/2021.

[36] C.C.O.O.: "Entra en vigor la Ley que garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. Se suprimen los elementos más perjudiciales de la reforma del sistema de pensiones de 2013 y se busca asegurar su futuro", *CCOO Informa*, núm. 5, 2022., pp. 1 y 2.

la distribución global, han supuesto un encarecimiento acelerado y acusado de una gran cantidad de bienes y servicios.

En primera instancia, es una labor compleja brindar un dato actualizado de la inflación, ya que el precio de bienes y servicios sigue incrementándose aumentando de forma generalizada y sostenida en el tiempo en casi todo el planeta. A finales del mes de marzo, la inflación en la Unión Europea estaba se ubicaba en el 7,5 %[37]. En España fue aún más acentuada, con un IPC que sitúa su variación anual en el mes de marzo en el 9,8 %, conforme a los datos brindados por el Instituto Nacional de Estadística[38].

¿Cómo afecta la mencionada cuestión a la revalorización de las pensiones en España?

Mencionada en el punto anterior, Ley 21/2021 (última reforma del sistema público de pensiones español) con la pretensión de poner freno a la pérdida de poder adquisitivo de los pensionistas, retomó la vinculación de la revalorización al IPC, aplicándose por vez primera en 2022.

Esta medida se traducirá con un profundo impacto en las arcas públicas, ante la sostenida inflación elevada que llevamos experimentando todo el año. Es más, a este respecto, el aumento de precios anterior a la invasión de Ucrania tuvo consecuencias: para 2022 el Gobierno aprobó un incremento del 2,5 % para las pensiones contributivas y de un 3 % para las no contributivas, junto a una paga de compensación por la pérdida de poder adquisitivo en 2021. Esta acción supuso un coste total de 6500 millones de euros para el sistema público de pensiones.

Como vemos, la inflación no ha cesado en todo lo que llevamos de año. La presidenta de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF, en lo sucesivo) analizó que el efecto de esta sostenida y elevada inflación puede ser positivo en las cuentas públicas en el corto plazo, pero que se irá viendo mermado por la subida de los gastos derivada del mismo efecto inflacionario, destacando el gasto presupuestario en pensiones.

Además, el Banco de España, en su último informe de proyecciones macroeconómicas[39], redujo las previsiones de recuperación de la economía española (con un 4,5 % para este año 2022, en contraste con el 6,3 % que se estimó el pasado año) y previó un incremento del gasto público en consecuencia de la inflación. Estimó, el Banco de España, que si la inflación se mantuviese en torno al 7 % durante este año (porcentaje superado en numerosas ocasiones), aumentaría 12600 millones más el gasto presupuestario dedicado a revalorizar las pensiones en enero de 2023.

Vemos, por tanto, un problema preocupante: volver a la vinculación de la revalorización de las pensiones con un IPC disparado aumentará aún más los costes de la Seguridad Social, acusando el déficit preexistente[40].

---

[37] Towers Watson, W.: "Inflación y pensiones: ¿qué supone el aumento de los precios para las pensiones?", *Willis Towers Watson Update*, 2022. Disponible en: https://willistowerswatsonupdate.es/jubilación/inflacion-y-pensiones/

[38] Instituto Nacional de Estadística: Indicador adelantado del Índice de Precios de Consumo (IPC). Indicador adelantado del Índice de Precios de Consumo Armonizado (IPCA), *INE Notas de Prensa*, 2022.

[39] Banco de España, "Síntesis de las proyecciones macroeconómicas para la economía española, 2022-2024", *Banco de España*, 2022.

[40] Carrascosa, B.: "La quiebra del sistema de pensiones y los votos perdidos", *El Capital*, 2022. Disponible en: https://capital.es/2022/05/01/quiebra-sistema-pensiones-votos/

4.3. El posible impacto presupuestario de la actualización de las pensiones con el IPC en los años venideros

Para el año 2023, se preveía la entrada en vigor del factor de sostenibilidad (analizado previamente). El proyecto se suspendió para el tras la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado para 2018[41], con el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, aplicándose una revalorización conforme al IPC[42]. Actualmente, dicha suspensión se ha transformado en una derogación definitiva.

Como hemos apuntado, el factor de sostenibilidad de las pensiones se introdujo por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, como una forma de ajuste de las pensiones de jubilación a la evolución de la esperanza de vida del beneficiario. Pero, ¿qué sistema tenemos ahora?

Retomando el punto anterior, recordamos que el pasado 29 de diciembre se publicó en el BOE la Ley 21/2021, reflejo del Acuerdo de Diálogo Social alcanzado en esta materia en el mes de julio de 2021, entre el Gobierno, los sindicatos CCOO y UGT y las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME.

De este modo, se culmina la primera etapa de la reforma de pensiones[43], en la que destacan cuatro modificaciones principales: actualización de las pensiones de acuerdo al IPC sustituyendo el Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP), la incorporación del concepto de gastos impropios en la contabilidad del sistema, modificaciones en los coeficientes de anticipación y diferimiento de la edad ordinaria de jubilación y el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI), cubriendo el espacio que ocupada el factor de sostenibilidad[44].

Fundamentalmente, nos vamos a centrar en la actualización de las pensiones con el IPC en sustitución del Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP), no sin antes aludir a otra cuestión recalcable: la sustitución del Factor de Sostenibilidad (ya analizado) mediante el nuevo Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI). En concreto, en el preámbulo de la Ley 21/2021, se establece que "*En materia de medidas para preservar el equilibrio y la equidad entre generaciones, dada la dimensión intergeneracional del sistema de pensiones (y la carga excepcional que para su equilibrio va a suponer la jubilación de la llamada generación del baby boom), se hace necesario incorporar indicadores que ofrezcan una imagen más fidedigna del desafío que para el sistema supone el envejecimiento de la población. Y que liberen a las generaciones más jóvenes de un ajuste provocado por la llegada a la jubilación de grupos de trabajadores más numerosos*".

A través de la puesta en práctica del mecanismo (MEI), se pretende repartir equilibradamente el esfuerzo entre las distintas generaciones, para que los jóvenes no sufran perjuicios que mermen acusadamente la cuantía de sus pensiones y favoreciendo la sostenibilidad a largo plazo del sistema de la Seguridad Social. Sin entrar en cuestiones de cálculo, grosso modo, el MEI es un mecanismo temporal aplicable entre 2023 y 2033, en el que aparecerá en escena la denominada "cotización

[41] Instituto BBVA de Pensiones, "¿Se va a seguir manteniendo el IPC como índice de revalorización de las pensiones?", *BBVA*, 2019. Disponible en: https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/se-va-a-seguir-manteniendo-el-ipc-como-, indice-de-revalorizacion-de-las-pensiones.html

[42] García Díaz, M.A.: "Nota sobre el posible impacto presupuestario de la actualización de las pensiones con el IPC en 2023", *Apuntes FEDEA*, 2022.

[43] C.C.O.O.: "Entra en vigor la Ley que garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. Se suprimen los elementos más perjudiciales de la reforma del sistema de pensiones de 2013 y se busca asegurar su futuro", *CCOO Informa*, núm. 5, 2022., pp. 1 y ss.

[44] García Díaz, M. A.: "Nota sobre el posible impacto presupuestario de la actualización de las pensiones con el IPC en 2023", *Apuntes FEDEA*, 2022, p. 1.

adicional finalista", un incremento aumento preceptivo de la cotización tanto de empresas como de trabajadores, que nutrirá el Fondo de Reserva de la Seguridad Social[45].

Pasando a analizar la actualización de las pensiones con el IPC en sustitución del Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP). Específicamente, en el art. 1 (modificación del art. 58 LGSS) se establece que "*Las pensiones contributivas de la Seguridad Social mantendrán su poder adquisitivo en los términos previstos en esta ley.*

A estos efectos, las pensiones de Seguridad Social, en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior".

Con esta redacción, el legislador tenía la pretensión de garantizar una adecuada pensión a la población pensionista, sin pérdidas de poder adquisitivo que se derivara de una subida del IPC. El Gobierno decidió aplicar la norma con carácter retroactivo en 2021, actualizando la cuantía de las pensiones.

La decisión de actualizar las pensiones actuales conforme al IPC del año anterior ocasionará profundas consecuencias en términos de gasto público total en pensiones. La AIReF ha previsto un impacto en las cuentas de la Seguridad Social de 2,7 puntos del PIB para 2050, sumando esto a la incidencia sobre el sistema de Clases Pasivas.

Sin embargo, este cálculo se realizó previendo una evolución estable de los precios alrededor del 2 % y una tasa de crecimiento de la economía en un 1,7 % anual. Porcentajes que distan de la realidad.

Las cuentas de la Seguridad Social para este año 2022 vienen marcadas por la incierta evolución de la actividad de la economía española, impactada por la pandemia previa (que sigue incidiendo en nuestra economía) y la invasión de Ucrania, con una incidencia en el empleo y las bases de cotización de los trabajadores ocupados[46].

5. Conclusiones

La seguridad social es la herramienta fundamental del Estado para hacer frente al riesgo de pérdida sobrevenida de las rentas salariales que experimentan todas las personas ante situaciones como la vejez o las enfermedades.

A este tenor, nación en 1995 el denominado Pacto de Toledo, con la pretensión de analizar los problemas estructurales con incidencia en nuestro sistema de seguridad social y, sobre la base de este análisis, establecer una serie de recomendaciones consensuadas para el desarrollo de reformas orientas a paliar dichos problemas.

En todas las versiones se hace referencia a una cuestión de vital relevancia: la garantía del mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas.

A lo largo de varias décadas, el sistema de revalorización de las pensiones que se venía aplicando en España se aplicaba conforme al IPC, con el fin del mantenimiento del poder adquisitivo de

[45] Campmany, J.: "Factor de sostenibilidad ¡derogado! El nuevo mecanismo de equidad intergeneracional", *Campmany Abogados*, 2022. Disponible en: https://www.campmanyabogados.com/blog/factor-sostenibilidad

[46] García Díaz, M. A.: "Nota sobre el posible impacto presupuestario de la actualización de las pensiones con el IPC en 2023", *Apuntes FEDEA*, 2022, pp. 1-4.

los pensionistas, con algunas congelaciones puntuales por la falta de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

No obstante, hemos podido constatar que la Ley 23/2013 introdujo un nuevo sistema que supuso un cambio radical en la política de revalorización al ligar la actualización de las pensiones al equilibrio presupuestario del sistema, dejando en un segundo plano el mantenimiento del poder adquisitivo, aunque sin excluir esta posibilidad.

Sobre la balanza, el MEI está actuando de manera más equilibrada en el sistema (actuando como válvula de seguridad) que el factor de sostenibilidad, con una configuración inadecuada que castigaba a los más jóvenes.

Las autoridades prevén que el Fondo de Reserva alcance una cuantía alrededor de los 50.000 millones de euros, tras las aportaciones que se practiquen entre 2023 y 2033.No obstante, debemos acoger el MEI con cautela, porque evitar el recorte de las pensiones puede desembocar en los costes laborales, al provenir de las cotizaciones. Una cotización que, aunque esté repartida entre empresa y trabajador, tiene repercusiones en la nómica minorada del empleado[47].

El complejo escenario futuro de las pensiones públicas viene motivado, de un lado, a un aumento del gasto con causa en la jubilación de la generación del *baby boom*. De otro, el aumento de la inflación se adiciona al problema de base. En el último informe de proyecciones macroeconómicas de AIReF se ha estimado que el gasto en pensiones aumentará al 14,2 % del PIB en 2050.

Como solución para la contención de los efectos negativos de la inflación, podríamos barajar la posibilidad de aplicar una suspensión temporal de la norma para paliar el impacto de la subida del IPC en los presupuestos, hasta que se produzca una disminución y estabilización del IPC. Sin embargo, el Ministerio de Seguridad Social no prevé esta medida e insiste en que el poder adquisitivo de los pensionistas debe ser una garantía por Ley[48].

Lo que está claro es que el sistema de Seguridad Social está en quiebra y es altamente dudosa la capacidad de sostenimiento y vuelta al equilibrio con el modelo actual de ingresos y gastos. Sin agarrarnos a ningún discurso político, sólo tenemos que echar un vistazo a los movimientos del déficit público en España en los últimos meses: existe un ritmo muy acelerado de incremento de desequilibrios en el sistema de Seguridad Social que hay que los cimientos de nuestro Estado de Bienestar se tambaleen[49].

6. Bibliografía

Alda, M., Marco, I., Marzo, A.: "La reforma del sistema público de pensiones español: el factor de sostenibilidad", *Revista Finanzas y Política Económica*, vol. 10, núm. 1, 2018.

Banco de España, "Síntesis de las proyecciones macroeconómicas para la economía española, 2022-2024", *Banco de España*, 2022.

Bandrés, E. y Cuenca, A.: "Equidad intrageneracional en las pensiones de jubilación. La reforma de 1997", *Revista de Economía Aplicada*, 6(18), 1998.

[47] Campmany, J.: "Factor de sostenibilidad ¡derogado! El nuevo mecanismo de equidad intergeneracional", *Campmany Abogados*, 2022. Disponible en: https://www.campmanyabogados.com/blog/factor-sostenibilidad

[48] Towers Watson, W.: "Inflación y pensiones: ¿qué supone el aumento de los precios para las pensiones?", *Willis Towers Watson Update*, 2022. Disponible en: https://willistowerswatsonupdate.es/jubilación/inflacion-y-pensiones/

[49] Carrascosa, B.: "La quiebra del sistema de pensiones y los votos perdidos", *El Capital*, 2022. Disponible en: https://capital.es/2022/05/01/quiebra-sistema-pensiones-votos/

BBVA, "Pacto de Toledo, ¿qué es? Te contamos cómo ha repercutido este acuerdo sobre el sistema de pensiones español", *BBVA*, S. f., Disponible en: https://www.bbva.es/finanzas-vistazo/ef/planes-de-pensiones/pacto-de-toledo.html

C.C.O.O.: "Entra en vigor la Ley que garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. Se suprimen los elementos más perjudiciales de la reforma del sistema de pensiones de 2013 y se busca asegurar su futuro", *CCOO Informa*, núm. 5, 2022.

Campmany, J.: "Factor de sostenibilidad ¡derogado! El nuevo mecanismo de equidad intergeneracional", *Campmany Abogados*, 2022. Disponible en: https://www.campmanyabogados.com/blog/factor-sostenibilidad

Carrascosa, B.: "La quiebra del sistema de pensiones y los votos perdidos", *El Capital*, 2022. Disponible en: https://capital.es/2022/05/01/quiebra-sistema-pensiones-votos/

Comité de Expertos: Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones, 2013. Disponible en: http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/downloadFile.do ?tipo=documento&id=1950&idContenido=1028

Congreso de los Diputados: "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo", *Boletín Oficial de las Cortes Generales, IX Legislatura*, núm. 513, 2011.

Desdentado Bonete, A.: "Reflexiones sobre el factor de sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones", *Revista de Derecho Social. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social,* núm. 64, 2013.

Devesa Carpio, J.E.; Devesa Carpio, M.; Meneu Gaya, R.; Domínguez Fabián, I.; Encinas Goenechea, B.: "El Índice De Revalorización De Las Pensiones (Irp) Y Su Impacto Sobre El Sistema De Pensiones Español", *Revista de Economía Aplicada*, vol. XXIII, núm. 68, 2015.

García Díaz, M. A.: "Nota sobre el posible impacto presupuestario de la actualización de las pensiones con el IPC en 2023", *Apuntes FEDEA*, 2022.

Gómez Salado, M. Á.: "Los tres pilares fundamentales en los que se apoya el modelo español de pensiones: ¿Hacia dónde vamos?". *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm. 3, 2021. https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2021.i03.04

Gutiérrez Casillas, I.: "El Pacto de Toledo: fundamento, precedentes, concepto, contenido y revisión parlamentaria", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 103, 2018.

Instituto BBVA de Pensiones, "¿Se va a seguir manteniendo el IPC como índice de revalorización de las pensiones?", *BBVA*, 2019. Disponible en: https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/se-va-a-seguir-manteniendo-el-ipc-como-, indice-de-revalorizacion-de-las-pensiones.html

Instituto Nacional de Estadística: Indicador adelantado del Índice de Precios de Consumo (IPC). Indicador adelantado del Índice de Precios de Consumo Armonizado (IPCA), *INE Notas de Prensa*, 2022.

Jimeno, J.: "La equidad intergeneracional de los sistemas de pensiones", *Revista de Economía Aplicada*, 33(11), 2003.

Rodríguez Díez, J.R.: "La pensión de jubilación en el sistema de seguridad social español" *Revista de Derechos Humanos y Educación,* núm.6, 2022.

Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, "Cuarto consenso en 25 años en el Pacto de Toledo", *La Revista de la Seguridad Social*, 2020.

Towers Watson, W.: "Inflación y pensiones: ¿qué supone el aumento de los precios para las pensiones?", *Willis Towers Watson Update*, 2022. Disponible en: https://willistowerswatsonupdate.es/jubilación/inflacion-y-pensiones/

Vila Tierno, F.: "El difícil equilibrio entre la sostenibilidad y la suficiencia. Una visión general de la situación general del sistema de pensiones pensando en el futuro.", en AA.VV (Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M.), *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*. Comares, 2020.

Wilhelmi, M.A.: "Crisis financiera y recortes de derechos: la austeridad como dispositivo de desposesión constitucional". *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016.

El sistema de reparto de las pensiones

Fulgencio Pagán Martín-Portugués
Abogado - Graduado Social
Profesor Asociado UM

1. El factor de sostenibilidad

La Ley 21/2021[1] deroga el factor de sostenibilidad que el legislador había instaurado como garantía del poder adquisitivo de las pensiones, así como de otras medidas que entraban en vigor a partir de 2027 y que cada cinco años se revisarían en función de la esperanza de vida. La norma preveía, inicialmente, su aplicación para las pensiones de jubilación a partir de 01/01/2019 teniendo en cuenta las tablas de mortalidad de la población y la edad de 67 años como referencia.

La aplicación del factor de sostenibilidad nunca se llevó a efecto, y se fue aplazando hasta su derogación por lo tanto no se ha puso en marcha, y cuando fue concebido se hizo para una previsión en 2052 de 15 millones de pensionistas.

2. El mecanismo de equidad intergeneracional

El mecanismo de equidad intergeneracional, que es el nuevo mecanismo que sustituye al factor de sostenibilidad, se crea para garantizar la financiación de las pensiones diferenciándose de su predecesor en que el factor de sostenibilidad se calculaba en función de la esperanza de vida con aplicación agendada y permanente, mientras que el denominado MEI, - mecanismo de equidad intergeneracional- solo se activará en caso de ser necesario y siempre con una duración temporal.

[1] Ley 21/2021 BOE 29/12/2021

El nuevo MEI lo que pretende es repartir de forma equilibrada la financiación de las pensiones, esto es reforzar la sostenibilidad del sistema y para ello establece a partir de 2023, y durante los diez años posteriores, la denominada cotización adicional finalista que consiste en un aumento obligatorio de la cotización a cargo tanto de empresas como trabajadores con la finalidad de alimentar el fondo de reserva. La fórmula utilizada por el MEI consiste en el incremento de una cotización adicional en los seguros sociales del 0,6 % que se repartirá entre empresa y trabajador de forma que supondrá unos 12 € mensuales de media, de los que 2 euros corresponderían al trabajador y 10 al empleador.

Según las previsiones en materia de pensiones en 2032 desaparecería la cotización adicional referida revisándose a partir de 2033 cada tres años hasta llegar en 2050 fecha en la que se procederá a verificar el nivel de consumo de las previsiones y del gasto realizado de forma que no se tomaría ninguna acción si se mantuviera el nivel conforme a las previsiones, y sí en cambio habría consecuencias y se tomarían medidas adiciones si el nivel de gasto se supera.

Así las cosas, si se superara el límite fijado de gasto se alimentaría este fondo de reserva con una disposición de un 0,2 % del PIB, y si la necesidad fuera mayor, o el fondo se quedara sin recursos, se activarían las soluciones alternativas como incrementar el tipo de cotización o revisar vía reducción del porcentaje de gasto de las pensiones, previendo incluso llegar hasta el tope de asignación del 0,8 % del PIB, en un principio hasta 2060.

Cabe concluir que las previsiones sobre el fondo de reserva que se estarían manejando hasta 2033 sería la obtención de un acumulado de 50.000 millones lo que evitaría atacar, es decir reducir, la cuantía a percibir de las pensiones, aunque sí afectaría al incremento de los costes vía aumento de la cotización, mayor aún, si bien nada evitaría, si los números no salieran, que una vez más nos viéramos abocados, como apuntaba, a una nueva reforma a la baja en el cálculo de las pensiones.

3. Una alternativa

Como apreciamos del análisis realizado las soluciones realizadas por el legislador pasan de una parte por el aumento de las cotizaciones, más costes laborales con una mayor presión para el empresario y un menor líquido disponible para el trabajador.

También hemos visto que otra de las soluciones que se apuntan pasa por el incremento de la aportación del Estado, que pese a ser una medida solo para pensiones contributivas, está mermando la figura prestacional, pues se alimenta de un porcentaje del PIB variable, que puede incluso verse afectado en un porcentaje susceptible de incrementarse hasta un tope que nadie asegura que no pueda modificarse al alza, pues en definitiva supone la aportación del Estado al pago de las pensiones contributivas desnaturalizando la razón de éstas, al menos desde la concepción y definición de éstas.

Procede traer al análisis lo que sería una tercera opción o alternativa, como anticipaba en el enunciado, que pasaría por incentivar la contratación y la incorporación al mundo laboral de la economía sumergida, suprimir los falsos autónomos y ajustar a la realidad los contratos a tiempo parcial que realmente desarrollan su jornada laboral a tiempo completo, y la solución está en sentido inverso al que va a utilizar el legislador, es decir no veo que la solución pase por llegar a unas cargas sociales que en ocasiones son superiores al 50 % del salario que percibe el trabajador pues entenderlo así sin tener en cuenta la realidad objetiva expuesta es vivir ajeno al mundo laboral y a la realidad de la economía y de la situación empresarial.

Siempre he defendido el efecto recaudador positivo que se generaría, si el importe de las cargas sociales se estableciera a nivel del tipo general del IVA, actualmente el 21 %, produciéndose una

dinamización del mercado laboral, que ahuyentaría el fraude y se evitarían las contrataciones, mayoritariamente fraudulentas de los contratos a tiempo parcial, jornadas a tiempo completo minoradas contractualmente respecto al tiempo de trabajo prestado realmente.

Siguiendo con la propuesta apuntada es obvio que a nadie escapa la existencia y persistencia de la economía sumergida que se mantiene de forma persistente, en ocasiones por dificultades personales de los actores, pero en la mayoría de los casos por la asfixia financiera que supone el actuar succionador del Estado sobre los recursos del empresariado a veces agotados, y es por cuanto según esta tesis que defiendo si por el empresariado se asumiera un pago de seguros sociales equivalente al tipo de IVA general referido, entre el 21 y el 25 %, hay que tener en cuenta las contingencias profesionales y su protección según sectores, la realidad sería muy distinta y la dinamización y activación, de las contrataciones haría que éstas afloraran conforme a la realidad.

4. El sistema de reparto

En España el sistema se basa en el reparto de las cantidades por pensiones entre todos los ciudadanos de forma que las pensiones públicas son las que cubren los ingresos de los pensionistas en cada momento; este sistema, a diferencia del sistema de capitalización, es criticado por considerarse que destruye los incentivos a trabajar al basarse en el principio de solidaridad.

El sistema de reparto supone la distribución del fondo creado por los trabajadores en activo para sufragar las pensiones de los que ya no lo están. Se reconoce este sistema como de solidaridad intergeneracional ya que la generación cotizante financia a la generación jubilada, y así sucesivamente; si bien el problema se genera, y se ha generado, cuando hay menos incorporación al mundo laboral, los mayores no se terminan de jubilar, los jóvenes no llegan a incorporarse al empleo, los números de afiliación no crecen, y por tanto tampoco los cotizantes, y el sistema queda con un desfase económico pues los presentes no financian lo suficiente por cuanto no se cubren las previsiones de futuro.

El principio de solidaridad, en el que se basa el sistema de pensiones de reparto se sustancia, gira sobre tres ejes fundamentales como es el de la solidaridad entre generaciones; la solidaridad de los actuales activos sobre los pasivos; y la solidaridad territorial, y como con acierto apunta Escalante Zabala[2]; las clases activas financian a las clases pasivas con los problemas añadidos de envejecimiento de la población, menor número de nacimientos, insuficiencia de recursos, mayor esperanza de vida contando con una tendencia en 2031 de más de 83 años para los varones y más 87 para las mujeres; y para 2065 de más de 88 años para hombres y más de 91 para mujeres, con el factor añadido de la disminución de la natalidad.

A lo expuesto sobre el sistema de reparto de pensiones hay que añadir que poco ha contribuido el esfuerzo del legislador, vía incentivos, en las políticas de conciliación laboral y familiar pues el nivel de nacimientos no es el esperado, y no existen unas expectativas de recuperación de natalidad que permita augurar un cambio de tendencia.

Siguiendo con el sistema de pensiones, y en contraposición al sistema de reparto, se encuentra el sistema de capitalización que guarda una relación directa entre las aportaciones del pensionista y lo que éste obtendrá en el futuro, es por tanto un fondo donde se acumulan las aportaciones del contribuyente para generar sus futuras prestaciones tratándose de desembolsos de carácter periódico, con carácter general, produciéndose de forma voluntaria a cargo del trabajador, y en ocasiones extraordinarias a del empresario empleador.

[2] Escalante Zabala, Rosario. Diario La Ley n.9017. Sección Tribuna 10/07/2017. Wolters Kluwer.

Si bien es cierto que parece que el sistema de capitalización obedece más a una lógica y una correspondencia de tanto aporto tanto me reporta, también es verdad que el sistema genera carencias o insuficiencias, así en la pasada pandemia se pudo contraponer el funcionamiento del sistema público de Seguridad Social, pago de cotizaciones al RETA con el sistema de capitalización individual canalizado a través de las mutualidades, Mutualidad de la Abogacía, v.gr.; pues bien, el resultado no puede ser más ilustrador de lo sucedido así, mientras el sistema de Seguridad Social estableció subsidios con pagos a los autónomos, hasta a los societarios, estableciendo incluso exenciones y moratorias sin intereses en los pagos de las cuotas, en cambio y por el contrario la Mutualidad de la Abogacía no generó ningún subsidio para los abogados pese a que no tenían actividad profesional alguna, - cierre de los juzgados, suspensión de plazos procesales, inactividad prácticamente absoluta- , pero es que además tampoco se exoneró a los colegiados del pago de las cuotas a la mutualidad, ni siquiera se facilitó el aplazamiento.

La situación expuesta evidencia, sobre el pensamiento de las pensiones, la idea principal que siempre circula de seguridad, y si bien es verdad que se pueda pensar que el Estado es "capaz" de ajustar, - siempre a la baja - el importe de las pensiones, o como ocurre con las pensiones máximas, toparlas pese a que la cotización haya sido en ocasiones del doble de loque aprueba y publicita anualmente la Ley de Presupuestos, también lo es que la garantía y seguridad que otorga el Estado no la puede oponer ningún banco ni entidad, y tal y como afirma Corona Suanzes[3], es que el Estado no necesita ser competitivo en la gestión de las pensiones, no es su negocio invertir pues su función es prestar servicios públicos que atiende conforme a su presupuesto, y como expone con acierto el autor, la seguridad que otorga no la exhibe ningún banco, y si, en ocasiones no se produce la quiebra de estas entidades es porque se produce la intervención del Estado que lo rescata, tenemos ejemplos muy recientes en España, con el añadido además de que el exceso de inflación, como la que sufrimos en este año 2022, genera una mayor recaudación de impuestos a favor de las arcas públicas, sin que haya banco alguno que pueda garantizar una actualización en función de la inflación.

5. Sistema en crisis

La incidencia derivada de los problemas de financiación y del aumento del número pensionistas ya se advirtió en 1970, empeorando sucesivamente en 1980, si bien haciendo historia conviene recordar que en este período, más concretamente desde 1965 a 1980 se asistía a un período transitorio por la existencia de las antiguas mutualidades laborales, cuyo impacto luego atenderemos, por cuanto el sistema no asumía la totalidad de las prestaciones, y es entonces cuando surgen los Pactos de la Moncloa que redujeron los costes de Seguridad Social de 1975 a 1985, actualizaron las retribuciones de los trabajadores y frenó la escalada inflacionista, en definitiva unos acuerdos que se tradujeron en la recuperación del poder adquisitivo de los ciudadanos, obligando además a que la Seguridad Social se financiara con las cuotas recibidas de las cotizaciones que percibía. Adicionalmente, en estos mismos Pactos se estableció un carácter progresivo de actualización de las pensiones.

En la actualidad, como ya apuntamos, recorremos un camino inverso, se aumentan las cuotas a la Seguridad Social, no existe ninguna contención de gasto por el Estado que parece vivir en otro mundo ajeno al real con el añadido de una inflación asfixiante.

El panorama económico actual genera una contracción de la economía una situación e inseguridad y empobrecimiento de los ciudadanos y una presión añadida a las empresas, se encuentran al borde del colapso, sufriendo además el incremento de los costes en suministros

[3] Corona Suanzes, Alfonso. Relaciones Laborales n.13. Sección Tribuna del Suscriptor del 8 al 23 julio 2004. Año XX, p. 1375, tomo 2. Editorial La Ley.

necesarios de producción tan necesarios como la electricidad o el combustible con una incidencia directa en las instalaciones productivas y el transporte.

Así las cosas, el análisis actual exhibe una situación en la que la cotización es insuficiente debido a unos salarios bajos, a la proliferación de contratos laborales a tiempo parcial, y no parece abocar a otra solución al legislador a la reiteradamente utilizada, desde 1986, de aumento de la vida laboral útil y cambio de fórmula de cálculo más meses por más coeficiente divisor.

Al problema existente de cotizantes y cuantía cotizada se añade la compatibilización del trabajo con la pensión de jubilación, que se concibió como una forma de retraso en la jubilación y oxígeno para el sistema, si bien, y como con acierto reseña Sánchez Quiñones[4], en muchos de estos casos los jubilados son autónomos cuyas prestaciones son inferiores al régimen general y cuentan con un incentivo adicional para seguir en activo sin necesidad de realizar cambios en la titularidad del negocio.

Volviendo al bucle de la necesidad u oportunidad de un sistema complementario de pensiones, éste suscita demasiadas reticencias para ser puesto en marcha y obviamente requerirá de un acuerdo de negociación del gobierno con empresarios y trabajadores para obtener una respuesta legislativa acorde y justa, pero sobre todo consensuada, sin que por mi parte aprecie que la solución pueda llegar por la negociación colectiva, lo que sería deseable, pero sin embargo no parece vislumbrarse a corto plazo para un acuerdo de esta envergadura, cuando los agentes sociales aún no han sido capaces de reactivar la totalidad de los convenios colectivos muchos de ellos dormidos desde la reforma laboral.

Como con acierto exponía Rodríguez Piñero[5] el nivel profesional de las pensiones contributivas no se acoge de forma expresa en el art. 41 de la Constitución Española pese a que la Seguridad Social, en el debate constitucional, se defendió bajo una estructura de nivel público de suficiencia. El modelo constitucional se confeccionó bajo dos áreas de acción consistentes en una renta pensionista mínima básica para todos los ciudadanos, financiada vía impuestos, y una segunda profesional financiada por cuotas aportadas por las que se accedería a las prestaciones equiparando así la renta de trabajo con la renta futura de la acción protectora.

Ya apuntaba entonces Rodríguez Piñero que los principios de solidaridad y universalidad de los regímenes públicos de las pensiones reduce la obtención de pensiones más altas por quienes han cotizado sobre una base máxima y nunca obtendrán una pensión acorde al esfuerzo contributivo realizado por los topes existentes para las estas pensiones, y todo en aras la consabida la solidaridad con el inconveniente añadido que cuando se realiza un planteamiento de revalorización y puesta al día de las pensiones esta actualización se intenta realizar para un favorecimiento sobre las pensiones más bajas, y esto a la postre lo que genera sobre el cotizante de base máxima es una fuga al sistema de externalización, esto es a las aportaciones al sistema complementario. Se aprecia, por lo hasta aquí expuesto, que junto a las pensiones contributivas conviven las complementarias que además tienen su sustento en el art. 41 de la Constitución Española que admite estas prestaciones sin que nada impida su gestión a través del sector privado, lo que no actúa como un factor excluyente sino de cohabitación.

[4] Sánchez Quiñones, Luis. Diario La Ley n.9224. Sección Tribuna 22/06/2018. Wolters Kluwer.

[5] Rodríguez Piñero, Miguel. Relaciones Laborales. Sección Editorial. 1988, pág 3, tomo 2. Editorial La Ley.

6. Una nota tributaria

Sobre las pensiones, pagadores y concurrencias según el tiempo de generación y la naturaleza del pagador se ha pronunciado el Tribunal Económico Administrativo Regional de Murcia[6] y lo hace analizando a dos pagadores distintos sobre instituciones mutualistas diferenciadas y estableciendo el carácter complementario y sustitutivo en función de la institución con la lógica consecuencia tributaria según las circunstancias. Se trae esta nota tributaria para que se aprecie las diferencias existentes a efectos de tributación según la procedencia de la pensión percibida y del tiempo en el que dichas cotizaciones se generaron, es decir la diferencia entre el sistema obligatorio de mutualidad, por no existir incorporación a la Seguridad Social y el existente posteriormente o coexistiendo con el sistema público.

En el análisis del TEAR se procede a distinguir a nivel tributario entre la situación de los perceptores pensionistas de la Institución Telefónica de Previsión - ITP- y de la Mutualidad Laboral de Banca para afirmar que la situación jurídica no es la misma pues la ITP fue una Mutualidad que actuaba como sustitutoria de la Seguridad Social, hasta que se integró en el Régimen General de la Seguridad Social con efectos de 1 de enero de 1992 y sin embargo la Mutualidad Laboral de Banca, fue hasta 1966 un sistema de Previsión Social que a partir de 1967 pasó a ser una Entidad Gestora de la Seguridad Social.

La interpretación y aplicación de las reducciones en renta aparecen en la Disposición Transitoria segunda de la Ley de Renta[7], - este precepto contempla que las aportaciones anteriores a 01/01/1999 gozan de la reducción del 25 % en la tributación, sin que se disfrute de la misma a partir de esta fecha estableciendo la integración en la base imponible de las cantidades; es decir, según se aprecia la norma tributaria aplica una reducción a las aportaciones cuando la Mutualidad actuaba como exclusiva, y no cuando lo hace como complemento al sistema público de Seguridad Social, marcando incluso una proporcionalidad en el colectivo de banca hasta la incorporación de éste al sistema de Seguridad Social.

Lo que viene a expresar la resolución del TEAR es que en el caso de la ITP, la institución telefónica, las aportaciones a dicha institución, anteriores a su integración en la Seguridad Social en 1992, hubo algún importe que no redujeron la base imponible del impuesto y otras que sí, y en cambio, en el caso de la Mutualidad Laboral de Banca ninguna aportación a dicha institución anterior a su conversión en Entidad Gestora de la Seguridad Social en 1967 pudo minorar la base imponible del impuesto.

Por el TEAR se establece que cuando se han realizado aportaciones a la Mutualidad Laboral de Banca, a partir de 1 de enero de 1967, no resulta procedente ni es de aplicación la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, pues la pensión pública por jubilación es percibida de la Seguridad Social, toda vez que las aportaciones tuvieron la naturaleza de cotizaciones a la Seguridad Social, debiéndose integrarse el 100 % el importe percibido como rendimientos del trabajo; en cambio cuando se han realizado aportaciones a la Mutualidad Laboral de Banca, con anterioridad a 1 de enero de 1967, sí debe excluirse como rendimiento del trabajo el 100 % de la parte de la pensión de jubilación percibida de la Seguridad Social correspondiente a dichas aportaciones.

Traigo al análisis de las pensiones y de los sistemas de pensiones la incidencia tributaria en la percepción de las mismas, y según el tiempo de generación y el instrumento de cotización principal o único o complementario, pudiendo observarse el tratamiento tributario diferenciador

[6] TEAR Murcia. Resolución 30/07/2020. Procedimiento 51-02023-2019.

[7] Ley 35/2006 de IRPF. BOE 29/11/2006.

cuando los afectados no tenían un sistema alternativo, sino exclusivo y propio de mutualidad, y cuando éste dejó de serlo y actuó como un sistema complementario del de Seguridad Social con la lógica diferencia de trato en la tributación.

La reforma del sistema de pensiones y el compromiso de elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social: vidas paralelas

Carmen Salcedo Beltrán
Profesora TU Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Universidad de Valencia)
Consultora experta internacional del Consejo de Europa (Servicio de la Carta Social Europea)[1]

1. Introducción

Uno de los temas que más inquieta a toda la población desde hace tiempo es el relativo a las pensiones. Las valoraciones en torno al mismo son habituales, al mismo tiempo que dispares. La cuestión relativa a la sostenibilidad del sistema de seguridad social o, en términos más comunes, de si cobraremos pensión de jubilación, se manifiesta cíclicamente en todos los estratos sociales. Este debate va acompañado de las dudas, o afirmaciones, relacionadas con el retraso de la edad para su acceso, del incremento de los períodos de carencia, de su cálculo atendiendo a las bases de cotización de toda la vida laboral, de la creación de modalidades que la compatibilizan con el trabajo o de las condiciones más rigurosas de la posibilidad de disfrutarla anticipadamente. Nuestro día a día coexiste con esas incertidumbres. En los *barómetros* mensuales del Centro de Investigaciones Sociológicas, una de las preguntas fijas es la de los principales problemas que

[1] El presente estudio forma parte de las actividades del Grupo de investigación internacional "Derechos Humanos y Carta Social Europea" de la *Universitat de València* (GIUV2013-148, directora Carmen Salcedo Beltrán). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6529-2396. ResearcherID: Z-5983-2019.

tiene el país. Específicamente las pensiones han llegado a estar, en alguna ocasión, entre los tres primeros.



Tabla 1. Elaboración propia. Fuente: CIS, Barómetros

Accesoriamente, considerando que puede estar integrado, por la conexión que existe, al contestar que es la crisis económica, constantemente se posiciona el segundo de esa franja e incluso el primero (entre junio 2020 y julio 2022 en dieciséis ocasiones, tan sólo superado en las restantes por el paro). Recientemente, en el IV Barómetro InfoJobs sobre preocupaciones de los españoles en relación al Empleo, publicado el 31 de mayo de 2022, es muy relevante para los españoles el futuro de las pensiones y la sostenibilidad del sistema, despuntando en este último el retraso en la edad de jubilación[2].



Tabla 2. Elaboración propia. Fuente: CIS, Barómetros

El desasosiego se intensifica en determinados momentos como pueden ser períodos electorales, la tramitación de alguna modificación legislativa, cada vez que se publica información o datos estadísticos o cuando alguna organización internacional, entre las que destaca la UE, envía algún mensaje alertando a las autoridades gubernamentales.

[2] Casi el 40 % de los encuestados afirma estar preocupado por la posibilidad de tener que trabajar hasta los 67 años; véase https://s36300.pcdn.co/wp-content/uploads/2022/06/IV-Barometro-InfoJobs-sobre-Preocupaciones-de-los-Espanoles-en-Relacion-al-Empleo.pdf pp. 1-4.

Este estudio abordará la materia desde una perspectiva menos conocida. Comenzando por una contextualización de la situación, se analizarán los dos parámetros jurídicos europeos que se han atender, en cumplimiento de la interpretación que demanda la propia Carta Magna, siguiendo los arts. 10.2 93 a 96 de la CE[3]. Ambos son de plena actualidad. El primero de ellos, el de la Unión Europea (UE), será examinado desde el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) y el consiguiente Plan de Recuperación y Resiliencia (PNRR) que España está implementando en estos momentos. El Componente 30 se dedica a las pensiones y sus objetivos son los que en la actualidad se deben cumplir para poder recibir las partidas económicas otorgadas, oportunamente estructuradas en tramos y condicionadas. Ahora bien, junto a este existe otro, el principio de progresividad que garantiza el art. 12.3 de la CSE/CSEr. Indudablemente, se está ignorando de manera deliberada pues su estándar puede confrontar con el precedente. Es inexistente en la aprobación de cualquier medida, siendo vinculante. En la medida en que su consideración puede ser reclamada al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) o frente a en las instancias públicas, será examinado para ilustrar sobre su alcance, en cumplimiento del respeto de la tutela multinivel de derechos y libertades que ha de ser equivalente y coherente con el principio *favor libertatis* o *pro personae* asumiendo los estándares más favorables establecidos por la jurisprudencia constitucional o internacional[4].

2. Notas contextuales del recurrente debate sobre la sostenibilidad de las pensiones

La intranquilidad apuntada es fundada. Se origina en diversos factores que se retroalimentan. En su conjunto, hacen visible, como categóricamente determinan los expertos, un escenario de déficits[5]. Destaca el incremento de la longevidad de las personas. El *World population prospect 2022*[6] estima que la proporción de la población mundial de 65 años o más aumentará del 10 % en 2022 al 16 % en 2050. La esperanza de vida al nacer alcanzó 72,8 años en 2019, una mejora de casi 9 años desde 1990. Se proyecta que las reducciones futuras de la mortalidad se traducirán en una longevidad mundial promedio de alrededor de 77,2 años en 2050. Añade que se espera que el número de personas mayores de 65 años en el mundo duplicará el número de niños menores de 5 años, y llegará a igualar la población de niños menores de 12 años. Complementariamente, el Informe de la OECD sobre el *Panorama de las pensiones 2021*[7] alerta en este mismo sentido.

[3] Oportunamente advierte Monereo Pérez al legislador ordinario sobre los límites que tiene en sus opciones a la hora de legislar. Los derechos, en su configuración constitucional tienen unos elementos básicos que configuran su contenido esencial, que condiciona cualquier regulación que se adopte sobre ellos. En esta afirmación se incluye el derecho a la seguridad social. En "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", *Revista De Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 2021, (3), https://doi.org/10.24310/rejlss.vi3.13533, pp. 23 y 24.

[4] Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, C.: "Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (*excusatio non petita*…)", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 2022, *12*(1), 616-624, https://doi.org/10.46661/lexsocial.7257.

[5] Véase el detallado y clarificador análisis de Domínguez Martínez, J. M.: "La sostenibilidad de las pensiones públicas en España: aspectos básicos", *Revista De Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 2021, 3, 276-290. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi3.13542

[6] https://www.un.org/development/desa/pd/es/content/World-Population-Prospects-2022

[7] OECD (2021), *Pensions at a Glance 2021: OECD and G20 Indicators*, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/ca401ebd-en , pp. 1-224

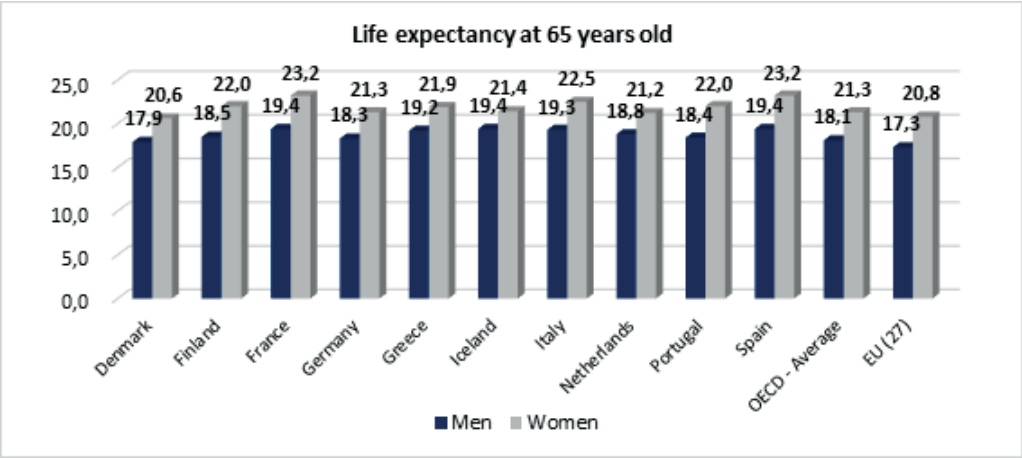


Tabla 3: Elaboración propia. Fuente: OECD Pensions at a Glance - OECD and G20 indicators. Design of pension system

El porcentaje del gasto de las pensiones respecto del PIB es elevado y, además, aumentará en correspondencia con la información anterior

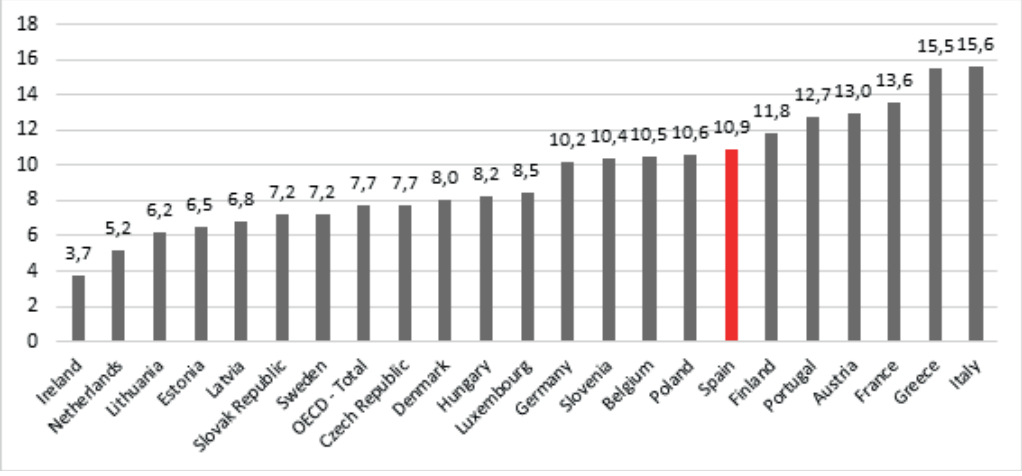


Tabla 4: Elaboración propia. Fuente: OECD (2022), Pension spending (indicator % of GDG).

La presión en las finanzas públicas exige adecuar sus políticas. De entre ellas, el aumento de la edad de jubilación, así como la penalización de las jubilaciones anticipadas, ha sido una de las medidas. La previsión es que seguirá actuándose en ese sentido.

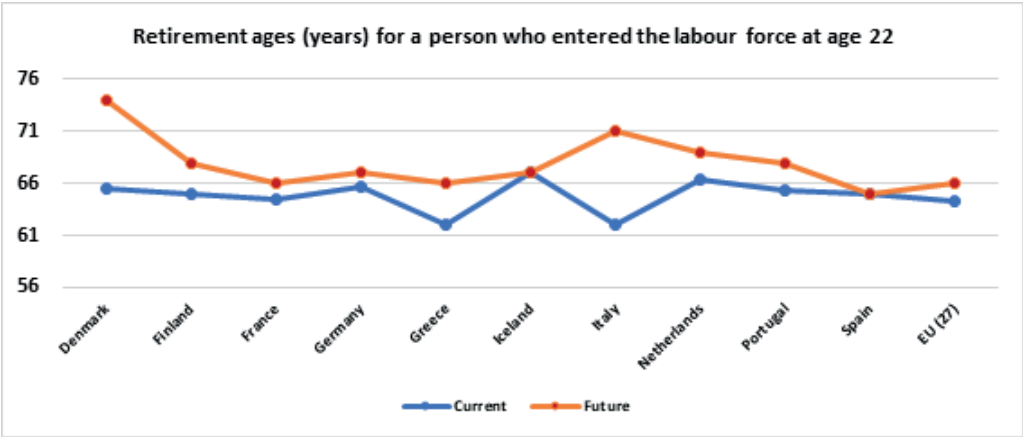


Tabla 5: Elaboración propia. Fuente: OECD Pensions at a Glance - OECD and G20 indicators. Design of pension system

Obviamente, España no es ajena a estos problemas. Los datos incontestablemente lo ponen de manifiesto. El número de pensionistas aumenta tras la jubilación de la generación de los *baby boomers*, el porcentaje del gasto en pensiones respecto del PIB es considerable, el déficit se incrementa y, a tener en cuenta, la crítica situación del Fondo de Reserva. No hay que eludir otro elemento: la generosidad de nuestro sistema[8]. La denominada tasa de reemplazo o sustitución, que establece la correspondencia entre la pensión que se cobra y el salario que se percibía, es elevada en España. Se sitúa en 73,9 %, cuando la media de la UE está en 54,3 %[9]. Supera con creces a Alemania (41,5 %), Francia (60,2 %), Bélgica (43,4 %) o Noruega (46 %). En las propuestas

[8] García Díaz, M.A.: "Situación actual y perspectivas del sistema público español de pensiones", *Papeles de Economía Española,* 2019, nº 161, p. 19. Añade que también se comprueba en la tasa de sustitución (*Benefit rate*) que relaciona la pensión media del sistema con el salario medio de la economía. El porcentaje en esta ratio de España es el 57,7 %, superando en 13,6 puntos la media de los países de la eurozona y en 7,2 y 15,7 puntos la de Francia y Alemania

[9] OECD (2022), Gross pension replacement rates (indicator). doi: 10.1787/3d1afeb1-en

dirigidas a su modificación se apunta que un descenso en ese porcentaje no tiene que ocasionar el de las pensiones puesto que puede contrarrestarse con un aumento de los salarios[10]



Tabla 6: Elaboración propia. Fuente: eSTADISS: Estadísticas de pensiones 9/8/2022

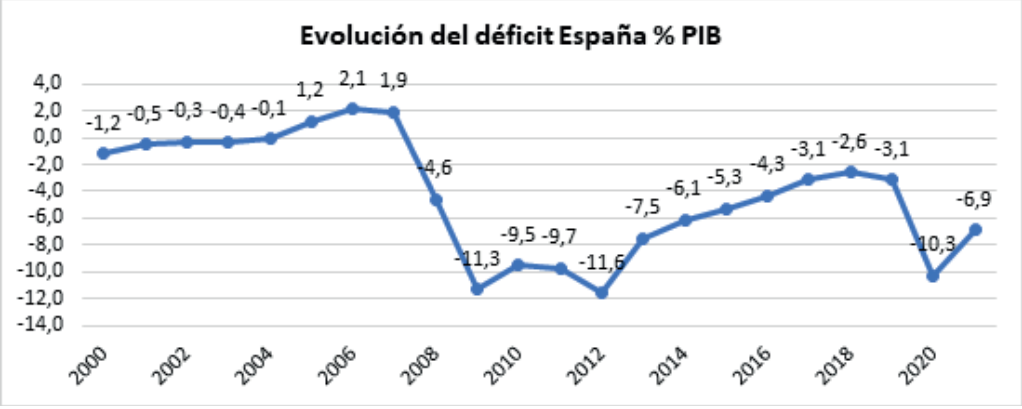


Tabla 7: Elaboración propia. Fuente: INE



Tabla 8. Elaboración propia. Fuente MISSM. Mayo 2022

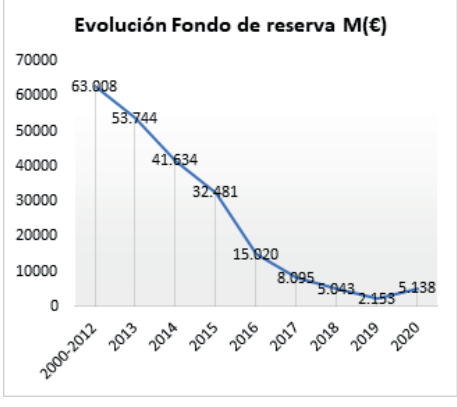


Tabla 9. Elaboración propia. Fuente: Informe Cortes Generales MISSM 2020

[10] Véase la simulación de Hernández De Cos, P., Ramos, R. y Jimeno, J.F.: "The spanish public pension system: the quest for financial sustainability and equity", *Revista de Economía Aplicada*, 2018, nº 76, pp. 145-146.

El desafío de los países para afrontar esta situación es prioritario. Las medidas de ajuste están siendo aprobadas por la gran mayoría, incluido el nuestro. No obstante, coinciden la mayoría de análisis en su insuficiencia alertando de que el gasto público se va a incrementar mucho más. Así, el *Fitch Solutions Country Risk & Industry Research (2022)* establece sus dudas en cuanto a que España cumpla los objetivos económicos que ha comunicado a la UE[11]. Respalda sus argumentos en las conclusiones de la última misión que el personal técnico del FMI ha efectuado[12] y en el último Informe del Banco de España[13]. Ambos son de finales de 2021 y son contundentes en cuanto a las consecuencias que provocarán las tendencias demográficas. Se debe preservar la sostenibilidad de las finanzas públicas con esfuerzos adicionales para contrarrestar las presiones del gasto en pensiones (…)", proponiendo como medidas "(…) la adopción de mecanismos para restringir el gasto (por ejemplo, prolongar más la vida laboral) y aumentar los ingresos (como incrementar los ingresos máximos sujetos a cotizaciones)". En este contexto, incidirá también la inteligencia artificial que se iba adentrando y que la pandemia de la COVID-19 la ha llevado a una implantación sin precedentes. Se ha observado que incrementa la productividad pero se ha observado que sólo inicialmente debiendo generar nuevas tareas y/u ocupaciones susceptibles de ser automatizadas[14].

3. El sistema de pensiones, *quo vadis*?

3.1. Entre fondos de recuperación -*Next Generation EU*- anda el escenario jurídico

Si la sostenibilidad de las pensiones era una materia que ordinariamente estaba presente por las diferentes crisis que se están sufriendo desde hace años, ha habido una que ha ocasionado que se distinga notablemente. No es otra que la producida por la COVID-19. Su dimensión, de proporción histórica y sin precedentes provocó un colapso global de la economía. Para afrontar los daños sociales y económicos, los Estados tuvieron que adoptar medidas de emergencia de carácter extraordinario. Los esfuerzos para proteger a los ciudadanos y, al mismo tiempo, superar la situación han sido, y continúan siéndolo, enormes.

Irremediablemente, ante esta realidad, los Jefes de Estado y de Gobierno demandaron la implicación de la UE y, con ello, una actuación coordinada. El 27 de mayo de 2021 la Comisión presentó sus propuestas, que se concretaban en dos medidas[15]:

a) Un Instrumento Europeo de Recuperación («Next Generation EU») de emergencia,a por valor de 750 000 millones de euros.

b) Un marco financiero plurianual para 2021-2027 reforzado, creando nuevos instrumentos y reforzando los programas clave del anterior para dirigir las

[11] Spain Country Risk Report. Includes 10-year forecasts to 2031. Q2 2022, pp. 1-58.

[12] España: Declaración del personal técnico al término de la misión del Artículo IV correspondiente a 2021 22 de diciembre de 2021, https://www.imf.org/es/News/Articles/2021/12/21/mcs-122221-spain-staff-concluding-statement-of-the-2021-article-iv-mission.

[13] Informe Banco de España https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/21/Fich/InfAnual_2021.pdf pp. 1-306.

[14] Jimeno Serrano, J.F.: "Elementos de una reforma sostenible de las pensiones", *Papeles de Economía Española,* 2019, nº 161, p. 47

[15] COM(2020) 442 final, El presupuesto de la UE: motor del plan de recuperación para Europa, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2020 %3A442 %3AFIN. Véase el detallado análisis de Kölling, M.: "El Reglamento (UE) 2021/241, que establece el mecanismo de recuperación y resiliencia: contexto y alcance", *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2021, nº 5, pp. 1-7. Subraya la relevancia que ha adquirido en los últimos años el Semestre Europeo, que "se ha convertido en el instrumento clave para la coordinación de las políticas económicas y de empleo de los Estados miembros", en suma "para transferencias e inversiones, así como para la gobernanza en la UE"

> inversiones rápidamente a donde más se necesiten, reforzar el mercado único, intensificar la cooperación en ámbitos como la salud y la gestión de crisis, y dotar a la Unión de un presupuesto a largo plazo que sea el motor de las transiciones ecológica y digital y fomente una economía más justa y más resiliente.

En la Reunión extraordinaria del Consejo Europeo en julio de 2020[16] se debatió, acordándose el 21 de julio. Se estaba ante una respuesta excepcional, el mayor fondo de todos los establecidos con presupuestos de esta organización. Se trata de un conjunto de medidas de recuperación, que se pueden caracterizar en tres sentidos: son significativas, debido al gran alcance de las consecuencias de la crisis; focalizadas, porque van orientadas a las regiones y los sectores más afectados por la crisis; y de duración limitada, ya que el marco financiero plurianual y las normas que lo rigen siguen siendo la esencia para la planificación y ejecución presupuestarias de la organización.

Dentro del instrumento *Next Generation* hay diferentes programas. El núcleo del mismo, dotado con 672.500 millones de euros, es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), regulado en el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021[17]. Su finalidad es apoyar la inversión y las reformas en los Estados Miembros para lograr una recuperación sostenible y resiliente, al tiempo que se promueven las prioridades ecológicas y digitales de la UE. Tiene cuatro objetivos principales: promover la cohesión económica, social y territorial de la UE; fortalecer la resiliencia y la capacidad de ajuste de los Estados Miembros; mitigar las repercusiones sociales y económicas de la crisis de la COVID-19; y apoyar las transiciones ecológica y digital. Todos ellos van dirigidos a restaurar el potencial de crecimiento de las economías, fomentar la creación de empleo tras la crisis y promover el crecimiento sostenible.

Sus fondos pueden utilizarse para conceder préstamos reembolsables (360.000 millones de euros) y transferencias no reembolsables (312.500 millones de euros). El criterio de reparto del MRR garantiza un apoyo financiero mayor a aquellos Estados Miembros cuya situación económica y social se haya deteriorado más como consecuencia de la pandemia y las medidas de restricción de la actividad económica necesarias para combatir a la COVID-19. Se asignan siguiendo dos tramos: un 70 % sobre indicadores económicos anteriores a la emergencia sanitaria y el restante 30 % se decidirá en 2022 con los datos que reflejen la evolución económica entre 2020 y 2022. Para poder recibir la cantidad adscrita, cada Estado Miembro debe diseñar un Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR) que debe incluir las reformas y los proyectos de inversión necesarios para alcanzar los objetivos aludidos

Trasladado a España, la cantidad que se puso a su disposición fue de 69.512.589.611 millones de euros[18]. El 16 de junio de 2021 elaboró su PNRR[19]. El 9 de noviembre de 2021, tras ser aceptado,

---

[16] https://www.consilium.europa.eu/media/45124/210720-euco-final-conclusions-es.pdf.

[17] El otro instrumento que se lleva el mayor volumen es el Fondo REACT-EU, está dotado con 47.500 millones de euros. Estos operan como fondos estructurales, pero con mayor flexibilidad y agilidad en su ejecución. REACT-EU promueve la recuperación ecológica, digital y resiliente de la economía.

[18] Dentro del MRR, España recibirá un total de aproximadamente 140.000 millones de euros, de los que 60.000 millones corresponden a transferencias no reembolsables. Además de poder acceder a un volumen máximo de 80.000 millones de euros en préstamos. En cuanto al Fondo REACT-EU, España recibirá algo más de 12.000 millones de euros para su ejecución en el periodo 2021-22.

[19] https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan_Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf, pp. 1-348.

firmó el acuerdo[20]. Entró en vigor el mismo día. Trascurridos dos meses recibió la primera partida, en forma de adelanto (art. 5). Para el resto de entregas, se estableció un cronograma estructurado en ocho partidas a entregar entre el último trimestre de 2021 y el tercer trimestre de 2026 (Q4 2021, Q1 y Q3 2022, Q1 y Q3 2023, Q1 2024, Q1 2025, Q3 2026).

El PNRR es un documento extenso. Incorpora una importante agenda de inversiones y reformas estructurales, estructuradas en cuatro ejes. El primero, refuerza la inversión pública y privada para reorientar el modelo productivo. El segundo, en línea con la estrategia digital europea y la Agenda España Digital 2025, fija la hoja de ruta para acelerar una transición digital humanista en España, a través de inversiones y reformas que potencien las infraestructuras, competencias y tecnologías necesarias para una economía y una sociedad digital. El tercero, promociona la cohesión social y territorial de España, mediante el refuerzo del Estado del bienestar, del sistema educativo, el impulso del empleo de calidad, un sistema fiscal justo, y con medidas específicamente orientadas a abordar el reto demográfico y a brindar oportunidades a las próximas generaciones. Finalmente el cuarto, se centra en la igualdad de género, especialmente a través de medidas transversales orientadas a elevar la tasa de empleo femenino, a mejorar, fortalecer y reorganizar el sistema de cuidados de larga duración, a elevar el potencial educativo, la igualdad de oportunidades y a reducir la brecha digital.

Estos cuatro ejes orientan diez *políticas palanca* que determinan la evolución futura del país. Cada una de ellas se integra, a su vez, por componentes. En líneas generales, son las siguientes: Agenda urbana y rural, lucha contra la despoblación y desarrollo de la agricultura (3 componentes: plan de choque de movilidad sostenible, segura y conectada en entornos urbanos y metropolitanos; plan de rehabilitación de vivienda y regeneración urbana; transformación ambiental y digital del sistema agroalimentario y pesquero); Infraestructuras y ecosistemas resilientes (3 componentes: conservación y restauración de ecosistemas y su biodiversidad; preservación del espacio litoral y los recursos hídricos; movilidad sostenible, segura y conectada); Transición energética justa e inclusiva (4 componentes: despliegue e integración de energías renovables; infraestructuras eléctricas, promoción de redes inteligentes y despliegue de la flexibilidad y el almacenamiento; hoja de ruta del hidrógeno renovable y su integración sectorial; estrategia de Transición Justa; Una Administración para el siglo XXI (1 componente: modernización de las Administraciones públicas); Modernización y digitalización del tejido industrial y de la pyme, recuperación del turismo e impulso a una España nación emprendedora (4 componentes: política Industrial España 2030; impulso a la PYME; plan de modernización y competitividad del sector turístico; conectividad Digital, impulso de la ciberseguridad y despliegue del 5G): Pacto por la ciencia y la innovación. Refuerzo a las capacidades del Sistema Nacional de Salud (3 componentes: Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial; reforma institucional y fortalecimiento de las capacidades del sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación; renovación y ampliación de las capacidades del Sistema Nacional de Salud); Educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades (3 componentes: plan Nacional de Competencias Digitales (*digital skills*); Plan estratégico de impulso de la Formación Profesional; modernización y digitalización del sistema educativo, incluida la educación temprana de 0 a 3 años); Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo (2 componentes: Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión; nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo; Impulso de la industria de la cultura y el deporte (3 componentes: revalorización de la industria cultural; España *hub* audiovisual de Europa (Spain AVS Hub); plan de fomento del sector del deporte)

[20] https://planderecuperacion.gob.es/sites/default/files/2021-12/ES_RRF_Financing_Agreement.pdf pp. 1-21 y Anexo https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/hacienda/Documents/2021/101121-CountersignedESFirstCopy.pdf pp. 1-345.

En el décimo, con el título Modernización del sistema fiscal para un crecimiento inclusivo y sostenible, se ha conformado con cuatro componentes. Los tres primeros informan de medidas y actuaciones de prevención y lucha contra el fraude fiscal, la adaptación del sistema impositivo a la realidad del siglo XXI, la mejora de la eficacia del gasto público. Me centraré en el último, fundamental, que indica la sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo.

En la actualidad, la mayoría de referencias al mismo va acompañadas de apreciaciones muy positivas. Ahora bien, paralelamente, también están las que advierten de la incertidumbre. El Dictamen del Tribunal de Cuentas Europeo nº 6/2020, de 20 de octubre de 2020 realiza una precisa relación[21]. En esa línea se han pronunciado autorizadas valoraciones doctrinales que aconsejan extremar la cautela en la planificación sobre su disposición y empleo. El alegato es el posible endeudamiento que puede implicar así como la compleja gestión que exige un enorme volumen de fondos en un plazo muy breve[22]. Para poder ir efectuando valoraciones, que en los próximos meses irán emitiéndose, es primordial la transparencia de la información por parte de las administraciones públicas sobre los números factores que rodean al mismo, entre otros, la observancia del calendario fijado, la eficiencia de la implementación, la suficiencia económica de las partidas para los objetivos pretendidos o la oportunidad de la distribución heterogénea de los fondos entre países[23].

3.2. El componente 30 del plan nacional de recuperación, transformación y resiliencia: la sostenibilidad del sistema público de pensiones

3.2.1. Retos, objetivos y reformas

El último apartado del PNRR es fundamental puesto que es la hoja de ruta de las políticas que se van a adoptar, algunas ya aprobadas. En su análisis se debe comenzar por señalar que es realista pues muestra la situación que se ha contextualizado al inicio de este estudio y la necesidad de adoptar reformas que tengan en cuenta que el gasto crecerá y la presión sobre el sistema aumentará. Por consiguiente, el reto principal es el de preservar el "equilibrio intergeneracional", de forma que los actuales pensionistas mantengan el poder adquisitivo y los futuros puedan acceder a una. Para alcanzarlo, la sostenibilidad del sistema es el objetivo general en el corto, medio y largo plazo. Se ordena, a su vez, en cuatro específicos:

1º.- La eliminación del déficit de la Seguridad Social. Es necesaria una clarificación de la situación financiera actual al no reflejar la verdadera capacidad del sistema. Incluye una partida de gastos no contributivos o como denomina "gastos impropios" que deberían ser asumidos directamente por el Estado. Su exclusión se traduciría en una mejora de la Seguridad Social. Con ello, el desafío demográfico se podría afrontar de forma más favorable. Es consciente de que la necesidad financiera no desaparece, sino que se traslada, pero el Estado cuenta con mecanismos concretos para atenderlas. Simultáneamente, se proporcionaría más transparencia al sistema. Enmarcado en este fin está el fortalecimiento de la capacidad financiera con dos adicionales actuaciones: la modificación del sistema de cotización de los trabajadores autónomos para alinearlo con los ingresos efectivos y la subida de las

[21] https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/OP20_06/OP20_06_ES.pdf pp- 1-28.

[22] Cossío Capdevila, A.: "El mecanismo de recuperación y resiliencia: endeudamiento supranacional e instrumentos de recuperación («Next Generation EU»)", *Diario La Ley*, 15 de enero de 2021, nº 9771, pp. 7-8.

[23] Alonso, D., Kataryniuk, I., Moreno, C. y Pérez, J.J.: "El programa Next Generation EU: características y claves para su éxito", *ICE, Revista De Economía*, 2022, nº 924, https://doi.org/10.32796/ice.2022.924.7356, pp. 94 y 95

bases máximas de cotización para reforzar la capacidad financiera de la Seguridad Social.

2º.- Profundizar en los ajustes paramétricos que están alineando la edad efectiva de jubilación a la legal. Se trata de una medida que ya se inició hace unos años y culminará en 2027. Se pretende alcanzar con incentivos. Se acompaña de la correspondiente restricción de las jubilaciones anticipadas.

3º.- Recuperar una fórmula de revalorización de las pensiones que tome como referencia la evolución del IPC y así se garantice el mantenimiento del poder adquisitivo.

4º.- Impulsar los sistemas complementarios de pensiones en el ámbito empresarial y profesional. Para ello se recurrirá a la negociación colectiva sectorial y a incentivos fiscales.

Para hacer realidad estos objetivos, las reformas concretas que se realizarán son las siguientes:

a) La separación de fuentes de financiación. La culminación de ese proceso es decisiva para recuperar el equilibrio financiero en el corto plazo. La reforma consistirá en la asunción por el Estado de partidas de gasto que, en la actualidad, son sufragadas a través de cotizaciones sociales limitando la capacidad del sistema para afrontar el volumen de gasto en pensiones. Aunque no resuelve las necesidades financieras del Estado en su conjunto, sirve en tres sentidos. En primer lugar, para trasladar tales necesidades a un ámbito en el que existen instrumentos que permiten colmar la insuficiencia de recursos sin recurrir en exclusiva a un aumento de los costes laborales que resulta contraproducente en el contexto de los desequilibrios arrastrados por el mercado laboral. En segundo lugar, rectificar la imagen distorsionada de desequilibrio del sistema percibida por los ciudadanos. Y, en tercer lugar, afrontar en buenas condiciones el contexto actual y el próximo.

b) La puesta en marcha de un mecanismo de revalorización de las pensiones que garantice el mantenimiento del poder adquisitivo, sustituyendo el factor de sostenibilidad por un mecanismo de equidad intergeneracional. Se introducirá nuevo instrumento en virtud del cual los parámetros fundamentales del sistema serán objeto de revisión periódica en el marco del Pacto de Toledo en función del equilibrio entre la población ocupada y la población pensionista y del nivel de gasto agregado. La nueva redacción del art. 58 de la LGSS por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones lo ha implementado, entrando en vigor a partir de 2023. Ha derogado expresamente el anterior sistema. A valorar el incremento de las cotizaciones.

c) La continuación del proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad legal a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas. Se trata de una reforma que contrarrestar el efecto económico del aumento de la esperanza de vida pues el gasto en pensiones se ralentizaría, manteniéndose en el largo plazo en niveles próximos al actual. Al mismo tiempo, estas medidas servirían para aliviar la carga que habrán de soportar los trabajadores más jóvenes en las próximas décadas preservando así cierto equilibrio intergeneracional. Es una precondición eliminar los obstáculos de todo tipo, incluido los legales, convencionales o sociales

al mantenimiento voluntario de los trabajadores de más edad en el mercado de trabajo.

d) Adecuación a los nuevos modelos de carrera profesional del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación. Así, se contempla la posibilidad de elegir los años a integrar en la base reguladora en las trayectorias profesionales más largas, junto con el procedimiento existente para la integración de las lagunas. Con ello, se pretende reforzar la progresividad y el carácter contributivo del sistema haciendo que la pensión de jubilación refleje en mayor medida la vida laboral del trabajador y atienda la realidad de un mercado laboral en el que las interrupciones y las lagunas son cada vez menos excepcionales.

e) Establecimiento de un nuevo sistema de cotización para los autónomos basado en ingresos reales que refuerce la integración y convergencia de los regímenes de pensiones. De este modo se corregirá la distorsión generada por la facultad de elección de la base de cotización que supone una merma de recursos para el sistema y un nivel más bajo de acción protectora para los autónomos. Ya es una realidad tras la publicación del Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad.

f) Modificación del complemento de maternidad de pensiones. Su reconfiguración es necesaria tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), ECLI:EU:C:2019:1075, en la que se establece que su actual diseño es discriminatorio para los hombres al reconocerse exclusivamente a las mujeres. En este nuevo diseño se tendrá que identificar, a través de las trayectorias de cotización, cuál de los dos progenitores se ha visto más perjudicado en su carrera contributiva por el nacimiento de cada uno de los hijos, previéndose que, en caso de no existir un progenitor particularmente perjudicado, se reconozca el complemento a la madre.

g) Revisión del sistema de previsión social complementaria, fomentando el desarrollo de planes de pensiones de empleo a través de la negociación colectiva. Se prevé la aprobación de un nuevo marco jurídico para su impulso[24]. Como novedad, podrán articularse a través de fondos de pensiones de promoción pública que introducirán competencia en el sector, mejorando la eficiencia de costes. Se favorecerá, además, la movilidad de los trabajadores entre empresas gracias a la posibilidad de traspasar los derechos por las aportaciones realizadas en la empresa de origen. Para extender su uso, se desplazará la fiscalidad actualmente favorable de los planes individuales hacia los planes de empleo procedentes de la negociación colectiva.

h) Adecuación de bases máximas de cotización. Se trata de hacerla concurrente con una modificación de la pensión máxima para no alterar la naturaleza contributiva del sistema.

[24] Muy interesante en este sentido, la rigurosa y argumentada reflexión de López Cumbre en torno a si existe un derecho a una pensión pública futura semejante al derecho consolidado a una pensión privada. Detalladamente expone las numerosas semejanzas y también diferencias así como la necesidad de reflexionar sobre la simple respuesta que justifica la existencia de modelos dispares y, con ello, de la configuración diversa de un posible derecho. En "El «derecho» a la pensión futura", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 2021, 3, https://doi.org/10.24310/rejlss.vi3.13534, pp. 85-118.

3.2.2. Primeros balances: *sí, pero…*

Una vez se ha explicado el mecanismo de ayuda de la UE, el programa presentado por España y el acuerdo perfeccionado, llega el momento de examinar cómo se está valorando su implementación. Atendiendo al cronograma fijado, España solicitó el primer pago el 12 de noviembre de 2021. Obviamente, la Comisión tenía que verificar el estado de cumplimiento de los primeros 52 hitos. Tenía dos meses para hacerlo. No precisó agotar todo el plazo. El 3 de diciembre de 2021 comunicó su evaluación positiva pues la gran mayoría de las condiciones se habían cumplido en el segundo trimestre[25]. En particular, lo pudo comprobar con la adopción de medidas importantes como la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que consagra la neutralidad climática para 2050, la reforma del apoyo a la renta mínima, las medidas para apoyar la digitalización de las pequeñas y medianas empresas además de potenciar las habilidades digitales, y las reformas que han fortalecido la capacidad para realizar y seguir al día en las revisiones de gastos. Luego se envió al Comité Económico y Financiero para que emitiera su dictamen, intervención de carácter obligatorio. El 27 de diciembre de 2021 se ingresaron 10 millones de euros.

La segunda petición se sitúa en el 30 de abril de 2022, tratándose de la partida más alta de todas las previstas, 12 millones de euros. En esta ocasión, se tenía que comprobar el cumplimiento de 40 hitos del acuerdo. Siguiendo el mismo trámite, el 27 de junio de 2022, la Comisión avaló el pago del segundo tramo[26]. El 29 de julio se ingresó. Ahora bien, en esta ocasión hay que detenerse en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión[27]. Este manifiesta algunas *dudas* en cuanto a que los objetivos y reformas previstas sean suficientes para garantizar las pensiones. Pone el punto de atención en la nueva regla de indexación de las pensiones y los riesgos para la sostenibilidad fiscal que puede ocasionar al incrementar el gasto. Informa sobre el peligro de que surja una brecha fiscal relevante. La valoración del Gobierno de las consecuencias sobre el PIB y el ahorro que comportará, estima que ha sido muy optimista y, por tanto, se recela de que se cumplan los objetivos del Componente 30. De suceder, le informa de la necesidad de adoptar medidas adicionales para aumentar los recursos públicos, apuntado hacia el incremento de la edad de jubilación. Ante esta comunicación le avanza que este aspecto, será evaluado específicamente en la solicitud del siguiente tramo, aprovechando para recordar a todos los Estados que se debe cumplir lo pactado y que, en caso no hacerlo, podrá realizar los desembolsos parciales.

El Gobierno no parece muy preocupado puesto que, en respuesta, las ha caracterizado de "poco significativas". Habrá que ver lo que sucede en los próximos meses. A mi modo de ver, si la adopción y el régimen jurídico de este sistema de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones estuvo acompañado de polémica en cuanto a su comprobación a partir de 2032, esta llamada de atención anticipa algunos problemas que no se han de infravalorar[28].

---

[25] First payment preliminary assessment for Spain https://ec.europa.eu/info/files/preliminary-assessment_en

[26] Second payment positive preliminary assessment for Spain https://ec.europa.eu/info/files/preliminary-assessment-spain_en.

[27] Véase el Informe sobre España-2022 que acompaña al documento Recomendación de Recomendación del Consejo relativa al programa nacional de reformas de 2022 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2022 de España, 23 de mayo de 2022, SWD(2022) 610 final https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022SC0610&qid=1659686617569 y también RRF 2nd Payment request -Spain Preliminary positive assessment by the Commission https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2nd-payment-request-preliminary-assessment-spain_en.pdf p. 11.

[28] Un estudio detallado del mismo, con un análisis de las medidas que sobre este punto otros países utilizan, véase León Iglesias, J.: "Luces y sombras en relación al futuro de las prestaciones. A propósito de la Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema

4. El compromiso de esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social: *ubi est*?

4.1. El derecho a la Seguridad Social

4.1.1. Obligaciones asumidas para un ejercicio efectivo

Una vez se ha analizado en los apartados anteriores la situación actual y la que se sucederá en los próximos meses, es fundamental, a continuación, tener en cuenta hay otra norma jurídica, de carácter vinculante[29], que está siendo ignorada y debe ser considerada, la Carta Social Europea. España publicó el Instrumento de ratificación el 11 de junio de 2021 de la versión revisada pero, en lo que se refiere al precepto que interesa, este acontecimiento tiene menos virtualidad pues la disposición estaba incluida en la versión de 1961, suscrita desde el 29 de abril de 1980. Me estoy refiriendo al art. 12 que garantiza el derecho a la seguridad social.

Los compromisos que las Partes contratantes asumen están estructurados en cuatro apartados. Aunque me centraré en el tercero, brevemente señalaré que el primero determina el compromiso de los Estados a "establecer o mantener un régimen de seguridad social". El segundo a que su nivel sea "satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social". El cuarto y último, a la adopción de medidas, mediante la conclusión de acuerdos bilaterales, multilaterales o por cualquier otro medio, dirigidas a preservar dos elementos clave. Por una parte, la igualdad de trato entre los nacionales de los Estados Parte en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las Partes. Y, por otra parte, la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes[30].

A pesar de ser una materia primordial no ha sido ratificada por los 42 Estados que se han comprometido con el tratado, valiéndose de la posibilidad (arts. 20 CSE/A CSEr). Dos países, Albania y Azerbaiyán, no han suscrito el artículo y nueve sólo parcialmente (Armenia, Georgia, Bosnia y Herzegovina, Letonia, Hungría, Suecia, Ucrania, Lituania y Malta).

Con carácter previo al análisis se clarifican dos puntos. Por un lado, en la delimitación de su ámbito objetivo, en alguna ocasión se ha presentado la dificultad de distinguir si una determinada

público de pensiones", *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, 2022, n.º 1, pp. 297-324, https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i01.10.

[29] Así se constata, en primer lugar, de la distinción de dos partes. La segunda, reitera los 19 puntos de la primera, para remarcar su diferente efecto, programático, los de esta ("Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes (…)"), frente al vinculante de los de la Parte II ("Las Partes Contratantes se comprometen a considerarse vinculadas (…) por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes (…)". En segundo lugar, al explicar el peculiar sistema de ratificación en el art. 20.1, literalmente distingue, de nuevo, la estructura separada y sus efectos («(…) a considerar la Parte I (…) como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados (…) [y] a considerarse obligada por al menos cinco de los siete artículos siguientes de la Parte II (…)»). En tercer lugar, en el Anexo (Parte III), que forma parte de la misma (art. 38), en el que se indica que el contenido lo constituyen obligaciones jurídicas de carácter internacional. Un reciente ejemplo en la SJS de Toledo de 18 de febrero de 2022, nº 54/2022, así lo indica ("La Carta Social Europea es una norma que forma parte del Derecho interno y que tiene el mismo valor vinculante que los Tratados de la Unión Europea").

[30] Un magistral análisis de todo el precepto en Monereo Pérez, J.L., *La garantía de los derechos de la seguridad social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis*, 2021, Laborum, Murcia, pp. 1-100.

prestación debía ser examinada según este precepto o el siguiente, el art. 13, que garantiza ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica. El CEDS fijó el criterio en la Observación interpretativa a las Conclusiones XIII-4. En ella estableció que se ha de atender a la finalidad y a las condiciones de atribución de la prestación de que se trate. Por consiguiente, se encuadrará en el primero cuando se trate de las que se conceden ante el acaecimiento de un riesgo, no estando destinadas a compensar una eventual situación de necesidad que pudiera resultar del riesgo aludido. Por el contrario, si se conceden en función de los recursos y se destinan a personas que están en situación de necesidad que no tienen ninguna otra fuente de ingresos se enmarcarán en el segundo.

Por otro lado, que, si bien todo el precepto está relacionado, el CEDS efectúa una valoración de los apartados peculiar y cuestionable que ha producido discordancias en su seno. Se trata del aval que da a los Estados al progreso que realizan sin haber alcanzado los mínimos exigidos. Así quedó patente en la decisión de fondo de 9 de septiembre de 2014, *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia, reclamación colectiva nº 88/2012. En ella, comparto el voto particular emitido por uno de sus miembros al considerar "de difícil conciliación y coherencia" que se resuelva que puede existir conformidad del apartado tercero del art. 12 de la CSE si previamente se ha determinado una valoración negativa respecto del primero del mismo precepto. Se trata de una apreciación lógica desde el momento en que, como se relata, únicamente cuando se respeten los mínimos exigidos puede hablarse de cumplimiento de la progresividad requerida, de forma que lo contrario comporta aprobar una situación de mejora pero encuadrada en una violación[31].

4.1.2. La aplicación de los derechos sociales en situaciones específicas

A) Los períodos de crisis económica

El CEDS ha establecido una reglas transversales de interpretación de la CSE aplicables a todos los preceptos que adquieren especial significación en el estudio del art. 12.3 de la CSE/CSEr. Se comenzará, por su directa relación, con la incluida en la Introducción general a las Conclusiones XIX-2 de 2009. Su adopción se ha de calificar de oportuna y necesaria. El objetivo es el de clarificar y recordar a los Estados sobre la aplicación de la Carta Social Europea en el contexto de la crisis económica global. Se ha convertido en un principio general, que prácticamente es reproducido en toda la jurisprudencia posterior[32].

El organismo se mantuvo firme al determinar que "las Partes, al suscribir la Carta Social Europea (…) han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica y el derecho a los servicios sociales". Por consiguiente, "la crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta (…); los Gobiernos deben por tanto adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean

[31] Jimena Quesada, L.: "Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2015", *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* 2015, nº 2. pp. 294 y 295. El mismo criterio lo aplicó el CEDS en las decisiones de fondo que resolvieron las reclamaciones colectivas presentadas por la ONG internacional Groupe européen des femmes diplômées des universités (UWE) contra Bélgica (nº 124/2016), Finlandia (nº 129/2016), Italia (nº 133/2016), Países Bajos (nº 134/2016), Eslovenia (nº 137/2016) y Portugal (nº 136/2016). Un estudio en Salcedo Beltrán, C.: "El Comité Europeo de derechos sociales: *legis interpretatio legis vim obtinet* en su máxima esencia y resistencia", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 2021, nº. 460, pp. 73-123

[32] Nivard, C.: "Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures <anti-crise> grecques ». *Lettre Actualités-Droits-Libertes du CREDOF,* 15 noviembre 2012, https://revdh.files.wordpress.com/2012/11/lettre-adl-du-credof-15-novembre-20121.pdf, pp. 1-3.

efectivamente garantizados en el momento en que la necesidad de protección se hace sentir más". Las situaciones de crisis legitiman la reorganización de los dispositivos normativos y las prácticas vigentes con vistas a limitar algunos costes para los presupuestos públicos o a aligerar las cargas que pesan sobre las empresas. Ahora bien, esta no debe traducirse en una precarización excesiva de los beneficiarios de los derechos reconocidos por la Carta.

No se puede pretender que los titulares de derechos renuncien a sus garantías puesto que conllevaría que ellos soportaran indebida y excesivamente las consecuencias de la crisis. También se aceptaría que los derechos se poseen según los ciclos económicos. Por tanto, los estándares de la CSE deben ser respetados permanentemente. Este principio no es extraño en nuestra jurisprudencia doméstica. Se pueden encontrar extractos del mismo en fundamentaciones jurídicas, como es el caso de la SSJS nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013 (nº 421/2013), nº 1 de Toledo de 27 de noviembre de 2014, rec. 536/2014 o n° 3 de Talavera de la Reina de 29 de junio de 2018, rec. 109/2018

Muy relacionado con esto, se ha de recordar que el CEDS ha insistido en numerosas ocasiones que sus exégesis no están condicionadas por la legitimidad que proporcionen a las medidas órganos de la UE. Con ello prueba los diferentes estándares de protección y la inexistencia de presunción de conformidad de una norma o práctica amparada desde el punto de vista del derecho comunitario europeo. Es decir, el CEDS no acepta una presunción de conformidad del Derecho de la UE con respecto a la CSE similar a la que sí acepta el TEDH con relación al CEDH, conocida como "doctrina Bosphorus". Se mostró categórico en las Conclusiones de 2019, precisamente en las emitidas a España, en el examen del art. 8.2 de la CSE, en la que emitió una conclusión de no conformidad, que no se vio afectada por el aval que dio a esa regulación la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16 *Jessica Porras Guisado/Bankia, S.A., Fondo de Garantía Salarial y otros*). Fue una muestra de coherencia puesto que esta directriz ya había sido manifestada en *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO)* contra Suecia, reclamación nº 85/2012, decisión de fondo de 3 de julio de 2013.

B) La pandemia de la COVID-19

El 24 de marzo de 2021 el CEDS emitió una importante *Declaración* sobre la COVID-19 y los derechos sociales[33]. Hay que ponerla en relación con la Observación interpretativa que adoptó el 21 de abril de 2020, sobre el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia. En esta se centraba en el art. 11 de la CSE/CSEr. Brevemente señalaré que recordaba a los Estados sus obligaciones en cuanto al derecho a la protección a la salud garantizado en ese precepto, que comprende la prevención de enfermedades epidémicas (apartado 3), la eliminación de las causas de una salud deficiente (apartado 1) y el establecimiento de servicios educacionales. También, las de consulta, dirigidas a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma (apartado 3). En la medida en que la CSE proporciona el marco legislativo más completo, debe erigirse en vector de los derechos humanos, a considerar en la aprobación de cualquier decisión para afrontar la recuperación posterior a la pandemia, así como para dar respuesta a futuras que puedan surgir. Se ha de valorar, no sólo el impacto de la pandemia sino las condiciones sociales, políticas y económicas que ya existían previamente y que la crisis las ha incrementado. En ningún caso el CEDS ha considerado que la pandemia legitimaba una derogación transitoria del tratado pues, de admitirlo, es precisamente cuando faltarían los derechos en el momento en que más se necesitan.

[33] https://rm.coe.int/declaration-du-ceds-sur-la-covid-19-et-les-droits-sociaux/1680a230c9. Posteriormente incorporada en las Conclusiones de 2021.

En el documento posterior, a lo largo de las 16 páginas, va precisando el contenido de la gran mayoría de preceptos, a excepción del art. 11. La finalidad es que cada Estado Parte compruebe si sus marcos legislativos y las políticas existentes son adecuados para garantizar una respuesta compatible con la CSE. En el caso de que la respuesta sea negativa, deben modificarlos, incluyendo, si es necesaria, la implementación de medidas adicionales. Con ello probarán su coherencia con los compromisos asumidos y la preservación de los derechos en momentos críticos. En estas decisiones, han de considerar a todos los titulares de derechos sociales, otorgando atención particular y prioridad a los grupos e individuos más vulnerables. En suma, se deben evitar discriminaciones en el disfrute de los derechos sociales, ya sea directa o indirectamente (Artículo E de la CSEr).

Centrándome en el art. 12 y los derechos relacionados con la seguridad social, el CEDS ha señalado que, desde el inicio de la pandemia, muchos Estados Partes, de conformidad con sus obligaciones de proporcionar prestaciones de seguridad social adecuadas (art. 12 de la CSE/CSEr) y la asistencia social y médica a las personas necesitadas (art. 13 CSE/CSEr), han destinado recursos presupuestarios a la financiación de la sustitución de ingresos y otras formas de asistencia y apoyo a las personas y familias afectadas. Sin embargo, las prestaciones de seguridad social y los regímenes de ingresos mínimos existentes presentan algunos déficits. En concreto, entre otros, su insuficiencia o la limitación en cuanto a su acceso a los grupos más vulnerables. más pobres y vulnerables. Subraya el CEDS la complejidad de algunos trámites, la excesiva burocracia o determinadas condiciones que dificultan o impiden la concesión (a modo de ejemplo, exigir vínculos formales con el mercado de trabajo, la prueba de un domicilio fijo, los límites de edad o la exclusión de ciertas categorías de trabajadores). Persiste igualmente en que no es compatible con la CSE limitar temporalmente la duración, debiendo vincularse a la situación de necesidad. Por ello, advierte el CEDS que esas deficiencias corren el riesgo de agravar las conclusiones de no conformidad anteriores, además de añadir nuevas.

C) La protección del orden público en una sociedad democrática

Paralelamente a los dos principios anteriores, se ha desarrollado el último que se analizará. Su origen se sitúa en los *memorándum*s impuestos por la UE a los países como condición de prestar ayuda para afrontar la situación de déficit económico. Grecia es el país más conocido en este sentido. Los agentes sociales de ese país recurrieron al CEDS en varias ocasiones denunciando los incumplimientos que se estaban produciendo de la CSE para observar las condiciones exigidas. Me centraré en la decisión que fondo de 23 de marzo de 2017, suscitada por la reclamación colectiva nº 111/2014, que presentó la *Confédération générale grecque du travail* (GSEE). El motivo se localiza en el análisis que realizó el CEDS de una de las alegaciones gubernamental en su defensa, que fue nueva respecto de las precedentes. Los tradicionales habían girado normalmente en torno a que las medidas restrictivas eran coyunturales o que obedecían a la necesidad de observar las "recomendaciones" o sentencias de las instancias comunitarias. En esta ocasión, añadió uno más, que ha pasado a ser un elemento que el CEDS, como se verá en el apartado siguiente, considera en la interpretación del art. 12.3 de la CSE/CSEr.

Específicamente consiste en la admisibilidad de restringir los derechos de la CSE con fundamento en el art. 31 de la CSE/G de la CSEr. Este legitima esas limitaciones por la necesidad de preservar el orden público nacional en una sociedad democrática, es decir, se admite que la situación que describe el demandante es cierta pero que está autorizada por tratarse de una de las circunstancias excepcionales que el propio tratado prevé.

Entrando en esa disposición, su tenor literal permite que, si bien los derechos y obligaciones de la Parte I de la CSE, una vez llevados a la práctica y ejercidos efectivamente como requiere

la Parte II, no pueden ser objeto de restricciones o limitaciones, se añade la excepcionalidad de poder hacerlo si estas observan tres requisitos:

a) Que estén establecidas por la ley.

b) Que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres.

c) Que se apliquen para la finalidad que se han previsto.

En el supuesto de hecho que se planteó al CEDS procedió a examinar si la afectación a los derechos sociales que se estaba produciendo por las medidas anticrisis podían encuadrarse en ese precepto para justificarlas.

Para su valoración, el CEDS se mantuvo firme en su comienzo para dejar claro que, dado que las consecuencias de las mismas recaen principalmente en los grupos más vulnerables de la sociedad, sólo se van a admitir "(…) en circunstancias extremas, debiendo ser interpretadas estrictamente (…)". Por ello, deberán observar los tres requisitos apuntados, que clarifica en el sentido de que habrán de tener una base jurídica clara, es decir aprobadas por un poder legislativo democrático, perseguir uno de los fines legítimos que recoge el art. 31.1 de la CSEr y ser necesarias en una sociedad democrática, es decir, adoptarse para responder a una imperiosa necesidad de la sociedad.

Tras su examen en la controversia, la principal cuestión a analizar fue si la finalidad de "proteger el orden público" podía ser argumento que permitirá los incumplimientos. La delimitación de esa expresión corresponde, en principio, al poder legislativo, que está provisto de un cierto margen. Ahora bien, en ningún caso, tiene total libertad, teniendo que conciliarlo con las obligaciones adquiridas por el derecho internacional público, entre las que se insertan, el ámbito de lo que se considera orden público, que incluye garantizar un nivel de protección suficiente a los ciudadanos destinado a responder a sus necesidades sociales básicas. Por ello, el CEDS insiste en que, además de no tener total autonomía el legislador, menos pueden dejar a otras instituciones internacionales que les determine el concepto de "orden público", por mucho que éstas les apremien. En su implantación, es necesario que se adapten al objetivo perseguido, no vayan más allá de éste y, en todo caso, siempre se mantenga un nivel de protección suficiente.

Con esta regla general, desciende en las medidas concretas del caso presentado, y considera que la grave crisis económica del país y la alta tasa de desempleo representan una necesidad social imperiosa que podría autorizar la adopción de medidas que tengan por efecto limitar los derechos sociales garantizados por la CSE. No obstante, se debe recurrir a ellas sólo si son "(…) las más adaptadas para responder a las dificultades encontradas y las menos vinculantes para los derechos de los trabajadores". Debido a que el Gobierno no demostró que había efectuado un "análisis profundo y objetivo" que evidenciara los efectos posibles de las medidas legislativas, principalmente su impacto en los más vulnerables, ni se les había consultado, el CEDS resolvió que no era posible la inaplicabilidad de la CSE con base en la excepcionalidad del art. 31 de la CSE puesto que no se había realizado ninguna reflexión en cuando a la posibilidad de adoptar otras medidas en su lugar.

4.2. La delimitación del término *progresividad* y su conformidad con las reformas legislativas

El apartado que será objeto de estudio, según el escenario anterior y la hermenéutica general apuntada es el que determina el compromiso "a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social". Se está, como lógicamente se deduce de su lectura, ante un requerimiento de *progresividad*. Su significación en la praxis ha generado diversas opiniones en los últimos tiempos. Más si se tiene en cuenta en cuenta las reformas de pensiones, prestaciones y subsidios que llevan años adoptando la mayoría de países.

Las primeras valoraciones doctrinales emitidas sobre qué presupone este término señalaban que es el reflejo de la implantación de un "effet cliquet", también llamado "mécanisme du standstill" o de no regresión[34]. Considera que es contradictorio con cualquier limitación que modifique el nivel ya adquirido, aunque sea argumentado. Dentro de este sector han surgido dos vertientes. Por un lado, una negativa, que se concreta en la prohibición dirigida a las autoridades públicas de legislar en contra del nivel de protección social ya alcanzado, es decir, similar a un deber de *estar tranquilas*. Y, por otro lado, una positiva, que señala que impone, además, una *actividad normativa*, en suma, les obliga a progresar en cuanto a los derechos reconocidos en una norma internacional[35]. Se parte de una concepción "dinámica" en la que el ideal cobertura es cambiante y "siempre mejorable tanto respecto a las nuevas necesidades objeto de cobertura, como también en relación a la mejora de la intensidad o calidad de las prestaciones dispensadas por el régimen público de Seguridad Social"[36]. Ambas convergen en que este principio ha permitido conseguir importantes logros o conquistas sociales, entendido en el sentido de que impide al legislador adoptar regulaciones que pudieran tener como efecto disminuir el nivel de protección social ya alcanzado.

Junto a estas ha aparecido una posterior que señala que este término equivale a un "effect plancher", determinando que, una vez alcanzados unos mínimos, en esa parte que se supera, se pueden adoptar reformas de todo tipo, incluyendo las que retrocedan, siempre que estén justificadas[37]. Por tanto, no supone, en ningún caso, un inmovilismo o mirada hacia adelante para el legislador, es decir, no se puede efectuar una aplicación literal. Consideran compatible con el tratado que se pueda dar un paso hacia adelante, al lado e incluso hacia atrás si éste es argumentado.

Esta dispar valoración doctrinal ha surgido precisamente por la exégesis del CEDS. Se podría decir que es fruto de una evolución pero, en mi opinión, es más bien un cambio de criterio del que avanzo estimo no es coherente con la disposición. Un detenido examen de la misma con los pronunciamientos emitidos clarificará la cuestión. Como todo precepto de este tratado se debe

---

[34] Hachet, I.: "L'effet de standstill: le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *Administration Publique*, *Le Trimestriel,* 2000, nº 1, p. 30, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:126521/datastream/PDF_01/view. Señala la autora que las tres expresiones son variantes de la efectividad de un derecho, si bien, su significado es incierto debido a la dificultad de situarlo con relación al de la aplicabilidad directa.

[35] Hachet, I, "L'effet de standstill…" *Op. Cit.* pp. 48 y ss.

[36] Monereo Pérez, J.L.: *La garantía de los derechos de la Seguridad Social en la Carta Social Europea…Op. Cit*. p. 34

[37] En este sentido, Marguénaud, J-P y Mouly, J.: "Le Comité européen des droits sociaux face au príncipe de non-régression en temps de crise économique », *Droit Social*, 2013, nº 4, pp. 339 y 340 y Laulom, S. "Le Comité européen des droits sociaux, artisan de la réalisation des droits sociaux. Le point de vu externe », en *Actes du colloque* du 2 juin 2017, «Renverser la perspective: les droits sociaux comme remèdes aux crises européennes», sous la responsabilité de Benoît-Rohmer, F., Moizard, N. Et Schmitt, M., Strasbourg, pp. 87 y 88, accesible en http://journals.openedition.org/revdh/3672?file=1.

estudiar atendiendo al Informe explicativo y al Anexo, así como a la jurisprudencia del CEDS emitida en Observaciones interpretativas, conclusiones y decisiones sobre el fondo.

En lo que atañe a los dos primeros, no efectúan ninguna precisión sobre este apartado específico. Por ello, se procede a analizar los pronunciamientos del CEDS, comenzando por las cinco *Observaciones interpretativas*. En la primera, emitida en las Conclusiones I, consideró necesario reafirmar "el carácter dinámico de la disposición". Tratándose del apartado tercero del art. 12 de la CSE/CSEr se traduce en la obligación de realizar un esfuerzo continuo para llevar progresivamente el régimen de la seguridad social a un nivel cada vez más elevado y a informar regularmente al Consejo de Europea de los nuevos desarrollos acometidos. El CEDS subrayó que para poder valorarlo, si se trata del incremento de la cuantía de ciertas prestaciones, se han de proporcionar los datos de años anteriores así como el aumento del coste de la vida.

La siguiente se localiza en las Conclusiones III para apuntar que el nivel de seguridad que tendrá en cuenta debe estar por encima del que determina el Convenio Internacional del Trabajo nº 102 sobre la seguridad social (1952) de la OIT. El CEDS realiza constantemente sinergias entre la CSE y otros instrumentos normativos. En cuanto a los de la OIT, incluso ha señalado que si las Observaciones de la OIT determinan que hay incumplimiento de su marco normativo resolverá prácticamente en los mismos términos, llegando a solicitar la misma información que un Estado envía a esa organización (Conclusiones XXI-2, Polonia). Igualmente se emite una conclusión de no conformidad con base en el incumplimiento por parte del Estado de los mínimos necesarios para la ratificación de ese convenio (Conclusiones IV-1, Finlandia)[38].

Llegados a este punto, se puede afirmar que el CEDS establecía como elemento básico de cumplimiento la existencia de un avance. En la siguiente observación interpretativa (Conclusiones XIII-4) se empieza a apreciar un giro al establecer que son admisibles, en algunos casos, modificaciones del sistema de seguridad social teniendo en cuenta la situación de algunos Estados, acordadas para garantizarlo. Esta afirmación la pronuncia tras constatar en algunas Partes Contratantes que han adoptado reformas restrictivas por motivos de carácter demográfico, económico y financiero. Con ello, esa hermenéutica inicial en la que siempre se atendía a mejoras y se centraba en la seguridad social *stricto sensu*, se abandona para permitir valorar circunstancias accesorias. En virtud de ello, requiere que los informes nacionales proporcionen una serie de datos sobre las modificaciones implementadas que serán atendidos para determinar la conformidad o no con el tratado. En particular:

a) Su contenido (ámbito de aplicación, condiciones de acceso y disfrute de una prestación, cuantía, duración, etc.).

b) Los motivos y el marco de política económica y social en el que se producen.

c) La importancia de los cambios (las categorías y el número de personas afectadas, el importe de las prestaciones antes y después del cambio).

d) Su necesidad y adecuación a la situación que la ha originado (objetivos que se persiguen);

e) La existencia de medidas de asistencia social destinadas a las personas que se encuentren en situación de necesidad como consecuencia de las modificaciones adoptadas.

[38] Un estudio detallado en Salcedo Beltrán, C.: "Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 2019, nº. 434, pp. 153-188.

f) Los resultados alcanzados en virtud de ellas.

g) La siguiente observación interpretativa (Conclusiones XVI-1 y Conclusiones 2002) no sólo prosigue esta línea, sino que incluso va más allá. Al solicitar a los Estados que faciliten cifras sobre el valor de las prestaciones en términos reales, argumenta que, con ello, pretende examinar si estas han sido *preservadas*. Por consiguiente, los términos de progreso y avance en el nivel de las prestaciones de sus inicios ya no se encuentran y han sido sustituidos por el de conservar. El CEDS, consciente probablemente de ello, opta por exigirlos en otro punto, el relativo al ámbito subjetivo o el de los riesgos cubiertos. Reitera los puntos de información que solicitó en la anterior para enlazar con la admisión de limitaciones de los derechos de la CSE que legitima el art. 31.2 CSE/G CSEr, que se analizó en el apartado anterior. Esto, a mi modo de ver confirma, no sólo el cambio interpretativo sino hasta su inaplicación del artículo por las circunstancias de país.

La última observación interpretativa (Conclusiones 2009 y Conclusión XIX-2) finalmente sigue la misma línea. Es breve pero categórica. El CEDS aclara en tres puntos su nuevo criterio. Me centraré en el último puesto que los dos primeros son transcripción de las anteriores. En él expresa meridianamente que un desarrollo parcialmente restrictivo del sistema de seguridad social no es automáticamente contrario al artículo 12.3 de la CSE/CSEr.

Con estas premisas, es necesario acudir a la praxis para comprobar cómo el CEDS ha resuelto las situaciones concretas planteadas. Para ello, se atenderá a las decisiones de fondo y a las conclusiones.

En cuanto a las primeras se localizan diez[39]. De estas únicamente han considerado la existencia de incumplimiento en seis. Al ser cinco de ellas idénticas en cuanto al fondo del asunto, diferenciándose únicamente en la entidad que interpone la reclamación colectiva, se puede decir que sólo en dos ocasiones se ha condenado. Todas tienen en común el demandado, Grecia, y el origen de las reformas, las medidas de austeridad adoptadas en virtud de las condiciones impuestas por la *troika*.

Por un lado, está la decisión sobre el fondo de 23 de mayo de 2011, *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY)*, reclamación colectiva nº 66/2011. El supuesto de hecho versaba sobre las condiciones laborales de los menores con contratos de aprendizaje excluyéndoles de la protección del sistema de seguridad social. En principio, el CEDS admitió la necesidad de medidas de saneamiento en las finanzas públicas en tiempos de crisis económica con la finalidad de asegurar el mantenimiento y la viabilidad del sistema de seguridad social existente. Ahora bien, semejantes medidas no deben perjudicar el marco esencial del régimen nacional o privar a los individuos de la oportunidad de beneficiarse de la protección que este frente a los graves riesgos sociales y económicos. En consecuencia, toda evolución del sistema de seguridad social debe mantener vigente un sistema de seguridad social obligatorio suficientemente amplio y evitar excluir a categorías completas de trabajadores de la protección social ofrecida por este sistema. En otros términos, las medidas de saneamiento financiero han de observar unos límites. Trasladado a la modificación denunciada, el CEDS consideró que la protección extremadamente restrictiva frente a los riesgos sociales y económicos, acordada para los menores vinculados por los contratos especiales de aprendizaje suponía un deterioro del

[39] En la reclamación colectiva 121/2016, *Equal Rights Trust contra Bulgarie*, la demandante solicitó el examen del fondo sobre el art. 12.3 de la CSE pero el CEDS consideró que era más oportuno hacerlo por la vía del art. 16 de la CSE.

sistema de seguridad social que no satisfacía los criterios necesarios para ser conforme con el artículo 12.3 de la CSE.

Por otro lado, las decisiones de fondo de 7 de diciembre de 2012, en las que el CEDS, resolvió las reclamaciones nº 76, 77, 78, 79 y 80 de 2012, presentadas por la *Fédération des pensionnés salariés de Grèce, la Fédération panhellénique des pensionnés des services publics*, el *Syndicat des pensionnés des Chemins de fer électriques d'Athènes-Pirée (I.S.A.P.),* la *Fédération panhellénique des pensionnés de l'entreprise publique de l'électricité (POS-DEI)* y el *Syndicat des pensionnés de la Banque agricole de Grèce (ATE)*. En ellas, volvió a admitir el CEDS que "(…) una evolución restrictiva de un sistema de seguridad social no supone determinar automáticamente que es contrario al art. 12.3 de la CSE". Ahora bien, tras un examen del supuesto de hecho concluyó una situación de violación puesto que el conjunto de las modificaciones gubernamentales conducían a una "(…) degradación significativa del nivel de vida y condiciones de vida de los pensionistas (…)", así como el riesgo de empobrecer de forma considerable a la mayoría de la población, no pudiendo valorar, para resolver en otro sentido, la situación de crisis del país o que el origen de las medidas estaba en las obligaciones dictadas por la *troika*, puesto que los responsables gubernamentales deberían haber realizado estudios e investigaciones en orden a la posibilidad de adoptar otras así como salvaguardar, en todo momento, una protección suficiente respecto de las personas más vulnerables de la sociedad.

Son conocidas en el ámbito judicial español estos pronunciamientos. Fueron invocadas, en cumplimiento del control de convencionalidad, frente a al RDL 28/2012, Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social que dejó sin efectos la actualización y revalorización de las pensiones. Sentencias de la primera instancia resolvieron que existía incumplimiento del art. 12.3 de la CSE (entre otras, la SJS de Barcelona nº 12 de 7 de septiembre de 2015, nº 291/2015. La mayoría no prosperaron en los recursos, al considerarse que no era comparables las situaciones de los dos países (STSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 2016, rec. 3137/2016.

En cuanto a las no condenatorias, siguiendo un orden cronológico, en primer lugar, se ha de referenciar la decisión sobre el fondo de 3 de diciembre de 2008, *Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP)* contra Portugal, reclamación colectiva n° 43/2007. La entidad demandante solicitó al CEDS que declarara la existencia de incumplimiento del art. 12 de la CSEr en sus tres primeros apartados tras adoptar el Gobierno el Decreto ley nº 212/2005, de 9 de noviembre, por el que se excluía a los magistrados del ministerio público de la protección del régimen especial complementario existente, integrándolos en el régimen general. El CEDS consideró que el nivel de protección que tienen con este cambio no ha cambiado y que es, al menos, igual que el que tenían, añadiendo que, además, es una protección más alta que la que se proporciona a toda la población en general.

Igualmente resolvió en las dos siguientes, que coinciden en las partes del procedimiento, ambas *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia. La primera es la decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2014, reclamación colectiva n° 88/2012. La organización denunció que el país no estaba aumentando determinados subsidios y que incluso habían disminuido. El CEDS no apreció la alegación, argumentando que en el examen en el marco del procedimiento de presentación de informes, había observado la existencia de mejoras, en particular en lo que respecta a las pensiones de invalidez, las prestaciones por desempleo y las prestaciones por enfermedad (Conclusiones 2013, Finlandia). Encontró que la situación se ajustaba a la CSE y los argumentos presentados no permitían llegar a una conclusión diferente.

La segunda es la decisión sobre el fondo de 8 de diciembre de 2016, reclamación colectiva nº 108/2014. Se abordaba el incremento gradual del límite de edad para recibir determinadas prestaciones de desempleo a los parados de edad avanzada. El CEDS apreció que esas modificaciones se habían establecido con el objetivo de que este colectivo se mantuviera más tiempo en el mercado de trabajo. Por tanto, observaban el requerimiento de ser proporcionadas al fin perseguido.

La última decisión de fondo es de 24 de enero de 2018, *Unione Italiana del Lavoro U.I.L. Scuola-Sicilia* contra Italia, reclamación colectiva nº 113/2014. Las restricciones adoptadas por el gobierno de unas prestaciones de desempleo se examinan según el principio de proporcionalidad. El CEDS consideró que respondían a un objetivo razonable desde el punto de vista económico: la asignación de recursos limitada por los presupuestos de disponibilidad y a favor de sectores con dificultades económicas. La finalidad de preservar el sistema de seguridad social en ese contexto presupuestario era legítima.

No van a ser la únicas pues están pendientes de resolver dos reclamaciones colectivas que han invocado el art. 12.3 de la CSE/CSEr. Son la n° 167/*2018 Sindacato autonomo Pensionati Or.S.A*. contra Italia y la n° 172/2018 *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia. La primera denuncia el descenso sustancial de las pensiones de jubilación como consecuencia de las medidas de reajuste introducidas en 2015. Los términos de la segunda son similares, pero con referencia al nivel básico de todas las prestaciones de seguridad social y de ayuda social.

Por lo que se refiere a las conclusiones, de 392, 36 han sido hasta el momento de no conformidad y 77 pospuestas.

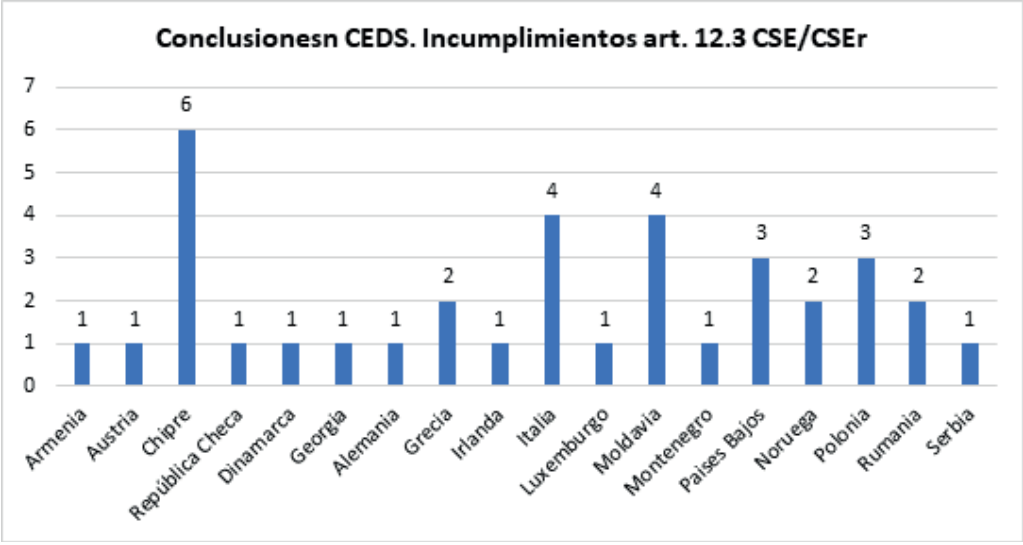


Tabla 10: Elaboración propia. Fuente: http://hudoc.esc.coe.int/eng/#

Sin ánimo exhaustivo, las de Rumanía (Conclusiones 2017 y 2021) se originan en la no revalorización desde 2008 del indicador social de referencia de las pensiones, por la significativa disminución en el número de desempleados registrados que reciben prestaciones así como de la tasa de reemplazo de las pensiones de jubilación.

La de Alemania se localiza en las Conclusiones XVIII-1. Tras examinar las reformas en las prestaciones de desempleo adoptadas que reducían su duración -en general de 32 a 12 meses y

para los mayores de 55 años a 18- así como de la localización del período de inscripción -doce meses en los últimos dos años en lugar de 3- el CEDS determinó que no eran conformes a la CSE puesto que no se argumentaron los motivos y la necesidad.

Las tres de los Países Bajos en las Conclusiones XIV-1, XV y XVIII-1. Los motivos son por hacer recaer en la empresa, incumpliendo el principio de solidaridad, la cobertura de los riesgos por enfermedad o por excluir a los trabajadores autónomos de la protección por incapacidad y maternidad.

En cuanto a las cuatro de Italia (Conclusiones 2009, 2013, 2015 y 2017) se originan en la falta de información requerida en varias ocasiones sobre las reformas en materia de pensiones, en concreto de la pensión jubilación.

Las dos de Noruega (Conclusiones XV-1 y XV-1) por el establecimiento en la Ley Nacional de Seguros de 1997 de la obligación a las personas desempleadas, como condición de disfrutar de la prestación, de aceptar cualquier trabajo, independientemente de sus habilidades, calificaciones y experiencia laboral. El CEDS informó que uno de los objetivos de estas prestaciones es evitar que las personas interesadas, durante el período inicial de desempleo, se vean obligadas en esos terminos. Por similar argumento se condenó a Dinamarca (Conclusiones XVIII-1)

Las dos de Grecia son obvias desde el momento en que el CEDS hace la correspondiente retroalimentación con las decisiones de fondo condenatorias que anteriormente se han examinado (Conclusiones XX-2 et XXI-2)

Finalmente, en cuanto a las de Polonia, nuevamente las modificaciones restrictivas de las prestaciones de desempleo conllevan una no conformidad (reducción de 18 a 6 meses, permitiendo 12 en casos excepcionales) en las Conclusiones XX-2, XVIII-1 y de las familiares en las Conclusiones XVII-1.

5. Reflexiones finales y una propuesta

Como se ha podido probar, el ordenamiento jurídico está conformado por un conjunto de fuentes normativas que deben ser observadas. La ausencia de la consideración del principio de progresividad del art. 12.3 de la CSE/CSEr es evidente. Ninguna referencia se localiza en las medidas que se están adoptando. Esta indolencia debe ser corregida. Los temores, de existir, son infundados puesto que con el giro interpretativo que ha realizado el CEDS, modificaciones legislativas regresivas, no conllevan automáticamente pronunciamientos condenatorios. Se trata de que se argumenten con solvencia en cuanto a su necesidad y su proporcionalidad. Con ello, se haría visible una actuación coherente. Los agentes sociales y las organizaciones no gubernamentales nacionales tienen un rol importante en este sentido. Por un lado, deben poner sobre la mesa de cualquier negociación o tramitación la *Constitución Social de Europa*, el tratado emblemático europeo de derechos sociales. Este debe ser el punto del que debe partir cualquier cuestión. Por otro lado, las oposiciones y resistencias que se encuentren pueden afrontarlas recurriendo directamente al CEDS para que examine las reformas que se están aprobando y las que vendrán, en cumplimiento de las condiciones del PNRR[40]. Es fundamental que presenten observaciones en el marco del sistema de informes pues el documento del Gobierno, lógicamente, muestra una

[40] En Francia son un claro paradigma los sindicatos, como se ha caracterizado, un elemento pertubardor del ordenamiento jurídico reivindicando el cumplimiento de la CSEr. La modificación de las indemnizaciones por despido injustificado, sujetándolas a un baremo, lo ilustran perfectamente. Véase Moizard, N.: "La Charte sociale valorisée par les juges nationaux : le rôle perturbateur des syndicats », *Europe des droits & libertés/Europe of Rights & Liberties,* mars 2020/1, pp. 79-86. https://www.europedeslibertes.eu/en/article/la-charte-sociale-valorisee-par-les-juges-nationaux-le-role-perturbateur-des-syndicats/

actuación ejemplar en cuanto al cumplimiento de la CSEr. Esta actuación es trascendental para la supervisión que realiza el CEDS puesto que la limitación de recursos humanos -la composición es sólo de 15 miembros-, materiales así como la enorme cantidad de trabajo le impiden, a falta de las mismas, contextualizar en toda su dimensión la situación a examinar y la conformidad al texto normativo.

Igualmente, desde el 1 de julio de 2021, pueden presentar reclamaciones colectivas[41]. Este procedimiento es uno de los instrumentos de defensa de los derechos sociales más expeditivo. Ambos son compatibles.

Su responsabilidad con los ciudadanos, como defensores de derechos humanos, demanda que ese silencio sea denunciado y corregido.

6. Bibliografía

Alonso, D., Kataryniuk, I., Moreno, C. y Pérez, J.J.: "El programa Next Generation EU: características y claves para su éxito", *ICE, Revista De Economía*, 2022, nº 924, https://doi.org/10.32796/ice.2022.924.7356

Cossío Capdevila, A.: "El mecanismo de recuperación y resiliencia: endeudamiento supranacional e instrumentos de recuperación («Next Generation EU»)", *Diario La Ley*, 15 de enero de 2021, nº 9771.

Domínguez Martínez, J. M.: "La sostenibilidad de las pensiones públicas en España: aspectos básicos", *Revista De Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 2021, 3, 276-290. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi3.13542

García Díaz, M.A.: "Situación actual y perspectivas del sistema público español de pensiones", *Papeles de Economía Española,* 2019, nº 161

Hachet, I.,"L'effet de standstill : le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *Administration Publique*, *Le Trimestriel,* 2000, nº 1, p. 30, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:126521/datastream/PDF_01/view.

Hernández De Cos, P., Ramos, R. y Jimeno, J.F.: "The spanish public pension system: the quest for financial sustainability and equity", *Revista de Economía Aplicada*, 2018, nº 76

Jimena Quesada, L.: "Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2015", *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* 2015, nº 2.

Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, C.: "Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (*excusatio non petita*…)", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 2022, 12 (1), 616-624, https://doi.org/10.46661/lexsocial.7257

Jimeno Serrano, J.F.: "Elementos de una reforma sostenible de las pensiones", *Papeles de Economía Española,* 2019, nº 161

[41] El único Estado contratante que ha reconocido el derecho a presentar reclamaciones a cualquier organización nacional no gubernamental representativa es Finlandia. Mientras tanto una forma de neutralizar esta imposibilidad es que las de ámbito doméstico preparen las reclamaciones y que las presenten las internacionales. Sobre el funcionamiento y tramitación véase Salcedo Beltrán, C. "El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, nº 57, pp. 195-271.

Kölling, M.: "El Reglamento (UE) 2021/241, que establece el mecanismo de recuperación y resiliencia: contexto y alcance", *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2021, nº 5.

Laulom, S. "Le Comité européen des droits sociaux, artisan de la réalisation des droits sociaux. Le point de vue externe", en *Actes du colloque* du 2 juin 2017, «Renverser la perspective: les droits sociaux comme remèdes aux crises européennes», sous la responsabilité de Benoît-Rohmer, F., Moizard, N. et Schmitt, M., Strasbourg, accesible en http://journals.openedition.org/revdh/3672?file=1

León Iglesias, J.: "Luces y sombras en relación al futuro de las prestaciones. A propósito de la Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones", *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, 2022, n.º 1, pp. 297-324, https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i01.10.

Lopez Cumbre, L.: "El «derecho» a la pensión futura", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 2021, 3, https://doi.org/10.24310/rejlss.vi3.13534, pp. 85-118

Marguénaud, J-P y Mouly, J.: "Le Comité européen des droits sociaux face au príncipe de non-régression en temps de crise économique », *Droit Social*, 2013, nº 4,

Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", *Revista De Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 2021, 3, 21-84. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi3.13533

Moizard, N.: "La Charte sociale valorisée par les juges nationaux : le rôle perturbateur des syndicats », *Europe des droits & libertés/Europe of Rights & Liberties,* mars 2020/1, pp. 79-86. https://www.europedeslibertes.eu/en/article/la-charte-sociale-valorisee-par-les-juges-nationaux-le-role-perturbateur-des-syndicats/

Monereo Pérez, J.L., *La garantía de los derechos de la seguridad social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis*, 2021, Laborum, Murcia.

Nivard, C.: "Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures <anti-crise> grecques". *Lettre Actualités-Droits-Libertes du CREDOF,* 15 noviembre 2012, https://revdh.files.wordpress.com/2012/11/lettre-adl-du-credof-15-novembre-20121.pdf

Salcedo Beltrán, C.: "El Comité Europeo de derechos sociales: *legis interpretatio legis vim obtinet* en su máxima esencia y resistencia", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 2021, nº. 460.

Salcedo Beltrán, C.: "Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 2019, nº. 434

Salcedo Beltrán, C. "El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, nº 57.

Las alternativas de la Seguridad Social a las pensiones de jubilación insuficientes

Álvaro Javier San Martín Rodríguez
Doctor en Derecho
Abogado Bufete Casadeley

1. Introducción: aproximación a las ultimas reformas

La jubilación contributiva representa una renta mensual y pública de sustitución que, financiada mediante cotizaciones, se destina a compensar la pérdida de ingresos profesionales vinculada al cese, total o parcial en la prestación de servicios cuando la persona cumple una determinada edad. Esta renta es única en el marco del Régimen General de la Seguridad Social (en adelante RGSS)[1], vitalicia (ya que el derecho se extingue con la muerte del beneficiario[2]), voluntaria[3] (aunque es posible su renuncia por la simple circunstancia de no presentar la

[1] A pesar de esta singularidad, referida únicamente al RGSS, el beneficiario puede compatibilizar esta prestación con otra de la misma naturaleza de un régimen especial en otro sistema público de protección social (como por ejemplo Clases Pasivas), STS 13 marzo 1995 (rec. 2758/1994).

[2] A pesar de ello, una vez devengada, si nunca se hubiese sido percibida por el interesado antes de su fallecimiento, o incluso su cuantía hubiese sido inferior a la correspondida, pasaría a formar parte de la herencia y podría ser reclamado por los herederos, STS 26 enero 2004 (rec. 2793/2003).

[3] Teniendo en cuenta las previsiones legales introducidas en la Disposición adicional décima Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -en adelante ET- a través de la disposición final 1 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, mediante las cuales se permite establecer clausulas en los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan una serie de requisitos (establecimiento de objetivos coherentes de política de empleo y cumplimiento del derecho al 100 % de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva). Un estudio de su problemática

solicitud[4], una vez reconocida el beneficiario conserva el derecho a reincorporarse de nuevo a la actividad laboral -total o parcialmente-, con las consecuencias que pueda ello generar en lo referente al incremento de la cuantía de la futura y definitiva de la pensión[5]) e imprescriptible (es decir, que se puede solicitar su reconocimiento en todo momento).

Esta modalidad de jubilación ha sufrido una importante reforma que ha entrado en vigor en el año 2022, afectando principalmente a la jubilación anticipada involuntaria y voluntaria, aunque también a la jubilación activa y demorada (Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones -en adelante Ley 21/2021-). Anteriormente fue publicada otra reforma muy relevante que entró en vigor en el año 2013 y que afecto a casi todos los elementos configuradores de la jubilación ordinaria, sometiendo esta a extensos períodos transitorios que permiten seguir aplicando la normativa previa a dicha reforma a numerosos colectivos (es decir, la vigente a 31 de diciembre del año 2012).

La última reforma publicada el 29 de diciembre del año 2021 (con entrada en vigor el 1 de enero del año 2022) actúa "sobre el acceso a la pensión de jubilación a través de fórmulas voluntarias y más equitativas que favorecen un progresivo alineamiento de la edad efectiva y de la edad ordinaria de jubilación como vía para reforzar la sostenibilidad del sistema en el medio y largo plazo" (Exposición de Motivos III Ley 21/2021). En materia de jubilación ordinaria, su aspecto más importante fue la derogación del factor de sostenibilidad introducido por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre (cuya implantación inicialmente prevista para 2019 no llegó a producirse) y su sustitución por un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional (que desplegará sus efectos en el año 2023). En materia de jubilación anticipada destaca la creación de un complemento económico para aquellos que hubiesen accedido a la jubilación de forma anticipada entre el 1 de enero del año 2002 y el 31 de diciembre del año 2021 en determinados casos de largos periodos de cotización y baja cuantía económica (en el sentido que la cuantía de la pensión inicial hubiera sido superior si se le hubiesen aplicado los coeficientes reductores vigentes a 1 de enero del año 2022). Este complemento económico consiste en una cuantía que se añade a pensión y ascendería a la diferencia entre el resultado de aplicar a la pensión inicial los coeficientes reductores previstos en la normativa vigente y la pensión inicialmente reconocida (en todo caso habría que considerar la aplicación del límite máximo de pensiones y, en su caso, la absorción del complemento por mínimos que se viniera percibiendo).

Esta reforma también afectó a los dos subtipos de jubilación anticipada. Respecto a la jubilación anticipada voluntaria, además de revisar los coeficientes reductores, desde el 1 de enero del 2024 se prevé que, si la base reguladora es superior al límite de las cuantías establecidas para las pensiones, los coeficientes reductores se aplicaran sobre ese límite y no sobre el importe de la pensión que resulte al aplicar sobre la base el porcentaje que corresponda según los meses de cotización. Respecto al subtipo de jubilación anticipada involuntaria se incluyen novedades en cuanto al coeficiente reductor (que ahora se aplica por mes de anticipación y no por trimestre), así como la ampliación de las causas de extinción contractual que generan el derecho a acceder a esta modalidad. Por último, el subtipo de jubilación anticipada por razón de actividad (peligrosa tóxica, insalubre o penosa) se regula separadamente de la jubilación anticipada por discapacidad y se revisan las bases el procedimiento de reconocimiento de coeficientes reductores por edad.

en, Fernández Domínguez, J.J. y Agra Viforcos, B.: "Jubilación forzosa, ¿e incentivada?", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 61, 2022, pp. 586-603.

[4] STSJ Madrid 23 enero 2002 (rec. 4080/2001).

[5] STSJ Madrid 17 noviembre 2005 (rec. 4870/2005).

Para la jubilación demorada y activa, los otros dos tipos de jubilación que al estudio interesan, también se produjeron modificaciones. En cuanto la primera, se establece un derecho de opción del beneficiario entre una cantidad a tanto alzado o un porcentaje adicional sobre la pensión de jubilación resultante. Para la segunda se establece un nuevo requisito que impide el acceso antes del transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Esta última, que permite compatibilizar el empleo a tiempo parcial o completo con la percepción de un porcentaje del 50 % de la pensión cumpliendo con determinadas obligaciones de cotización social, fue introducida a través del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) y por la disposición final 5.1 de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, modificada, de tal forma que a partir del 26 del octubre del año 2017 es posible alcanzar la compatibilidad del 100 % respecto de los trabajadores autónomos que cumplieran ciertos requisitos.

Conviene hacer mención a la reforma del año 2013 (a través del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo), que estableció la posibilidad de aplicar transitoriamente, para determinados supuestos, la normativa vigente a 31 de diciembre de 2012. Esta circunstancia devino en permanente tras la reforma del año 2022 (Disposición Transitoria 4.5 Ley 21/2021), resultando no ser necesaria la aplicación de la prórroga que venía produciéndose de forma anual. Estos colectivos son aquellos que vieron extinguida su relación laboral antes del 1 de abril del año 2013 siempre que, con posterioridad a tal fecha, no hubieran vuelto a incluirse en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social (entre otros, beneficiarios de subsidio o prestaciones por desempleo anteriores a esa fecha o el alta en el sistema especial de trabajadores por cuenta ajena agrarios en situación de inactividad) y también para aquellas personas cuya relación laboral se hubiese suspendido o extinguido como consecuencia de decisiones adoptadas en despidos colectivos, convenios o acuerdos colectivos o procedimientos concursales.

2. Cálculos que resultan insuficientes y opciones para su complemento

El acceso a cualquiera de los tipos de pensión de jubilación en la modalidad contributiva no cumple en muchos casos con las expectativas de los solicitantes, sobretodo cuando existe algún dato desconocido previo que tiene una considerable influencia en el cálculo de la cuantía de la prestación (como, por ejemplo, las cotizaciones por una segunda actividad en supuestos de incompatibilidades en la función pública -ejercida tanto sin expresa declaración de compatibilidad como con expresa declaración de compatibilidad[6]- o aquellas cotizaciones delegadas que fueron abonadas por el SEPE durante la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años para acceder a la jubilación ordinaria, porque la carencia ya tenía que haberse acreditado antes de acceder al subsidio[7]). Partiendo de esta premisa, es preciso tener presente que existe la posibilidad de establecer complementos por mínimos cuando no se alcance una cuantía mínima (determinadas en función de la edad del beneficiario y de que exista cónyuge a cargo - art. 59 LGSS y Anexo I Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022), así como también ciertos topes máximos (para el año 2022 se establece como límite al importe de las pensiones públicas la cantidad de 39.468,52 euros anuales, que equivalen a 2.819,18 euros al mes -art. 57, 210.3 y 4 LGSS y art. 3 RD 65/2022-).

[6] STS 9 abril 2003 (rec. 1044/2002).

[7] SSTS 16 octubre 2003 (rec. 981/2003); 29 junio 2004 (rec. 4538/2003); 27 octubre 2004 (rec. 4170/2003) y 3 diciembre 2004 (rec. 138/2004).

Además es necesario conocer la modalidad de la jubilación anticipada (en sus diferentes subtipos, como la jubilación anticipada voluntaria, la jubilación anticipada involuntaria, aquella jubilación anticipada que afecta a las actividades penosas tóxicas o peligrosas o la jubilación anticipada para las personas con discapacidad, entre otros[8]) y la obligada aplicación de los coeficientes reductores sobre la cuantía resultante que son fijados en función del periodo de carencia acreditado y aplicados por cada mes o fracción que en el momento del hecho causante le resten al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación ordinaria legal vigente (art. 207 LGSS -redacción Ley 21/2021-). Estos coeficientes reductores pueden llegar a implicar una reducción de hasta el 30 % sobre la cuantía de la pensión que le resulte al beneficiario de solicitarla a la edad ordinaria legal vigente (teniendo en cuenta, además, los "periodos de cotización en la sombra" -es decir, el periodo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación-[9]).

Partiendo de estas premisas, es preciso tener en cuenta que la pensión de jubilación contributiva, por regla general, es incompatible con el trabajo (art. 55, 204, y 213 LGSS). A pesar de ello, y sin variar esta regla general, el legislador ha ido estableciendo varios supuestos de compatibilidad con el desempeño de una actividad laboral que son la jubilación activa, la jubilación parcial y la jubilación flexible. Sin embargo, no todas ellas tienen un impacto directo sobre la cuantía resultante de la pensión una vez finalizada dicha situación y haber retornado a la jubilación ordinaria. A continuación, se realizará una aproximación a sus principales requisitos para valorar cual podría ser la alternativa más idónea para mejorar el monto final de la pensión de jubilación del beneficiario interesado.

En lo que respecta a la jubilación activa (art. 214 LGSS), esta modalidad esta permite compatibilizar por el beneficiario el 50 % de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena (ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial) o por cuenta propia siempre que se reúnan determinados requisitos (un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, habiendo sido la misma con un porcentaje sobre la base reguladora del 100 %). La pensión no podrá ser compatible con la percepción del complemento económico por demora en la edad de jubilación ordinaria (art. 210.2. 3º LGSS -redacción Ley 21/2021-). Se suspendería el abono de dicho cumplimiento mientras exista esa compatibilización o incluso no sería posible el acceso a esta modalidad si se hubiese optado por el complemento a tanto alzado[10].

Existe además un interesante supuesto, llamada la jubilación activa plena, mediante la cual si la actividad se realiza por cuenta propia por parte del beneficiario y éste acredita tener contratado al menos un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzaría el 100 %.

La jubilación parcial (art. 215 y Disposición Transitoria Décima LGSS; art. 12.6 y 7 ET y arts. 9 a 18 Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial) permite a los trabajadores por cuenta ajena que están en activo y que acuerden con su empleador reducir la jornada y el salario, acceder de forma simultánea a la condición de beneficiario de la pensión de jubilación y de las prestaciones médicas y farmacéuticas de la misma, compensando con ello la

[8] García Murcia, J.: "Crisis económica y jubilación anticipada en el ordenamiento laboral español" en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80*. III Coloquio sobre Relaciones Laborales, Zaragoza. 1983. pp. 343 y ss.

[9] Bravo, C.: "Sobre el cuestionamiento de la viabilidad del sistema de pensiones", Gaceta sindical: reflexión y debate, núm. 19, 2012, pp. 279-292.

[10] Criterio de Gestión INSS núm. 2/2022, 10 enero 2022.

merma retributiva de la reducción de jornada (es decir, obteniendo una pensión de jubilación proporcionalmente inversa a la prestación de servicios en reducción de jornada aplicable en comparación con un trabajador que desarrolló su actividad a tiempo completo). Existen dos modalidades de jubilación parcial que dependen, principalmente, de si se ha alcanzado la edad legal de jubilación en el momento de la solicitud: la jubilación parcial diferida (se da cuando le edad ya ha sido superada) y la jubilación parcial anticipada (se da cuando la edad no ha sido superada y por tanto es exigido que el empleador suscriba un contrato de relevo en sustitución del jubilado para poder celebrar esta modalidad. La principal diferencia entre ambas es que la primera no exige la celebración de un contrato de relevo y la segunda depende principalmente de dicha celebración (además de los demás requisitos, como el ser trabajador a tiempo completo, tener una determinada edad mínima, tener una determinada antigüedad a la empresa, reducir la jornada en una determinada proporción y acreditar un determinado periodo de carencia). Como es lógico, esta modalidad exige el obligado acuerdo con el empleador[11], bien a través de un acuerdo individual o colectivo[12], a no ser que exista un mandato del convenio sectorial, y además solo se reconoce expresamente a los trabajadores por cuenta ajena, no autónomos (art. 10 Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible -en adelante RD 1132/2002-)[13].

La jubilación flexible (art. 213.1. 2º LGSS; art. 12.6 ET; art. 4 a 9 y Disposición Transitoria Tercera RD 1132/2002) permite compatibilizar la percepción de la pensión de jubilación que ya ha sido obtenida con un trabajo a tiempo parcial dentro de los límites de entre un 25 y un 50 % de reducción de jornada (art. 12.6 ET). Desde el día en que el interesado comienza a realizar de forma parcial la actividad sufre una disminución de su pensión de jubilación en proporción inversa al porcentaje de su reducción de jornada laboral en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable en su empresa (si no hubiera uno, habría que tomar en consideración la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, la jornada máxima legal establecida). A diferencia de la jubilación parcial, en esta modalidad no existe con carácter previo y permanente un contrato de trabajo (a pesar de que son muy similares en cuanto a algunas condiciones, como son la imposibilidad de su acceso a los trabajadores autónomos). El propio régimen de la Seguridad Social que haya reconocido inicialmente la pensión de jubilación flexible es el competente para modificar la cuantía resultante de la pensión (en caso de que así sea necesario y según las cotizaciones efectuadas en el trabajo realizado durante la suspensión parcial de la pensión de jubilación) cuando se haya producido el cese definitivo del trabajador en su puesto[14].

Teniendo en cuenta estos supuestos, para incentivar lo máximo posible la permanencia en la actividad laboral después de haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación, la normativa contempla la posibilidad de retrasar el reconocimiento de la misma estableciendo una serie de incentivos en la llamada modalidad de jubilación demorada. Estos incentivos consisten en la percepción de un complemento económico por el interesado de una cantidad a tanto alzado o un porcentaje adicional sobre la base reguladora (o ambos) o bien la exoneración de cuotas de cotización (art. 152 y 210.2 LGSS -redacción Ley 21/2021-).

En lo que respecta al complemento económico, los arts. 210.2 LGSS -redacción Ley 21/2021- y 3 RD 1132/2002 establecen que, desde el 1 enero de 2022, por cada año completo de cotización

[11] SSTSJ Cataluña 20 enero 2004 (rec. 249/2002) y Cantabria 31enero 2007 (rec. 30/2007).

[12] SSTSJ Valladolid 30 noviembre 2005 (rec. 2067/2005) y 14 noviembre 2005 (rec. 2066/2005).

[13] Tortuero Plaza, J.L.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible*, Civitas (Madrid), 2002, pp. 117-119.

[14] Circular INSS 4/2003.

que el interesado demore su jubilación más allá de la edad ordinaria, se le aplicara este a razón de: o bien un porcentaje adicional aplicable sobre su base reguladora, o bien una cantidad a tanto alzado o una combinación de ambas opciones. La primera otorga al interesado un porcentaje adicional sobre su base reguladora de hasta el 4 % por cada año cotizado entre la fecha que cumplió la edad de jubilación ordinaria y la del hecho causante de la pensión de jubilación demorada, teniendo en cuenta siempre qué la pensión resultante, de aplicar los porcentajes adicionales, no debe superar la cuantía de la pensión máxima fijada todos los años en los Presupuestos Generales del Estado (en cuyo caso el beneficiario tendría derecho a percibir anualmente una cantidad compensatoria). La segunda alternativa otorga al interesado la percepción de una cantidad a tanto alzado como complemento económico por postergar la edad de jubilación, en función de la fecha en que cumplió la edad ordinaria y el hecho causante de la pensión demorada, que se calcula según los años de cotización acreditados en el momento del cumplimiento de esa edad ordinaria (art. 210.2 LGSS -redacción Ley 21/2021-).

Respecto a la exoneración de cuotas (arts. 152, 311, 161.4, Disposición transitoria séptima y Disposición transitoria duodécima LGSS y Disposición adicional vigésima Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social), esta se venía aplicando a los trabajadores indefinidos por cuenta ajena, así como a los socios trabajadores de las cooperativas y trabajadores autónomos, pero desde el 1 de enero del año 2022 también se amplio a trabajadores con contrato temporal. La exoneración de cotizar es parcial, ya que los trabajadores por cuenta ajena y asimilados deberán aportar las contingencias comunes, el desempleo, el fondo de garantía salarial y la formación profesional y los trabajadores autónomos deberán aportar todas las cuotas salvo las referidas a la incapacidad temporal y en las relativas a contingencias profesionales. El tipo de cotización aplicable en este caso es del 1,55 % respecto de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (el 1,30 % es a cargo de la empresa y el 0,25 % a cargo del trabajador)[15].

La jubilación demorada también es posible en la modalidad de jubilación parcial. El jubilado parcial que posterga su jubilación superada la edad ordinaria podrá beneficiarse de un incremento en los porcentajes a aplicar sobre la base reguladora con la que se calcula su pensión definitiva, pero únicamente cuando acredita uno o más años de cotización completa a la hora de computar sus cotizaciones a tiempo parcial[16].

También es preciso tener en cuenta los complementos económicos que pueden aplicarse a las cuantías resultantes de la pensión de jubilación, siempre que los interesados cumplan determinados requisitos.

En materia de jubilación anticipada, fue introducida en la ultima reforma de las pensiones (Ley 21/2021) un complemento económico para aquellos que hubiesen accedido a la jubilación anticipada entre el 1 de enero del año 2002 y el 31 de diciembre del año 2021 en determinados casos de largos periodos de cotización y baja cuantía económica. Se precisa acreditar períodos de cotización alternativos de 44 años y 6 meses o 40 años si la pensión a 1 de enero del 2022 es inferior a 900 euros y exige que la cuantía de la pensión inicial hubiese sido superior si se le hubieran aplicado los coeficientes reductores vigentes a 1 de enero del año 2022. La cuantía de este complemento económico se añadiría a pensión y ascendería a la diferencia entre la cuantía resultante de aplicar a la pensión inicial los coeficientes reductores previstos en la normativa vigente y la pensión inicialmente reconocida (en todo caso habría que considerar la aplicación

[15] Art 12 RD 1132/2002 art. 12 y Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022.

[16] STS 21 marzo 2011 (rec. 2396/2010).

del límite máximo de pensiones y, en su caso, la absorción del complemento por mínimos que se viniera percibiendo).

El complemento de pensiones contributivas para la reducción de brecha de género (art. 60, Disposición Adicional 36ª y Disposición Adicional 37ª LGSS), con vigencia desde el 4 de febrero del año 2021, que sustituye al antiguo complemento de maternidad por mandato de la doctrina del TJUE, al considerar aquel es contrario al derecho de la Unión (Directiva 79/7/CEE)[17]. En este complemento el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida, ya que el propio nacimiento y el cuidado de los menores es la principal causa de la brecha de género. Los beneficiarios como regla general son las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de la pensión contributiva de jubilación (incapacidad permanente o de viudedad) a la vista de la incidencia que tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres, con carácter general. El complemento se genera por cada hijo y se reconoce o se mantiene a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor. Para el reconocimiento por parte de los hombres de este complemento es preciso que los mismos cumplan con alguno de los siguientes requisitos: causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad, o causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción en función a unas exigencias de cotización según el año de nacimiento de los hijos. Este complemento tendrá un alcance temporal limitado, dependiendo de la brecha de género de las pensiones de jubilación causadas en el año anterior (por cuanto si esta es superior al 5 %, este complemento será derogado) y el importe de su cuantía está fijado anualmente la Ley de Presupuestos Generales (para el año 2022 el importe está fijado en 28 euros mensuales).

3. Efectos sobre la cuantía de la pensión al retornar a la "pensión plena" tras un periodo de actividad laboral

Los efectos de las cotizaciones realizadas durante los trabajos posteriores a la jubilación tienen su reflejo en la pensión resultante una vez el interesado retorna a la condición de "jubilado pleno" y abandona el trabajo realizado a tiempo completo o parcial. A modo de síntesis, las circunstancias a tener en cuenta por parte de la persona interesada en continuar trabajando total o parcialmente una vez alcanzada la pensión de jubilación son las expuestas a continuación.

La realización de un trabajo a tiempo completo (o superior al 75 % de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable) incompatible con el percibo de la pensión de jubilación que genera la suspensión total de esta, obliga al empresario a solicitar el alta y a ingresar como sujeto responsable la totalidad de las cotizaciones que están obligados a abonar tanto la empresa como el trabajador, las cuales sirven para mejorar la cuantía de la pensión previamente reconocida (cuando sumados los nuevos periodos de cotización a los que ya han sido tenidos en cuenta mejoren el porcentaje), para mejorar el porcentaje adicional a aplicar en la pensión por acceso a una edad superior a la ordinaria o para eliminar o reducir el efecto de los coeficientes reductores aplicados, en su caso. Sin embargo, estas nuevas cotizaciones no servirán para variar la base reguladora que se tuvo en cuenta para la concesión de la pensión inicial (salvo los supuestos del régimen especial de trabajadores autónomos por un periodo mínimo de un año)[18].

[17] STJUE 12 diciembre de 2019, asunto Wa (C-450/18).

[18] Art. 16 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.

En la jubilación activa, los efectos posteriores sobre la pensión de jubilación se traducen en la recuperación de esta con las revalorizaciones y complementos por mínimos que procedan, aunque teniendo presente que la cotización realizada durante la jubilación activa no incrementa el monto de la pensión. En esta modalidad únicamente se debe cotizar por incapacidad temporal, por contingencias profesionales y por la cotización de solidaridad. Además, como ha sido indicado, es compatible con la percepción del 50 % de la pensión de jubilación y las retribuciones por cuenta ajena (si es por cuenta propia podrían llegar a alcanzar el percibo de hasta el 100 % de la pensión de jubilación).

La jubilación parcial demorada -o diferida- solamente facilita un incremento de las bases al 100 % cuando existe un contrato de relevo en la empresa. Cuando no es así, para la determinación de la base reguladora el pensionista podrá optar por: computar las bases de cotización realmente ingresadas durante la situación de jubilación parcial, utilizar aquella resultante en el momento de reconocimiento de la jubilación parcial o, en su caso, la que dejo de aplicarse el beneficio del incremento del 100 % de las bases cotización, aplicando al resultado las revalorizaciones que procedan desde la fecha de determinación de la base reguladora hasta la del hecho causante. El porcentaje a aplicar sobre la base se determina tomando el periodo cotizado durante la jubilación parcial como periodo cotizado a tiempo completo, independientemente de la existencia o no de un contrato de relevo[19].

En esta modalidad se exige una reducción del trabajo de entre un 25 a un 50 % (con la percepción de la pensión por el porcentaje de jornada dejado de trabajar) y el jubilado parcial estaría obligado a cotizar por la base de cotización correspondiente a la jornada que realiza.

La jubilación flexible utiliza las cotizaciones efectuadas para recalcular la nueva base reguladora (aunque si esta resultara inferior, se mantendría la base anterior utilizada para el cálculo), incrementar el porcentaje general (no el adicional) y para disminuir o eliminar definitivamente el coeficiente reductor por edad utilizado. En esta modalidad el pensionista comienza un trabajo a tiempo parcial por cuenta ajena dentro de los límites de reducción de jornada establecidos (entre el 25 y el 50 %) con el objetivo de cotizar por la jornada de trabajo y percibir una cuantía de pensión aminorada en proporción inversa a la reducción aplicada de jornada.

Por último, la jubilación demorada incrementa el porcentaje de la pensión en los dos marcos normativos que pueden ser aplicados (tanto el anterior como el posterior al 31 de diciembre del año 2012). Además, existen otras dos alternativas a tener en cuenta que resultan menos complejas: una consiste en suspender la pensión de jubilación cuando se realiza cualquier trabajo o actividad incompatible con el objetivo de incrementar el porcentaje de la pensión futura y la otra consiste en compatibilizar la pensión de jubilación con la percepción de ingresos derivados de la realización de trabajos por cuenta propia cuyo cómputo total anual no supere el salario mínimo interprofesional (lo cual no tendría efectos posteriores para la situación del pensionista).

4. Conclusiones

El estudio demuestra como existen dos canales habilitados por el sistema para procurar aumentar la cuantía resultante de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva si el interesado la considerase insuficiente. El primero de ellos se refiere a los complementos económicos, que no solamente son limitados en su cuantía, sino también en sus posibles beneficiarios. Ello es así porque el primero de ello solamente afectaría a quienes se jubilaron anticipadamente entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021 siempre que existan prologados periodos de cotización. El segundo, destinado a la reducción de brecha de género,

[19] STCo 91/2019, de 12 de agosto (rec. 688-2019).

depende del número de hijos (y además, en el caso de los hombres, de determinados periodos de cotización), sin embargo la cuantía económica es determinada en los presupuestos generales y para el año 2022 no supera los 30 euros mensuales.

El segundo canal utilizado es el retorno al trabajo. Partiendo de la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, de todas las alternativas posibles, este retorno pasa por la lógica minoración o suspensión de la pensión de jubilación. El resultado de la vuelta a la llamada jubilación plena se traduciría en un posible aumento de la cuantía de la pensión de esta ya que todas ellas, menos la jubilación activa, tienen efectos posteriores sobre e monto de la pensión de jubilación. Sin embargo, a excepción de la alternativa de la jubilación flexible, en ninguna de las analizadas se produce un impacto sobre la base reguladora de la prestación debido a las cotizaciones realizadas durante la actividad laboral prestada con posterioridad al cálculo de la primitiva pensión[20]. Únicamente afectaría al porcentaje a aplicar sobre dicha base reguladora.

Es preciso tener en cuenta estos dos escenarios por parte del interesado. Sin duda la alternativa más lucrativa podría resultar la jubilación flexible, comenzando una actividad laboral a tiempo parcial por cuenta ajena dentro de los límites de reducción de jornada establecidos y de esta forma calculando una nueva base reguladora o incrementando el porcentaje general aplicar sobre la misma o incluso a suprimiendo el coeficiente reductor por edad que se le venía aplicando a la pensión. Las demás alternativas de retorno al trabajo sin duda también podrían suponer atractivas para el interesado por su impacto en el porcentaje aplicar de la pensión, sin embargo, sería él mismo el que debería de calcular la rentabilidad en función de la pérdida de poder adquisitivo en función a la retribución obtenida en la nueva actividad laboral.

[20] STS 22 marzo 1999 (rec. 1401/1998).

Mesa Segunda

Ponencias

La revisión de las jubilaciones anticipadas[1]

Marina Fernández Ramírez
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

1. Cuestiones previas

El sistema de pensiones español es un sistema de reparto, de modo que su estabilidad financiera depende crucialmente de la *ratio* entre beneficiarios y contribuyentes a la Seguridad Social; de hecho, tanto en España como en Europa, las pensiones siguen siendo la principal fuente de ingresos de muchas personas y proceden de ese régimen de reparto público[2]. Sin embargo, se trata de una fórmula que fía su continuidad a la progresiva incorporación de cohortes al mercado de trabajo con altas tasas de ocupación, con lo cual, por su propia configuración, al carecer de una consistencia económica intrínseca, se muestra altamente vulnerable al juego de variables

[1] Esta obra se enmarca en el contexto de los siguientes proyectos de investigación:
- Proyecto de Investigación "Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socioeconómico de la economía digital", financiado por la Junta de Andalucía y la Unión Europea, con financiación con fondos FEDER, (Ref. UMA18-FEDERJA-028).
- Proyecto Autonómico de I+D+i "Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico" (P18-RT-2585).
- Grupo de Investigación financiado por la Junta de Andalucía (PAIDI SEJ-347), "Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social".

[2] Frente a los sistemas mixtos con capitalización obligatoria por los que han optado otros países de la UE.

económicas y demográficas que pueden ocasionar agudos desequilibrios entre los flujos de entrada y salida de recursos[3].

De acuerdo a este régimen, las pensiones españolas se financian, básicamente, con las contribuciones corrientes de los trabajadores en activo y su cuantía se fija ex-ante sin referencia, al menos explícita, a criterios de sostenibilidad a largo plazo[4].

Los datos hablan por sí solos: el incremento progresivo de las pensiones contributivas (en % del PIB) bajo el impacto de la grave recesión económica de 2008, la inversión de la pirámide poblacional y la posterior pandemia por COVID nos ha situado, como era previsible, frente a un preocupante déficit casi patológico del Sistema amenazando muy seriamente su salud financiera[5]. Nuestras pensiones públicas representan ya la mayor partida de los Presupuestos Generales del Estado (PGE), cantidad que ha ido aumentando en los últimos años[6], en especial, la de jubilación por ser la más sensible al parámetro demográfico. En 2021, no solo han supuesto un 12 % del PIB si no que, en el gasto total[7], las pensiones de jubilación acaparan la mayor cuantía acumulando 7.820,16 millones de euros respecto de las otras[8] y la previsión es que seguirá creciendo en los próximos años. Igualmente, los jubilados de la Unión Europea (UE) que perciben una pensión son una parte importante y creciente de su población[9]. Tan es así, que el aumento de la longevidad y su impacto económico y presupuestario a medio y largo plazo es uno de los factores que más presiona no ya al sistema público de pensiones de nuestro país, sino al de todos los países miembros de la UE y al conjunto de la zona Euro[10].

A ello responde el que, desde hace varias décadas, se hayan acometido continuas reformas en materia de pensiones, inmersos en una crisis que, planteada en tres dimensiones (medios,

---

[3] Domínguez Martínez, J.M.: "La sostenibilidad de las pensiones públicas en España: aspectos básicos", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, mayo - octubre 2021 - núm. 3, p. 278.

[4] De la Fuente, A., García Díaz, M.A. y Sánchez, A.R.: "La salud financiera del sistema público de pensiones español: proyecciones de largo plazo y factores de riesgo", *Hacienda Pública Española / Review of Public Economics*, 229-(2/2019), pp. 123-156, Instituto de Estudios Fiscales. (https://doi.org/10.7866/hpe-rpe.19.2.5).

[5] El déficit del Sistema español de la Seguridad Social alcanzó un 1,5 % del PIB en 2015, que contrasta con el superávit observado antes de la crisis económica, del 2,2 % del PIB en 2007. El gasto es del 12 % del PIB en el mes de marzo de 2022 (Datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2022).

[6] Según datos del Gobierno, en 2021 se van a destinar 163.297 millones de euros de los PGE al pago de pensiones, una cantidad que supone un incremento del 3,2 % con respecto a 2020. Con lo cual el gasto en pensiones pasa a representar el 38 % del total del gasto del presupuesto consolidado, según la Ley de Presupuestos Generales del Estado (PGE) para 2021.

[7] El gasto total de pensiones en España fue de 10.810,36 millones de euros en mayo de 2022, lo que supone un aumento del 6,46 % con respecto al mismo mes del año pasado. *Vid.* "Las pensiones en España, en datos". Datos actualizados el 27 de mayo de 2022. (https://www.epdata.es/datos/pensiones-graficos-datos/20/espana/106).

[8] Por encima de las pensiones de viudedad (1.826,95 millones de euros), incapacidad permanente (985,2 millones), orfandad (149,82 millones) y las de favor familiar (28,23 millones).

[9] Unos ciento veinticuatro millones, o una cuarta parte de la población total.

[10] La Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros de la Comisión Europea acaba de presentar el informe provisional de envejecimiento 2018 (*Vid.* The Ageing Report 2018 Underlying Assumptions & Projection Methodologies. Institutional Paper 065|november 2017), que detalla los supuestos subyacentes y las metodologías de proyección utilizadas para estimar el impacto económico y presupuestario a largo plazo del envejecimiento de la población en los países miembros de la UE y todo el conjunto de la zona Euro. Las proyecciones a largo plazo muestran dónde (en qué países), cuándo y en qué medida las presiones del envejecimiento se acelerarán a medida que la generación del *baby boom* se retire y la población de la UE continúe extendiendo su esperanza de vida en el futuro. La sostenibilidad de las finanzas públicas en la UE puede salvaguardarse mejor si su análisis cuenta con información confiable y comparable sobre posibles desafíos para la sostenibilidad fiscal, incluidas las tensiones causadas por los cambios demográficos que se avecinan.

objetivos y estructura)[11], reclamaba un urgente, profundo y serio reajuste del Sistema de Protección Social y, en particular, de la pensión de jubilación[12]. Desde 2011, el sistema presenta un déficit persistente[13], por lo que el Gobierno ha focalizado en él gran parte de los esfuerzos reformadores con el claro objetivo de garantizar su sostenibilidad a largo plazo y, para ello, es imprescindible aumentar los ingresos y/o reducir los gastos de la Seguridad Social minimizando el impacto sobre sus beneficiarios y contribuyentes.

La denominada "reforma silenciosa"[14] ha tenido que ir acomodando nuestro sistema de pensiones a la evolución del ciclo vital de las personas y encarando problemas de hondo calado tales como la reducción de la natalidad (con 1,2 hijos por familia) y la ampliación de la esperanza de vida de la población española (91 años las mujeres y 88 los hombres)[15] que implicarán una menor población activa futura y, por tanto, una mayor tasa de dependencia[16]. Actualmente, ningún trabajador, incluso con las carreras más largas, cotiza lo suficiente como para financiar su pensión a lo largo de toda la esperanza de vida en el momento de su jubilación[17]. Y todo ello sin olvidar la "algoritmización" de los procesos que, en combinación con esta ultralongevidad de las sociedades avanzadas, gestarán la tormenta perfecta en los sistemas de seguridad social

[11] González Rabanal, M.C.: "La crisis de la Seguridad Social en el marco de la Constitución", *Revista de Política Social*, núm. 148. octubre-diciembre 1985, p. 63 y ss.

[12] *Vid.* Monereo Pérez, J.L.: "La reforma de la jubilación", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 29-30, 2012 (Ejemplar dedicado a: número extraordinario, monográfico sobre la Reforma del Sistema de Seguridad Social por la Ley 27/2011, de 1 de agosto); Tortuero Plaza, J.L.: "La construcción de un nuevo marco para el sistema de pensiones en España", en VV.AA.: *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Coord. por Marina Fernández Ramírez, M.A. Gómez Salado, J.L. Ruiz Santamaría; F. Vila Tierno (Dir.), S. Perán Quesada (Dir.), J. Raso Delgue (Dir.), A. Sánchez Castañeda (Dir.), F.J. Tapia Guerrero (Dir.), A. Rodríguez Azcúe (Dir.), 2022, pp. 629-658; Pérez del Prado, D.: "El debate actual sobre el futuro de las pensiones: algunos datos para el análisis", *Revista de Información Laboral* núm. 9/2018, Editorial Aranzadi, pp. 1-12; Moreno Romero, F.: "El diálogo entre empleo y pensiones en el marco de la Unión Europea", *Revista de Administración Pública* 42, volumen (2011), pp. 103-142; Hernández De Cos, P., Jimeno, J.F. y Ramos, R.: "El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma", *Documentos Ocasionales*, Banco de España, 1701/2017, pp. 1-51.

[13] En 2017 este déficit supuso casi 19 mil millones de euros, unos mil euros anuales por afiliado.

[14] *Vid.* Conde-Ruiz, J.I. y González, C.I.: "La «Reforma silenciosa»: Los efectos de los límites máximos y mínimos (de cotización y pensiones) sobre la sostenibilidad del sistema", Fondo de Investigación de Investigación de la Protección Social (FIPROS) al amparo de la Orden TIN/731/2011, de 25 de marzo, 2012, pp. 1-56.

[15] INE 2019.

[16] Mientras que en el año 1900 sobrevivía a los 65 años el 26,2 % de una generación, hoy sobrevive el 90. *Vid.* Informe Panorama de las pensiones de la OCDE, 2018, según el cual España será en 2050, por detrás de Japón, el segundo país más envejecido del mundo. Asimismo, según datos del INE, se ha estimado que en España entre los años 2010 y 2050, la población mayor de 65 pasará a representar un porcentaje del 16,8 al 30 %; la población de 16 a 64 años, disminuirá del 67,5 al 57,1 %, y la población de 0 a 15 años, descenderá del 16,5 al 13,1 %. Otro dato significativo es el de que, en 2050, las personas que superarán la barrera de los 100 años ascenderá a 50.000. %. No obstante, como indicó la Comisión Europea en su Comunicación de 11 de octubre de 2001: "*El envejecimiento de la población y la jubilación de la generación del "boom demográfico" representan un reto de envergadura para este logro histórico. El envejecimiento de la población será de tal escala que, de no efectuarse las reformas oportunas, podría comprometer el modelo social europeo, así como el crecimiento económico y la estabilidad en la Unión Europea*". *Vid.*, "Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: Pensiones seguras y viables", COM (2000) 622 final.

[17] Según el Informe Panorama de las pensiones de la OCDE, cit., "*España tendrá 76 jubilados por cada 100 personas en activo en 2050*". durante las próximas décadas, el número de pensiones aumentará desde los 9,6 millones actuales hasta unos 15 millones a mediados de siglo XXI. Sin cambios en el Sistema, este incremento sólo podría ser compensado con un aumento de los afiliados desde los 18,6 millones actuales a unos 28 millones, lo que parece poco probable de acuerdo a las proyecciones demográficas actuales del INE, AIReF, Naciones Unidas o la Comisión Europea.

europeos[18]. Cada vez más gente viviendo más tiempo en mejores condiciones, en una sociedad que progresivamente aumenta los procesos automatizados.

Por tanto, con la "sociedad del envejecimiento" (y no solo envejecida) nos situamos ante un desafío no meramente coyuntural sino estructural[19], que incide directamente sobre la línea de flotación del entero sistema de pensiones y tiene una magnitud extraordinaria, dado que su onda expansiva alcanza igualmente a múltiples ámbitos. Ello implica que, a la hora de abordar esta nueva realidad demográfica, el tratamiento normativo del sistema de protección social español hacia los mayores tenga que ser, necesariamente, bidireccional. De un lado, como cotizantes, dado que para propiciar tal sostenibilidad, hay que integrar necesariamente a la población mayor de 65 años como segmento de mercado activo capaz de sustentar y de hacer crecer la economía[20]. Y, en paralelo, como beneficiarios, para protegerles de la pobreza y permitirles disfrutar de unos niveles de vida aceptables y de independencia económica al envejecer, en cuyo caso, la salud financiera del sistema es determinante.

Nada que no conociéramos. De hecho, la exposición de motivos de la Ley 23/2013[21] ya aludía de manera explícita a estos factores como los culpables de la quiebra. Ahora bien, en la búsqueda de soluciones, existen otras variables igualmente importantes que hay que considerar. Las transformaciones económico-sociales en curso, con formas de empleo diversificadas[22], un paro estructural y de larga duración que se ceba especialmente en los colectivos más vulnerables (empleo joven, quienes carecen de cualificación y personas mayores de 50), o el notable aumento de la mano de obra femenina. En los años de crisis económica que llevamos, mientras la tasa de empleo ha ido disminuyendo, al mismo tiempo, factores asociados a la propia crisis como la caída en la afiliación o el aumento del gasto en desempleo, han jugado un papel desencadenante en el desequilibrio de gastos e ingresos[23].

El escenario base no solo no ha cambiado, sino que, además, los efectos dramáticos de la pandemia han terminado de devastar a un sistema ya de por sí muy maltrecho obligando al gobierno español a realizar ajustes normativos concretos que nos permitan ser más resilientes en lo social, lo económico y lo medioambiental[24]. Era obvio, pues, que la reforma de las pensiones descollaría de nuevo como una de las medidas clave para garantizar la sostenibilidad del sistema

[18] Fernández Ramírez, M.: "Empleo juvenil, jubilación y Previsión Social Complementaria: La incierta transición desde el modelo de compartimentos estancos a la estrategia de los vasos comunicantes", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, Nº. 22, 2020, p. 67.

[19] Denau, D. y Domínguez-Mujica, J.: "Determinantes demoeconómicos de los gastos de la Seguridad Social en materia de jubilaciones", *Documentación Laboral*, nº 103, 2015, pp. 83 a 85.

[20] Fernández Ramírez, M.: "Prolongación de la vida activa laboral como factor de sostenibilidad del sistema de pensiones: Diagnosis actual de una medida clave", en VV.AA.: *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores*, Coord. por M.A. Gómez Salado; F. Vila Tierno (Dir.), M. Gutiérrez Bengoechea (Dir.), 2021, pp. 552 y ss.

[21] De 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

[22] Romagnoli, U.: *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, Madrid (CES), 1977, p. 170.

[23] Todo ello aderezado por el "vaciado" del Fondo de Reserva de la Seguridad Social (la conocida hucha de las pensiones) y las proyecciones de déficit entre los ingresos por cotizaciones y el gasto en pensiones. En el Fondo de Reserva apenas quedan 5.000 millones -de los 64.000 que llegó a tener en 2011- y distintos cálculos estiman que la Seguridad Social repetirá en 2019 un déficit del entorno de los 18.500 millones. Por ello, hará falta retirar unos 3.000 millones más para completar los préstamos del Tesoro. Atención porque la deuda del sistema de pensiones contraída por la Seguridad Social con el Estado podría superar los 56.000 millones de euros a finales de 2019. (Vid Deuda pública, Banco de España. https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/bolest13.html).

[24] Cfr. "España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo", Madrid: Ministerio de la Presidencia. 2021, p. 6.

público de reparto, especialmente, tratándose de un diseño poco compatible con el nuevo contexto socioeconómico marcado por los profundos cambios antes descritos.

La consecución de estos retos se realiza en el marco establecido por las recomendaciones del Pacto de Toledo aprobadas en noviembre de 2020 con una amplísima mayoría parlamentaria[25], y en cumplimiento del acuerdo social tripartito de 1 de julio de 2021 suscrito por el Gobierno con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas[26]. De esta forma, se recupera la senda marcada por la reforma de 2011 que, gracias al consenso político y social con el que contó, hoy se encuentra plenamente consolidada sin perjuicio de su despliegue progresivo. Asimismo, en esta dirección se gesta el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) español[27] cuyo "Componente 30" persigue, como objetivo general, el de preservar la sostenibilidad a largo plazo del Sistema de Pensiones garantizando su poder adquisitivo, su contribución a la lucha contra la pobreza y la justicia intergeneracional. El PRTR debe dar respuesta a las recomendaciones específicas de la Comisión Europea (CE) para cada país. Para desplegar este Plan, contrarrestando así el impacto de la pandemia sobre la inversión y la actividad económica, los nuevos instrumentos comunitarios de financiación "Next Generation EU" han sido determinantes; sin embargo, no podemos olvidar que su obtención va anudada a la ejecución de un abanico de reformas normativas que, de acuerdo a un calendario, ha impuesto Bruselas a los Estados destinatarios[28]. En el caso de España, la reforma del sistema público de pensiones y, en particular, la reforma de la pensión de jubilación[29], eran *requisitos sine qua non* impuestos por la UE para poder acceder con normalidad a estos Fondos.

Pues bien, el escenario descrito ha acelerado el proceso de reforma de las pensiones cuyo fruto ha sido la aprobación de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. Asegurar el poder adquisitivo de las pensiones y aproximar la edad efectiva de jubilación a la edad legal mediante un endurecimiento de las jubilaciones anticipadas, la penalización de las prejubilaciones y mayores incentivos al retraso de la jubilación son parte de sus objetivos[30]. Además, las pensiones se indexan a la inflación y, el Factor de Sostenibilidad es reemplazado por el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) en atención al carácter "socialmente eficiente" que todo sistema público ha de tener y que lo conecta, no sólo con la suficiencia o no de las pensiones, sino también con las dosis de solidaridad social que de él se esperan[31]. En este sentido, el Acuerdo de Pensiones ha supuesto "blindar" las pensiones de

[25] Después de lograr el apoyo de los sindicatos y la patronal, el Gobierno de coalición entre PSOE y Unidas Podemos logró la aprobación de los diferentes cambios en esta materia.

[26] A partir de las recomendaciones del Pacto de Toledo, Gobierno e interlocutores sociales (CCOO, UGT, CEOE y CEPYME) alcanzaron un acuerdo preliminar en julio de 2021.

[27] Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

[28] A través de este mecanismo, España accederá a un total de 140.000 millones de euros entre 2021 y 2026, de los cuales cerca de 70.000 millones serán en forma de transferencias. Es el segundo montante más elevado de la UE, sólo por detrás de Italia. Las ayudas aprobadas se harán efectivas en el período 2021-2024, siendo clave el ejercicio 2021-2022, en el que se debe comprometer el 70 % de ellas.

[29] *Vid.* Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 3, 2022.

[30] Que, según estimaciones del Ministerio, cuestan a las arcas públicas 8.200 millones de euros anuales al anticiparse a la edad real de jubilación y, por tanto, no cotizar esos últimos años. Los empleados que se prejubilan aún podrían aportar de media 13.000 euros.

[31] Frades Pernas, J. *et altri*: *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*, Fundación Francisco Largo Caballero, Ministerio de Empleo y S. Social, 2011, p. 8; Panizo Robles, J. A.: "Las recomendaciones del Pacto de Toledo, los acuerdos sociales y las reformas legislativas consiguientes", en VV.AA.: *El sistema público de pensiones*

nuestro sistema público de reparto frente a los que defendían sustituirlo por un sistema privado o uno "mixto" con capitalización obligatoria[32].

Aun así, no puede decirse que la transición hacia un renovado sistema público contributivo de pensiones financieramente sostenible y socialmente eficiente esté resultando pacífica. Especialmente, a raíz de conocerse el documento en el que la CE detalla cómo iba a comprobar que España cumple con los compromisos adquiridos en su PRTR ("Operational Agreement")[33] para poder acceder en los próximos siete años a los 140.000 millones de euros que le corresponden del programa "Next Generation". El documento pide a España que concrete los cambios que anunció en relación a los años empleados para calcular la pensión y exige, además, que se alargue el periodo de cálculo de las pensiones[34] si se quieren recibir a tiempo los fondos de recuperación[35]. La Comisión va a comprobar que a finales del año 2022 estos cambios se hallan incorporados al BOE con la fecha de entrada en vigor y que, efectivamente, sirven para ampliar ese periodo de cálculo.

Con este telón de fondo pretendemos determinar si la apuesta que hace el legislador respecto a la jubilación anticipada es, *a priori*, meramente voluntarista o presenta visos de consolidarse como solución útil al propósito global de la reforma; desde este prisma, haremos una revisión crítica en torno a su construcción teórica y legal tras la reciente reforma acometida. Al hilo de este análisis, y teniendo en cuenta que la reforma debe buscar una simetría entre ajustes y mejoras en la protección social a modo de compensación, hemos considerado necesario valorar la incidencia que puedan llegar a tener, tanto sobre la eficiencia de la propia jubilación anticipada como sobre la corrección del desequilibrio presupuestario, otras variables igualmente importantes, aunque duramente cuestionadas en términos de aquilatamiento y estrategia normativa. Cerraremos con unas conclusiones y propuestas finales.

2. La nueva dimensión de la jubilación anticipada tras la reforma

La política de muchas empresas de deshacerse de forma sistemática de los trabajadores de mayor edad, sustituyéndolos por otros más jóvenes, así como su selección prioritaria para que abandonen la empresa en caso de necesidad de reducción de plantilla, ha generado a lo largo de los años una espiral en la que se adoptaban medidas para dar una salida a dichos trabajadores -singularmente la jubilación anticipada y el subsidio de desempleo para mayores de 52 años,

de jubilación. Desafíos y respuestas, Jaime Frades Pernas (Coord.), Fundación Francisco Largo Caballero, Ministerio de Empleo y S. Social. 2011, pp. 591-656.

[32] Redondo Rincón, G.: "Reparto *versus* capitalización. estudio comparativo de los sistemas financieros de pensiones de jubilación de siete países de la Unión Europea" en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS): [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019], Vol. 2, 2019, pp. 639-663.

[33] *Vid.* el ANNEX to the Commission Decision approving the Operational Arrangements between the Commission and Spain pursuant to Regulation (EU) 2021/241. Brussels, 29.10.2021 C (2021) 7903 final, en relación con el "Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Análisis del plan de recuperación y resiliencia de España que acompaña a la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España" {COM (2021) 322 final}. Bruselas, 16.6.2021 SWD (2021) 147 final., y, asimismo, con el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

[34] Algo que se recoge en el Componente 30 -Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo-, pero de forma poco concreta y con la puerta abierta a la elección de los años a integrar en la base reguladora en las carreras más largas, junto con una revisión del procedimiento de integración de lagunas en la carrera profesional, dos posibilidades que sin duda dispararán el gasto y que se alejan del objetivo.

[35] En este caso son los casi 70.000 millones de euros en subvenciones, es decir, recursos a fondo perdido para recuperarse del golpe que ha supuesto para la economía la pandemia del coronavirus.

altamente facilitador de las prejubilaciones-[36]. Sin embargo, en un país como el nuestro en el que la elevada tasa de desempleo constituye uno de los principales problemas sociales, aparte de un drama personal y la puesta en serio peligro de la viabilidad del sistema de protección social, ampliar la base laboral por sus extremos, se ha convertido en una prioridad política.

Pensemos que más de la mitad de la población activa (51 %) se retira llegada la edad de jubilación legal, mientras que sólo algunos trabajadores siguen en activo pasada su edad legal de jubilación (en torno al 5 %). A su vez, las jubilaciones que se producen a una edad inferior a la ordinaria representan un porcentaje elevado del total de las altas de jubilación, mientras que los trabajadores que acceden a alguna modalidad de jubilación anticipada y quienes se jubilan parcialmente ostentan, en media, la edad de jubilación más temprana[37]. De hecho, la mayoría de los retiros anticipados se producen entre los 63 y 64, mientras que la edad efectiva con la que se abandona el empleo es de 64,6 años, con lo cual, un 40 % de los trabajadores españoles se jubila anticipadamente antes de alcanzar la edad legal de retiro[38]. Ni la reforma de 2011, que endureció significativamente la jubilación anticipada, ha conseguido reducir esta fórmula.

Por el contrario, en Europa hay una tendencia clara a trabajar cada vez más entre los 55, los 70 y 75 años. Lo vemos en las tendencias internacionales: a estas edades, por razones demográficas y de calidad de vida, se puede trabajar más[39]. España es una anomalía europea; no solo no seguimos esta tendencia, sino que incluso hemos reducido históricamente la proporción de los mayores de 55 años en activo, promoviendo que se hayan venido jubilando de media antes de lo establecido por ley debido al aumento de las jubilaciones anticipadas y parciales y, por tanto, antes de los 65 años[40]. A mayor abundamiento, de cada diez personas que se jubilan en España, cuatro lo hacen de manera anticipada, en promedio, un año y medio antes de lo que marca la ley. Y, una parte importante de estos casos, proviene de un plan de desvinculación pactado con su organización mediante prejubilación[41], lo que permite a la empresa una reducción directa de costes salariales y al trabajador un adelanto en su retiro. La edad que se pacta para este tipo de bajas incentivadas

[36] Ysás Molinero, H.: "La adaptación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de más edad en el contexto de prolongación de la vida laboral: La Estrategia 55 y más", Investigadora Postdoctoral en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de Barcelona, Comunicación presentada a la Ponencia "Jubilación y políticas de empleo", p. 1.

[37] Moraga, M. y Ramos, R.: "Tendencias recientes en la edad de acceso a la jubilación", Dirección General de Economía y Estadística. *Boletín económico - Banco de España*, Nº. 4, 2020, p. 2. A día de hoy los españoles que se jubilan de forma anticipada son más del 40 % del total. Según los últimos datos disponible en Estadiss, el portal de estadísticas del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), 35.488 personas se jubilaron en el primer trimestre de este año 2022 con 64 años o menos, frente a los 87.321 que se retiraron en total. El porcentaje es ligeramente inferior al del mismo trimestre del año anterior (2021), cuando el 40,74 % se jubilaron de forma anticipada. En 2020, fueron el 40,37 %.

[38] Moraga, M. y Ramos, R.: "Tendencias recientes…", *Op. Cit.*, pp. 2 y 3.

[39] Fernández Ramírez, M.: "Las nuevas tecnologías y la incidencia en el empleo de los mayores", en VV.AA.: *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Coord. por Marina Fernández Ramírez, M.A. Gómez Salado, J.L. Ruiz Santamaría; F. Vila Tierno (Dir.), S. Perán Quesada (Dir.), J. Raso Delgue (Dir.), A. Sánchez Castañeda (Dir.), F.J. Tapia Guerrero (Dir.), A. Rodríguez Azcúe (Dir.), 2022, p. 567.

[40] Durante el año 2013, este tipo de jubilaciones ha supuesto el 38 por ciento de las altas de jubilación. En el año 2014 pasaron a los 41 por ciento, en el 2015 fue del 43,8 por ciento y en el año pasado el 44,3 por ciento de jubilaciones, esto es, producido al cumplimiento de los años mínimos de cotización para jubilarse (Fuente: Ministerio de Trabajo Y Seguridad Social).

[41] Los diferentes formatos de bajas incentivadas con enganche a la jubilación, comúnmente denominadas "prejubilaciones", son sistemas de desvinculación laboral que suelen brindar al trabajador/a una renta mensual hasta su acceso a la jubilación, cotizaciones mediante el pago periódico del Convenio Especial (CESS) y en algunos casos complementos para el mantenimiento de expectativa de pensión o de incentivo para su adhesión. La prejubilación está mencionada en el artículo 161 bis de la LGSS, creado por la Ley 40/2007, al diferenciarla de la jubilación anticipada en cuanto a las obligaciones del empleador (*Vid.* también art. 49 ET).

suele ir desde de los 60 años hasta la jubilación ordinaria a partir de los 65 años según los años cotizados, o hasta la jubilación anticipada voluntaria o involuntaria, que permite un adelanto hasta 24 o 48 meses de anticipo con respecto a la edad de jubilación ordinaria. Incluso hay casos en los que muchas de estas prejubilaciones se han llevado a cabo con trabajadores a partir de los 52 y/o 55 años.

En suma, para revertir la situación descrita, y desde que el Pacto de Toledo (otoño 2020) recibiese el mandato de realizar unas recomendaciones para la reforma del Sistema Público de Pensiones, la Ley 21/2021, aprueba un primer paquete de medidas que la conformarán después de que agentes sociales y Ejecutivo alcanzaran un histórico acuerdo[42] (con fecha 1 de julio de 2021), bajo la denominación de "Primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia". Siguiendo pues las principales recomendaciones del Pacto de Toledo (que también se integran en el componente 30 del PRTR), se ha modificado el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) buscando alinear la edad efectiva y la edad real de jubilación. Así las cosas, y de acuerdo a la recomendación 12ª del Pacto, la modificación de la jubilación anticipada era una de las grandes vías de actuación en esta reforma, y, para ello, se fijan cuatro objetivos al respecto: la revisión de la jubilación anticipada tanto voluntaria como involuntaria, por razón de la actividad, además de ajustar la jubilación demorada, la activa y la forzosa.

A grandes rasgos, y como veremos *infra* de manera más precisa, la nueva ley mantiene el esquema tradicional en cuanto a las distintas alternativas de jubilación anticipada: voluntaria (derivada de la libre voluntad del trabajador) e involuntaria (para aquellos supuestos en los que el trabajador procede de un despido colectivo, un objetivo procedente o alguna causa de fuerza mayor). Sin embargo, modifica la regulación de la jubilación anticipada voluntaria, involuntaria y por pertenencia a determinados sectores de actividad, fijándose nuevos requisitos, periodos de cotización, coeficientes de reducción y causas de extinción[43]. Asimismo, también se han visto rectificadas concretas modalidades de jubilación anticipada para lo que se introduce un nuevo artículo 206 bis LGSS, con efectos 01/01/2022, que regula la jubilación anticipada en caso de discapacidad y se establece, además, un complemento económico en caso de jubilación anticipada producida entre el 01/01/2002 y 31/12/2021[44].

Actualmente, y como viene ocurriendo desde 2013, cada año, la edad de jubilación experimenta un retraso de dos meses. Esto sucederá así hasta 2027, momento en el que se fijará en 67 años. De este modo, la edad de jubilación en 2022 se sitúa en 66 años y dos meses para aquellas personas que han cotizado menos de 37 años y seis meses, siempre que se cumplan ciertos requisitos y se asuman las condiciones. Para quienes hayan cotizado por encima de esa franja, se mantiene en 65 años. Por su parte, la jubilación anticipada nos permite adelantar la edad de jubilación ordinaria 2 años más; incluso, cabe la posibilidad de anticipar la jubilación entre 2 y 4 años a cambio de aplicar coeficientes reductores. Pero, en ningún caso, se puede acceder a la jubilación anticipada con menos de 52 años.

---

[42] El caso español demuestra que una política coherente en el tiempo requeriría un amplio consenso político antes de la implementación. De lo contrario, las medidas corren el riesgo de ser políticamente insostenibles, lo que lleva a retrocesos y debilitamiento de la confianza.

[43] Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, Nº. 467, 2022, pp. 149-188.

[44] Entre las novedades impulsadas por la Ley 21/2021, encontramos la creación de un nuevo complemento para personas en jubilación anticipada con largas carreras de cotización, denominado "plus para los prejubilados".

En este contexto de cambios, anticipar la jubilación tendrá un efecto negativo sobre la cuantía de la pensión que se verá minorada como consecuencia de la aplicación a la prestación de dichos coeficientes reductores. No obstante, no será la misma para todo aquel que se jubile anticipadamente dependiendo de la fórmula a la que se acoja cada persona y dado que existen modalidades distintas de jubilación anticipada.

El legislador, además, penaliza de manera importante la jubilación anticipada voluntaria durante los dos primeros meses que dan acceso a la misma. Desde este año 2022, se han modificado también los coeficientes reductores aplicados por adelantar la edad de retiro, que afectan a la cuantía de la pensión y castiga a los tramos de mayor y menor anticipo (los meses 24 y 23 anteriores a la edad ordinaria que corresponda en cada caso)[45]. Las jubilaciones anticipadas por causas no imputables al trabajador también han sufrido cambios. En concreto, se han añadido más causas extintivas por razones objetivas y nuevos coeficientes reductores.

En el supuesto de tener una base reguladora superior a la pensión máxima de jubilación, la situación es todavía más restrictiva ya que, a partir del 2024, las personas que se jubilen anticipadamente de manera voluntaria verán mermada su pensión de manera efectiva al comenzar a aplicarse el porcentaje de reducción por anticipación de edad, directamente sobre la pensión máxima en vez de sobre la base reguladora. Esto hace que desaparezca el colchón que, hasta ahora, suponía la diferencia positiva existente, en estos supuestos, entre la base reguladora y la pensión máxima. Diferencia que absorbía buena parte del porcentaje de reducción por anticipación de edad.

2.1. Rompiendo inercias e invirtiendo tendencias

La paradoja radica en que, el diseño actual, choca de plano con un 20 % de convenios negociados durante los años 2019 y 2020 entre empresarios y sindicatos en los que se recogen incentivos a la jubilación forzosa[46] y anticipada[47]. Ello, en línea con los premios y primas que tradicionalmente se venían contemplando en la negociación colectiva para incentivar la jubilación (premios de jubilación), y que se reiteraban con mayor intensidad respecto a la jubilación anticipada[48], de modo que si la jubilación es anticipada, la cuantía del premio crece en función del número de años con se anticipe la jubilación (incluso tratándose de jubilación parcial[49]).

Asimismo, un tercio de los acuerdos firmados en 2021 tiene cláusulas de jubilación forzosa y solo el 2 % prevé estimular la jubilación después de la edad legal. Una medida que, sobre todo,

[45] Méjica García, J.M.: "Pensiones de jubilación anticipada: los últimos cambios interpretativos de la Seguridad Social y sus perturbadoras consecuencias", *Actualidad del derecho sanitario*, Nº 218, 2014, pp. 665-668.

[46] De acuerdo con la estadística de convenios colectivos que elabora el Ministerio de Trabajo y Economía Social, en 2019 se firmaron 130 convenios que recogían cláusulas de jubilación forzosa, el 11,5 % del total de los convenios suscritos en dicho ejercicio. Esos convenios afectaban a 715.916 trabajadores, el 29,1 % del total. De esas 130 cláusulas de 2019, la mayoría, 95, se incluyeron en convenios de empresa, con efectos sobre el 43 % de los trabajadores con convenio de empresa, en tanto que 35 formaban parte de convenios sectoriales, que daban amparo a 634.066 trabajadores. Por su parte, en 2020, año de pandemia, se firmaron 75 convenios con cláusulas de jubilación forzosa, con efectos sobre 406.672 trabajadores, de los que 372.669 estaban en convenios sectoriales y 34.003 en convenios de empresa. Estas cifras suponen que, de los 75 convenios suscritos el año pasado que contenían esa apelación a la jubilación forzosa, un tercio de los de trabajadores con convenio de empresa tenían una cláusula de esa naturaleza. En el caso de los trabajadores con convenio sectorial, el 44,7 % se veía afectado por dicha cláusula. Un tercio de los acuerdos firmados en 2021 tiene cláusulas de jubilación forzosa y solo el 2 % prevé estimular la jubilación después de la edad legal.

[47] Gala Durán, C.: "La relación entre la jubilación y la negociación colectiva tras las últimas reformas", *Documentación Laboral*, núm. 112-Año 2017-Vol. IV, p. 157.

[48] Gala Durán, C.: "Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual", II-parte, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, (FIPROS/2006/44), p. 198.

[49] *Vid.* sentencia nº 243/17 por el Juzgado de lo Social Número Uno de Córdoba.

contemplan las grandes empresas con el objetivo de rejuvenecer sus plantillas y evitar las bajas más frecuentes de los trabajadores a punto de retirarse. Cláusulas de jubilación, acordadas masivamente, que van en sentido contrario a las pretensiones de la norma. De hecho, la estadística de convenios que elabora el Ministerio de Trabajo y Economía Social muestra que hasta la mitad de los acuerdos firmados durante el pasado año, contemplan medidas relativas a jubilaciones que afectan a 2,1 millones de trabajadores[50]. Entre estas cláusulas predominan las que regulan la jubilación forzosa a los 65 años, un claro "enemigo" para la reforma de pensiones, que ha incluido en su primera fase algunas medidas sobre el retiro obligatorio destinadas a evitar su uso abusivo. En concreto, desde el 1 de enero de 2022 está prohibida su inclusión en los nuevos convenios, sin embargo, se permite seguir aplicándola durante años en las empresas con convenios firmados antes de esa fecha.

No cabe duda que nos encontramos ante una de las principales causas de desequilibrio presupuestario del sistema que era necesario corregir. Es uno de los factores que incide en la brecha de 1,3 años que hay en España entre la edad real de jubilación, que se situó en 2020 en 64,5 años, y la edad legal de retiro para ese año (65,83 años o, lo que es lo mismo, 65 años y 10 meses). Esta diferencia (1,3 años) se ha incrementado en los 12 últimos años, ya que en 2010 la edad a la que de media se jubilaban los trabajadores españoles eran los 63,8 años, frente a los 65 años legales, lo que situaba la brecha en 1,16 años. La fuerte inercia que arrastramos implica un cese de las cotizaciones por parte de empleados jubilados anticipadamente que, además, en muchos casos, cuentan con elevadas bases de aportación.

Con la finalidad de revertir esta tendencia, no solo se han puesto en marcha importantes penalizaciones al retiro anticipado sino, también, incentivos para retrasar la jubilación y fórmulas para restringir las jubilaciones forzosas hasta que no se cumplan los 68 años. Esto, unido al nuevo régimen de aplicación del coeficiente reductor por anticipación de edad que, a partir de enero de 2024, se empezará a aplicar de manera progresiva directamente sobre las pensiones máximas y no sobre la base reguladora, produce un efecto claramente desincentivador de la anticipación de la jubilación[51]. En consecuencia, jubilarse anticipadamente puede suponer una penalización para el pensionista dado que puede ver disminuido el importe de su prestación durante el resto de su vida: hasta el 21 % si ha cotizado el tiempo mínimo y se prejubila dos años antes de cuando le correspondía. Además, también se ha variado el sistema de cálculo de modo que conocer los requisitos para acceder a la jubilación anticipada y cuál será el importe de la pensión, son fundamentales para decidir si compensa o no retirarse antes de la edad ordinaria de jubilación (sistema que funciona ya desde marzo de 2013).

Ahora bien, aunque la fórmula magistral parece simple -cotizar más tiempo y cobrar las pensiones durante menos años-, su aplicación práctica, no lo es tanto. Contando con que la reforma haya acertado en el ajuste de todas las piezas que conforman el engranaje del sistema de pensiones de modo que coadyuven, sincronizadamente, a la contención del gasto y a pensiones dignas, es probable que la búsqueda del objetivo -necesario y deseado- tenga su espacio más complejo, pero más efectivo, en la adopción de medidas que operen sobre el mercado laboral[52].

---

[50] *Vid.*: https://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm.

[51] Luque Guerrero, E.: ¿Qué hay detrás de la Reforma de Pensiones?, *El Viejo topo*, Nº. 406 (noviembre), 2021, pp. 10-13.

[52] Tortuero Plaza, J.L.: "La construcción de un nuevo marco…", *Op. Cit.*, p. 655; Frades Pernas, J. *et altri*: *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*, Jaime Frades Pernas (Coord.), Fundación Francisco Largo Caballero, Ministerio de Empleo y S. Social, 2011, p. 8; Panizo Robles, J.A.: "Las recomendaciones del Pacto de Toledo, los acuerdos sociales y las reformas legislativas consiguientes", en VV.AA.: *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*, Jaime Frades Pernas (Coord.), Fundación Francisco Largo Caballero, Ministerio de Empleo y S. Social. 2011, p. 593 y ss.

Aunque como parte de las soluciones se haya apostado por endurecer la jubilación anticipada, se tratará de una medida inútil si no se mejora paralelamente la calidad del empleo, consiguiendo no solo aumentar el número de ocupados y cotizantes, sino también los ingresos vía cotizaciones sociales, al menos a un ritmo que permita el mantenimiento del gasto[53] (precisamente el empeoramiento de las condiciones laborales ha sido la otra cara de la "mejora" de las cifras de empleo). La fijación, en un espacio único, de una penalización desmedida a un trabajador que ha cotizado entre 40 y 50 años a la Seguridad Social y la ausencia de fórmulas efectivas que impidan la expulsión indiscriminada y, en muchas ocasiones, encubierta, carece de racionalidad y de equidad[54].

La pervivencia del sistema exige, en primera instancia, aquilatar normativamente diversas debilidades estructurales del mercado de trabajo mediante un tratamiento holístico e integral del problema[55], considerando las potentes sinergias entre ámbitos concurrentes. Por tanto, se trata no sólo de diseñar fórmulas, propuestas y planes de actuación que contribuyan a invertir esta tendencia de jubilarse anticipadamente, sino de volver a tasas medias históricas de crecimiento de la productividad como condición imprescindible para garantizar la sostenibilidad sin apuros del sistema público de pensiones y, más generalmente, de nuestro estado del bienestar[56]. Necesitamos políticas activas de empleo mediante las que se establezcan incentivos atractivos para favorecer las carreras profesionales más largas, priorizando la formación permanente de los trabajadores mayores, haciendo hincapié en la capacitación y adaptación a la transformación digital (que disminuiría la brecha sufrida por los trabajadores sénior), invertir más en I+D, para aumentar la productividad, eliminar la precariedad laboral y la discriminación hacia las mujeres", tener una política migratoria "receptiva" y, complementariamente, fomentar la ampliación voluntaria de la vida laboral más allá de los 67 años.

Y en tanto que el propósito no es sólo mantener a estos trabajadores en el mercado durante más tiempo, sino integrarlos como segmento activo y cotizante, sería bueno considerar el ejemplo sueco[57], el cual, mediante rebaja fiscal para las empresas que contraten a personas de más de 65 años, ha conseguido un incremento de este grupo en la tasa de empleo del 1,5 %[58], o el noruego donde, para fomentar un entorno político que favorezca la vuelta del talento sénior, utilizan frecuentes campañas de concienciación[59]. Debemos asumir de una vez la gestión del talento senior como un factor crítico en la competitividad y crecimiento de nuestra economía toda vez que, las estrategias con relación a este colectivo, han pasado de ser un reto de futuro a convertirse en una necesidad actual e insoslayable[60]. Cambio que, además, ofrecería soluciones de hondura al tejido social y empresarial español (pymes, startups y ONGs), por cuanto que sumaríamos grandes profesionales, dotados de talento y experiencia para su crecimiento y desarrollo.

---

53 Fernández Ramírez, M.: "Empleo juvenil, jubilación y Previsión Social Complementaria…", *Op. Cit.*, pp. 27-69.

54 Tortuero Plaza, J.L.: "La construcción de un nuevo marco…", *Op. Cit.*, p. 655.

55 *Vid.* "Los trabajadores senior en las empresas europeas", Fundación Diversidad, 2019, p. 91 y ss.

56 De la Fuente, A., García Díaz, M.A., Sánchez, A.R.: "La salud financiera del sistema público de pensiones español: proyecciones de largo plazo y factores de riesgo", *Hacienda Pública Española / Review of Public Economics*, 229-(2/2019), Instituto de Estudios Fiscales. (https://doi.org/10.7866/hpe-rpe.19.2.5), pp. 4 y 5.

57 Boado-Penas. M.C.: "Reformas del sistema de pensiones. La Experiencia Sueca", *Documentos de trabajo* (FEDEA), Nº 3, 2021, pp. 1-26.

58 *Vid.* "Los trabajadores séniors en las empresas europeas", Fundación Diversidad, 2019, pp. 91 y sgs.

59 Cfr. Informe del ManPowerGroup: "De regreso a la oficina: Trabajadores Bumerán". (https://talentsolutions.manpowergroup.com).

60 En este sentido, Montoya Melgar, A.: "La vejez ante el Derecho del Trabajo", *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2013, núm. 159, p. 217.

2.2. Perspectivas financieras de la reforma de las pensiones y posibles efectos colaterales sobre la jubilación anticipada

De acuerdo al planteamiento precedente, no creemos que las reformas en los sistemas de pensiones pueden analizarse desde la comparación aislada de un único elemento, ya que cada uno de los sistemas encuentra el punto de equilibrio necesario entre protección y sostenibilidad mediante la actuación combinada de todas las piezas que conforman, en conjunto, el propio engranaje. Por ello, estimamos conveniente analizar como ha quedado el nuevo mapa normativo propiciado por la reforma de cara a valorar la influencia que, sobre la efectividad de la pensión de jubilación anticipada, puedan llegar a tener estas otras modificaciones o si, por el contrario, los ajustes a la jubilación anticipada conllevarían más perjuicio para quienes quieran retirarse anticipadamente, que beneficio al pretendido objetivo de sostenibilidad del sistema.

Conviene recordar que la piedra angular sobre la que reposa el Pacto de Toledo desde 1995 es el reforzamiento de los principios de equidad y el carácter contributivo del sistema, sin perder de vista, al tiempo, la solidaridad, en orden a que las prestaciones guarden una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado. Asimismo, evitar situaciones de falta de equidad en el reconocimiento de las mismas, de modo que las técnicas de cálculo de las pensiones contributivas permitan que quienes realizan similar esfuerzo de cotización alcancen prestaciones equivalentes, todo ello compatible con el mantenimiento de un tope máximo de prestación en el sistema público de Seguridad Social[61]. Y es en este marco, donde ha entrado en vigor, el 1 de enero de 2022, una nueva fase de la reforma de las pensiones ya aprobada en 2011 y 2013.

Recordemos que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, modificó buena parte de las reglas sobre edad y condiciones de acceso a la pensión. Junto con dos importantes hitos en el ámbito de la pensión de jubilación -la entrada en vigor de la Ley 27/2011 y las reformas incorporadas por el RDL 5/2013[62]-, 2013 también trajo consigo la aprobación de una norma que supone, sin duda, un cambio de modelo en lo que entendemos como pensión de jubilación, y cuyos efectos tienen una gran trascendencia, tanto presente -a partir del 1 de enero de 2014-, como, especialmente, futura -para aquellas personas que se jubilen a partir del 1 de enero de 2019-. Nos referimos a la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social (IRP). En particular, la reforma de 2011 ha permitido incrementar la edad efectiva de jubilación de manera constante, hasta situarla por encima de la media europea[63].

Su entrada en vigor se pospuso con carácter general hasta el 1 de enero de 2013 y se ha venido posponiendo sucesivamente; además, mantuvo transitoriamente algunas reglas precedentes en su DF 12ª.2 de la que trae causa la DT 4ª.5 LGSS (modificada por Ley 21/2021). Mientras que la Ley 23/2013, implantó el factor de sostenibilidad con entrada en vigor a partir de 1 de enero de 2023 (DF.UN) (inicialmente, 2019), y establece un nuevo índice de revalorización de pensiones con entrada en vigor desde el día 27 de diciembre de 2013[64]. Más tarde, por vía del Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, se ha modificado el régimen de aplicación transitoria de la jubilación parcial combinada con contrato de relevo, mientras que por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28

[61] Panizo Robles, J. A.: "Las recomendaciones del Pacto de Toledo…", *Op. Cit.*, pp. 594 y ss.

[62] De 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo

[63] *Vid.* "Plan España Puede". Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Madrid, 2020, p. 55.

[64] Esteban Legarreta, R. y Gala Durán, C.: "El retroceso en la protección social de los trabajadores de edad en materia de desempleo y jubilación", *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, Vol. 3, 2016 (Ejemplar dedicado a: L'ocupació emergent), pp. 25-39.

de diciembre, se amplió la vigencia de diversas previsiones transitorias de la Ley 27/2011 y se reintrodujo la posibilidad de que los convenios colectivos puedan prever la extinción del contrato al cumplimiento de la edad de jubilación.

A ello se suman otras novedades que forman parte del primer bloque de medidas de la reforma del sistema público de pensiones que ha entrado en vigor y que son las siguientes:

a. El retraso de la edad legal de jubilación. Los cambios tienen como objetivo alinear la edad real media de jubilación en España (64 años y 6 meses) a la edad legal ordinaria de jubilación (66 años en 2021, para aquellos que han cotizado menos de 37 años y tres meses, y que será de 67 años a partir de 2027 para aquellos que hayan cotizado menos de 38 años y 6 meses), fomentando la prolongación de la carrera laboral de los trabajadores. Señalar que la puesta en marcha de esta iniciativa con la que se deberá elevar el periodo para calcular la pensión de forma progresiva a 35 años e incluso a toda la vida profesional, perjudicaría, si no se implementan soluciones, a los autónomos y a las mujeres, con grandes lagunas de cotización en los primeros años de su vida laboral, fundamentalmente ligadas al cuidado de sus hijos[65].

b. Los incentivos para alargar la edad activa de empleo (jubilación demorada). Los que ha incorporado la reforma de pensiones para demorar la edad de jubilación consisten en una subida del 4 % por cada año de retraso, un cheque único de hasta 12.000 euros o una mezcla de ambos. El gobierno prevé introducir nuevos incentivos que animen a aquellos que quieren continuar su carrera más allá de la edad habitual de retiro.

c. Restricciones a la jubilación forzosa hasta que no se cumplan los 68 años, lo que supondría, en la práctica, eliminar esta opción que tienen las empresas para terminar contratos de los trabajadores mayores. Es una medida más que pretende alargar la vida laboral media de los empleados, y que junto a la desincentivación de las jubilaciones anticipadas y los "premios" a los que se retiren más tarde, conseguirá acercar la edad efectiva de jubilación (a la que se retiran actualmente los españoles) a la ordinaria (a la que es legal jubilarse).

d. La separación de las fuentes de financiación del Sistema. Se asume plenamente la Recomendación 1ª del Pacto de Toledo (2020) en cuanto a la separación y clarificación de las fuentes de financiación. Se fortalece la estructura de ingresos del sistema con una mejora de la financiación de la Seguridad Social, que obtendrá una transferencia anual del Estado.

e. La revalorización de las pensiones de acuerdo al Índice de Precios al Consumo (IPC). Además, se deroga el Índice de Revalorización de las Pensiones, con lo cual, se da cumplimiento a la recomendación 2ª del Pacto de Toledo garantizando el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, y se corrige definitivamente la fórmula introducida en 2013, cuya aplicación estaba suspendida desde 2018. La Ley 21/2021 modifica el artículo 58 LGSS y liga las pensiones al IPC; ello significa que, cuando suban estos precios, la pensión lo hará en la misma proporción, salvo cuando el IPC no crezca o decrezca (inflación negativa)[66], en cuyo caso las pensiones quedarán congeladas.

Pues bien, es cierto que el IRP condujo a que las pensiones crecieran menos que los precios, y las proyecciones indicaban que esa tendencia habría continuado de no haber sido derogado. Los mecanismos de ajuste automático (AAM) como éste que conduzcan a que las pensiones se deprecien constantemente son cuestionables, ya que los jubilados tienen pocas posibilidades de buscar alternativas para ajustar sus ingresos. Sin embargo, esta "asimetría" en la vinculación de

[65] Benito Benítez, M. A.: *El impacto de género en el sistema de* pensiones, Bomarzo, 2019, p. 35.

[66] Con la nueva norma dejarán de utilizarse las previsiones de inflación para su revalorización, lo que supone que desaparecerá la famosa compensación que realiza el Gobierno a comienzos de cada año ("paguillas compensatorias").

las pensiones al IPC aumenta el gasto sin justificación social y podría llegar a incrementarlo entre 2,3 y 5 puntos porcentuales del Producto Interior Bruto (PIB). Téngase en cuenta que desde 2007 los ingresos de los pensionistas han subido alrededor de un 30 %, mientras que el salario medio de los trabajadores ha bajado un 10 % (principalmente por que las nuevas incorporaciones al mercado laboral, los jóvenes, entran con salarios muy bajos).

Es más, al objeto de intentar frenar el impacto de la crisis de subida de precios generada por la guerra de Ucrania y el aumento del coste de la energía, el Gobierno prevé incluso un aumento temporal del 15 % en el importe de las pensiones no contributivas al menos hasta el 31 de diciembre 2022[67]. Podrán ser de jubilación o de invalidez y se abonarán a las personas que no hayan cotizado lo suficiente para conseguir una pensión contributiva a fin de que se garantice una prestación económica, asistencia médico-farmacéutica gratuita y servicios sociales complementarios. El impacto de este aumento del 15 % en las pensiones contributivas será de entre 63 y 94 euros, dependiendo del tipo de prestación que reciba el pensionista. Sin contar con los efectos de la subida, el gasto mensual en estas prestaciones es de unos 196 millones de euros, con lo cual, sobre estas cuantías habría que ejecutar el incremento del 15 % si finalmente se aprueba.

En fin, desde Bruselas se ha censurado el incremento del "gasto subyacente", es decir, aquel no estrictamente vinculado a la lucha contra la pandemia y, especialmente, la subida de las pensiones de acuerdo con el IPC que, por cierto, ya se aplica desde este año[68].

f. Derogación del Factor de Sostenibilidad. Vigente hasta la entrada en vigor de esta Ley, es uno de los aspectos más polémicos. El factor de sostenibilidad nunca llegó a aplicarse en la práctica. En la teoría suponía la revisión a la baja de la cuantía inicial de la pensión para compensar los efectos sobre las cuentas del aumento de la esperanza media de vida con la edad legal de jubilación. En su lugar, la reforma pretende crear un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional que entrará en vigor en el año 2027. No se conoce como funcionará el nuevo mecanismo, pero, para que ayude a asegurar la sostenibilidad del sistema, debería parecerse al que se deroga. El hecho de que se prevea su puesta en marcha para el año 2027 no es casual. Llegará en uno de los momentos críticos para el sistema de pensiones: las jubilaciones de la generación del "*baby boom*", especialmente numerosa.

g. Incorporación del Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI). Acordado sólo con los sindicatos, sin la patronal (que se descuelga por el incremento de costes salariales que supone), el MEI, contempla una subida de las cotizaciones sociales de 0,6 puntos entre 2023 y 2032, a repartir en 0,5 puntos para las empresas y 0,1 para los trabajadores, para dotar el Fondo de Reserva de recursos con los que afrontar el aumento en el gasto en pensiones. El nuevo MEI cuenta con dos fases de aplicación. La primera fase se iniciará a partir de 2023 y consistirá en fijar una cotización adicional del 0,6 % (0,5 % a cargo de la empresa y 0,1 % a cargo del trabajador). Pendiente de regular la segunda fase, Bruselas ya ha mostrado sus dudas y ha pedido a España que certifique que este nuevo mecanismo garantiza en efecto la equidad intergeneracional. Mientras el Factor de Sostenibilidad vinculaba las pensiones a la esperanza de vida, el MEI solo se activará si es necesario y de forma temporal, teniendo como objetivo repartir entre generaciones, de un modo equilibrado, el esfuerzo de financiar las pensiones.

[67] A falta todavía de su aprobación, esta medida afectará a más de 444.800 personas, según los datos recopilados por el Ministerio de Trabajo.

[68] El IPC se incrementó en el penúltimo mes del año 2021 un 0,4 % en relación al mes anterior y situó su tasa interanual en el 5,6 %, dos décimas más que en octubre y su nivel más alto en 29 años. Las pensiones públicas subirán en 2022 un 2,5 %, con lo que el gasto en prestaciones crecerá el próximo año en 3.600 millones de euros por el efecto de la inflación. Este aumento tensiona aún más el futuro de las pensiones.

Sin embargo, las previsiones respecto a este mecanismo son poco halagüeñas. Con un diseño muy cuestionable y una redacción confusa[69], se estima que los fondos acumulados por el MEI ascenderían en 2032 a un 2,3 % de PIB, es decir, ni siquiera equivaldría a los costes de vincular las pensiones a la inflación. El Informe sobre el envejecimiento de la Comisión Europea estima que la sustitución del IRP por indexación de las pensiones al IPC por si sola aumentará el gasto anual en pensiones en un 1,4 % del PIB en 2030 y en un 2,6 % del PIB anual a partir de 2050[70].

La segunda parte de la reforma, que congrega los aspectos más espinosos dado su objetivo de ajustar el gasto y situar al sistema en el superávit, debe acordar el nuevo sistema de cotización de los autónomos, impulsar los planes de pensiones, modificar el periodo de cómputo de la pensión de jubilación o crear una nueva Agencia de Seguridad Social[71]:

a. El aumento del número de años para el cálculo de la base reguladora de la pensión. El Programa Nacional de Reformas de 2022 incluye, en su página 29, el compromiso del Ejecutivo de modificar en 2022 el periodo de cómputo para el cálculo de la base reguladora que determine el importe de las pensiones. Aumentar el periodo de cómputo de las pensiones se traduce para la mayoría de trabajadores en una rebaja de la pensión que tendrían al jubilarse. De hecho, en esos borradores que preparó la Seguridad Social en diciembre de 2020, se cifraba en una rebaja media entre el 4,5 % y el 3,9 % el impacto de esta medida en la reforma de 2011 y calculaba que si se llegara hasta los 35 años la reducción sería del 6,3 %. Hay que tener en cuenta que estos números se elaboran sobre supuestos teóricos con uno solo de los parámetros que se utilizan para calcular la pensión, de modo que si, por ejemplo, aumenta el sueldo, ya cambia el impacto. También se debe destacar que una medida así favorece bastante a quienes pierden su empleo en los últimos años de su vida laboral y no vuelven a encontrar uno, un colectivo que cada vez crece más en el mercado laboral español, especialmente, tras los ajustes de plantilla de la crisis anterior. Además, si finalmente se introducen mecanismos amortiguadores, como la elección de los mejores años de cotización o la opción de rellenar las lagunas de cotización, el impacto puede ser neutro.

Hay prácticamente consenso total entre los expertos en la materia[72] que esa modificación debería consistir en una ampliación (a ser posible gradual) desde los actuales 25 años hasta un número que se consensuara política y socialmente. Si bien, si esta ampliación no va acompañada de otras medidas supondría una disminución de la mayoría de las nuevas pensiones y, en consecuencia, un menor gasto en términos de PIB, que es lo que pide Bruselas a España en el medio y largo plazo, para cumplir con el equilibrio fiscal a pesar del coste que supone el envejecimiento de la población.

El número de años de cotización considerados para el cálculo de la pensión se ha ido progresivamente incrementando en las últimas décadas. Desde este año 2022 se toma como referencia para calcular la base reguladora con la que se determina la pensión de jubilación los últimos 25 años cotizados por el trabajador. Es decir, los últimos 300 meses de cotización (actualizadas según la evolución del IPC, salvo las de los últimos 24 meses), que se dividen entre

[69] De la Fuente, A., García Díaz, M.A., Sánchez, A.R.: "El Mecanismo de Equidad Intergeneracional: una disposición poco equitativa, insuficiente y confusa", FEDEA, Apuntes 2022/02, enero de 2022, pp. 4 y ss.

[70] INFORME sobre el envejecimiento del viejo continente: posibilidades y desafíos relacionados con la política de envejecimiento después de 2020, [2020/2008(INI)].

[71] Se incluye un mandato a fin de que en el plazo de seis meses, el Gobierno apruebe un proyecto de ley para dar cumplimiento a la Disposición adicional séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, relativa a la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social.

[72] *Vid.* grupo de investigación Pensiones y Protección Social, formado por investigadores de la Universidad de Extremadura y de Valencia. (https://www.uv.es/pensiones/).

un cociente de 350 para calcular esa base reguladora. Cuando más años cotizados se consideren, más nos acercaremos a la proporcionalidad contributiva y a la equidad actuarial. Es decir, a cobrar pensión en función de lo realmente se ha cotizado, considerando toda la carrera profesional. Además, se evitan o al menos se atenúan situaciones muy injustas, como las de personas con las carreras de cotización, que por vicisitudes laborales durante los últimos 10-15 años de su carrera ven muy minorada su pensión.

Esta ampliación del periodo de cómputo de los 25 años actuales a los últimos 35 años cotizados (de la que se venía hablando), para calcular la cuantía de la pensión, supondría un recorte medio inicial de las pensiones de jubilación del 8,8 %. En este caso, la medida contribuiría también a amarrar el gasto en pensiones hasta un 0,88 % del PIB menos en el entorno de 2050, nuevamente en la línea que demandan las reglas fiscales de la UE. Sin embargo, hasta ahora todas las intervenciones del gobierno sobre esta futura medida hacen una importante precisión: la ampliación de este periodo solo se aplicará a las personas a las que beneficie y les suba la pensión en lugar de bajársela, que sería el efecto general. Esto se puede hacer mediante dos medidas añadidas a la ampliación del periodo de cómputo: por ejemplo, ampliar de 25 a 35 años los años que se tienen en cuenta para determinar la pensión, pero poder escoger los mejores 25, tal y como ha sugerido el Ministerio de Trabajo en alguna ocasión. Y, junto a ello, se puede también mejorar la integración de lagunas. Pues bien, escoger los 25 mejores años de cotización de 35 elevaría la pensión un 6,5 % y el gasto un 0,67 % más, de modo que se produciría justo el efecto contrario al pretendido ya que empeoraría la equidad contributiva y la sostenibilidad del sistema[73].

En cualquier caso, parece que el gobierno descarta definitivamente ampliar el cómputo para el cálculo de las pensiones de los 25 años actuales a 35. Sino que más bien, se están considerando pequeños ajustes por este elemento de equidad. Es decir, puede haber un aumento del actual período de cómputo actual de 25 años, pero sería mucho más modesto, y, en cualquier caso, siempre compensado con la posibilidad de exclusión de los peores ejercicios. En el plan de recuperación pactado con Bruselas ya se contempla "*adecuar a la realidad actual de las carreras profesionales el período de cómputo… contemplando la posibilidad de elección de los años a integrar en la base reguladora en las carreras*". Ahora viene lo más difícil, poner cifras y años a este compromiso. Todo con proceso gradual para hacer más digerible un cambio en una de las zonas más sensibles del régimen de pensiones, como es el cálculo del montante de la prestación. Históricamente, cualquier aumento del periodo de cálculo se ha asociado con una merma de la pensión, con lo cual existe una particular expectación y malestar de los futuros pensionistas ante esta nueva modificación.

b. Planes de pensiones de empresa. La norma, que llega al Congreso en una votación ajustada, pretende impulsar los planes de pensiones complementarios. Por eso, el gobierno español ha ideado una ordenación que regula fondos públicos para los planes de pensiones colectivos o de empresa. En concreto se crearán unos fondos de pensiones de promoción pública, es decir, unos fondos donde los trabajadores puedan acumular sus ahorros, o una parte, para su jubilación a través de planes de pensiones de empresa. Se denominan fondos de pensiones de promoción pública porque será el Estado quien los controlará, a pesar de que la gestión será privada.

[73] *Vid.* Devesa, E., M. Devesa, I. Domínguez, B. Encinas y R. Meneu: "Efectos de la ampliación a 35 años del cálculo de la Base Reguladora en el sistema de pensiones de jubilación español", *Observatorio sobre el sistema público de pensiones*, Universitat de València, abril, (2021a); Devesa, E., M. Devesa, I. Domínguez, B. Encinas y R. Meneu: "Efectos de la ampliación a 35 años del cálculo de la Base Reguladora, eligiendo los 25 mejores, en el sistema de pensiones de jubilación español", *Observatorio sobre el sistema público de pensiones*, Universitat de València, noviembre, (2021b); Devesa, E., M. Devesa, I. Domínguez, B. Encinas y R. Meneu: "La reforma del cálculo de la base reguladora y su impacto en la sostenibilidad del sistema de pensiones español", *mimeo*, (2022).

Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, establece que las empresas amparadas por un convenio sectorial están obligadas a crear un plan de pensiones si así se pacta por los representantes de empresas y trabajadores del sector. Sin embargo, la mayoría de los grandes sectores no cuentan con este tipo de fundación, lo que dificultará sobremanera la gestión, seguimiento y control de las empresas que realmente contraten un plan de pensiones adherido al fondo de pensiones sectorial si se llega a aprobar en el convenio colectivo. De momento, la construcción ha sido el único sector que ha firmado la creación de un fondo de pensiones de empleo amparado en la nueva ley.

La falta de organismos que certifiquen las aportaciones de las empresas al fondo de pensiones de empleo se convierte en un hándicap para que los grandes convenios sectoriales acuerden la creación de fondos de pensiones de empleo, lo que dificultará el éxito de esta modalidad de pensión complementaria desarrollada por el Ministerio de Seguridad Social y comprometida por el Gobierno español con la Comisión Europea.

Pues bien, en cómputo global, la Troika financiera[74] discrepa respecto de cuestiones esenciales que vertebran la reforma española de pensiones, bajo el argumento de que las reformas no sirven de nada si en lugar de reducir el gasto, lo aumentan. Comisión Europea, Fondo Monetario Internacional (FMI) y Banco Central Europeo (BCE) han cuestionado el diseño del MEI, pero también la fórmula para ampliar los años de cálculo de la pensión y la subida de las prestaciones con el IPC, un compromiso que disparará el gasto año tras año[75]. Sin duda, el FMI está siendo el organismo más crítico con las iniciativas de reforma de pensiones española que estima claramente insuficientes, proponiendo ejecutar medidas adicionales ante un gasto en pensiones que crecerá exponencialmente debido a la indexación de éstas a la inflación[76]. Esta decisión supondrá, según el FMI, añadir 3,5 % puntos de PIB de gasto al sistema de pensiones de aquí a 2050. Además, apuesta por ampliar de 25 a 35 los años para calcular la pensión e impulsar un mecanismo que vincule la pensión a la esperanza de vida, es decir, recuperar el derogado Factor de Sostenibilidad aprobado en 2013.

Por su parte, y en el mismo sentido, el BCE advertía recientemente de las consecuencias de vincular las pensiones con el IPC y señalaba a España y a otros países que han implementado estos mecanismos que la necesidad de poner en marcha medidas que contrarresten los efectos de las subidas anuales. Mientras que, el Banco de España (BE), ha sido también especialmente duro con la reforma de las pensiones, señalando que las medidas previstas serán insuficientes para cuadrar las cuentas de la Seguridad Social y que se deberán facilitar nuevos mecanismos si lo que se pretende es garantizar las prestaciones para todos los jubilados y evitar la quiebra del sistema[77].

---

[74] La Troika, conformada por la Comisión Europea, el BCE y el FMI, fue una solución *ad hoc* que se adoptó bajo la presión de la crisis económica. Fue creada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona euro, mediante Decisión de 25 de marzo de 2010.

[75] La revalorización de las pensiones con el IPC cuesta 2.063 millones cada mes. El importe de revalorización acumulado representa el 19 % del gasto total en pensiones. La factura, con todos los complementos, aumentó en febrero un 6,5 % con respecto al mismo mes del año 2021.

[76] Necesidad que sustenta en evitar que los pensionistas españoles acaben como los de la Grecia del rescate, con recortes de prestaciones de hasta el 40 %.

[77] Advierte, que con una tasa de empleo del 80 % y un factor demográfico del 58 % en 2050 -el peso de la población de más edad sobre la población en edad de trabajar- sería necesario un aumento del tipo efectivo de las cotizaciones sociales de ocho puntos, hasta el 32 %, para mantener constante la tasa de beneficio actual -último sueldo con respecto a la pensión- o de lo contrario, bajar esta tasa al 34 %, desde el 46 % actual, o lo que es lo mismo, un importante tijeretazo a la pensión.

Para el BE sería clave recuperar el Factor de Sostenibilidad, que reduciría la pensión inicial de los nuevos jubilados en función de la esperanza de vida y, sobre todo, el Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP), cuya aplicación está suspendida desde 2018 y que liga (dentro de un rango bastante estrecho de valores) la tasa de actualización anual de las pensiones ya existentes a la situación financiera del sistema[78] (limita la subida anual de las pensiones, excepto las mínimas). Igualmente, la OCDE aboga por acabar con las prejubilaciones, fomentar la jubilación activa o alargar el periodo para cobrar una pensión completa para contener el gasto[79], mostrándose totalmente a favor del Factor de Sostenibilidad al estimar que los AAM son cruciales para ayudar a lidiar con el impacto del envejecimiento[80].

Asimismo, el Tribunal de Cuentas Europeo pone en su punto de mira al sistema de pensiones español, al tiempo que señala que España necesita replantear la reforma de pensiones porque duda de la sostenibilidad de nuestro sistema. En una extensa evaluación de los planes de Recuperación por países, el Tribunal destacó la posibilidad de incrementar la partida del gasto a medio y largo plazo, con su consecuente impacto en las cuentas públicas. En el primero de la serie de controles que estos auditores llevarán a cabo para vigilar si la Comisión Europea está evaluando correctamente las medidas del famoso Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (que los gobiernos prometieron a Bruselas a cambio del dinero europeo), la parte que nos toca, no sale muy bien parada. Los auditores han incluido a las medidas del gobierno español en materia de pensiones dentro de la lista de "lagunas" encontradas en los planes de los diferentes países analizados. La principal crítica que le hace el Tribunal de Cuentas al sistema de pensiones es tan demoledora como evidente: elevará el gasto y exigirá recortes o subidas de impuestos en el futuro.

De acuerdo con las estimaciones disponibles[81], todas estas reformas lograrían en buena medida contrarrestar el efecto del incremento esperado de la tasa de dependencia sobre el gasto en pensiones y, por lo tanto, contribuirían a restaurar la sostenibilidad del sistema en el largo plazo. Sin embargo, lo cierto es que, aunque la contención del gasto en la partida de las pensiones o, al menos, la consecución de suficientes ingresos para su pago, es uno de los objetivos que se persigue con la reforma tal y como reclama Europa a nuestro país en sus recomendaciones específicas, el gasto sigue disparándose año tras año. Es más, seguirá aumentando en 2022 al vincularse la revalorización a la inflación -al mismo tiempo que la esperanza de vida aumenta-, lo que provocará que el presupuesto para pensiones en las próximas décadas siga creciendo. Concretamente, las nuevas jubilaciones cuentan con pensiones que ascienden al 76 % del salario medio de los españoles. Esto significa que, mientras que el sueldo medio asciende en nuestro país a 1.907 euros, la prestación media que reciben los nuevos jubilados es de 1.451 euros[82].

El de los jubilados es el único colectivo que ha visto incrementado sus niveles de renta durante los años posteriores de recuperación de la economía española[83], siendo los ingresos relativos de los mayores de 65 años más altos que en la mayoría de los países europeos. Y es que, mientras

[78] De la Fuente, A., García Díaz, M.A., Sánchez, A.R.: "La salud financiera del sistema público de pensiones español…", *Op. Cit.*, p. 124.

[79] Valls Giménez, J.F.: "La OCDE no quiere jubilaciones anticipadas", en *El farmacéutico: profesión y cultura*, Nº. 336 (ABR 15), 2005, p. 136.

[80] *Vid.* Pensions at a Glance 2021. OCDE and G20 Indicators, p. 83 y ss.

[81] Hernández De Cos, P., Jimeno, J.F., Ramos, R.: "El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma", *Documentos Ocasionales*, Banco de España, 1701/2017, p. 51 y ss.

[82] Sobre la pensión media de jubilación actual -no la de nuevas altas- que se situaba en el pasado mes de julio en 1.185 euros, según la última nómina publicada por la Seguridad Social, la proporción es del 62 % del sueldo medio de los trabajadores.

[83] Concretamente un 14,8 %. La pensión media es inferior al salario medio y suponía el 62,16 % en marzo de 2021, una tasa que no obstante se ha incrementado respecto al 50,02 % de diez años antes.

los salarios se han mantenido congelados, han sufrido recortes o, como mucho, ligeros ascensos, las pensiones han experimentado un alza seis veces superior, dado que la revalorización de éstas ha sido mayor, pero, sobre todo, porque en la década en curso han ido entrando al sistema de pensiones más altas. Esto significa que, reducir esta *ratio* entre la pensión media y los salarios, solo llegaría gracias a una mejora general de las remuneraciones de los trabajadores[84].

Todo lo expuesto, nos lleva de nuevo a la reflexión de que los problemas asociados al actual sistema de pensiones, exige atacar otros flancos tales como el estancamiento del crecimiento de los salarios, la desigual distribución de la renta y la caída de la productividad. Remediar el estancamiento de los salarios y la desigualdad salarial, unido a un crecimiento de la productividad son partes intrínsecas que permitirían solucionar los problemas de las pensiones públicas bajo el sistema de reparto sin necesidad de acudir a sistemas financiados[85], o devaluando las pensiones.

Aunque las pensiones iniciales seguirían creciendo a buen ritmo, una vez concedida una pensión, ésta se actualizaría durante muchos años a la tasa mínima anual del 0,25 %, lo que supondría una gradual pérdida de poder adquisitivo a lo largo de la vida del pensionista que, con la esperanza de vida actual, podría superar el 30 % con tasas de inflación moderadas. Es evidente que esta situación, además de resultar muy difícilmente sostenible en términos políticos, podría plantear problemas de suficiencia para los pensionistas con menores ingresos. Conviene, por lo tanto, explorar posibles formas de mitigar el problema, incluyendo la posibilidad de indexar a la inflación sólo las pensiones mínimas. Lo que ciertamente no parece que sea una solución factible es desmantelar las dos últimas reformas para volver al modelo anterior a 2011 porque eso nos dejaría con niveles de gasto insostenibles durante las próximas décadas[86].

Más allá de un interés propio como país por hallar solución efectiva a este problema, conviene recordar que están en juego 12.000 millones de la segunda fase[87], que Europa se ha comprometido a dar a España si cumple con las reformas prometidas, recogidas en los 52 hitos del PRTR. Si las medidas no se ejecutan a tiempo o no se consiguen los objetivos previstos, tampoco llegarán los fondos en las fechas estipuladas.

2.3. Requisitos para acceder a la jubilación anticipada

Para optar a esta jubilación anticipada, el trabajador debe cumplir una serie de requisitos, que son muy diferentes para aquellas personas que se retiran de manera voluntaria respecto a los que lo hacen de manera forzada:

— *Edad de acceso*: tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad exigida que resulte de aplicación en cada caso, sin que a estos efectos resulten de aplicación las bonificaciones de edad, de las que puedan beneficiarse los trabajadores de algunos sectores profesionales por la realización de actividades penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres y las personas con discapacidad igual o superior al 45 % o al 65 %. Para 2022, la edad ordinaria de retiro son los 66 años y dos meses (con menos de 37 años y seis meses cotizados), así que se podría solicitar la jubilación anticipada a los 64 años y dos meses, como máximo.

[84] *Vid.* Encuesta Trimestral de Coste Laboral, 2022 (INE).

[85] Laborda Herrero, J., Laborda Herrero, R., Inurrieta Beruete, A.: "El sistema de pensiones de reparto frente a los sistemas financiados. Una crítica a la teoría neoclásica", *Estudios de economía aplicada*, Vol. 33, Nº 3, 2015 (Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad y Suficiencia de los Sistemas de Pensiones: Reparto *vs.* Capitalización), p. 760.

[86] De la Fuente, A., García Díaz, M.A., Sánchez, A.R.: "La salud financiera del sistema público de pensiones español…", *Op. Cit.*, pp. 4 y 5.

[87] Durante 2022 están previstos un total de 18.000 millones.

Ahora bien, si la persona acumula 37 años y seis meses o más de contribuciones, la edad ordinaria que se le aplicarían serían los 65 años. Como la edad ordinaria de jubilación aumenta de año en año, ocurre lo mismo con las jubilaciones anticipadas. Las personas que deseen anticipar su jubilación por esta vía han de tener al menos 63 años si llegan a 37 años y seis meses cotizados o al menos 64 años y dos meses si no llegan a esa cotización. Si se desea acceder a la jubilación anticipada a una edad todavía más temprana, para jubilarse por ejemplo con 61 años o más, un requisito fundamental es sumar, al menos, 33 años de cotización, de los cuales 15, tienen que haberse acumulado con carácter previo a la solicitud de jubilación.

— Adelantar la jubilación, dependerá mucho de la situación personal del trabajador, además del motivo del retiro, así como del grupo laboral al que pertenezca. Otras de las condiciones por las que se puede acceder a esta jubilación anticipada son ser mutualista o pertenecer a un grupo profesional de sectores como el artístico, la tauromaquia o bomberos. El Ministerio de Seguridad Social podrá rebajar la edad mínima de jubilación en aquellos grupos o actividades profesionales de naturaleza penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y que acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad; quienes acrediten una discapacidad del 65 % o mayor, donde no hay una edad fija, o una discapacidad del 45 %, en la que la edad de jubilación es a partir de los 56. Por último, también cundo se produzca un cese no voluntario del trabajador. Aun así, la edad mínima para retirarse de forma anticipada nunca podrá bajar de los 52 años. La Seguridad Social aclara que, los coeficientes reductores, sobre todo para casos de este tipo, se revisarán cada 10 años.

— *Encontrarse en alta o situación asimilada al alta*: para acceder a la pensión de jubilación se requiere la situación de alta o situación asimilada al alta (arts. 166 LGSS y. 1.2 OM de 18 de enero de 1967), aunque en la jubilación ordinaria se puede acceder incluso sin cumplir estos condicionantes. Aun cuando estén muy relativizados, siguen exigiéndose para causar pensión de jubilación los requisitos de afiliación y alta (o asimilación al alta) en el momento del hecho causante (art. 205.1 que remite al 165.1, ambos de la LGSS). Respecto de la afiliación no cabe excepción alguna. Además, es lógico pensar que no puede devengarse la pensión de jubilación sin haber mediado, en algún momento anterior de la vida del trabajador, la afiliación al sistema de la Seguridad Social, puesto que se trata del nivel contributivo. Sin embargo, respecto del requisito del alta o situación asimilada, no obstante, la regla general descrita y desde la vigencia de la Ley 26/1985, de 31 de julio, se admite que la pensión de jubilación pueda causarse, aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o en situación asimilada al alta (art. 205.3 LGSS).

— *Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de*:

  - 35 años (carencia genérica), sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias ni el abono de años y días de cotización por cotizaciones anteriores a 01-01-1967. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

  - Del período de cotización, al menos 2 años (carencia específica o cualificada) deberán estar comprendidos dentro de los 15 inmediatamente

anteriores al momento de causar el derecho o al momento en que cesó la obligación de cotizar, si se accede a la pensión de jubilación anticipada desde una situación de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar. Todos aquellos trabajadores que piensen jubilarse antes de tiempo deben de cumplir un requisito de años cotizados. Es preciso acreditar un período mínimo de cotización de 35 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A este periodo de cotización tan solo se añadirá a la vida laboral del trabajador, el tiempo de servicio militar, obligatorio o de la prestación social sustitutoria, o del servicio social femenino obligatorio, computándose hasta un máximo de 1 año.

— En el caso de trabajadores incluidos en el Sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios, a efectos de acreditar el período mínimo de cotización efectiva (35 años), será necesario que, en los últimos 10 años cotizados, al menos 6 correspondan a períodos de actividad efectiva en este sistema especial. A estos efectos, se computarán también los períodos de percepción de prestaciones por desempleo de nivel contributivo en este sistema especial.

— En el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial, para acreditar el período mínimo de cotización de 35 años, se aplican (desde 04-08-2013), las reglas establecidas en el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto.

Por último, una vez acreditados estos requisitos, el importe de la pensión a percibir tiene que ser superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado al cumplimiento de los 65 años de edad[88].

2.4. Penalizaciones y variables

Hay que tomar en consideración que la jubilación anticipada constituye una excepción legal a la regla general del cumplimiento de la edad ordinaria para obtener la correspondiente prestación; bajo esta lógica, y sólo por las razones que la ley determina, se anticipa una pensión cuyo derecho en condiciones ordinarias estaba previsto percibir más tarde[89].

La reforma de la jubilación anticipada conlleva la aplicación de nuevos coeficientes mensuales que afectan a la cuantía de la pensión y penalizan a los tramos de mayor y menor anticipo. La reducción oscila entre el 21 % y el 3,26 %, en función de si se adelanta entre 24 meses o un mes. Sin embargo, no se concibe para trastocar prejubilaciones ya más o menos encauzadas, ya que la idea de dicha reforma es a largo plazo (con vistas a 2050, en casi 30 años) y, por lo tanto, no se centrará en los casos de las personas que tienen pensado jubilarse ya. El calendario del Gobierno es que la reforma de las pensiones, se ponga en marcha en 2022, lo que provocará que las prejubilaciones más recientes no se vean afectadas.

No serán los únicos que tendrán cierto margen con la entrada en vigor de las nuevas jubilaciones anticipadas. Las personas que tienen sueldos por encima de la cuantía máxima de las pensiones verán como los coeficientes que se les aplican será iguales que los del resto de trabajadores cuando ahora son del 0,5 % por trimestre partiendo desde ese tope máximo de las pensiones. Estas personas, dado el carácter perjudicial de la medida para sus intereses tendrán

[88] Esta cuantía, en 2022, es de 12.467 euros al año con cónyuge a cargo, 10.103,80 euros sin cónyuge y 9.590 euros con cónyuge no a cargo.

[89] Martínez Barroso, M.R.: "El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 103/2010, p. 103.

un periodo de transición, ya que la reforma será a partir de 2024 y de forma progresiva, en un periodo de 10 años lo que hará que se reduzca en un importe mayor.

El cambio en las prejubilaciones, acordado con los sindicatos y la patronal, recoge tres modificaciones importantes que afectan a los coeficientes reductores que reducen la cuantía de la pensión de los trabajadores que deciden jubilarse antes de la edad ordinaria. En concreto:

- Se modifican los propios coeficientes reductores con nuevos porcentajes que reducen de forma diferente las pensiones de los prejubilados.
- Además, se establece con la reforma que dichos coeficientes reductores sean mensuales y se apliquen sobre la cuantía de la pensión.
- Actualmente son trimestrales.

Es por ello que, la Seguridad Social, tras la vigencia de la nueva legislación, ha actualizado su lista de coeficientes en relación a la edad y los meses de anticipo. De forma novedosa, tras haber entrado en vigor la primera pata de la reforma de las pensiones, las penalizaciones pasan a efectuarse sobre la cuantía de la pensión y no sobre la base reguladora de la misma, como sucedía hasta ahora.

Todas estas medidas tendrán una influencia más o menos evidente en los trabajadores que se prejubilen a partir de los próximos años, pero existe un grupo determinado de personas que verán cómo se penaliza más las jubilaciones anticipadas en determinados supuestos. En estos casos, la comparación entre el panorama actual y el que quedará tras la reforma hablará de situaciones en las que, tras la reforma, será menos ventajoso jubilarse, ya que se perderá una mayor parte de la pensión.

Aunque en la mayoría de los casos los coeficientes nuevos son beneficiosos, las prejubilaciones más perjudicadas son las que se hacen con 24 y 23 meses de anticipo y las que se hacen en los últimos tres meses de anticipo, a falta de entre uno y tres meses para la edad de jubilación. Esto tiene como objetivo retrasar las prejubilaciones más prematuras y fomentar la jubilación ordinaria en las prejubilaciones más tardías.

No obstante, hay diferencias en la influencia de estos cambios. En función del número de años cotizados previamente, los trabajadores que se quieran prejubilar sufrirán recortes mayores o menores en su pensión. Las penalizaciones se dividen en cuatro grupos:

1. En el primero se encuadran los trabajadores con menos de 38 años y seis meses de cotización. Son los que tendrán que soportar los coeficientes reductores más elevados: del 21 % y el 17 % para quienes se jubilen 24 y 23 meses antes respectivamente; del 7,33 %, si deciden jubilarse 16 meses antes de alcanzar la edad legal; y del 3,38 %, si el retiro es con dos meses de antelación.

2. Para los trabajadores que hayan cotizado entre los 38 años y seis meses y menos de 44 años y seis meses, los que se jubilen entre 24 y 23 meses antes la penalización alcanzará el 19 % y el 17 % respectivamente. Por su parte, los que tienen más de 44,5 años cotizados y decidan retirarse con la máxima antelación permitida sufrirán la misma merma en sus pensiones que ahora, del 13 %.

3. Los trabajadores que hayan cotizado entre 41 años y 6 meses y 44 años y seis meses y quieran jubilarse con un adelanto de 16 meses, sufrirán una penalización del 6,67 %. Y si decide hacerlo con 19 meses de antelación, su pensión sufrirá una merma del 8,89 %.

4. En el caso de los trabajadores con carreras de cotización más largas -superiores a los 44 años y seis meses- las reducciones serán más bajas. Así, 19 meses antes de la edad legal será del 6,33 %, y del 5,07 % si se lleva a cabo con 13 meses de antelación.

En líneas generales, con la reforma vigente desde el 1 de enero 2022, si los trabajadores retrasan tres meses su jubilación no solo mantienen, sino que incrementan la cuantía de su pensión. Los trabajadores con sueldos por encima de la pensión máxima y que decidan prejubilarse, si bien, hasta ahora, tenían descuentos en la cuantía de la pensión de un 0,5 % por trimestre partiendo desde ese tope máximo de las pensiones, con la reforma verán reducidas sus pensiones con los mismos coeficientes que los del resto de trabajadores, lo que hará que se reduzca en un importe mayor. Dado el carácter de su impacto, esta medida se hará de forma progresiva y en un periodo de 10 años a contar desde 2024.

3. Modalidades de jubilación anticipada afectadas por la reforma

Junto a la jubilación anticipada "histórica" que se mantiene aún con carácter transitorio (DT 4ª LGSS), existen otras posibilidades de jubilación anticipada de carácter estable y estructural, esto es, aptas para quienes, sin necesidad de haber estado adscritos a regímenes de previsión anteriores al sistema de Seguridad Social cumplan unas determinadas condiciones y estén próximos a la edad de jubilación ordinaria. Estas posibilidades empezaron a abrirse paso con las reformas legales del bienio 2001/2002, y fueron consolidadas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Posteriormente fueron revisadas por la Ley 27/2011, y su regulación ha sido parcialmente modificada por la Ley 21/2021. En la actualidad su régimen jurídico se bifurca en función de que el retiro del trabajo tenga su raíz en una causa que no sea imputable al trabajador o en la decisión voluntaria del mismo (arts. 207 y 208 LGSS, respectivamente). También vale la pena distinguir entre la situación anterior a la gran reforma de la Ley 27/2011 (algunos de cuyos efectos aún perduran) y la situación posterior. Por supuesto, estas vías de jubilación anticipada deben distinguirse de la anticipación de la edad de jubilación por razón de la actividad o de discapacidad (arts. 206 y 206 bis LGSS, respectivamente), las cuales se han visto también afectadas por la actual reforma.

3.1. La jubilación anticipada voluntaria

En su preámbulo, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, siguiendo la recomendación 12ª del Pacto de Toledo, consideraba y constataba que la jubilación anticipada se había convertido, básicamente, en una fórmula de regulación de empleo, considerando que su formulación legal debía cambiar y reservando el acceso anticipado a la pensión de jubilación para los casos en que se acrediten largas carreras de cotización. Se exigía haber cumplido 63 años de edad y que la pensión resultante fuese superior al importe de la pensión mínima que hubiera correspondido al interesado teniendo en cuenta su situación familiar.

Actualmente, el ajuste de la jubilación anticipada voluntaria (JAV), es una de las medidas más relevantes incluidas en el primer bloque de la reforma de las pensiones. La Ley 21/2021, ha introducido restricciones a las jubilaciones anticipadas que persiguen aumentar la edad efectiva de jubilación como contrapeso al incremento de la esperanza de vida. De hecho, en la JAV, retrasar la jubilación dos meses puede suponerle un incremento de hasta el 5 % de la pensión).

El apartado siete del artículo 1 de la Ley 21/2021 modifica la redacción del artículo 208 TRLGSS, y aunque mantiene el esquema tradicional instaurado en 2011, en cuanto a las distintas alternativas de jubilación anticipada: voluntaria e involuntaria, lo cierto es que, la nueva

normativa, penaliza de manera importante la JAV durante los dos primeros meses que dan acceso a la misma (los meses 24 y 23 anteriores a la edad ordinaria que corresponda en cada caso). La Ley modifica, a su vez, los requisitos y condiciones de acceso a la jubilación anticipada, en los casos en que el acceso a la pensión no viene precedido de una extinción de la relación laboral por los casos y supuestos previstos en el artículo 207 TRLGSS, es decir, en la modalidad de JAV.

Esto, unido al nuevo régimen de aplicación del coeficiente reductor por anticipación de edad que, a partir de enero de 2024, se empezará a aplicar de manera progresiva, directamente sobre las pensiones máximas y no sobre la base reguladora, produce un efecto claramente desincentivador de la anticipación de la jubilación. Los más perjudicados son aquellos que han cotizado muchos años respecto de los que han cotizado pocos, a pesar de que estos últimos suelan tener pensiones más bajas. Por el contrario, salen beneficiados quienes, aunque se les aplique los coeficientes reductores, van a seguir recibiendo la pensión máxima (2.820 € mensuales en 2022); es decir, a los que han recibido las rentas más altas.

Respecto a la situación anterior:

a. La penalización del primer mes que da acceso a la JAV (mes 24 anterior a la edad ordinaria) supone un incremento del coeficiente reductor que puede ir entre el 5 % y el 3 % en función del periodo de cotización acreditado, dejando a salvo, únicamente, los supuestos de cotización superior a 44 años y medio.

b. La penalización del segundo mes que da acceso a la JAV (mes 23 anterior a la edad ordinaria) supone un incremento del coeficiente reductor que puede ir entre el 1,6 % y el 1 % en función del periodo de cotización acreditado y, como en el caso anterior, dejando a salvo los supuestos de cotización superior a 44 años y medio.

Se potencia así, de manera muy importante, el desplazamiento de la JAV de los 24 meses anteriores a la edad ordinaria de jubilación a los 22 meses anteriores y ello, so pena de ver penalizada la pensión en los porcentajes anteriormente indicados. Un trabajador que tenga derecho a la pensión máxima y pretenda jubilarse anticipadamente a partir de 2024, deberá tener en cuenta el efecto que produce sobre la pensión la aplicación de la nueva tabla de coeficientes reductores de la JAV para las pensiones teóricas por encima de la máxima.

En el supuesto de tener una base reguladora superior a la pensión máxima de jubilación, la situación es todavía más restrictiva ya que, a partir del 2024, las personas que se jubilen anticipadamente de manera voluntaria verán mermada su pensión de manera efectiva al comenzar a aplicarse el porcentaje de reducción por anticipación de edad, directamente sobre la pensión máxima en vez de sobre la base reguladora. Esto hace que desaparezca el colchón que, hasta ahora, suponía la diferencia positiva existente, en estos supuestos, entre la base reguladora y la pensión máxima. Diferencia que absorbía buena parte del porcentaje de reducción por anticipación de edad.

De tal forma que, la pensión máxima de quienes se jubilen anticipadamente de manera voluntaria (2 años antes de la edad ordinaria) a partir del 2034, tendrá una reducción efectiva que oscilará entre el 13 % y el 21 %, en función de los años de cotización acreditados. Actualmente este porcentaje de reducción era del 4 %. La aplicación de esta nueva normativa se irá produciendo de manera progresiva entre el 1 de enero de 2024 y el 1 de enero de 2034. Es decir, a partir de enero de 2024, las personas que se jubilen anticipadamente de manera voluntaria y que tengan bases de cotización superiores a la pensión máxima empezarán a notar los efectos negativos de la reforma sobre la pensión efectiva. Este efecto negativo se irá agravando, año tras año, hasta que, a partir de

enero de 2034 todo el porcentaje de reducción por anticipación de edad se detraiga directamente de la pensión máxima.

Dicho esto, se han establecido excepciones muy significativas al ajuste de las pensiones máximas por jubilarse antes. Se libran aquellos trabajadores cuyo contrato haya terminado antes del 1 de enero de 2022, y no vuelvan a estar inscritos en el sistema de la Seguridad Social por un tiempo superior a 12 meses. También aquellos que se jubilen anticipadamente por ERE, convenios o procedimientos concursales, entre otros, que se hayan aprobado antes del 1 de enero de 2022[90].

Las novedades más destacables son las siguientes:

1. *Se revisan los coeficientes reductores aplicables.* El pasado 1 de enero (2022), entraron en vigor en toda España los coeficientes reductores mensuales para todas aquellas personas que decidan jubilarse de forma anticipada. La lógica de los coeficientes reductores en la cuantía de la pensión por anticipo en la edad de jubilación tiene como objetivo que la Seguridad Social no tenga que pagar una cantidad total mayor, entre la jubilación y el fallecimiento por una pensión anticipada desde los 61 o 63 años, es decir a pagar durante un número mayor de años, que por la pensión completa desde los 65 años de esa misma persona. La idea es incentivar que se retrase la jubilación anticipada al menos unos pocos meses con ese endurecimiento en el mes 24 y 23 antes de la edad legal. Como sucede con los supuestos de jubilación anticipada involuntaria, los nuevos coeficientes suponen una penalización, respecto de los coeficientes anteriores, cuanto mayor sea el periodo de adelanto, y una mejora en los casos de demora del acceso. Los nuevos baremos que han entrado en vigor resultarán menos beneficiosos para aquellos que se jubilen con la máxima anticipación posible, y también para aquellos que accedan al retiro voluntario con tres meses o menos de antelación. Así, los trabajadores que decidan jubilarse con 63 años estarán entre los más perjudicados por el nuevo esquema.

2. *Los coeficientes reductores de la pensión pasan a ser mensuales, no trimestrales*. Claramente, supone una mejora ya que, el hecho de que los coeficientes reductores todavía vigentes fueran trimestrales, penaliza aún más a aquellas personas que se jubilan anticipadamente antes del salto a un nuevo trimestre. Esto quiere decir que la Seguridad Social les reducirá el importe de la pensión a percibir en función de cada mes que anticipen su retiro. Pero, además, al ser mensuales las penalizaciones en vez de trimestrales, estas son más graduales y el trabajador ve más fácilmente que su prestación mejora aguantando un poco más sin retirarse. Además, Los nuevos coeficientes son más beneficiosos que los vigentes hasta 2021 en todos los casos, salvo para aquellos que se jubilen con el máximo anticipo posible (24 y 23 meses) y los que se jubilan con tres meses o menos de anticipación. En la mayoría de los casos estos coeficientes serán más bajos que los actualmente vigentes a cambio de retrasar el anticipo de la jubilación dos meses. Solamente habrá períodos transitorios de aplicación de los mismos en el caso de las pensiones máximas. Con ello, se persigue dar más flexibilidad y fomentar el retraso voluntario de la edad de acceso a la jubilación.

3. *Los coeficientes reductores correspondientes se aplicarán sobre la cuantía de la pensión, respetando la limitación máxima (art. 57 de la LGSS), si bien dicha modificación se realizará de manera progresiva, a lo largo de un período de diez años.* Una de las modificaciones de mayor calado se produce en la forma en que se aplican tales coeficientes. Hasta la entrada en vigor de la Ley 21/2021, los coeficientes se aplicaban al importe de la pensión (resultado de aplicar a la

[90] Es decir, se han salvado todos los ERE de las grandes empresas (sobre todo la banca, pero también El Corte Inglés, Nissan, Endesa, o Airbus), que ya habían empezado a cursarse. Estas prejubilaciones mantendrán las condiciones previas incluso si llegan dentro de años a la jubilación anticipada. Y si en alguna cosa les beneficia el nuevo sistema, podrán escogerlo.

correspondiente base reguladora el porcentaje en función del periodo de cotización acreditado), sin considerar el límite máximo de la pensión pública, si bien, en ningún caso, el resultado final podría ser superior a reducir el importe del límite máximo de la pensión en un 0,50 % por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación.

Ya no se aplicarán sobre la base reguladora (BR), sino sobre la pensión teórica que se haya calculado (antes de aplicar los coeficientes por anticipación de la jubilación) aplicando a la BR un porcentaje en función del número de años cotizados (entre un 50 % para el caso de haber cotizado el mínimo requerido de 15 años, y un 100 %, que en 2021 y 2022 se aplica en caso de haber cotizado 36 años o más). Aplicar el coeficiente reductor sobre la pensión, y no sobre la BR, no tendrá impacto para la mayoría de personas, salvo para aquellas cuya pensión teórica antes de aplicar los coeficientes sea superior a la pensión máxima (que en 2021 son 37.904 euros). Es decir, personas con ingresos altos.

Por tanto, frente a la situación anterior, la nueva regulación establece las siguientes reglas[91]:

- Con carácter general, cuando para determinar la cuantía de una pensión de jubilación anticipada por voluntad del interesado hubieran de aplicarse coeficientes reductores por edad en el momento del hecho causante, los mismos giran sobre el importe de la pensión resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda por meses de cotización.
- Cuando la pensión supere el límite establecido para el importe de las pensiones, los coeficientes reductores se aplicarán de manera gradual, en un plazo de diez años, a contar desde el 1 de enero de 2024. En los casos en los que la pensión teórica calculada supere el límite de pensión máxima, los coeficientes reductores se aplicarán de manera gradual, en un plazo de diez años a contar desde el 1 de enero de 2024. En el caso de aquellos trabajadores con sueldos altos por encima de la pensión máxima, tendrán los mismos coeficientes que el resto de jubilados anticipados (hasta ahora se les reducía la pensión un 0,5 % por trimestre), aunque esta aplicación será a partir del 1 de enero 2024 y en un calendario progresivo de diez años. Por lo tanto, no tendrá tanto impacto para quien se jubile anticipadamente en los primeros años a partir de 2022.

No obstante, la reforma mantiene la llamada "cláusula de salvaguardia" de la reforma de 2011[92], de modo que seguirán rigiéndose por las reglas de acceso a la jubilación anticipada previas a la entrada en vigor de esta reforma (es decir, las reglas actuales) aquellas personas con base reguladora superior la pensión máxima, cuya relación laboral:

- Se haya extinguido antes de 1 de enero de 2022.
- Bien, se extinga después de 1 de enero de 2022 como consecuencia de expedientes de regulación de empleo o en virtud de convenios colectivos, acuerdos de empresa o procedimientos concursales, aprobados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa.
- No obstante, estas personas también podrán optar por que se les aplica, la normativa que esté vigente en la fecha del hecho causante de la pensión.

[91] Artículo 210.3. TRLGSS (en la redacción dada por el apartado Ocho de la Ley 21/2021).

[92] Esta ya endureció los coeficientes para la jubilación anticipada. Sin embargo, permitió mantener las condiciones previas a 2011 para las personas despedidas antes del 1 de abril de 2013 o que salían con ERE suscritos antes de esa fecha. Esta exención seguirá vigente hasta que se jubilen todos, es decir, se protegerá a los prejubilados de la crisis anterior.

Aunque se justifica la modificación en el cálculo de la pensión en la conveniencia de reforzar la equidad del sistema, puesto que, con la regulación anterior, la incidencia de la reducción de los coeficientes era menor, en los casos en que la pensión resultante era superior al importe del límite máximo de pensión pública, no cabe duda que los nuevos mecanismos implican una reducción de la cuantía final de la pensión, que lleva a que este nuevo mecanismo se implante, a partir de 1 de enero de 2024 y se aplique en su totalidad en un periodo de diez años, en la forma que se contiene en la nueva Disposición adicional transitoria 34ª TRLGSS. Entre tanto, se mantiene la aplicación de la regulación vigente a 31 de diciembre de 2021.

4. *Se aplican coeficientes reductores correspondientes a la jubilación por causa no imputable al trabajador en caso de percepción del subsidio de desempleo con una antelación de al menos tres meses.*

5. *Se crea un complemento económico para quienes hayan accedido a la jubilación anticipada de forma voluntaria entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021, como máximo dos años antes de alcanzar la edad ordinaria de jubilación y reúnan los requisitos establecidos en la D.A. 1.ª de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre (conocido como "plus" para los prejubilados).*

En síntesis, los más afectados por la nueva jubilación anticipada voluntaria serán, básicamente, aquellos que decidan abandonar el mercado laboral dos años antes de la edad legal y tengan salarios altos:

- Y es que para quienes tengan cotizados menos de 38 años y 6 meses, adelantar su retiro 24 meses supondrá una reducción en su pensión de entre el 21 % y el 17 %, coeficiente que en ambos casos era hasta ahora del 16 %.
- Por su parte, el coeficiente reductor pasará a ser del 17 % si los que tienen más de 41 años y 6 meses cotizados, pero menos de 44 años y 6 meses, se jubilan dos años antes. Si lo hacen un año antes, la reducción será del 2,96 %.
- Por último, los que tengan más de 44 años y medio cotizados tendrán una reducción del 13 % por jubilarse dos años antes y del 2,81 % un mes antes.
- Aquellos que decidan jubilarse en el último trimestre previo a la fecha que les corresponda, tendrán un coeficiente reductor en su pensión de en torno al 3 % en casi todos los casos, frente al 2 % actual. Así, aquellos que tienen menos de 38 años y medio cotizados tendrán una penalización mayor -3,52 %- frente a los que tienen más de 44,5 años cotizados, puesto que los que tienen menos años cotizados también serán los más castigados.

3.2. La jubilación anticipada por cese involuntario en el trabajo o no imputable al trabajador

Otra de las afectadas por la reciente Reforma será la jubilación anticipada derivada de un cese involuntario en el trabajo por causas no imputables al trabajador (nuevo art. 207 LGSS), también conocida como jubilación anticipada involuntaria (JAI). Concebida como un derecho para aquellas personas que, de alguna manera, habían sido expulsadas del mercado del trabajo, esta jubilación, que pueden tener lugar hasta cuatro años antes de la edad de jubilación ordinaria, se debe a despidos del trabajador originados por situaciones de reestructuración empresarial. Está provocada pues, por un despido que la empresa debe justificar por causas económicas (ERE o ERTE, por ejemplo), fuerza mayor, resolución judicial y otros hechos causantes de despido estipulados por la Seguridad Social. De este modo, quienes hubiesen sido despedidos de su

trabajo por "*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*", (como recoge la ley 2001), podían solicitar el adelanto de su pensión, aunque concurriendo un par de requisitos: haber cumplido al menos 61 años y haber cotizado 33 años a la Seguridad Social.

La reforma establece como novedad destacable que, cuando en el momento de acogerse a esta modalidad de jubilación se perciba el subsidio por desempleo del artículo 274 LGSS, y lo haya hecho durante al menos tres meses, se le aplicarán los coeficientes propios de la anticipada involuntaria, es decir, más favorables, al haberse producido la expulsión del mercado laboral por causas inimputables al trabajador.

Los requisitos para causar la JAI son las siguientes:

- *No voluntariedad*. Se requiere extinguir la relación laboral sin que exista voluntariedad por parte del trabajador: que la extinción no sea producida por causa imputable a la libre voluntad del trabajador.
- *Edad de acceso*. Tener cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según el artículo 205.1.a) LGSS, con la precisión de que no se aplican a estos efectos los coeficientes reductores previstos en los artículos 206 y 206 bis LGSS. Es posible acogerse a la jubilación anticipadamente involuntaria hasta cuatro años (48 meses) antes de la edad legal ordinaria, a diferencia de la jubilación anticipada voluntaria cuyo adelanto máximo posible es de 24 meses. Siguiendo la transitoria que se está aplicando hasta 2027, la edad legal de jubilación ordinaria en 2022 son 66 años y 2 meses en el caso de que se acrediten menos de 37 años y 6 meses de cotizaciones. En caso de haber cotizado 37 años y 6 meses o más, en 2022 la edad de jubilación ordinaria serán 65 años. Teniendo en cuenta lo anterior, en 2022 se podrá acceder a la jubilación anticipada forzosa a partir de esta edad:
    - A los 62 años y 2 meses, en caso de haber cotizado menos de 37 años y 6 meses.
    - A los 61 años en caso de disponer de un historial de cotización de 37 años y seis meses o más.
- *Solo pueden acceder los trabajadores por cuenta ajena*. Los autónomos no pueden acceder a la jubilación anticipada forzosa, pudiendo acogerse únicamente a la jubilación anticipada voluntaria.
- *Periodo de cotización requerido*. Para acceder a la jubilación anticipada involuntaria es necesario haber cotizado al menos 33 años, de los cuales 2 años de cotización (carencia especifica) deberán estar comprendidos en los 15 años anteriores al hecho causante. En la mayoría de casos el hecho causante es el día de cese de la actividad laboral. Dentro de esos años cotizados, se tendrá en cuenta el periodo de tiempo destinado a la realización del servicio militar, la prestación social sustitutoria y del servicio social femenino, con un máximo computable de un año[93]. A diferencia de en la jubilación anticipada voluntaria, en el caso de la jubilación anticipada forzosa el importe a percibir de pensión puede ser inferior que la pensión mínima que le correspondería al beneficiario de la pensión al cumplir 65 años

[93] Se incluye la doctrina del Supremo, mediante sentencia 115/2020, de 6 de febrero de 2020 (RJ 2020, 5698), que entendió que para acreditar el periodo mínimo de cotización para acceder a la jubilación anticipada debía tenerse en cuenta el periodo de realización del Servicio Social de la mujer, en interpretación normativa con perspectiva de género (art. 4 LOIEMH).

— *Haber cesado en el trabajo y encontrarse inscrito en las oficinas de empleo como demandantes de empleo*. Ello durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación[94].

— *Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral*. Concretamente, puede accederse a esta modalidad de jubilación anticipada cuando la extinción del contrato de trabajo se deba a alguna de las siguientes causas:

  - Despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción conforme al artículo 51 ET.
  - Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción conforme al artículo 52.c) ET.
  - Extinción del contrato por resolución judicial conforme a la legislación concursal (arts. 169 a 185 RDLeg 1/2020, de 5 mayo).
  - Muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual o a la extinción de la personalidad jurídica del contratante (salvo que continúe la actividad de la empresa en los términos del artículo 44 ET).
  - La relación de servicios que media entre un cuidador profesional y la persona a la que atiende no es una relación laboral por lo que el fallecimiento de la persona a la que asiste no puede incluirse en el supuesto de cese involuntario en el trabajo para el acceso a la jubilación anticipada[95].
  - Extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor constatada por la autoridad laboral (art. 51.7 ET).
  - Extinción del contrato por voluntad del trabajador por la vía del art. 50 ET o como consecuencia de una decisión empresarial de traslado (art. 40.1 ET) o de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41.3 ET).
  - La extinción vía artículo 50 ET se incluyó en el artículo 207 LGSS tras la modificación de la Ley 21/2021 de 28 diciembre, con entrada en vigor desde 1-1-2022. Con la anterior regulación del artículo 207 LGSS la doctrina judicial ha considerado en ocasiones que la relación de causas de cese involuntario que permitían el acceso a la jubilación anticipada no es abierta o ejemplificativa, sino cerrada y de carácter restrictivo, por lo que no puede hacerse a esta modalidad como consecuencia de la extinción del contrato por incumplimientos empresariales, como es el impago de salarios[96].
  - Extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género (art. 49.1.m ET).

[94] STS n.º 947/2020, de 28 de octubre de 2020, [ECLI:ES:TS:2020:3691]. El TS no flexibiliza requisitos para la jubilación parcial: si el futuro prestacionista no se encuentra inscrito como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud, no procede la prestación.

[95] STSJ de 11-7-2016 [JUR 2016, 193960].

[96] SSTS 10-2-2021 (RJ 2021, 694) y 22-6-2022 (JUR 2022, 226455), STSJ Aragón, 8-2-2017 [JUR 2017, 65767] y Canarias 6-7-2017 [JUR 2018, 57849].

Asimismo, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, con efectos de 01/01/2022 da nueva redacción al artículo 207 LGSS e introduce cuatro novedades:

a. *Se añaden causas de extinción contractual que dan derecho al acceso a esta modalidad (art. 207.1 LGSS). Que el cese en el trabajo se haya producido por alguna de las causas siguientes*:

1ª.- El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 ET.

2ª.- El despido por causas objetivas, conforme al artículo 52 ET.

3ª.- La extinción del contrato por resolución judicial en los supuestos contemplados en el texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

4ª.- La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 ET, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.

5ª.- La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido *ex* artículo 51.7 ET.

6ª.- La extinción del contrato por voluntad del trabajador por las causas previstas en los artículos 40.1, 41.3 y 50 ET.

7ª.- La extinción del contrato por voluntad de la trabajadora por ser víctima de la violencia de género prevista en el artículo 49.1.m) ET.

En los supuestos contemplados en las causas 1.ª, 2.ª y 6.ª, para poder acceder a esta modalidad de jubilación anticipada, será necesario que el trabajador acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva. El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente. La casuística es muy variada dependiendo de la edad, pero lo normal es:

— Que el asalariado primero agote los dos años de paro en los que el Estado le mantiene la cotización. Posteriormente, cuando termina la prestación por desempleo, el trabajador firma un convenio especial con la Seguridad Social para poder seguir abonando la cotización y, normalmente, ese acuerdo lo financia la empresa.

— Ya con 63 años se puede jubilar aplicando los coeficientes reductores.

— Y si se acumulan 38 años cotizados se puede mantener el 100 % de la prestación jubilándose a los 65 años y los meses que correspondan según va aumentando la edad legal de jubilación por la reforma de 2011. Con la legislación antigua, los coeficientes reductores para la voluntaria estaban entre el 13 % y el 16 % si el empleado se jubilaba dos años antes. Ahora se situarán entre el 13 % y el 21 %, dependiendo de los años cotizados.

b. *El coeficiente aplicable sobre la pensión se determina ahora por mes de adelanto de la jubilación y no por trimestre*. En función del periodo de cotización acreditado, resultan aplicables a la pensión unos coeficientes reductores por cada mes o fracción de mes que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido *ex* artículo 205.1.a) LGSS, de los coeficientes que resultan del siguiente cuadro en función del período de cotización acreditado y los meses de anticipación. (Consultar tablas en el artículo 207 LGSS). Asimismo, el importe penalizado en la pensión se determinará mediante los mismos coeficientes reductores de la jubilación anticipada voluntaria.

c. *En los dos años inmediatamente anteriores a la edad de jubilación ordinaria, se aplican los mismos coeficientes que en la modalidad voluntaria, si es más favorable*. En los dos años inmediatamente anteriores a la edad de jubilación ordinaria, se pasarán a aplicar en determinación de la pensión de jubilación anticipada involuntaria los mismos coeficientes que en la modalidad voluntaria en aquellos supuestos en los que el nuevo coeficiente es más favorable que el que había hasta ahora.

— En estos casos, la reforma establece que a la pensión de jubilación a percibir se le aplicarán una serie de coeficientes reductores por cada mes o fracción de mes en la que se adelante la edad legal. Estos coeficientes oscilarán desde el 0,50 % de reducción por un mes de adelanto si se tienen cotizados 44 años y seis meses o más hasta el 30 % de reducción que se aplicará por adelantar la jubilación cuatro años (48 meses) si el periodo de cotización es inferior a 38 años y seis meses.

— Se abre la posibilidad ahora de que puedan jubilarse anticipadamente cuando hayan dejado de trabajar como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial (despido colectivo; objetivo por causas económicas; y ahora también por otras razones similares).

Estos coeficientes reductores serán menores en la mayoría de los casos, haciendo más atractivo el retraso en la prejubilación. Así, las prejubilaciones de los tramos medios de la tabla de coeficientes serán las más beneficiadas, especialmente las que se hagan con 16, 13 y 19 meses de anticipo.

En el otro lado de la balanza, las prejubilaciones con un mayor anticipo (24 y 23 meses antes, el máximo permitido), así como las que se hacen con uno, dos y tres meses de anticipo serán las más perjudicadas por la reforma, que busca desincentivar estas prejubilaciones buscando alargar la carrera hasta tramos más benignos o bien, directamente, hasta la edad ordinaria de jubilación.

Para las prejubilaciones de los trabajadores con sueldos por encima de la cuantía máxima de las pensiones, se cambiará el actual sistema de coeficientes (que plantea reducciones del 0,50 % por trimestre de anticipo) por el del resto de jubilaciones anticipadas voluntarias, aunque será en un proceso gradual de 10 años que comenzará en 2024. En el caso de aquellos trabajadores con sueldos altos por encima de la pensión máxima, tendrán los mismos coeficientes que el resto de jubilados anticipados (hasta ahora se les reducía la pensión un 0,5 % por trimestre), aunque esta aplicación será a partir de 2024 y en un calendario progresivo de diez años.

d. *Se rebaja el coeficiente reductor correspondiente a cada uno de los seis meses previos a la edad de jubilación ordinaria, respecto de los establecidos para el caso de jubilación voluntaria*. Con todo, la reforma ha mejorado los coeficientes de los últimos seis meses para hacerlos más atractivos. En paralelo, los trabajadores de la jubilación anticipada voluntaria podrán acogerse a los coeficientes de la involuntaria en aquellos casos en los que estuviesen cobrando tres meses el subsidio por desempleo. Estos nuevos coeficientes se han diseñado con la intención de penalizar las jubilaciones anticipadas que tienen lugar pocos meses antes de la edad de jubilación ordinaria y en los casos de mayor adelanto de la jubilación.

Así, las jubilaciones anticipadas más penalizadas por este nuevo sistema son las que tienen lugar con 23 y 24 meses de anticipo y entre uno y tres meses de adelanto. Por el contrario, gracias a este nuevo sistema, otras prejubilaciones se verán favorecidas con coeficientes reductores menores: las que tienen lugar entre 13 y 19 meses de anticipo respecto a la edad de jubilación.

3.3. Jubilaciones anticipadas por razón de la actividad o de la profesión

Estas dos vías de jubilación anticipada atienden a la necesidad o conveniencia social de intensificar la protección de determinados grupos profesionales y sociales con vistas a su retiro de la vida activa, con el fin de compensar su mayor esfuerzo o sus especiales dificultades de ejercicio profesional. Los dos supuestos se contemplaban en un mismo precepto (art. 206 LGSS), pero la Ley 21/2021 ha desglosado la jubilación anticipada por razón de discapacidad en un nuevo precepto legal (art. 206 bis LGSS).

La regulación general de la jubilación anticipada por razón de la actividad se contempla *ex* artículo 206 LGSS (modificado por Ley 21/2021)[97], que prácticamente se limita a dar mandatos e indicaciones al Gobierno para que proceda a su desarrollo reglamentario con vistas a su implantación efectiva: "*La edad mínima de acceso a la pensión de jubilación podrá ser rebajada por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.*" Este cambio favorecerá a personas trabajadoras de sectores de alta penosidad, pudiendo acceder de forma anticipada a la jubilación.

- Se amplía así el número de sectores que disfrutan de esta modalidad.
- Se precisarán con más detalle los indicadores de peligrosidad o penosidad que determinan el acceso a esta modalidad de jubilación anticipada de manera que su aplicación pueda ser efectiva. Y, de cara a que la regulación para estas prejubilaciones sea más efectiva, se actualizarán los índices de peligrosidad, penosidad y toxicidad que determinan el acceso a estas jubilaciones anticipadas particulares[98].
- Se modifica el procedimiento de solicitud.

[97] El desarrollo reglamentario del artículo 206 LGSS fue efectuado por RD 1698/2011, de 18 de noviembre. La DF 2ª Ley 21/2021 da un plazo de tres meses desde el 1 de enero de 2022 para que el Gobierno proceda a la adaptación de esa regulación reglamentaria en los términos que previamente sean acordados con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

[98] Cuadros Garrido, M.E.: "Hacia una reformulación de la jubilación anticipada por razón del grupo o actividad profesional", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019, Vol. 1, 2019, pp. 525-531.

— Los procedimientos de coeficientes reductores para cada profesión (individual) se revisarán en un máximo de 10 años.

Las prejubilaciones por razón de la actividad son aquellas que por toxicidad o peligrosidad pueden dar lugar a jubilaciones anticipadas incluso antes de los dos años previos a la edad ordinaria (art. 206 LGSS). Es el caso de las profesiones "*cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, peligrosa, tóxica o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca*", tales como mineros, pilotos y personal de vuelo, bomberos, toreros, artistas, o policías locales, para los que se contempla la reducción de la edad ordinaria de jubilación (de 65 años para los que hayan trabajado al menos 37 años 3 meses, de 66 años para el resto) aplicando diferentes coeficientes que varían en función de la profesión correspondiente.

Antes de la reforma no existía este derecho. Era el Gobierno de turno el que decidía unilateralmente si se reconocían o no coeficientes reductores a un colectivo concreto, sin que los trabajadores pudieran exigir o reclamar al respecto. Para hacer justo y objetivo el acceso a esta jubilación se ha previsto la regulación mediante real decreto de un procedimiento general que establece los requisitos que deberán cumplir las diferentes actividades para poder acceder a coeficientes de reducción en la edad de jubilación. A partir de ahora, las actividades profesionales que cumplan una serie de requisitos medibles de forma objetiva (volumen de bajas por enfermedad profesional, tasa de incapacidad permanente, accidentes laborales, etc.) podrán reclamar la aplicación del procedimiento y podrán tener, en su caso, coeficientes de reducción de la edad de jubilación.

La edad mínima de jubilación anticipada en estos casos será de 52 años, si bien, se acoge de este modo una reiterada jurisprudencia que abogaba para que, aunque la denominación de esa jubilación vaya acompañada en el texto legal del término "anticipada", esa edad no deja ser una edad ordinaria para el colectivo al que se le aplica[99].

Con la finalidad de mantener el equilibrio financiero del sistema, la aplicación de los coeficientes reductores que se establezcan llevará consigo un incremento en la cotización a la Seguridad Social en relación con el colectivo, sector y actividad que se delimiten en la norma correspondiente, en los términos y condiciones que, asimismo, se establezcan, consistente en la aplicación de un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto a cargo de la empresa como del trabajador. Para ello, deberá determinarse reglamentariamente un procedimiento general tras la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector, penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones del trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral de los trabajadores y los requerimientos físicos o psíquicos exigidos para continuar con el desarrollo de la actividad a partir de una determinada edad, con la advertencia de que el establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación solo procederá cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo.

Como se ha referido antes, para poder acogerse a este modelo de prejubilación, los trabajadores han de tener un mínimo de 52 años y cumplir con el resto de requisitos de la jubilación: encontrarse en una situación de alta o asimilada, así como tener al menos 15 años de cotización, de los cuales, dos, deben darse en los últimos 15 años. Y, para saber a qué edad se pueden jubilar, deben acudir a la normativa que se aplica para su profesión, siempre que esté incluida dentro del listado de profesiones en las que este tipo de prejubilación esté contemplada.

Estas son las personas que pueden cobrar dos pensiones de jubilación a la vez:

[99] Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones…", *Op. Cit.*

a. *Trabajadores incluidos en el Estatuto Minero*: de acuerdo con el Real Decreto 2366/1984, de 26 de diciembre, sobre reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto del Minero, aprobado por el Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, se aplican coeficientes sobre el tiempo trabajado de forma efectiva. Estos coeficientes van del 0,05 al 0,5 y afectan de forma diferente a cada una de las profesiones comprendidas dentro del sector y que aparecen en el texto del BOE[100].

b. *Personal de vuelo de trabajos aéreos*: en este caso, es el Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos, el encargado de disponer de coeficientes reductores para aplicarlos sobre el periodo trabajado con el objetivo de calcular el periodo que se puede adelantar la jubilación: son de un 0,40 para los pilotos y segundos pilotos y de un 0,30 para los mecánicos de aeronave, los navegantes operadores de fotografía aérea, los operadores de medios tecnológicos, los fotógrafos aéreos y los operadores de cámara aérea.

c. *Trabajadores ferroviarios*: a este gremio le regula el artículo 3 del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. También con coeficientes en función del trabajo efectivo y que, en este caso, van del 0,10 al 0,15 dependiendo de la profesión.

d. *Artistas*: bailarines, cantantes y trapecistas que tengan al menos ocho años de carrera en los últimos 21 años podrán jubilarse a los 60 años sin coeficientes reductores de la pensión. El resto de profesiones lo podrá hacer, pero con una reducción del 8 % por año de anticipo respecto a la edad de jubilación.

e. *Profesionales taurinos*: matadores, rejoneadores, y novilleros pueden jubilarse a los 55 años si acreditan 150 festejos, mientras que los toreros cómicos, banderilleros y picadores han de acumular una participación en 200 espectáculos. Los puntilleros pueden jubilarse a los 60 años si tienen acreditados 250 espectáculos y los mozos de estoques y de rejones y sus ayudantes pueden hacerlo a los 65 años o a la edad de jubilación que corresponda. Estos últimos pueden prejubilarse a partir de los 60 años con un 8 % de reducción por año si acreditan al menos 250 espectáculos.

f. *Bomberos al servicio de administraciones públicas*: de acuerdo con el Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, se contemplan coeficientes reductores de la edad de jubilación de un 0,20, aunque con el límite de una edad de jubilación mínima de 60 años o de 59 si se han trabajado 35 años.

g. *Personal de la Ertzaintza*: estos profesionales tienen una regulación similar a la anterior, de un coeficiente reductor de la edad de un 0,20 con el límite de los 60 o 59 años, dependiendo de si se llega a esa cifra de 35 años trabajados.

[100] Por ejemplo, para trabajadores de 26 años de carrera, si tienen derecho a un coeficiente del 0,5 podrán jubilarse 13 años antes de lo previsto, es decir, a los 53.

h. *Policías locales*: también tienen un coeficiente reductor de la edad de jubilación de un 0,20, pero el límite es de cinco años antes de la edad de jubilación o de seis si se trata de personas con al menos 36 años trabajados.

3.4. Jubilación anticipada en caso de discapacidad

Como se ha expresado *supra*, la reforma de las pensiones ha supuesto adicionar un nuevo artículo 206 bis a la LGSS en el que se prevé que las personas con enfermedades que interrumpan o impidan su actividad laboral tengan derecho a prestaciones (en relación con la Disposición adicional 4ª). El criterio para recibir esta pensión de incapacidad es la presencia de "*reducciones anatómicas o funcionales graves; previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral*" después de haber sido tratado y dado de alta[101]. Concretamente, para personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento o en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento siempre que se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida.

Los trabajadores autónomos también podrán acceder a la jubilación anticipada por discapacidad de un 45 % o más. Eso sí, tanto en el caso de los trabajadores por cuenta ajena como en el de los trabajadores por cuenta propia, será preciso acreditar una de las enfermedades especificadas en el texto legal que regula el acceso a la jubilación a los 56 años por discapacidad igual o mayor al 45 %.

También hay casos en los que se deniega el derecho a esta prestación por no cumplir con las condiciones necesarias, situaciones en las que los afectados pueden reclamar mediante procedimientos judiciales. Si bien la Seguridad Social no cuenta con una lista definitiva para delimitar los casos que sí deberían recibir la pensión de incapacidad, hay cinco categorías de enfermedades y afecciones por las que se conceden la mayoría de prestaciones:

— Enfermedades oncológicas. Algunos tipos de cáncer dejan secuelas irreversibles que afectan negativamente a la vida personal y la actividad laboral de una persona. Además, el proceso oncológico de la quimioterapia también puede representar una disminución de las capacidades de afectado para trabajar.

— Enfermedades psiquiátricas. Los trastornos de personalidad, el síndrome de estrés postraumático, la depresión severa y la esquizofrenia son algunas de las enfermedades del espectro psicológico que pueden derivar en la concesión de una pensión por incapacidad permanente, aunque le precede un exhaustivo estudio para justificarlas ante la Seguridad Social.

— Enfermedades del corazón, el oído y los ojos. La pérdida auditiva y pérdida de visión, que se puede asociar a patologías como la hipoacusia, el desprendimiento de retina o el síndrome de Menière, representan una gran cantidad de riesgos que pueden impedir que una persona realice una actividad laboral con todas las garantías necesarias. Lo mismo se puede decir de un número, si es que no la mayoría, de enfermedades cardiacas.

— Enfermedades del aparato respiratorio, digestivo o nervioso. Las personas afectadas por enfermedades que comprometen la normalidad respiratoria, digestiva o neurológica pueden tener derecho a las prestaciones de la pensión de incapacidad

[101] *Vid.* Gala Durán, C.: "La jubilación anticipada de las personas con discapacidad", en *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, Nº. 7, 2020, pp. 56-60.

si estas les impide realizar sus actividades laborales. Incluyen patologías como Parkinson, migrañas, ictus, demencia, apnea del sueño, asma, enfermedad de Crohn, obesidad, insuficiencia renal, esclerosis múltiple y pancreatitis.

— Enfermedades reumáticas o traumatológicas. Los trastornos de salud que involucran al aparato locomotor y tejido conectivo, tanto los que necesitan de un tratamiento quirúrgico como ortopédico, pueden justificar que el afectado reciba una pensión de incapacidad. Estos incluyen la lumbalgia, artritis reumatoide, fatiga crónica, fibromialgia y hernias cervicales.

— Hay cuatro tipos de pensión de incapacidad permanente que dependen del grado de invalidez determinado por un tribunal médico y de la capacidad para trabajar:

    - la incapacidad permanente parcial genera una disminución no inferior al 33 % en la actividad laboral;
    - la incapacidad permanente total impide el desarrollo de la profesión habitual, pero no el de otra actividad que se pueda ejercer con la misma;
    - la incapacidad permanente absoluta inhabilita al trabajador para cualquier profesión u oficio,
    - y una gran invalidez exige que el afectado tenga asistencia personal para realizar actividades cotidianas esenciales.

Este tipo de jubilación anticipada no aplica coeficientes reductores. Los beneficiarios son aquellos trabajadores con un grado mínimo de incapacidad reconocido del 45 %, habiendo cotizado al menos 15 años con la incapacidad reconocida. Si se cumplen esos requisitos es posible jubilarse anticipadamente con 56 años.

El Gobierno remitirá a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, en el plazo de seis meses, un informe acerca de los aspectos relacionados con la protección social de las personas con discapacidad que se recogen en la recomendación 18ª del Pacto de Toledo. Se prestará una atención particular a los problemas que afecten al colectivo de personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo:

— Personas con parálisis cerebral.

— Con trastorno de la salud mental o con discapacidad intelectual, incluidas las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento.

— Personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.

Los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes General y Especiales Agrario, de Trabajadores del Mar y de la Minería del Carbón que realicen una actividad retribuida y durante ésta acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65 %, podrán solicitar la jubilación con 52 años, si bien el trabajador tendrá que acreditar 15 años cotizados a lo largo de su vida, independientemente del momento en el que se le haya reconocido la discapacidad, sin que sea necesario acreditar la naturaleza de la enfermedad para poder percibir la pensión por jubilación anticipada en 2022.

La edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación, se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado los coeficientes que se

indican, siempre que durante los períodos de trabajo realizados se acrediten los siguientes grados de discapacidad:

— El coeficiente del 0,25, en los casos en que el trabajador tenga acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 %.

— El coeficiente del 0,50, en los casos en que el trabajador tenga acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 % y acredite la necesidad del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria.

Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado, se descontarán todas las faltas al trabajo, salvo las bajas médica por enfermedad común o profesional, o accidente (sea o no laboral), las que tengan por motivo la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, acogimiento o riesgo durante el embarazo y las autorizadas reglamentariamente con derecho a retribución.

El Gobierno impulsará una reforma del marco regulador establecido en los Reales Decretos 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía y 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis LGSS en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

4. Complemento para mejora de las pensiones de jubilación de los beneficiarios con amplias carreras de cotización que hayan accedido a la jubilación anticipada entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021

Este complemento, que se ha venido llamando "el plus para los prejubilados", se pagará a personas que se hubieran jubilado anticipadamente entre 2002 y 2021, y que cuenten con más de 44 años y 6 meses de carrera de cotización, o bien que cuenten con al menos 40 años de cotización siempre y cuando en este último caso su pensión sea inferior a 900 euros mensuales[102]. De hecho, ya se encuentra en vigor, abonándose desde marzo de 2022. Por tanto, la dotación se reserva a personas que hubieran accedido a una pensión de jubilación anticipada, voluntaria o involuntaria, antes del 31 de diciembre de 2021 y en las que concurran, además, una serie de requisitos que inmediatamente explicaremos.

Conviene señalar que, aunque este complemento pudiera parecer una contradicción en atención al objetivo pretendido por la reforma, no lo es. Pensemos que el colectivo de personas beneficiarias se jubiló acreditando carreras de cotización muy extensas y percibiendo unas sumas que se regían por la normativa anterior. Sin este complemento se encontrarían en situación de desventaja respecto de las jubilaciones anticipadas con aplicación de los nuevos coeficientes de la reforma.

Dado que el derecho a su percibo se genera con independencia de la causa que motivó la jubilación anticipada, el plus se prevé tanto para la jubilación anticipada involuntaria como voluntaria.

a. En caso de jubilación anticipada involuntaria: las personas beneficiarias de pensión de jubilación causada entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021, que hayan accedido a la pensión de jubilación anticipada de forma involuntaria

[102] Conviene señalar que nada tiene que ver este complemento con la conocida como "paguilla de las pensiones". Esta última es un abono extra de la pensión cuya función es compensar la pérdida de poder adquisitivo experimentada en el ejercicio anterior. Se vincula a una inflación superior a la previsión inicial.

como máximo 4 años antes de alcanzar la edad ordinaria de jubilación, tendrán derecho, con efecto de 1 de marzo de 2022, a ese complemento, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- Se requiere haber accedido a la jubilación anticipada entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021, con el siguiente matiz: si se hubiera procedido a este trámite de modo voluntario, la prejubilación ha de producirse, como máximo, dos años antes de haber alcanzado la edad legal de jubilación.
- Además, se ha de acreditar una cotización mínima de 44 años y medio, pudiendo reducirse esta exigencia hasta los 40 años, como mínimo, en caso de pensiones inferiores a 900 euros al mes.
- El tercer requisito es que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente hubiera sido superior en caso de aplicación de los coeficientes reductores vigentes a 1 de enero de 2022.

b. En caso de jubilación anticipada voluntaria: lo establecido en el apartado anterior también será de aplicación a las personas beneficiarias de pensión de jubilación causada entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021, que hayan accedido a la pensión de jubilación anticipada de forma voluntaria como máximo dos años antes de alcanzar la edad ordinaria de jubilación y reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior.

En relación a su cuantía no se establece una suma exacta, abarcando entre 4,50 euros y 82 euros mensuales y llegando a un total de entre 63 y 1.148 euros adicionales. El cálculo se realiza atendiendo a la diferencia entre la pensión oficial y la que se habría percibido de aplicarse los nuevos coeficientes que ha fijado la normativa para el ejercicio 2022. No hay previsión de un pago único, de modo que el importe correspondiente, se abonará en 14 pagas (incluyendo las pagas extra de verano y navidad). Tendrá la naturaleza de pensión de jubilación y se integrará en la misma a todos los efectos (revalorización, etc.) y sin perjuicio, en su caso, de la absorción del complemento por mínimos que se viniera percibiendo. Queda incluida la aplicación del límite del artículo 57 del TRLGSS[103].

Cuando se trate de pensiones reconocidas al amparo de normas internacionales, para fijar el importe del incremento mensual serán de aplicación las reglas establecidas en dichas normas sobre determinación y cálculo de la cuantía de las pensiones.

El Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS -o Entidad Gestora que corresponda-) reconocerá de oficio el derecho a este complemento en el plazo de tres meses contados a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley. Será la propia Seguridad Social la que realice los cálculos y el aplique de oficio. Para ello, utiliza la base de datos de prestaciones de la Seguridad Social y el fichero general de afiliación, que acreditan, respectivamente, la clase de jubilación anticipada causada y los años de cotización cumplidos.

Este complemento afecta a miles de pensionistas que teniendo más de 44,5 años cotizados (o más de 40 años y pensión inferior a 900 euros) y habiéndose jubilados anticipadamente en estos

[103] El importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad Social por cada beneficiario no puede superar la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

últimos 21 años se verán beneficiados con complementos vitalicios de pensiones a partir del 1 de marzo de 2022[104].

5. Conclusiones y propuestas finales

— La reforma de las pensiones sigue su curso tras la aprobación por el Gobierno de la primera pata de la reforma de las pensiones, de cara a su puesta en marcha de forma efectiva desde 2022. Con esta norma, se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y se recogen las principales recomendaciones del Pacto de Toledo, que también se integran en el componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Precisamente, con el objetivo de alinear la edad efectiva y la edad real de jubilación, la modificación de la jubilación anticipada, en esta reforma, es una de las grandes vías de actuación. Como hemos razonado, queda claro que el nexo ineludible entre la sostenibilidad del sistema y la accesibilidad, no discriminatoria, a esta modalidad de jubilación es un equilibrio muy complejo de conseguir y que, de forma cada vez más marcada, el sistema, interno y supranacional, mantendrá y potenciará la rigidez de los requisitos de acceso con el fin de, progresivamente, relegar esta modalidad de jubilación anticipada a un uso residual y muy puntual.

— En esta materia, la reforma recoge tres cambios importantes referidos a los coeficientes reductores que reducen la cuantía de la pensión de los trabajadores cuando deciden jubilarse antes de la edad ordinaria. En concreto, se modifican los propios coeficientes reductores con nuevos porcentajes que reducen de forma diferente las pensiones de los prejubilados, y se establece que dichos coeficientes sean mensuales y se apliquen sobre la cuantía de la pensión. También, se modifican los propios coeficientes reductores con nuevos porcentajes que reducen de forma diferente las pensiones de los prejubilados y que están destinados, especialmente, a penalizar las jubilaciones que tengan lugar en los primeros meses (24 y 23 meses antes) de anticipo y los últimos (entre 1 y 3 antes de la edad ordinaria).

— Todas estas medidas tendrán una influencia más o menos evidente en los trabajadores que se prejubilen a partir de los próximos años, pero existe un grupo determinado de personas que verán cómo se penaliza más las jubilaciones anticipadas en determinados supuestos. En estos casos, la comparación entre el panorama actual y el que quedará tras la reforma hablará de situaciones en las que será menos ventajoso jubilarse, ya que se perderá una mayor parte de la pensión. Aunque en la mayoría de los casos los coeficientes nuevos son beneficiosos, las prejubilaciones más perjudicadas son las que se hacen con 24 y 23 meses de anticipo y las que se hacen en los últimos tres meses de anticipo, a falta de entre uno y tres meses para la edad de jubilación. Esto tiene como objetivo retrasar las prejubilaciones más prematuras y fomentar la jubilación ordinaria en las prejubilaciones más tardías. No obstante, hay diferencias en la influencia de estos cambios. En función del número de años cotizados previamente, los trabajadores que se quieran prejubilar sufrirán recortes mayores o menores en su pensión.

[104] Según la memoria económica que en su día remitió el Gobierno al Congreso de los Diputados, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones calculó que la medida podría afectar a más de 237.000 pensionistas; si bien, debe tenerse en cuenta la exclusión de unas 24.000 personas jubiladas anticipadamente, por cobrar la prestación máxima del sistema.

— No serán, eso sí, los únicos que tendrán cierto margen con la entrada en vigor de las nuevas jubilaciones anticipadas. Basado el cambio en una mayor equidad del sistema, las personas que tienen sueldos por encima de la cuantía máxima de las pensiones verán como los coeficientes que se les aplican será iguales que los del resto de trabajadores cuando ahora son del 0,5 % por trimestre. Estas personas, dado el carácter perjudicial de la medida para sus intereses, ya que estos trabajadores tenían coeficientes menores sobre cantidades mayores), tendrán un periodo de transición, ya que la reforma será a partir de 2024 y de forma progresiva, en un periodo de 10 años.

— Ahora bien, entrando a valorar el impacto de la reforma en su conjunto, se desprende un resultado alejado de las recomendaciones y demandas realizadas en este ámbito desde la Comisión Europea. En sus últimas indicaciones sustanciadas en forma de recomendaciones específicas para España se abandonaba la idea de menguar la tasa de sustitución de la pensión pública, que ronda el 80 % en nuestro país y acercarla a niveles más similares a los de los socios de la UE. Simplemente instar al Gobierno español a llevar a cabo una reforma que haga plenamente sostenible el sistema público, dado que tras la pasada crisis financiera venía registrando déficits anuales de entorno al 1,5 % del PIB. Y sobre esta premisa de reequilibrar las cuentas de la Seguridad Social, no parece que la primera pata de la reforma, ni tampoco la segunda, impliquen una senda de gasto a la baja. Todo lo contrario. De hecho, el Gobierno asume que en esta primera remesa de actuaciones no se dará solución al desequilibrio presupuestario del Sistema.

— Contando con que la reforma haya acertado en el ajuste de todas las piezas que conforman el engranaje del sistema de pensiones de modo que coadyuven, sincronizadamente, a la contención del gasto y a pensiones dignas es probable que la búsqueda del objetivo -necesario y deseado- tenga su espacio más complejo, pero más efectivo, en la adopción de medidas que operen sobre el mercado laboral. Consideramos, que, aunque como parte de las soluciones se haya apostado acertadamente por endurecer la jubilación anticipada, se tratará de una medida inútil (incluso injusta) si no se mejora paralelamente la calidad del empleo, consiguiendo no solo aumentar el número de ocupados y cotizantes, sino también los ingresos vía cotizaciones sociales, al menos a un ritmo que permita el mantenimiento del gasto (precisamente el empeoramiento de las condiciones laborales ha sido la otra cara de la "mejora" de las cifras de empleo). La fijación, en un espacio único, de una penalización desmedida a un trabajador que ha cotizado entre 40 y 50 años a la Seguridad Social y la ausencia de fórmulas efectivas que impidan la expulsión indiscriminada del mercado de trabajo y, en muchas ocasiones, encubierta, carece de racionalidad y de equidad

— Estimamos, pues, que la pervivencia del sistema exige, antes de nada, aquilatar normativamente diversas debilidades estructurales del mercado de trabajo mediante un tratamiento holístico e integral del problema, considerando las potentes sinergias entre ámbitos concurrentes. Por tanto, se trata no sólo de diseñar fórmulas, propuestas y planes de actuación que contribuyan a invertir esta tendencia de jubilarse anticipadamente, sino de volver a tasas medias históricas de crecimiento de la productividad como condición imprescindible para garantizar la sostenibilidad sin apuros del sistema público de pensiones y, más generalmente, de nuestro estado del bienestar. Necesitamos políticas activas de empleo mediante las que se establezcan incentivos atractivos para favorecer las carreras profesionales más largas, priorizando la formación permanente de los trabajadores mayores, haciendo

hincapié en la capacitación y adaptación a la transformación digital (que disminuiría la brecha sufrida por los trabajadores sénior), invertir más en I+D, para aumentar la productividad, eliminar la precariedad laboral y la discriminación hacia las mujeres", tener una política migratoria "receptiva" y, complementariamente, fomentar la ampliación voluntaria de la vida laboral más allá de los 67 años.

6. Bibliografía

Asquerino Lamparero, M.J.: "La jubilación anticipada", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 3/2013, Editorial Aranzadi, pp. 1-13.

Barcelón Cobedo, S.: "Desde la condición de activo a la jubilación anticipada", en *Documentación Laboral*, (Ejemplar dedicado a: Régimen jurídico de las transiciones laborales), 2015, pp. 155-172.

Benito Benítez, M.A.: *El impacto de género en el sistema de pensiones*, Bomarzo, 2019.

Boado-Penas. M.C.: "Reformas del sistema de pensiones. La Experiencia Sueca", *Documentos de trabajo* (FEDEA), Nº 3, 2021, pp. 1-26.

Bogoni, M.: "Jubilación anticipada voluntaria, discriminación indirecta y objetivos de política social: el impacto de la reciente jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 242/2021, Editorial Aranzadi, pp. 1-13.

Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación", *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 3, 2022.

Conde-Ruiz, J.I. y González, C.I.: "La «Reforma silenciosa»: Los efectos de los límites máximos y mínimos (de cotización y pensiones) sobre la sostenibilidad del sistema", *Fondo de Investigación de Investigación de la Protección Social* (FIPROS) al amparo de la Orden TIN/731/2011, de 25 de marzo, 2012, pp. 1-56.

Cuadros Garrido, M.E.: "Hacia una reformulación de la jubilación anticipada por razón del grupo o actividad profesional", VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019, Vol. 1, 2019, pp. 525-531.

De la Fuente, A., García Díaz, M.A., Sánchez, A.R.: "El Mecanismo de Equidad Intergeneracional: una disposición poco equitativa, insuficiente y confusa", FEDEA, Apuntes 2022/02, enero de 2022.

De la Fuente, A., García Díaz, M.A., Sánchez, A.R.: "La salud financiera del sistema público de pensiones español: proyecciones de largo plazo y factores de riesgo", *Hacienda Pública Española / Review of Public Economics*, 229-(2/2019), pp. 123-156, 2019, Instituto de Estudios Fiscales. (https://doi.org/10.7866/hpe-rpe.19.2.5).

Domínguez Martínez, J.M.: "La sostenibilidad de las pensiones públicas en España: aspectos básicos", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, mayo - octubre 2021 - núm. 3, pp. 276-290.

Esteban Legarreta, R. y Gala Durán, C.: "El retroceso en la protección social de los trabajadores de edad en materia de desempleo y jubilación", *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, Vol. 3, 2016 (Ejemplar dedicado a: L'ocupació emergent), pp. 25-39.

Fernández Ramírez, M.: "Empleo juvenil, jubilación y Previsión Social Complementaria. La incierta transición desde el modelo de compartimentos estancos a la estrategia de los vasos comunicantes", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, Nº 22, 2020, pp. 27-69.

Fernández Ramírez, M.: "Las nuevas tecnologías y la incidencia en el empleo de los mayores", en VV.AA.: *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Marina Fernández Ramírez, M.A. Gómez Salado, J.L. Ruiz Santamaría; F. Vila Tierno (Dir.), S. Perán Quesada (Dir.), J. Raso Delgue (Dir.), A. Sánchez Castañeda (Dir.), F.J. Tapia Guerrero (Dir.), A. Rodríguez Azcúe (Dir.), ed. Bomarzo, 2022, pp. 561-586.

Fernández Ramírez, M.: "Prolongación de la vida activa laboral como factor de sostenibilidad del sistema de pensiones: diagnosis actual de una medida clave", en VV.AA.: *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores* / Coord. por M.A. Gómez Salado; F. Vila Tierno (Dir.), M. Gutiérrez Bengoechea (Dir.), 2021, pp. 527-557.

Frades Pernas, J. *et altri*: *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*, Fundación Francisco Largo Caballero, Ministerio de Empleo y S. Social, 2011.

Gala Durán, C.: "La jubilación anticipada de las personas con discapacidad", en *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, Nº. 7, 2020, pp. 56-60.

Gala Durán, C.: "La relación entre la jubilación y la negociación colectiva tras las últimas reformas", *Documentación Laboral*, núm. 112-Año 2017-Vol. IV, pp. 143-161.

Gala Durán, C.: "Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual", II-parte, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, (FIPROS/2006/44).

Gala Durán, C.: "Pensiones. Jubilación. Las novedades en materia de seguridad social del año 2022: la Ley de Presupuestos Generales del Estado, la Ley 21/2021 y el RDL 32/2021. Presupuestos Generales del Estado", *La Administración Práctica*, núm. 3/2022, Editorial Aranzadi, pp. 1-13.

González Ortega, S.: "La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6, Nº 1 (Abr), 2013, pp. 33-60.

González Rabanal, M.C.: "La crisis de la Seguridad Social en el marco de la Constitución", *Revista de Política Social*, núm. 148, octubre-diciembre 1985, pp. 63-90.

Hernández De Cos, P., Jimeno, J.F., Ramos, R.: "El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma", *Documentos Ocasionales*, Banco de España, 1701/2017, pp. 1-51.

Laborda Herrero, J., Laborda Herrero, R., Inurrieta Beruete, A.: "El sistema de pensiones de reparto frente a los sistemas financiados. Una crítica a la teoría neoclásica", *Estudios de economía aplicada*, Vol. 33, Nº 3, 2015 (Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad y Suficiencia de los Sistemas de Pensiones: Reparto *vs.* Capitalización), pp. 759-782.

López Cumpre, L.: "El «derecho» a la pensión futura", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, mayo - octubre 2021, núm. 3, pp. 85-117.

Luque Guerrero, E.: ¿Qué hay detrás de la Reforma de Pensiones?, *El Viejo topo*, Nº. 406 (noviembre), 2021, pp. 10-13.

Macías García, M.C.: ¿Es requisito necesario la situación de asimilación al alta para el acceso a la jubilación anticipada involuntaria?, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, Nº. 3, 2021 (Ejemplar dedicado a: La protección social de los mayores frente al reto de la sostenibilidad y suficiencia de las pensiones), pp. 238-258.

Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, Nº. 467, 2022, pp. 149-188.

Martínez Barroso, M.R.: "El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 103/2010, pp. 99-127.

Méjica García, J.M.: "Pensiones de jubilación anticipada: los últimos cambios interpretativos de la Seguridad Social y sus perturbadoras consecuencias", *Actualidad del derecho sanitario*, Nº. 218, 2014, pp. 665-668.

Monereo Pérez, J.L.: "Gestión pública y gestión privada de las pensiones", Madrid, X Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 2013, pp. 383-436.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El mantenimiento sistema y la intensidad protectora de las pensiones públicas en España. El acuerdo de concertación social 2021en el proceso de reforma del sistema de pensiones", en VV.AA.: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español* / Coord. por M.I. Granados Romera; J.A. Fernández Bernat; J.L. Monereo Pérez (Dir.), J.A. Maldonado Molina (Dir.), 2021, pp. 265-296.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum* nº 25 (4º Trimestre 2020), pp. 13-32.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, *Laborum* nº 30 (1er Trimestre 2022), pp. 11-60.

Monereo Pérez, J.L.: "La reforma de la jubilación", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 29-30, 2012 (Ejemplar dedicado a: número extraordinario, monográfico sobre la Reforma del Sistema de Seguridad Social por la Ley 27/2011, de 1 de agosto).

Montoya Melgar, A.: "La vejez ante el Derecho del Trabajo", *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2013, núm. 159.

Moraga, M. y Ramos, R.: "Tendencias recientes en la edad de acceso a la jubilación", *Boletín económico - Banco de España*, Nº. 4, 2020, pp. 1-18.

Moreno Romero, F.: "El diálogo entre empleo y pensiones en el marco de la Unión Europea", *Revista de Administración Pública* 42, volumen (2011), pp. 103-142.

Moreno Romero, F.: "Las jubilaciones anticipadas y el RDL 5/2013 de 15 de marzo", en VV.AA.: *El impacto de la gran crisis mundial sobre el derecho del trabajo y de la seguridad social: su incidencia en España, Europa y Brasil*, Burriel Rodríguez-Diosdado (Coord.) y García Ninet, I (Dir.), 2008-2014 / 2014, pp. 705-728.

Panizo Robles, J.A.: "Las recomendaciones del Pacto de Toledo, los acuerdos sociales y las reformas legislativas consiguientes", en VV.AA.: *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*, Jaime Frades (Coord.), Fundación Francisco Largo Caballero, Ministerio de Empleo y S. Social. 2011, pp. 591-656.

Pérez del Prado, D.: "El debate actual sobre el futuro de las pensiones: algunos datos para el análisis", *Revista de Información Laboral* núm. 9/2018, Editorial Aranzadi, pp. 1-12.

Redondo Rincón, G.: "Reparto *versus* capitalización. Estudio comparativo de los sistemas financieros de pensiones de jubilación de siete países de la Unión Europea" en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS): [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019], Vol. 2, 2019, pp. 639-663.

Romagnoli, U.: *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, Madrid (Consejo Económico y social), 1977.

Sánchez Trigueros, C.: "Jubilación anticipada de mujeres con pensión inferior a la mínima. Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2021 (C-843/2019)", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, Nº. 2, 2021, pp. 199-209.

Sempere Navarro, A.V.: "Nuevas claves de la jubilación", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 861/2013, Editorial Aranzadi, pp. 1-5.

Téllez Valle, V.: "La jubilación anticipada", en VV.AA.: *Las políticas de empleo en el ámbito autonómico: una visión desde Extremadura* / F. J. HIERRO HIERRO (Dir.), 2020, pp. 199-243.

Tortuero Plaza, J.L.: "La construcción de un nuevo marco para el sistema de pensiones en España", en VV.AA.: *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Coord. por Marina Fernández Ramírez, M.A. Gómez Salado, J.L. Ruiz Santamaría; F. Vila Tierno (Dir.), S. Perán Quesada (Dir.), J. Raso Delgue (Dir.), A. Sánchez Castañeda (Dir.), F.J. Tapia Guerrero (Dir.), A. Rodríguez Azcúe (Dir.), 2022, pp. 629-658.

Trillas Fonts, A.: "La cara b de la jubilación anticipada", en *Alternativas económicas*, Nº. 92 (junio), 2021, pp. 24-25.

Urcelay Lecue, M.C.: "La negativa del INSS a conceder una jubilación voluntaria anticipada a una trabajadora no es discriminatoria por razón de sexo", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2021, Editorial Aranzadi, pp. 1-5.

Valls Giménez, J.F.: "La OCDE no quiere jubilaciones anticipadas", en *El farmacéutico: profesión y cultura*, Nº. 336 (ABR 15), 2005, pp. 136.

La jubilación activa y la mejora en el régimen de su compatibilidad con el trabajo

Xosé Manuel Carril Vázquez
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de A Coruña
ORCID: 0000-0001-9860-8097

> *«La sociedad impone a la inmensa mayoría de los ancianos un nivel de vida tan miserable que la expresión "viejo y pobre" constituye casi un pleonasmo; a la inversa, la mayoría de los indigentes son viejos. Los ocios no abren al jubilado posibilidades nuevas; en el momento en que el individuo se encuentra por fin liberado de coacciones, se le quitan los medios de utilizar su libertad. Está condenado a vegetar en la soledad y el aburrimiento, es un puro desecho. Que durante los quince o veinte últimos años de su vida un hombre no sea más que un desecho es prueba del fracaso de nuestra civilización»*
>
> Simone De Beauvoir[1]

I. La opción metodológica por la jurisprudencia de intereses

En España[2], el Derecho «que es», en materia de jubilación activa (entendiendo por tal, en términos muy generales, la compatibilidad entre pensión de jubilación y rentas del trabajo), aparece exhaustiva, clarificadora y magistralmente tratado en la segunda edición de una muy

[1] Beauvoir, S.: *La vejez*, traducción de Aurora Bernárdez, Barcelona, Edhasa, 1983, p. 13.

[2] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

reciente monografía de los profesores MONEREO PÉREZ y RODRÍGUEZ INIESTA, titulada *La pensión de jubilación*[3]. Son casi cuatro decenas de densas páginas[4], que darían para llenar las tres ponencias de esta mesa, en la que yo soy solamente un ponente. Esta publicación ejemplar me ha facilitado mucho las cosas, pues el título de mi ponencia me pide que me pronuncie sobre el Derecho «que debería ser», en materia de jubilación activa, resultando obvio que teorizar sobre el deber ser (en alemán, «*Sollen*») presupone conocer antes lo que es, esto es, el ser del asunto a tratar (en alemán, «*Sein*»)[5].

Lógicamente, el recién citado escrito magistral sobre la jubilación activa está construido aplicando la tradicional metodología jurídica catedrática del continente europeo, también llamada «jurisprudencia de conceptos». Yo me propongo, en cambio, con toda humildad, aplicar una metodología muy distinta para teorizar sobre el deber ser de la jubilación activa -apoyándome siempre en la sólida conceptuación jurídica realizada por los profesores MONEREO PÉREZ y RODRÍGUEZ INIESTA-, que es la de la llamada «jurisprudencia de intereses», en relación con la cual cuento con sólidas y muy recientes guías doctrinales, para así conjurar eficazmente el riesgo de poder irme por las ramas o de perderme[6].

Esta metodología me obligará a identificar e individualizar los concretos intereses enfrentados en la jubilación activa (cfr. *infra*, 2), así como a exponer cómo se encuentran formalizados dichos intereses contrapuestos, en los dos preceptos reguladores de mi tema en la Ley General de la Seguridad Social, que son sus artículos 213 y 214 (cfr. *infra*, 3). Tras esto, una vez identificados e individualizados los concretos intereses que considero que deberían ser predominantes (o si se quiere, «vencedores») en materia de jubilación activa, realizaré concretas propuestas de mejora de la regulación vigente de dicho tema, relativas al campo en que juega la jubilación activa plena o total (cfr. *infra*, 4), así como al papel que deben jugar las denominadas cotizaciones de seguridad social «de solidaridad» (cfr. *infra*, 5), supuesto que mi intervención aquí es «*social security friendly*», pues me considero firmemente comprometido en la defensa del servicio público prestado por la seguridad social (cfr. *infra*, 6), que es el servicio público por antonomasia en los Estados modernos[7].

II. Los intereses contrapuestos en la jubilación activa

En mi opinión, los intereses presentes y contrapuestos en la jubilación activa son muy claros, y cabe reconducirlos a tres. En primer lugar, el interés de una persona física o natural, como ustedes y yo, que es la persona jubilada, la cual pretende compatibilizar el cobro de su pensión de jubilación con rentas o ingresos adicionales procedentes de su propio trabajo. En segundo lugar, el interés contrapuesto de los llamados interlocutores sociales («encarnados», valga la metáfora, por muy diversas personas jurídicas, a su vez contrapuestas entre ellas, que son las entidades patronales y las entidades sindicales), aquí paradójicamente actuantes de común acuerdo, pues colocadas ante el dilema de tener que elegir entre el empleo de personas jóvenes y el empleo de personas viejas, optan con claridad por dar preferencia absoluta a las primeras (piénsese, por ejemplo, en

[3] Publicada por Laborum (Murcia, 2022), 398 pp.

[4] *Ibidem*, pp. 119 y ss.

[5] Sobre la paternidad de la distinción entre «ser» y «deber ser», atribuible a KELSEN, véase Legaz Lacambra, L.: *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., Barcelona, Bosch, 1979, pp. 51-52.

[6] Véase, con manejo de la obra del catedrático alemán Philipp HECK (padre de la «jurisprudencia de intereses»), Martínez Girón, J.: «Reestructuraciones empresariales», en el volumen *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 23 y ss.

[7] Al respecto, véase Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 31 y 424.

la realidad cotidiana de los EREs, que no constituyen la puerta de salida del «mercado» laboral de las personas trabajadoras jóvenes, sino justamente la de las personas trabajadoras menos jóvenes y, por supuesto, de las personas trabajadoras viejas)[8]. En tercer lugar, el interés representado por la seguridad social, que nunca podría salir perjudicado en el conflicto de intereses mantenido por la persona física jubilada que pretende seguir siendo activa, de un lado, y los interlocutores sociales que no miran con simpatía su derecho a seguir trabajando, del otro. Pues bien, sobre la base de que en ese conflicto de intereses me parece que debe prevalecer el interés de la persona jubilada a seguir trabajando (y consecuentemente, que considero interés claudicante el de los interlocutores sociales, en relación con un rejuvenecimiento ciego o dogmático de las plantillas de las empresas), razonaré dentro de un momento que el interés de la seguridad social a no ser dañada en absoluto resulta plenamente compatible con la proclamación del interés de la persona jubilada[9], como interés vencedor, así como con la proclamación del interés de los interlocutores sociales, como interés claudicante, decadente o vencido.

III. La formalización de los intereses contrapuestos en la jubilación activa, en los artículos 213 y 214 de la ley general de la Seguridad Social

En realidad, la jubilación activa es un género, que comprende dos grandes especies distintas, aunque -por paradójico que pueda resultar- no hayan sido todavía oficialmente bautizadas en España[10]. La primera es la que podría denominarse jubilación activa total o absoluta,

[8] Al respecto, véase Martínez Girón, J.: *La discriminación laboral por edad en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio crítico-comparativo desde la perspectiva del Derecho español*, A Coruña, Netbiblo, 2014, pp. 7 y ss. Sucede lo mismo en relación con la modificación del contrato de trabajo (regulada en los artículos 39, 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatutos de los Trabajadores), porque, a diferencia del Derecho francés y alemán (que coinciden en la imposibilidad de que el empresario seleccione sin criterio legal objetivo alguno quién, por sus cargas familiares, edad, antigüedad, etc., será la persona trabajadora afectada por la medida empresarial de modificación del contrato de trabajo), solamente el artículo 40 (después de disponer en su apartado 7, inciso primero, que los «representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo») se remite a lo que se pueda acordar al respecto en la negociación colectiva, limitándose afirmar, siempre con carácter desregulador, que mediante «convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad» (apartado 7, inciso segundo). Véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A. : *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 4ª ed., Barcelona, 2016, pp. 130-132.

[9] Sobre la fuerte tensión que existe en España en torno a los conceptos «envejecimiento activo» y «sostenibilidad del sistema de pensiones» y proponiendo soluciones al respecto, resulta realmente interesante y útil la lectura de López Insua, B.M.: «La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2018, Vol. III, número 1, pp. 74-108; y «La protección frente al despido ilegítimo de los trabajadores mayores», VV.AA.: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dir.), Granados Romera, M.I. y Fernández Bernat, J.A. (Coord.), Granada, Comares, 2021, pp. 121-154

[10] Como se ha puesto de manifiesto, en el concepto legal de la prestación económica por causa de jubilación (contenido en el artículo 204 de la Ley General de la Seguridad Social) hay dos elementos clave de la contingencia, que son «la edad establecida» y «el cese en el trabajo por cuenta ajena», que posibilitan la existencia de diferentes tipos de pensiones de jubilación contributiva, en la medida en que hay un tipo clave o tipo modelo, que es la pensión de jubilación contributiva «ordinaria» (así llamada porque se otorga al tiempo de cumplir el trabajador una edad asimismo ordinaria de jubilación, en la que se produce el cese), y otros tipos o modelos como consecuencia de haber tocado alguno de los elementos claves antes vistos (edad y cese), que es lo que sucede cuando se establece una edad de jubilación distinta de la ordinaria (como en los casos de la pensión por jubilación contributiva anticipada y de la pensión por jubilación contributiva prorrogada) o se permite compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo (como en los casos de la pensión por jubilación contributiva parcial y de la pensión contributiva flexible, en la que figura como una de sus variantes la jubilación activa). Al respecto, véanse Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 157-158 y 169.

denominándola la jurisprudencia jubilación activa «plena»[11], que es la que permite compatibilizar la pensión de jubilación en su integridad (esto es, sin deducciones en su cuantía) con las rentas provenientes del trabajo, cualquiera que sea este último (bien por cuenta propia, bien por cuenta ajena). La segunda, por su parte, a denominar -por contraposición a la anterior- jubilación activa parcial, relativa o limitada, provoca que las rentas de trabajo del jubilado impacten negativamente sobre su pensión de jubilación, reduciendo la cuantía de la misma. Pues bien, sobre la base de que nuestra Ley General de la Seguridad Social regula la jubilación activa no sólo en su artículo 214 (rotulado «Pensión de jubilación y envejecimiento activo»)[12], sino también en su artículo 213 (rotulado «Incompatibilidades»)[13], no queda más remedio que concluir que a día de hoy

[11] Véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 junio 2021 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2021/319142), Fundamento de Derecho segundo, párrafo quinto.

[12] Según el cual, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 213, resulta que: 1) «el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, en los siguientes términos: a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205.1.a), sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado. b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por ciento. c) El trabajo compatible podrá realizarse por cuenta ajena, a tiempo completo o a tiempo parcial, o por cuenta propia» (apartado 1); 2) la «cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista» (apartado 2, párrafo primero), aunque, «si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento» (apartado 2, párrafo segundo), revalorizándose la pensión «en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social» (apartado 2, párrafo tercero, inciso primero), pero, «en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento, excepto en el supuesto de realización de trabajos por cuenta propia en los términos señalados en el párrafo anterior» (apartado 2, párrafo tercero, inciso segundo); 3) el «pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo» (apartado 3); 4) el «beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos» (apartado 4); 5) finalizada «la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación» (apartado 5, inciso primero) e igual «restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia cuando no se dieran las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del apartado 2» (apartado 5, inciso segundo); 6) la «regulación contenida en este artículo se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente» (apartado 6, párrafo primero); y 7) las «previsiones de este artículo no serán aplicables en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que será incompatible con la percepción de la pensión de jubilación» (apartado 6, párrafo segundo).

[13] Según el cual: 1) el «disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen» (apartado 1, párrafo primero); no obstante lo anterior, «las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan» (apartado 1, párrafo segundo, inciso primero) y durante «dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable» (apartado 1, párrafo segundo, inciso segundo); 2) el «desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación, en su modalidad contributiva» (apartado 2, párrafo primero), de modo que la «percepción de la pensión indicada quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus revalorizaciones» (apartado 2, párrafo segundo), aunque con ciertas salvedades, dado que la «incompatibilidad a que se refiere este apartado no será de aplicación a los profesores universitarios eméritos ni al personal licenciado sanitario emérito a los que se refiere el artículo 137.c)» (apartado 2, párrafo tercero); 3) también «será incompatible el percibo de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, con el desempeño de los altos cargos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley 3/2015, de 30 de mayo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado» (apartado 3); y 4) el «percibo de la

para nuestro Derecho de la Seguridad Social el interés de la persona jubilada a compatibilizar totalmente su pensión de jubilación con las rentas de su trabajo es un interés secundario o accesorio (o si se quiere, con terminología propia de la «jurisprudencia de intereses», un interés claudicante, derrotado o vencido).

En efecto, como ponen de relieve los profesores MONEREO PÉREZ y RODRÍGUEZ INIESTA, la regla general en España es la de la compatibilidad meramente parcial entre trabajo y jubilación[14], pues la compatibilidad total se reserva sólo para dos supuestos excepcionales, que son los siguientes: 1) el del apartado 4 del artículo 213 de la Ley General de la Seguridad Social, que le permite a la persona jubilada continuar percibiendo el cien por cien de la pensión de jubilación, siempre y cuando desarrolle trabajos autónomos marginales (literalmente, «el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual»)[15]; y 2) el del apartado 2, párrafo segundo, del artículo 214 de la Ley General de la Seguridad Social, que también le permite a la persona jubilada mantener incólume su pensión de jubilación, siempre y cuando pase ahora a desarrollar una actividad no como mera persona trabajadora autónoma, sino como una auténtica persona empresaria (literalmente, «no obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento»).

En mi opinión, estos dos preceptos no regulan dos supuestos de verdadera jubilación activa fisiológica, sino que los supuestos regulados por dichas normas son, en realidad, supuestos de jubilación activa patológica. En un caso, por referirse el precepto a una persona jubilada que pasa a convertirse en trabajadora autónoma «hipo-activa» (si fuese una activa normal o estándar, quedaría negativamente impactada su pensión de jubilación), mientras que en el otro caso el precepto se refiere, en cambio, a una persona trabajador autónoma «híper-activa», obligada por la norma -si es que no quiere ver disminuida la cuantía de su jubilación- a convertirse en lo que nunca quiso o pudo ser (esto es, una auténtica persona empresaria empleadora de personas que realizan su trabajo de forma asalariada o por cuenta ajena).

IV. Justificación de la mejora relativa a la ampliación del terreno en que juega la jubilación activa plena o total

Estos dos únicos supuestos (y especialmente, el de la jubilación «híper-activa», regulado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 214 de la Ley General de la Seguridad Social) convierten el Derecho español, en materia de compatibilidad plena o total entre trabajo y jubilación, en una caricatura de lo que debiera ser, y -lo que es más grave- nuestro legislador de seguridad social es plenamente consciente de ello. Lo prueba el hecho de que en 2017, al tiempo que se regulaba el citado supuesto de jubilación «híper-activa», se incluyese una disposición extravagante en la Ley General de la Seguridad Social, a cuyo tenor «dentro del ámbito del diálogo social, y de los acuerdos en el seno del Pacto de Toledo, se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulado en el párrafo segundo

pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual» (apartado 4, párrafo primero, inciso primero) y quienes «realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social» (apartado 4, párrafo primero, inciso segundo), aunque estas actividades especificadas «por las que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social» (apartado 4, párrafo segundo).

[14] Véase Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, cit., pp. 122-123.

[15] Párrafo primero, inciso primero.

del apartado 2 del artículo 214 de la presente Ley»[16]. En este asunto, resultó decisiva durante la tramitación parlamentaria la iniciativa del PDeCAT, por aquel entonces encuadrado en el grupo mixto del Congreso, que razonaba la necesidad de potenciar la compatibilidad total entre trabajo y jubilación, afirmando lo siguiente: «En esta misma línea se incorpora una cuestión que para nosotros es clave para el apoyo político a esta iniciativa, que es avanzar en la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación al cien por cien y la realización de trabajos por cuenta propia. Es una demanda que diversos grupos de la Cámara hemos ido planteando a lo largo de estos años. Con esta medida avanzamos en la línea de facilitar que voluntariamente aquellas personas ya jubiladas que quieran continuar siendo activas lo puedan hacer. Lo hacemos desde la convicción de que no se trata de corregir una insuficiente cuantía de la pensión, sino de reconocer que hay personas que más allá de los sesenta y cinco años quieren continuar aportando al mundo de los negocios, de las empresas y del emprendimiento sus energías, sus ideas y sus propuestas. En una sociedad donde el reto que tenemos es el del envejecimiento, es un valor que va a ayudar a una mejor gestión del impacto del envejecimiento en nuestra sociedad aprovechando el potencial de muchos séniors y maduros en el campo de los negocios»[17].

Ocurre, sin embargo, que han transcurrido cinco años desde que se promulgó esta norma, sin que se haya dado cumplimiento a sus previsiones. En mi opinión, ello se debe a la resistencia de los interlocutores sociales (en cuanto que causa eficiente del «diálogo social» aludido en la propia norma) a ampliar el terreno en que juega la jubilación activa plena o total, pues el Pacto de Toledo (asimismo expresamente mencionado en el precepto en cuestión) recomienda vehementemente desde 2011 la ampliación de ese terreno de juego, aduciendo para justificarla razones de Derecho comparado (literalmente, «resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral»)[18]. Y estas mismas razones de Derecho Comparado son las que emplea el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo[19], afirmando en su exposición de motivos -siempre en relación con la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena «para favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores»-, que esta «posibilidad muy restringida en el ordenamiento español hasta la fecha, es habitual en las legislaciones de países del entorno»[20].

A pesar de ello, algo se ha avanzado desde entonces -aunque más bien poco- en la ampliación del terreno en que juega la jubilación activa, pues la Ley 21/2021, de 28 diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, flexibilizó el régimen jurídico de la jubilación

[16] Disposición final sexta bis (rotulada «Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena»), añadida por la disposición final quinta, apartado dos, de la Ley 6/2017, de 24 octubre, de Reformas urgentes del trabajo autónomo.

[17] Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*, núm. 280, 29 junio 2017, p. 3.

[18] Véase la recomendación número 12 («Edad de jubilación») el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 25 enero 2011 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, serie D, 31 enero 2011), p. 28.

[19] Al respecto, siempre delimitando lo que es «envejecimiento activo», véanse López Aniorte, M.C.: «Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, número 164, pp. 55-86; y Baylos Grau, A.: «A propósito del llamado envejecimiento activo», *Revista de Derecho Social*, 2019, número 87, pp. 13-36.

[20] Siempre en relación con la citada recomendación número 12 («Edad de jubilación»), véase su punto III, párrafo primero.

activa, al suprimir los requisitos que gravitaban sobre las empresas contratantes de personas jubiladas, los cuales aparecían regulados en el apartado 6 del artículo 214 de la Ley General de la Seguridad Social, y que se referían literalmente a todo lo siguiente: 1) «Las empresas en las que se compatibilice la prestación de servicios con el disfrute de la pensión de jubilación conforme a lo dispuesto en este artículo no deberán haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores a dicha compatibilidad. La limitación afectará únicamente a la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción»[21]; 2) «Una vez iniciada la compatibilidad entre pensión y trabajo, la empresa deberá mantener, durante la vigencia del contrato de trabajo del pensionista de jubilación, el nivel de empleo existente en la misma antes de su inicio. A este respecto se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores de alta en la empresa en el periodo de los noventa días anteriores a la compatibilidad, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa la suma de los trabajadores que estuvieran en alta en la empresa en los noventa días inmediatamente anteriores a su inicio»[22]; y 3) «No se considerarán incumplidas la obligaciones de mantenimiento del empleo anteriores cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato»[23].

En este tema, España ha acabado convirtiéndose en un país anacrónico, pues en 2017 la compatibilidad total entre la pensión de jubilación y el trabajo del jubilado (bien por cuenta propia, bien por cuenta ajena) era ya una realidad tangible (en cuanto que jubilación activa «fisiológica») en países tan comparativamente significativos para el nuestro, por ejemplo, como Portugal[24], Francia[25], Alemania[26], Italia[27] y los Estados Unidos[28]. Consecuentemente, urge en España la promulgación de una norma con rango de ley que venza la resistencia de los interlocutores sociales a posibilitar la compatibilidad plena o total entre trabajo y jubilación. Las razones justificadoras de su promulgación vienen esgrimiéndose desde hace tiempo en el plano del Derecho comparado, pudiendo tratarse de argumentos, bien puramente jurídicos (por ejemplo, la protección del derecho fundamental de todos a trabajar, incluidos las personas séniors), bien tendencialmente más económicos (por ejemplo, «esto es particularmente importante para muchos jubilados con rentas bajas y moderadas, que confían más intensamente en los ingresos derivados del trabajo que en ahorros y pensiones privadas»)[29].

[21] Véase párrafo primero.

[22] Véase párrafo segundo.

[23] Véase párrafo tercero.

[24] Véase Silveiro de Barros, M.: «La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del jubilado en Portugal», en el volumen *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible. Tomo I. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019, pp. 185 y ss.

[25] Véase Martínez Girón, J.: «La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el Derecho francés de la Seguridad Social», en este mismo volumen.

[26] Véase Arufe Varela, A. : «La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el Derecho alemán de la Seguridad Social», en este mismo volumen.

[27] Véase artículo 19 (rotulado «Abolición de los límites a la compatibilidad entre pensiones y rentas del trabajo [*Abolizione dei limiti al cumulo tra pensione e redditi di lavoro*]») del Decreto-ley núm. 112, de 25 junio 2008, sobre disposiciones urgentes para el desarrollo económico, la simplificación, la competitividad, la estabilidad de las finanzas públicas y el equilibrio tributario (*disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*).

[28] Véase Vizcaíno Ramos, I: «La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el Derecho de la Seguridad Social de los Estados Unidos», en este mismo volumen.

[29] *Ibidem*.

En mi opinión, aquí hay que tener en cuenta que igualmente juega la imposición en todos los países citados de la institución de la pensión máxima de jubilación, que irremediablemente acaba provocando -tras larguísimas carreras de cotización- que se desdibuje el carácter contributivo de la pensión de jubilación para la concreta persona jubilada de que se trate, estimulándole (supuesto que ganaría más activa que jubilada) a convertirse en una jubilada activa. Como se sabe, este asunto se retrotrae en España a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 134/1987, de 21 julio, en la cual -convalidando la constitucionalidad de la cuantía de la pensión máxima impuesta en España, por vez primera, en la Ley de Presupuestos General del Estado para 1984- se afirmó todo lo siguiente: 1) que «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 en forma automática al régimen legal de la Seguridad Social»[30]; 2) que «los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, es decir, de las pensiones respecto a las cuales no se ha producido el hecho que las causa»[31]; y 3) por último, que «no puede afirmarse que pensiones iguales o superiores a 187.950 pesetas mensuales no cubran las situaciones de necesidad»[32].

V. Justificación de la mejora relativa a la potenciación de las cuotas de seguridad social de solidaridad en caso de jubilación activa plena o total

Cuando se enmiende el tenor del artículo 214 de la Ley General de la Seguridad Social, también habrá que enmendar sus artículos 153 (rotulado «Cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo»)[33] y 309 (rotulado «Cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo por cuenta propia»)[34], con la finalidad de proteger los intereses en juego, tan importantes, de la Administración de seguridad social. El punto de partida de estas otras enmiendas tendría que ser el de igualar las cotizaciones sociales a abonarse por el trabajo de la persona jubilada plenamente activa con las cotizaciones sociales que se pagan por el resto de las personas trabajadoras, al igual que sucede en la generalidad de países de nuestro entorno. En Alemania, por ejemplo, la fundamentación de la Ley para la flexibilización de la transición de la vida laboral a la jubilación y para el fortalecimiento de la prevención y la rehabilitación de

[30] Fundamento Jurídico Cuarto, inciso decimoprimero.

[31] *Ibidem*, inciso decimocuarto.

[32] Fundamento Jurídico, inciso décimo. Sobre jurisprudencial constitucional posterior, reiterando la conformidad con la Constitución de ulteriores topes máximos cuantitativos impuestos a la pensión contributiva de jubilación (es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 83/1993, de 8 marzo), véase Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, cit., p. 290.

[33] Según el cual, «Durante la realización de un trabajo por cuenta ajena compatible con la pensión de jubilación, en los términos establecidos en el artículo 214, los empresarios y los trabajadores cotizarán al Régimen General únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, según la normativa reguladora de dicho Régimen, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 9 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que se distribuirá entre ellos, corriendo a cargo del empresario el 7 por ciento y del trabajador el 2 por ciento».

[34] Según el cual: 1) durante «la realización de un trabajo por cuenta propia compatible con la pensión de jubilación, en los términos establecidos en el artículo 214, los trabajadores cotizarán a este régimen especial únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, conforme a lo previsto en este capítulo, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 9 por ciento sobre la base por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones» (apartado 1); 2) también «estarán sujetos a una cotización de solidaridad del 9 por ciento sobre la base mínima de cotización del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, los pensionistas de jubilación que compatibilicen la pensión con una actividad profesional por cuenta propia estando incluidos en una mutualidad alternativa al citado régimen especial al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoctava, la cual no será computable a efectos de prestaciones» (apartado 2, párrafo primero); y 3) la «cuota correspondiente se deducirá mensualmente del importe de la pensión» (apartado 2, párrafo segundo).

la vida laboral (contenida, como es usual en Alemania, en la motivación del correspondiente proyecto de Ley), promulgada en 2016, llega a afirmarse incluso que tiene que ser así, para no distorsionar la libre competencia entre empresarios (literalmente, según dicha motivación, «para evitar distorsiones de competencia en el mercado de trabajo»)[35], pretendiendo con ello evitar situaciones de verdadera competencia desleal que, por ejemplo, podrían provocarse por aquellas empresas que quieren reducir sus costes de producción y vender más barato aprovechándose del hecho de que la contratación de personas jubiladas supone pagar menos en concepto de cotizaciones a la seguridad social.

Lógicamente, esto incrementaría los recursos vía cotizaciones a ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social, que el propio legislador venía considerando insuficiente hasta el año 2020, incluido. De ahí que la Ley 11/2020, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, procediese a modificar los citados artículos 153 y 309 de la Ley General de la Seguridad Social (fijando el tenor actualmente vigente de los mismos), mediante el incremento en un punto del porcentaje de las cotizaciones a abonar a la Seguridad Social por ingresos comunes, en la hipótesis de los supuestos de jubilación activa, quedando fijada «una cotización especial de solidaridad del 9 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones»[36]. Y es que, en efecto, en su redacción anterior, en los supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo había «una cotización especial de solidaridad del 8 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que se distribuirá entre ellos, corriendo a cargo del empresario el 6 por ciento y del trabajador el 2 por ciento»[37]; y en los supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo por cuenta propia, había «una cotización especial de solidaridad del 8 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones»[38].

Ahora bien, una vez igualadas esas cotizaciones sociales (que, en España, repito, todavía no lo están), este punto de partida obligará a recorrer un camino, cuyos mojones principales aparecen claramente desvelados, en mi opinión, por un análisis de Derecho comparado de la Seguridad Social. Entre estos mojones se contaría, por ejemplo, el de que no puede caber jubilación activa plena o total antes de que la persona jubilada alcance la edad ordinaria de jubilación. Y también, una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación, el de que sólo se exigiría a la persona jubilada que hubiese cubierto el período mínimo de cotización para acceder al cobro de su pensión de jubilación, sin que resultasen exigibles -como pone de relieve un análisis de Derecho comparado- períodos de cotización previa muy largos (así, en Francia, por ejemplo, cabe la compatibilidad total de pensión de jubilación y trabajo, una vez que la persona jubilada ha cumplido la edad de 67

[35] Véase Arufe Varela, A. : «La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el Derecho alemán de la Seguridad Social», en este mismo volumen.

[36] Véase la Disposición final trigésima octava («Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre») de esta Ley 11/2020, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

[37] En su redacción original, el artículo 153 disponía que durante «la realización de un trabajo por cuenta ajena compatible con la pensión de jubilación, en los términos establecidos en el artículo 214, los empresarios y los trabajadores cotizarán al Régimen General únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, según la normativa reguladora de dicho Régimen, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que se distribuirá entre ellos, corriendo a cargo del empresario el 6 por ciento y del trabajador el 2 por ciento».

[38] En su redacción original, el artículo 309 disponía que durante «la realización de un trabajo por cuenta propia compatible con la pensión de jubilación, en los términos establecidos en el artículo 214, los trabajadores cotizarán a este régimen especial únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, conforme a lo previsto en este capítulo, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8 por ciento sobre la base por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones».

años, supuesto que acredite el período mínimo de cotización)[39]. Se trata de contemplar también aquellos casos que, reuniendo siempre y en todo caso el número mínimo de 15 años cotizados, se caracterizan por el hecho de que el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a los efectos de determinar la cuantía de la pensión causada no alcanza el 100 por ciento. Con ello, se permitiría también el acceso a todas las personas con pensiones de jubilaciones de cuantías bajas o moderadas, que lo son principalmente debido a que estas personas cuentan con períodos previos de cotización cortos por causa de no haber tenido la posibilidad de trabajar lo suficiente para reunir mayor tiempo de cotización y disfrutar, en consecuencia, de la aplicación a la base reguladora de un mayor porcentaje para determinar el importe final de su pensión de jubilación.

Tras recorrerse este camino, el punto de llegada tendrá que consistir en determinar cuándo las cotizaciones sociales a abonar por el trabajo compatible con la pensión deberían considerarse cotizaciones con efectos prestacionales, y cuándo deberían carecer de los mismos (esto último, por tratarse de cotizaciones sociales, patronales y obreras, «de solidaridad»). Evidentemente, en este punto de llegada juegan con mayor intensidad decisiones puramente políticas, pero dotadas de un gran impacto económico sobre las cuentas de la Seguridad Social. Estas decisiones políticas deberían tener en cuenta que, si el campo de juego de las cotizaciones «de solidaridad» se ensancha, entonces se protege más intensamente la caja de la seguridad social, pues dicho tipo de cuotas implica por definición tener ingresos, pero sin tener que efectuar pagos en concepto de prestaciones sociales.

A estos concretos efectos, cabe encontrar en los países de nuestro entorno muy diversos modelos sobre la amplitud del terreno en que podrían jugar dichas cotizaciones sociales «de solidaridad». Al menos teóricamente, dichos modelos podrían quedar reconducidos a los tres siguientes. En primer lugar, el modelo norteamericano, en el que el campo de juego en el que operan las cuotas «de solidaridad» es inmenso (dicho más francamente, todas las cotizaciones a abonar por el trabajo realizado por la persona jubilada activa se consideran cotizaciones «de solidaridad»), con el argumento de que al liquidarle a la persona jubilada activa su pensión de jubilación se le compensó totalmente la correspondiente pérdida de ingresos derivados de su trabajo, que no habría que volver a tener que compensarle luego dos, tres o más veces[40]. En segundo lugar, un terreno de juego mínimo, que es el terreno de juego francés, pues en Francia carecen de efectos prestacionales única y exclusivamente las cotizaciones sociales (patronales y obreras) por jubilación, pero no las demás a abonarse por el trabajo realizado por la persona jubilada activa en idénticas condiciones a las que habría que abonar por una persona trabajadora corriente[41]. En fin, en tercer y último lugar, un terreno de juego de extensión intermedia y a calificar quizá de virtuoso, dada su ubicación entre los dos extremos a que acabo de hacer referencia, que es el existente en Alemania, en donde sólo poseen efectos prestacionales las primas de accidente de trabajo abonadas por las empresas a las mutuas patronales alemanas de accidentes de trabajo, pero no el resto de cotizaciones sociales (tanto patronales como obreras, por desempleo, asistencia sanitaria derivada de riesgos comunes, dependencia y, por supuesto, jubilación y demás pensiones derivadas de riesgos comunes) a abonarse por la persona jubilada plena o totalmente activa[42].

[39] Al respecto, véase Martínez Girón, J.: «La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el Derecho francés de la Seguridad Social», en este mismo volumen.

[40] Véase Vizcaíno Ramos, I.: «La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el Derecho de la Seguridad Social de los Estados Unidos», en este mismo volumen.

[41] Véase Martínez Girón, J.: «La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el Derecho francés de la Seguridad Social», en este mismo volumen.

[42] Véase Arufe Varela, A. : «La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el Derecho alemán de la Seguridad Social», en este mismo volumen.

VI. Colofón

Estas concretas propuestas de mejora de la regulación vigente de la jubilación activa en nuestro sistema de seguridad social -aquí realizadas teniendo en cuenta lo que ya es una realidad tangible desde hace años en países tan comparativamente significativos como, por ejemplo, Portugal, Francia, Alemania, Italia y los Estados Unidos- están directamente ligadas a dos deberes constitucionales muy concretos sobre la necesidad de asegurar que el nivel de protección de nuestra seguridad social sea suficiente, adecuado y puesto al día para evitar la depreciación económica de sus prestaciones, que son los que figuran recogidos por la Constitución española en su artículo 41, relativo a que los «poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad»[43], y en su artículo 50, relativo a que también estos «poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad»[44]. Sí, además de las obligaciones internacionales que aquí también operan[45], conviene recordar la existencia -y la vigencia- de tales mandatos constitucionales para evitar que la jubilación activa acabe convirtiéndose precisamente en la solución (o remedio) que ofrecen los poderes públicos para que las personas jubiladas tengan más recursos a su alcance por causa de la insuficiencia de sus pensiones, pretendiendo con ello garantizarse aquí también la sostenibilidad del sistema de seguridad social frente al envejecimiento demográfico por el aumento de la esperanza de vida, hasta el punto de pasar por alto que el envejecimiento de la población por este aumento de la esperanza de vida es algo muy valioso (porque se vive más años y se evidencia el éxito de las políticas públicas de protección social del Estado de Bienestar) y con efectos múltiples o multiplicadores realmente positivos a través de una planificación correcta del alcance de las oportunidades que ofrece. Si la planificación es posible, debe rechazarse toda visión alarmista de lo que significa el envejecimiento de nuestra población por vivirse más años, dado que esto contribuye a que existan percepciones sociales y actitudes negativas sobre la población de mayor edad, en la medida en que el alarmismo -en ocasiones, intencionado[46]- determina que estas personas sean vistas como desechos y cargas desde el momento en que, tratadas como improductivas, frágiles e incapaces, son consideradas un problema para el futuro de la sociedad y para la sostenibilidad de su sistema de protección social, justificando que la edad sea empleada para tratamientos discriminatorios o exclusiones, habida cuenta de que, en definitiva, se entiende que consumen grandes recursos.

Lo único que debe preocupar a nuestros poderes públicos -sin alarmar- es planificar con suficiente antelación las medidas necesarias para encarar con éxito la transición demográfica hacia esa población de mayor edad, dado que la adaptación de la sociedad al envejecimiento de su población tiene efectos múltiples o multiplicadores positivos, incluso desde el punto de vista económico, por la generación de riqueza que supone (ya se habla, con naturalidad, de la «*silver economy*»). Esta planificación, con tres acciones muy concretas (la anticipación, la adaptación y el acompañamiento), supone una nueva y progresiva concepción cultural y jurídica de lo que debe ser la vida de las personas de mayor edad. Y ello, con implicación lógicamente de nuestro sistema

[43] Véase su inciso primero.

[44] Véase su inciso primero.

[45] Véase Carril Vázquez, X.M.: «Argumentos de Derecho Internacional justificadores de que la legislación española tenga que adaptarse al envejecimiento de la población para proteger a las personas mayores con un sistema de atención (o de cuidados) a largo plazo», VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, Vicente Palacio, A. (Coord.), Barcelona, Atelier, 2017, pp. 127-140.

[46] Parece claro que interesa que así sea por fundamentalismo economicista: incentivar planes y fondos de pensiones privados a través del miedo (la seguridad social no funcionará con tanta persona vieja, de modo que nuestra protección dependerá de nuestra capacidad de trabajo, de ahorro y de inversión en medios privados de protección).

de seguridad social, en el que hay otras posibles actuaciones para que se adapte al envejecimiento de la población y otros medios para garantizar su futuro -siempre al amparo de la solidaridad y la universalidad como principios básicos de su funcionamiento-, tales como ampliar su acción protectora con nuevas prestaciones para proteger situaciones nuevas y propias del siglo XXI (por ejemplo, la pérdida de autonomía por causa de la edad, que resolvería problemas de desamparo graves y haría crecer los ingresos de la seguridad social, porque habrían más personas contratadas para garantizar esta protección y más cotizaciones reales que personas beneficiarias de la nueva contingencia)[47], obligar a cotizar a quien no lo hace en la actualidad, que es el caso de las sociedades capitalistas sin actividad empresarial y grandes beneficios por su capacidad patrimonial multimillonaria (nuestra Ley General de Seguridad Social debería reformarse para que las personas socias de tales sociedades, siempre con beneficios, figuren afiliadas y cotizando a través del régimen especial de seguridad social de personas trabajadoras autónomas, sin perjuicio de otros cambios que obliguen a cotizar igualmente a las propias sociedades capitalistas)[48], o gestionar públicamente planes privados de pensiones (tanto de la Administración General del Estado como los formalizados en el marco de la negociación colectiva, que podrían ser gestionados por la Tesorería General de la Seguridad Social, de reconocida trayectoria y experiencia, logrando así que los beneficios de esta gestión sean directamente para la seguridad social)[49].

Con todo ello, en definitiva, se podría garantizar que la jubilación activa fuese una opción libremente decidida (esto es, sin presiones de ningún tipo) y no la única salida que tiene la persona jubilada a su alcance para seguir obteniendo unos ingresos decentes por causa de que su pensión no le permite atender sus necesidades vitales básicas y, en consecuencia, le condena al riesgo de ser tratada (o considerada) como un desecho o una mera carga.

VII. Bibliografía

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª ed., Madrid, Civitas, 2000.

Arufe Varela, A. : «La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el Derecho alemán de la Seguridad Social», en este mismo volumen.

Baylos Grau, A.: «A propósito del llamado envejecimiento activo», *Revista de Derecho Social*, 2019, número 87.

Legaz Lacambra, L.: *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., Barcelona, Bosch, 1979.

López Aniorte, M.C.: «Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, número 164.

[47] Véase Martínez Girón, J.: «Más razones de Derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 44, 2016, pp. 1-30; «El sistema de protección social de las personas dependientes en Alemania», *Revista Derecho Social y Empresa*, número 8, 2017, pp. 40-64;

[48] Véase Martínez Girón, J.: «¿Una nueva vía inexplorada para la financiación sostenible de las pensiones contributivas de jubilación?», *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. Tomo II. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019, pp. 531-534; y «La exclusión de las sociedades de capital patrimoniales del sistema de la Seguridad Social. Una evidencia corregible de capitalismo insolidario», *Revista de Derecho Social*, número 91, 2020, pp. 95-115.

[49] Véase Martínez Girón, J.: «¿Perjudica financieramente a las entidades gestores y servicios comunes de la Seguridad Social su posición actual en el plan privado de pensiones de la Administración General del Estado?», VV.AA.: *Los retos financieros del sistema de la Seguridad Social. Libro homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Ortiz Castillo, F., Sánchez-Rodas Navarro, C., Rodríguez Iniesta, G. (Dir.), Murcia, Laborum, 2014, pp. 461-472.

López Insua, B.M.: «La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2018, Vol. III, número 1, pp. 74-108;

López Insua, B.M.: «La protección frente al despido ilegítimo de los trabajadores mayores», VV.AA.: *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dir.), Granados Romera, M.I. y Fernández Bernat, J.A. (Coord.), Granada, Comares, 2021.

Martínez Girón, J.: *La discriminación laboral por edad en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio crítico-comparativo desde la perspectiva del Derecho español*, A Coruña, Netbiblo, 2014.

Martínez Girón, J.: «¿Perjudica financieramente a las entidades gestores y servicios comunes de la Seguridad Social su posición actual en el plan privado de pensiones de la Administración General del Estado?», VV.AA.: *Los retos financieros del sistema de la Seguridad Social. Libro homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Ortiz Castillo, F., Sánchez-Rodas Navarro, C., Rodríguez Iniesta, G. (Dir.), Murcia, Laborum, 2014.

Martínez Girón, J.: «Más razones de Derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 44, 2016.

Martínez Girón, J.: «El sistema de protección social de las personas dependientes en Alemania», *Revista Derecho Social y Empresa*, número 8, 2017.

Martínez Girón, J.: «¿Una nueva vía inexplorada para la financiación sostenible de las pensiones contributivas de jubilación?», *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. Tomo I. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019.

Martínez Girón, J.: «La exclusión de las sociedades de capital patrimoniales del sistema de la Seguridad Social. Una evidencia corregible de capitalismo insolidario», *Revista de Derecho Social*, número 91, 2020.

Martínez Girón, J.: «Reestructuraciones empresariales», en el volumen *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

Martínez Girón, J.: «La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el Derecho francés de la Seguridad Social», en este mismo volumen.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela A.: *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 4ª ed., Barcelona, 2016

Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2017

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022.

Silveiro De Barros, M.: «La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del jubilado en Portugal», *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible. Tomo I. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019.

Vizcaíno Ramos, I: «La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el Derecho de la Seguridad Social de los Estados Unidos», en este mismo volumen.

La jubilación forzosa ordinaria

Martín Godino Reyes
Abogado. Doctor en Derecho. Socio Director de Sagardoy Abogados

I. Introducción y precisiones metodológicas

Dos cosas seguras se pueden decir, desde el principio, sobre la jubilación forzosa. La primera es que su regulación legal ha seguido un camino tortuoso, lleno de idas y venidas, desde su primera regulación en la conocida Disposición Adicional Quinta del primer Estatuto de los Trabajadores, aprobado por la Ley 8/1980, de 10 de marzo[1], hasta la última y reciente, la que ha dado a esta institución la Ley 21/2021, de 28 de diciembre. La segunda, llamativa, es la casi unánime "*mala prensa*" que tiene esta figura en el ámbito doctrinal, en el que no es sencillo encontrar alguna valoración positiva sobre su existencia, justificación y fines, en contraste con su resiliente permanencia en el tiempo y el favor del que goza, en general, entre los agentes sociales.

Para abordar esta materia hemos elegido algunas opciones metodológicas que debemos explicitar. No son seguramente las únicas posibles, pero nos parece que son las más adecuadas, tanto por el momento en el que se redacta este artículo como por la pretensión de que el mismo aporte una cierta utilidad práctica en la interpretación del derecho vigente.

[1] Para conocer referencias a la jubilación forzosa anteriores al Estatuto de los Trabajadores puede verse el reciente estudio de Maldonado Molina, J.A.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021", *Temas Laborales*, número 161/2022; también Alvarez Cortés, J.C.: "El cuento de nunca acabar o sore la posibilidad de que los convenios colectivos puedan regular la jubilación forzosa: un recordatorio histórico por la norma y análisis de la última redacción de la D.A. 10ª ET dada por el RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 53(2019). También la espléndida monografía más reciente publicada sobre la jubilación forzosa, de Morales Vállez, C.: *Jubilación forzosa y negociación colectiva*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022.

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, ha vuelo a dar nueva redacción a la casi ya legendaria Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores -Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre-, estableciendo además un relativamente complejo régimen transitorio a través de la introducción en el texto estatutario de una nueva Disposición Transitoria Novena. El análisis detallado de este nuevo régimen jurídico será el objeto central de nuestro estudio, sin olvidar naturalmente las regulaciones precedentes -hasta siete distintas desde 1980- cuando puedan ofrecer aspectos o precedentes de interés, especialmente en la interpretación que de las mismas se ha realizado por nuestros Tribunales, pero sin realizar un estudio particular de tal evolución legislativa[2].

Es imprescindible, sin embargo, a nuestro juicio, antes de abordar el nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa, realizar una breve excursión previa para intentar identificar suficientemente los rasgos estructurales que definen el propio concepto de jubilación forzosa y también, en conexión con esos elementos que definen la figura jurídica, detenerse en los límites constitucionales que han de estar presentes en la regulación de la misma, así como, si son distintos, los límites que pudieran derivarse de la aplicación del derecho de la Unión Europea.

En fin, como última precisión metodológica reseñable, el régimen jurídico cuyo análisis nos va a ocupar es el de la jubilación forzosa que podemos denominar ordinaria, dejando al margen las particularidades de la misma institución respecto de determinados colectivos específicos[3] o en general en el ámbito del personal laboral de las Administraciones Públicas[4] y, por supuesto, sin referencia alguna a la jubilación obligatoria en el ámbito de los funcionarios públicos o personal estatutario[5].

II. Concepto y límites de la jubilación forzosa

Entre las causas de extinción del contrato de trabajo el artículo 49.1 f) ET cita la "*jubilación del trabajador*". Aunque la expresión es en sí misma neutra, se ha entendido siempre que la jubilación

[2] Lo han hecho recientemente, y de manera excelente, Sempere Navarro, A.: "La jubilación forzosa como limitada medida de acción positiva", *Revista Española de Derecho del Trabajo, Aranzadi*, número 250, febrero 2022 y Maldonado Molina, J.A.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos", *Temas Laborales*, número 161/2022. Y antes Sala Franco, T.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada", *Aranzadi, Revista de Información Laboral* número 8/2018, Tomás Jiménez, N.: *La jubilación forzosa y su evolución legislativa*, en la monografía dirigida por Monero Pérez y Maldonado Molina, *La Edad de Jubilación*, Comares, Granada, 2011, y Molina Navarrete, C.: "A vueltas con las cláusulas de jubilación forzosa. Nuevos capítulos para una ¿historia interminable?", *La Ley, Revista jurídica española de doctrina y bibliografía*, 2007.

[3] Muy significativo, por ejemplo, el caso de los Controladores de la Circulación Aérea, cuya regulación específica de la jubilación forzosa se encuentra en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 9/2010, de 14 de abril, objeto de la reciente e interesante Sentencia del Tribunal Supremo 1170/2021, de 30 de noviembre. Véase comentario de la citada Sentencia en Morales Vállez, C.: "Sobre la extinción del contrato de trabajo por jubilación forzosa de un trabajador con la categoría profesional de controlador de tránsito aéreo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1170/2021, de fecha 30/11/2021 (Recurso nº 4801/2018)", *Revista Aranzadi Doctrinal* número 2/2022. También, sobre el mismo colectivo y Sentencia precedente, puede verse Toscani Giménez, D.: "La jubilación forzosa de los controladores aéreos. Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2020", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, número 4/2022.

[4] Sobre esta cuestión véase el documentado estudio de Fernandez Domínguez J.J y Agra Viforcos, B.: *La jubilación forzosa del personal laboral al servicio de las administraciones públicas (o la antinomia de la negociación colectiva)*, Wolters Kluwer, Trabajo y Derecho, número 85/2022.

[5] Cuya jubilación forzosa por edad está prevista de manera rotunda y sin ambages en el artículo 67 del EBEP -Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre-, sin que la diferenciación regulatoria respecto del personal laboral haya planteado problema alguno de constitucionalidad al tratarse de relaciones desiguales a las que no se impone la aplicación del mismo tratamiento ni la igualdad de trato entre funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitución (entre otras, SSTC 57/1982, de 27 de julio, 108/1986, de 29 de julio y 99/1987, de 11 de junio.

como causa extintiva se incluye entre las que se producen por voluntad del trabajador, de manera que el contrato se termina porque la persona trabajadora decide jubilarse. Es cierto que, en realidad, tampoco el concepto de jubilación cuenta con una definición legal, porque la legislación de Seguridad Social no nos lo proporciona, limitándose el artículo 205.1 de la LGSS a señalar que "*la prestación económica por causa de jubilación… será reconocida… cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena*". De manera que, en el diseño legal ordinario, el trabajador, una vez alcanzada la edad necesaria para jubilarse y los años necesarios de cotización, a los que se refieren los apartados a) y b) del mismo artículo 205.1 de la LGSS[6], extinguiría voluntariamente el contrato de trabajo para acceder a la jubilación[7], teniendo en cuenta que, como regla general, con excepciones, son incompatibles la continuidad en el trabajo y la percepción de la prestación por jubilación -artículo 213. 1 LGSS-.

En este esquema legal la edad no es un factor determinante, porque la extinción del contrato no se produce porque el trabajador alcance una determinada edad, sino por su decisión voluntaria de cesar en el trabajo para jubilarse. La causa de extinción no es la edad sino la jubilación, aunque para acceder a la misma, en el marco de la normativa de Seguridad Social, el trabajador deba contar, junto con otros requisitos, con una determinada edad, por otra parte variable, puesto que la edad de jubilación ordinaria depende de los años cotizados, existen múltiples supuestos de jubilación anticipada y cabe, en determinados supuestos, la compatibilidad de trabajo y acceso a la pensión de jubilación -el denominado envejecimiento activo-.

La jubilación forzosa altera radicalmente el esquema descrito[8], lo que seguramente explica su tortuosa evolución legislativa. La causa determinante de la extinción del contrato es la edad, la que se haya fijado para que aquella jubilación forzosa pueda operar, aunque para ello sea necesario que la persona trabajadora pueda acceder a la prestación por jubilación. La edad es la causa que autoriza la extinción del contrato por decisión del empresario, aunque la posibilidad de acceder a la jubilación sea condición para que tal decisión se pueda activar.

Ese cambio radical de perspectiva explica que la primera regulación de la jubilación forzosa posterior a nuestra Constitución, la incorporada a la Disposición Adicional Quinta del ET 1980, tuviera que ser analizada pronto por el Tribunal Constitucional para contrastar lo allí previsto con derechos constitucionales posiblemente afectados. Recordemos que la disposición, sin título, establecía en su párrafo primero que "*la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo*", añadiendo que "*de cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación*". Luego volveremos al segundo párrafo, pero conviene ahora detenerse en este primero porque es sobre el que se plantea duda de constitucionalidad en la cuestión planteada por el Magistrado de Trabajo número 9 de Madrid, por posible vulneración de los artículos 14 y 35 de la Constitución, y resuelta por la decisiva Sentencia del Tribunal

[6] Con el fin de no hacer ininteligible la exposición, tomo la redacción vigente de todos los preceptos que se citen a 1 de septiembre de 2022, salvo que se diga expresamente otra cosa. Pero es necesario tener en cuenta que estamos en el periodo de aplicación de múltiples normas transitorias incorporadas al texto de la LGSS fundamentalmente por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, el Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo y, la más reciente, Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

[7] Sobre las múltiples excepciones que tal expectativa general encuentra en materia de jubilación anticipada y a través de las prejubilaciones, me remito a mi trabajo "Del empleo a la jubilación en situaciones de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas", *Revista de Información Laboral*, número 7/2014, presentado también como ponencia en el X Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

[8] Interesante, sobre el particular, el artículo de Muros Polo, A.: "La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, número 26/2021.

Constitucional de 2 de julio de 1981. Como es sabido el Tribunal termina concluyendo "*que es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad*".

Pero lo más importante de esta Sentencia, que termina siendo interpretativa, es que mantiene la adecuación constitucional de la disposición analizada, salvo si se entiende como una norma general de incapacitación para trabajar más allá de los sesenta y nueve años de edad, porque "*la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud iuris et de iure carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial*". Ahora bien, la limitación del pronunciamiento constitucional significa que:

a) Es constitucionalmente aceptable que el Gobierno establezca una edad de jubilación forzosa como medida integrante de una política de empleo, en atención a la situación del mercado de trabajo y las disponibilidades de seguridad social[9].

b) Puesto que la jubilación forzosa supone un sacrificio personal y económico, debe ser objeto de compensación, y como tal hay que considerar la exigencia de que la jubilación forzosa únicamente sea posible solo *"si el trabajador ha completado los periodos de carencia para la jubilación*".

El mejor resumen de la doctrina constitucional lo aborda la propia Sentencia, señalando lo que puede ser una guía de contraste con los derechos constitucionales para cualquier regulación posterior de la jubilación forzosa, entonces y ahora: "… n*o puede verse en la disposición adicional quinta una regulación de las causas de incapacitación y de extinción de las relaciones laborales… tiene 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) para establecer edades de jubilación en sectores concretos*". En un caso y en otro con dos condiciones: (i) que la medida se enmarque en una política de empleo que atienda a la situación del mercado de trabajo y (ii) que se garantice que el trabajador haya completado el periodo de carencia para acceder a la protección por jubilación.

Desde la perspectiva constitucional, y a propósito de la jubilación forzosa, el cuadro diseñado por la Sentencia comentada se completa, por un lado, con la STC 58/1985, de 30 de abril, que inequívocamente admite la plena adecuación constitucional del párrafo segundo de la disposición adicional que, recordemos, atribuía a la negociación colectiva la facultad de pactar "*libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos*". Y, por otro, con la STC 8/2015, de 22 de enero, que, en sentido contrario, considera constitucionalmente también válido que el legislador excluya del ámbito de la negociación colectiva las cláusulas de jubilación forzosa -opción adoptada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, objeto del recurso de inconstitucionalidad que resuelve la Sentencia- señalando que "*habiendo admitido este Tribunal a legitimidad de una política de empleo basada en la jubilación forzosa como causa de extinción de la relación laboral, porque aun cuando suponga una limitación del ejercicio del derecho al trabajo de unos (vertiente individual), se justifica constitucionalmente en el objetivo de promover el reparto o redistribución del trabajo facilitando de esta manera el ejercicio del derecho*

[9] Señala la Sentencia 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, se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en parto, por lo que no podrá suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo*".

al trabajo de otros (vertiente colectiva), no cabe sino afirmar ahora que otra política de empleo basada en la facilitación de la continuidad en el empleo de quienes habiendo superado la edad legal de jubilación desean continuar con su fida laboral activa, con sustracción, en consecuente, de esta materia a la potestad negociadora de ellos representantes de ellos trabajadores y los empresarios, encuentra perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales".

Para terminar de enmarcar el campo de juego en el que la jubilación forzosa puede moverse, antes de abordar la regulación legal vigente, es necesaria una referencia también al derecho de la UE, para evaluar si la regulación legal o convencional de tal institución puede encontrar en el mismo una fuente adicional de limitación o condicionamiento[10].

Como es sabido, el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, que tiene por objeto luchar contra la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, señala la edad como uno de los factores prohibidos de discriminación directa o indirecta, de manera que no debería ser admisible ninguna regulación o actuación que impidiera la igualdad de trato por razón, entre otras, de la edad. Pero el artículo 6.1de la Directiva matiza el mandato cuando señala que *"los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios",* excepción que se mueve en los mismos parámetros que, hemos visto, ha sentado el Tribunal Constitucional desde nuestra perspectiva interna.

La fundamental, en este ámbito, STJCE de 16 de octubre de 2007 (C-411/2005)[11] validó la previsión legal de que los convenios colectivos pudieran establecer cláusulas de jubilación forzosa siempre que la medida esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima referida a la política de empleo y el mercado de trabajo y cuando además los medios para conseguir tal objetivo no resulten innecesarios o inadecuados. Línea doctrinal que se ha mantenido de forma uniforme por el TJUE en pronunciamientos más recientes, entre los que cabe citar como especialmente significativo la Sentencia de 28 de febrero de 2018 (C-46/2017)[12].

III. La nueva regulación de la jubilación forzosa

1. La nueva Disposición Adicional Décima del ET. El régimen común de aplicación

Como ya señalamos al inicio, la finalidad fundamental de este trabajo es el análisis del nuevo régimen de la jubilación forzosa en nuestro derecho, introducido por la Disposición Final Primera de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2022, ha dado nueva redacción a la Disposición Adicional Décima el ET y ha introducido en el texto estatutario una nueva Disposición Transitoria Novena[13].

[10] Sobre el particular puede verse Morales Vállez, C.: "La jubilación forzosa en el derecho de la UE", *Revista Aranzadi Doctrinal* número 8/2020. También la monografía citada, de la misma autora, *Jubilación forzosa y negociación colectiva*, Aranzadi, 2022.

[11] Sobre esta Sentencia véase el comentario de López Cumpre, L.: "La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacio de la Villa", *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, número 102/2013.

[12] También, en la misma línea, Sentencias de 13 de septiembre de 2011 (asunto C-447/09) y 29 de julio de 2017 (asunto C-143/16).

[13] Además de los trabajos doctrinales ya citados en anteriores notas, pueden verse, sobre esta última reforma de la disposición adicional décima del ET, los artículos de Esteve Segarra, A.: "La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", *Labos*, Vol. 3, número extraordinario "*La reforma laboral de*

La exposición de motivos de la Ley, en otras ocasiones recientes tan extensa y valorativa, se limita en este caso, a propósito de la jubilación forzosa, a afirmar que "*se contempla la prohibición de cláusulas convencionales que prevean la jubilación forzosa del trabajador a una edad inferior a los sesenta y ocho años*". Es significativa la expresión que se utiliza, porque se quiere poner el énfasis en la prohibición de la jubilación forzosa antes de los sesenta y ocho años y no en lo que, visto desde otra perspectiva, autoriza el legislador, que es seguir manteniendo la posibilidad de cláusulas convencionales de jubilación forzosa, aunque con un campo de juego más limitado que con anterioridad. Y además es una afirmación que no responde a la realidad porque, aunque sea excepcionalmente, son posibles cláusulas de jubilación forzosa antes de los sesenta y ocho años en el caso que contempla, como veremos, el apartado 2 de la nueva disposición adicional décima ET.

La disposición no cambia su título, que sigue siendo el de "*cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación*", y no lo hace desde la redacción que dio a la misma la Ley 14/2005, de 1 de julio, abandonando el título anterior ("*límite máximo de edad para trabajar*") que se había utilizado desde la redacción original del Estatuto de los Trabajadores. Cambio que no fue solo una opción literaria, sino que supuso el abandono de una vía que, como hemos visto, tendría perfecto encaje constitucional, como es el establecimiento directamente por el Gobierno de edades de jubilación forzosa que pudieran enmarcarse en una determinada política de empleo. Se optó entonces, y se sigue optando ahora, por delegar con exclusividad en la negociación colectiva la posibilidad de establecer, con los requisitos y límites exigidos, previsiones de jubilación forzosa. Sin embargo, el título ya no es coherente con el contenido, puesto que realmente ya no se conecta la posibilidad de cláusulas de jubilación forzosa a la edad ordinaria de jubilación, sino a una determinada edad posterior, los 68 años.

El precepto empieza con un nueva e innecesaria afirmación, que no responde además a la realidad[14]. Se dice que "*en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral…*" se podrán pactar cláusulas de jubilación forzosa cuando el trabajador alcance la edad de 68 años. Pero es claro que la norma no tiene por finalidad, o no es la finalidad principal, favorecer la prolongación de la vida laboral, porque en tal caso hubiera adoptado la decisión de prohibir las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, opción constitucionalmente válida como había señalado la ya citada STC 8/2015, de 22 de enero. Lo que se busca, como ahora veremos, es un nuevo punto de equilibrio, más exigente que el anterior, que era el diseñado por el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, entre la prolongación de la vida laboral por decisión voluntaria del trabajador y, a la vez, una política que favorezca el relevo generacional cuando así sea acogida por la negociación colectiva, manteniendo para ella la posibilidad de las cláusulas de jubilación forzosa.

Ese equilibrio se manifiesta en la misma formulación ya conocida de que los convenios colectivos pueden establecer cláusulas que permitan la extinción del contrato de trabajo por alcanzar una determinada edad, aunque sometidas a la necesidad de requisitos adicionales que permitan vincular tales previsiones a medidas coherentes de política de empleo. Dos precisiones necesarias: (i) únicamente los convenios colectivos estatutarios pueden incorporar de manera eficaz tales cláusulas; y (ii) lo que realmente se introduce es la facultad empresarial de extinguir el contrato de trabajo cuando se dé el supuesto previsto.

Sobre la primera cuestión no parece dudoso que únicamente los convenios colectivos de naturaleza normativa y eficacia general pueden ser fuente que permita la inclusión de un

2021" y Perán Quesada, S.: "El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, número 27, 2022.

[14] Como "*proclamación antitética*" respecto del contenido califica esta afirmación Sempere Navarro, A.: *La jubilación forzosa como limitada medida de acción positiva,* ob. cit. De "*una contradictio in termini en toda regla*" habla Maldonado Molina, J.A.: *Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021*, ob. cit.

supuesto de extinción forzosa del contrato de trabajo. Desde la STC 58/1985, que refuerza en este punto la inicial de 2 de julio de 1981, parece que es la fuerza vinculante de los convenios colectivos en sentido propio, la que permite atribuir a los mismos "*una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquellos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales*" (Fundamento Jurídico Tercero)[15]. Y, naturalmente, puesto que la Ley no distingue, el convenio colectivo puede ser de cualquier ámbito, sin que haya limitación alguna en favor de los convenios sectoriales, en ninguna de las modalidades de jubilación forzosa, ni en la ordinaria ni en la excepcional del apartado 2 de la disposición que es objeto de análisis.

Y respecto de la segunda, es evidente, pese a un cierto pudor en expresarlo, que cuando el precepto se refiere a cláusulas que posibiliten la extinción del contrato, se refiere a la atribución al empresario de la facultad de extinguirlo unilateralmente, porque la jubilación por decisión del trabajador ya está contemplada como causa de extinción del mismo (artículo 49.1 f) ET) y no se trata, en ningún caso, de una extinción automática. Cabría, no obstante, plantearse si el convenio colectivo podría establecer que la llegada de una edad determinada, si se cumplen los demás requisitos exigidos, actúa como causa de extinción automática del contrato, sin necesidad de decisión empresarial de activarla. Hipótesis que no parece compatible ni con la literalidad de la norma -"*cláusulas que posibiliten la extinción del contrato*"- ni tampoco con la naturaleza de la causa extintiva, que no supone impedimento alguno de carácter objetivo o subjetivo para la continuidad del contrato, salvo precisamente si se hace valer por alguna de las partes del contrato, mediante la jubilación voluntaria -decisión del trabajador- o jubilación forzosa -si amparada en el convenio colectivo y decidida por la empresa-.

La jubilación forzosa o, rectamente entendido, la facultad empresarial de extinguir el contrato de trabajo por alcanzar el trabajador una edad determinada, ha de estar amparada en una cláusula de convenio colectivo que se encuentre vigente al tiempo de la extinción del contrato -vigencia que puede ser la inicialmente pactada, o por prórroga automática del convenio colectivo no denunciado o por ultractividad hasta que se negocie un nuevo convenio colectivo- y en la concurrencia acumulada de los tres requisitos que se analizan a continuación.

2. La edad de 68 o más años

Respecto de versiones anteriores, la que ahora se incorpora a la disposición adicional décima del ET contiene un cambio muy relevante. Si hasta ahora la edad no era una exigencia autónoma sino ligada al derecho de acceder a la jubilación -"*edad legal de jubilación*" en la versión vigente hasta el 1 de enero de 2022-, ahora es un requisito autónomo, puesto que si el trabajador no ha alcanzado los 68 años no puede ser afectado por la extinción forzosa de su contrato por jubilación forzosa.

Se trata de un enfoque sustancialmente distinto y, a nuestro juicio, positivo y clarificador en términos de seguridad jurídica. Distinto porque ahora la posible jubilación forzosa se desplaza a una edad concreta, muy superior a la media en la que se produce en la realidad el acceso a la jubilación en España y en la que el número de trabajadores que esperan a alcanzar la misma es realmente escaso[16]. Y clarificador porque el concepto de "*edad legal de jubilación*", que se utilizaba en la regulación precedente, podía resultar de interpretación controvertida, dada la variedad de

[15] Puede verse en tal sentido la STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social), 2086/2005 de 13 septiembre (AS 2005\3404).

[16] Según los datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, la edad media de jubilación a julio de 2022 en el conjunto del sistema de Seguridad Social se sitúa en 64,8 y en el Régimen General en 64,6. Pero el porcentaje de personas trabajadoras que se jubilan con 68 o más años es de poco más del 4 % sobre el total de jubilaciones. Por eso,

edades de posible acceso a la jubilación, ordinaria y anticipada, que han de considerarse como "*legales*", en virtud de lo dispuesto en los artículos 205 a 208 LGSS, fundamentalmente en función de los periodos de cotización acreditados -en la jubilación ordinaria- y de la causa que permite al trabajador acceder a la misma -en la jubilación anticipada-.

La edad de 68 años es el mínimo que permite al convenio colectivo habilitar la jubilación forzosa, pero naturalmente el convenio podría fijar una edad posterior. Y, parece, la cláusula convencional podría también modular el plazo de ejercicio por el empresario de la facultad de extinguir el contrato, extendiéndose a cualquier momento posterior a que alcance el trabajador la edad fijada o, por el contrario, estableciendo que dicha facultad precluye transcurrido un tiempo desde que pudo ejercitarse.

2.1. El derecho a pensión completa de jubilación

Se mantiene aquí por el legislador una exigencia que ya contenía la regulación anterior y que, como hemos visto anteriormente, va mucho más allá de lo que resultaría de una exigencia constitucional de compensación adecuada por el sacrificio del derecho individual al trabajo en beneficio de una determinada política de empleo. La jubilación forzosa únicamente podrá operar cuando el trabajador, al extinguirse el contrato en virtud de la cláusula convencional que la regula, puede acceder al cien por ciento de la pensión de jubilación de la Seguridad Social.

A pesar de la rotundidad de la expresión, este importante requisito puede plantear alguna duda interpretativa. Podría entenderse que el trabajador ha de contar con un periodo de tiempo cotizado que le permita alcanzar el porcentaje del 100 % aplicable sobre la base reguladora, conforme a la escala que establece el artículo 210.1 LGSS, para la determinación de la pensión de jubilación. Pero también, y la literalidad de la expresión que utiliza la norma ayuda a esta interpretación, que lo relevante no es el porcentaje aplicable sobre la base reguladora, sino que la pensión sea el cien por ciento de la que se puede alcanzar, es decir, la pensión máxima de jubilación que vienen estableciendo anualmente las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Esta segunda interpretación permitiría que la jubilación forzosa operara incluso en supuestos en los que el porcentaje aplicable sobre la base reguladora no alcanza el cien por ciento, pero en los que la pensión que el trabajador puede lucrar si alcanza el cien por ciento de la pensión máxima de jubilación de la Seguridad Social.

2.2. El relevo generacional como objetivo y la forma de cumplirlo

La tercera exigencia -junto a la edad y el derecho a la jubilación completa- que valida legalmente en la Ley vigente las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, es la vinculación de la misma a un objetivo coherente de política de empleo, pero no a cualquiera que las partes puedan considerar, sino precisamente "*al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora*".

Ciertamente la redacción de este apartado del precepto no es afortunada. En primer lugar, porque la referencia a los objetivos de política de empleo expresados en el convenio deja de tener sentido cuando, frente a regulaciones anteriores, la negociación colectiva no tiene capacidad de ningún tipo para señalar cuales son tales objetivos ni las políticas de empleo que se quieren implementar. La jubilación forzosa, y con ello la propia validez de la cláusula convencional, tienen como requisito necesario en todo caso la contratación, al menos, de un nuevo trabajador con contrato indefinido y a tiempo completo.

piensa Maldonado Molina, J.A.: *Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021*, ob.cit., que "*en la práctica serán muy pocos los potenciales destinatarios del cese forzoso*".

Pero si es esa la exigencia, y la única medida aceptable de política de empleo porque no se deja margen alguno a cualquier apreciación distinta por los negociadores colectivos, podría al menos haberse cuidado la precisión en la identificación de la medida que se exige. Y no es el caso, al menos por las siguientes razones:

a) Se habla del "*relevo generacional*" pero no se introduce ninguna referencia a la edad del trabajador nuevo que ha de ser objeto de contratación. De manera que el precepto opera cualquiera que sea la edad del nuevo trabajador contratado, incluida, en el extremo, una que le permitiera acceder ya voluntariamente a la jubilación[17].

b) Se pide la contratación de un nuevo trabajador, con contrato indefinido y a tiempo completo. Pero no hay exigencia alguna, aunque naturalmente puede incorporarse en la propia negociación colectiva, de que la contratación lo sea para ocupar el mismo puesto o en un nivel profesional similar al que ocupaba el jubilado[18], ni tampoco que la contratación se realice de forma simultánea a la jubilación forzosa, aunque necesariamente, parece, tendrá que poder acreditarse una razonable conexión temporal entre una y otra. Y, lo que es más importante, tampoco se exige que la contratación produzca un incremento neto del empleo, de tal manera que la contratación que habilita la jubilación forzosa podría perfectamente convivir con una reducción de plantilla en la empresa durante la vigencia del convenio y/o en los años concretos durante los cuales se apliquen las medidas de jubilación forzosa.

Es verdad, por supuesto, que todas estas cuestiones dejan margen a la negociación colectiva para que puedan ser abordadas, completadas y precisadas en el propio convenio, pero también lo es que, en especial en esta materia, no es infrecuente que el convenio colectivo lleve a su texto, sin desarrollo adicional, la propia previsión legal sin modificación alguna, lo que mantendrá las dudas interpretativas que se han expresado, y seguramente otras que se puedan pasar por alto ahora y que surgirán en la realidad cuando las cláusulas convencionales hayan de ser aplicadas.

3. El régimen excepcional de anticipación de la jubilación forzosa

Sin que el legislador habilite al Gobierno para hacerlo, y por tanto manteniendo la negociación colectiva como única vía legalmente posible para la aplicación en determinados casos de la jubilación forzosa, se permite en el apartado 2 de la Disposición Adicional Décima del ET que las cláusulas de los convenios colectivos puedan fijar la jubilación forzosa, rebajando excepcionalmente la edad de 68 años, a la edad de jubilación ordinaria -65 o 67 años, como es sabido, en función de los años de cotización al alcanzar la primera-[19].

El objetivo ahora no es ya el relevo generacional, ni tampoco la prolongación de la vida laboral, como se proclama en ambos casos sin razón en la regla general del apartado 1 de la disposición, sino "*alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género*". Tan sonora expresión de objetivos contrasta con la modestia de la norma y del supuesto que contempla: la reducción de la edad de jubilación

[17] Interpreta Sempere Navarro, A.:, *La jubilación forzosa como limitada medida de acción positiva*, ob. cit., que "*estaríamos dentro del diseño legal cuando la contratación se realiza respecto de una persona con más de 68 años pero sin derecho a percibir la pensión completa de jubilación*", situación en la que evidentemente el relevo generacional es inexistente en grado extremo.

[18] Coincidimos con la opinión de Maldonado Molina, J.A.: *Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021,* cit, de que "*el reemplazo no es entre puestos de trabajo, sino de un empleo a otro*".

[19] Es sabido que la aplicación del incremento de edad de jubilación ordinaria hasta los 67 años y el periodo de cotización que permite la jubilación ordinaria a los 65 son progresivos, y culminarán en el año 2027, en virtud de la escala que establece la Disposición Transitoria Séptima de la LGSS.

forzosa cuando en determinadas actividades económicas incluidas en el ámbito funcional de un convenio la tasa de ocupación de las mujeres sea notablemente inferior -por debajo del 20 %- al de la totalidad de las personas ocupadas en esas actividades[20].

Como la interpretación del supuesto no es sencilla, la norma proporciona algunas precisiones y aclaraciones:

a) Las actividades económicas que se tomarán como referencia estarán definidas por los CNAE en vigor en cada momento.

b) Para conocer que la actividad económica definida por el CNAE está incluida en el ámbito funcional del convenio habrá que estar a los propios datos facilitados al realizar el registro del convenio, de tal manera que esa autodeclaración parece constituir justificación suficiente para habilitar la jubilación forzosa excepcional que se pacta en el propio convenio.

c) La tasa de ocupación de la mujer en la correspondiente actividad económica se facilitará por la Administración de la Seguridad Social a la Comisión Negociadora del convenio colectivo.

Es cierto que la naturaleza de la disposición podría hacer pensar que esta modalidad de jubilación forzosa como medida de acción para mejorar la presencia de la mujer en sectores en los que se encuentra infrarrepresentada está pensada para los convenios sectoriales, lo cierto es que nada impide que pueda también desplegar sus efectos en un convenio de empresa o incluso de ámbito inferior a la empresa, cuando la actividad económica que desarrolla la misma ofrece un porcentaje de participación de la mujer inferior al 20 % sobre el total de la misma actividad, medida en función del CNAE en el que se encuentra encuadrada.

En todo caso, sea cual sea la respuesta a la eventual duda sobre el ámbito del convenio, una vez habilitada esta jubilación forzosa extraordinaria por la concurrencia del presupuesto exigido por la norma -tasa de ocupación femenina inferior al 20 % en determinadas actividades económicas incluidas en el ámbito del convenio colectivo-, la aplicación de la jubilación forzosa a una persona en particular está sometida a requisitos adicionales, a saber:

a) Que pueda acceder a la jubilación con derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. Nada distinto de lo ya comentado para el supuesto general de jubilación anticipada del apartado 1, con las mismas dudas que se ya se han expuesto.

b) Que la persona esté adscrita al CNAE correspondiente a la actividad económica en la que existe una ocupación inferior al 20 % de mujeres "*a la fecha de efectos de la decisión extintiva*". Y, nuevamente, en una regla de mera clarificación administrativa, se señala que la adscripción será la que se derive del CNAE aplicable para la determinación de los tipos de cotización de contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

c) El último requisito para que pueda aplicarse la jubilación forzosa prevista en convenio colectivo para estos supuestos es que "*cada extinción contractual…deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad*". Esta exigencia es particularmente

[20] Aunque pueda parecer que el precepto tiene un campo de juego reducido, la Memoria que acompañaba al Anteproyecto de la Ley 21/2021 identificaba actividades económicas en las que la mujer tenía una tasa de participación de la mujer inferior al 20 % y que ocupaban en su conjunto a más de dos millones y medio de trabajadores.

relevante por varias razones. Primero, porque a diferencia de lo que ocurría en la jubilación forzosa *ordinaria*, la del apartado 1 de la disposición, aquí se no se menciona para nada el relevo generacional -de hecho, la mujer contratada puede tener cualquier edad, lo que comporta en el extremo que incluso podría tener la misma edad que el trabajador varón jubilado, aunque ya hemos visto que la misma interpretación se puede sostener para el supuesto general-; segundo, y lo más importante, se precisa que la contratación deberá ser simultánea a la jubilación forzosa, como requisito justificativo de aquella, lo que no ocurría tampoco en el supuesto común del apartado 1. Y, tercero, porque frente a la contratación en cualquier puesto y actividad de la empresa que constituye regla general como medida de relevo generacional en la jubilación forzosa ordinaria, ahora la contratación ha de producirse precisamente en la actividad en la que existe una infrarrepresentación de la mujer, que se contribuye a corregir con esta medida excepcional de jubilación forzosa.

Seguramente por ello, y nuevamente a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de jubilación forzosa ordinaria, se obliga a la empresa a comunicar la decisión extintiva -o sea la extinción por jubilación forzosa-, con carácter previo a su ejecución, a los representantes legales de los trabajadores y, como es natural, aunque no se dijera expresamente, a la propia persona trabajadora. Sin embargo, resulta dudoso, y nos inclinamos por pensar que la respuesta ha de ser negativa, que el incumplimiento de este último requisito pueda afectar a la validez de la decisión extintiva si se cumplen el resto de exigencias, de carácter sustantivo, contempladas en la disposición.

4. El régimen transitorio de la nueva disposición transitoria novena ET

Seguramente ante la trascendencia de la modificación operada en el régimen jurídico de la jubilación forzosa, al desplazar la posibilidad convencional de contemplarla a una edad -68 años- en la que el número de personas que no se han jubilado es ya reducido, el régimen transitorio de aplicación de la nueva disposición adicional décima ET es de inusual amplitud.

La nueva formulación normativa se aplica a los convenios colectivos suscritos desde el 1 de enero de 2022. Por tanto, ya no se puede firmar ningún convenio colectivo, en ningún ámbito, tanto si se trata de un nuevo convenio colectivo como de la renovación de uno anterior, en el que se establezcan cláusulas de jubilación forzosa que no cumplan el nuevo régimen jurídico de la disposición adicional décima ET. Regla que permitirá evaluar en poco tiempo la recepción en la negociación colectiva de la voluntad expresada por el legislador al mantener el cauce de la jubilación forzosa pero reconducido a un carril mucho más angosto.

Pero, y aquí es donde luce en todo su esplendor la generosidad del régimen transitorio, se añade que "*en los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esa fecha* -el 1 de enero de 2022-, *las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión*". Por tanto:

a) Las cláusulas de jubilación forzosa reguladas en convenios colectivos firmados antes del 1 de enero de 2022, con una vigencia inicial pactada que haya finalizado antes de esa fecha o finalice después, pero que se encuentre en situación de prórroga automática por ausencia de denuncia a su finalización -artículo 86.2 ET- o en situación de ultractividad -artículo 86.3 ET- podrán seguir siendo aplicadas hasta tres años después de la fecha de finalización de la vigencia inicial pactada, con independencia de que esa vigencia inicial se produjera antes o después del 1 de enero de 2022. Por cierto, al hacerse referencia a la *suscripción* del convenio y no

a su entrada en vigor, ha de considerarse que también los convenios cuya entrada en vigor sea el 1 de enero de 2022 o posterior pero que se hubieran suscrito con anterioridad a dicha fecha, seguirían rigiéndose por las previsiones de la norma transitoria a la que estamos haciendo referencia.

Pongamos un ejemplo que ilustra la amplitud de esta disposición transitoria novena ET. Si la vigencia inicial pactada de un convenio colectivo finalizó el 31 de diciembre de 2020, y tanto si el convenio se prorrogó por falta de denuncia expresa durante los años 2021 y 2022 como si se denunció en tiempo y forma, pero no se ha alcanzado acuerdo y el convenio sigue en situación de ultractividad[21], la cláusula de jubilación forzosa contemplada en el mismo podrá ser aplicada hasta el 31 de diciembre de 2023. Pero, si en el ejemplo propuesto cambiamos la fecha de terminación de la vigencia y pensamos en un convenio pactado antes del 1 de enero de 2022 con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2024, y hay múltiples ejemplos de convenios con dilatados periodos de vigencia pactada, la aplicación de las cláusulas de jubilación forzosa podría llegar hasta el 31 de diciembre del 2027, tres años después de la fecha de vigencia pactada, siempre que el convenio se prorrogue automáticamente al finalizar su vigencia o entre en situación de ultractividad sin que se alcance acuerdo sobre un nuevo convenio. Hipótesis que podría, en algún supuesto, ser un incentivo al bloqueo de la negociación colectiva futura.

b) Las cláusulas de jubilación forzosa vigentes conforme a la norma transitoria descrita dejarán de ser aplicables en el momento en el que el convenio colectivo que las contenía sea sustituido por otro convenio posterior, firmado ya después del 1 de enero de 2022. En ese momento el periodo de tres años deja de tener relevancia, porque la nueva regulación será inmediatamente aplicable desde su entrada en vigor.

Como la realidad es siempre más rica que las previsiones del legislador, se ha planteado la duda sobre una posible actuación oportunista -dicho en términos descriptivos, pero no valorativos- en virtud de la cual los negociadores del convenio colectivo acordaran la prórroga de la cláusula de jubilación forzosa del convenio anterior firmado antes del 1 de enero de 2022, con sustitución únicamente de los preceptos convencionales que sean objeto de modificación. Operación que permitiría alargar la aplicación de la jubilación forzosa del convenio precedente hasta que se cumplieran tres años desde que finalizó la vigencia pactada inicialmente. Ciertamente es dudoso que una actuación de tal naturaleza no pudiera ser valorada como un fraude para eludir las previsiones de la norma legal que configura un nuevo régimen para las nuevas cláusulas convencionales de jubilación forzosa, pero sin duda se trata de una cuestión que será controvertida si se produce[22].

[21] El ejemplo se complicaría si el convenio vencido el 31 de diciembre de 2020, y denunciado en tiempo y forma, hubiera terminado su situación de ultractividad el 31 de diciembre de 2021 -al transcurrir un año- , conforme al régimen jurídico aplicable a la misma - en defecto de pacto- antes de la reforma del artículo 86.3 ET por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, pues en tal caso la propia pérdida de vigencia del convenio colectivo hubiera provocado ya, en función de si existía o no convenio de ámbito superior, la aplicación desde entonces de éste último o la contractualización de las condiciones pactadas, que no parece pudiera alcanzar a la regulación de la jubilación forzosa.

[22] La STS de 31 de enero de 2006 (RJ 2006/4417), aunque dictada a propósito de la disposición transitoria novena introducida por la Ley 3/2012, consideró que la novación del convenio impedía la continuidad de las cláusulas convencionales precedentes, doctrina que podría ser trasladable al supuesto actual.

IV. ¿Es posible la jubilación forzosa contractual? ¿Y la jubilación voluntaria "incentivada"?

1. Las cláusulas contractuales de jubilación forzosa

Se ha planteado en ocasiones la viabilidad jurídica de cláusulas contractuales en las que el trabajador se obligue a jubilarse al alcanzar una determinada edad, precisamente aquella en la que puede acceder a la jubilación, bien sea anticipada u ordinaria. La dificultad de admitir la validez de este tipo de cláusulas es patente. Si la cláusula en cuestión se incluye en el contrato de trabajo inicial o en novaciones contractuales posteriores se podría decir que en realidad se está sometiendo a término el contrato, lo que no es posible salvo en los supuestos de contratación temporal por las causas específicamente previstas en el artículo 15 ET, como enfatiza, especialmente en su formulación vigente, el apartado 1 de dicho precepto. Podría quizá pensarse en pactar tal tipo de cláusula al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.1 b) ET, es decir, configurar la jubilación forzosa a una determinada edad como causa válidamente pactada de extinción, pero chocamos con la interpretación restrictiva que la Jurisprudencia ha realizado de este precepto, precisamente para impedir que se amparen en tal previsión supuestos que no serían sino de fijación de un término al contrato de trabajo, y no de condición resolutoria vinculada a un acontecimiento que puede o no ocurrir y sobre el que las partes tienen alguna capacidad de actuar, convirtiendo el mismo en un contrato de carácter puramente temporal[23].

Sin embargo, no es un tema que, a nuestro juicio, pueda considerarse cerrado sin atender al caso concreto. Nada impide que las partes pacten la extinción del contrato por mutuo acuerdo durante toda la vigencia del mismo y, si pueden hacerlo sin causa, al amparo del artículo 49.1 a) ET, y pueden hacerlo con una cierta antelación a la fecha de efectos de la extinción, no se ve la razón por la que no puedan *causalizar* esa extinción, que sigue siendo por mutuo acuerdo, fijando la misma en la fecha en la que la persona trabajadora alcance la edad que le permite acceder a la jubilación, anticipada u ordinaria. Posiblemente el matiz estará en que dicho pacto será admisible cuando la fecha de extinción esté próxima al acuerdo de extinguir el contrato, pero no cuando se anticipe demasiado en el tiempo, aunque la relatividad de tal criterio lo convierte en singularmente inseguro.

Tampoco debería haber inconveniente en aceptar las cláusulas de jubilación forzosa en las relaciones laborales que admiten la duración temporal del contrato sin restricción y, en particular, en la relación laboral especial de alta dirección. Si las partes pueden acordar cualquier duración temporal para el contrato (artículo 6 del RD 1282/185, de 1 de agosto), no es fácil negar que dicha duración temporal puede determinarse fijando como término final de la duración del contrato la fecha en la que el trabajador alcanza la edad que le permite jubilarse, pudiendo las partes concretar el tipo de jubilación, anticipada o voluntaria, a la que quieren referirse[24].

En todo caso, ha de admitirse, quizá con excepciones como las apuntadas, que no parece que las cláusulas de jubilación forzosa, que se han admitido por el Tribunal Constitucional porque la limitación del derecho a la jubilación voluntaria puede ceder ante intereses de carácter colectivo definidos por el Gobierno o por la negociación colectiva, tengan un cauce natural de actuación por vía meramente contractual, en la que aquel interés colectivo que pueda estar justificado en políticas de empleo o situación del mercado laboral se encuentra completamente ausente, y al interés subjetivo e individual del trabajador solo se enfrenta el interés también subjetivo e individual del empresario.

[23] Véanse STS 955/2016, de 16 de noviembre y STS de 3 de febrero de 2010 (RJ 2010/1433).

[24] En tal sentido STSJ Andalucía/Granada 2628/2011, de 10 de noviembre.

2. Los incentivos a la jubilación voluntaria

Consideración completamente distinta ha de darse a los pactos colectivos o individuales que *promueven o incentivan* la jubilación, que no por ello deja de ser voluntaria. Son frecuentes tal tipo de pactos en formas y concreciones muy variadas, pero que posiblemente pueden resumirse en dos grandes tipos:

a) Cláusulas convencionales o contractuales que establecen un beneficio en forma de pago único o de una renta sólo y si el trabajador se jubila al cumplir una determinada edad, perdiéndolo en caso de jubilación posterior. La vinculación entre el pago del capital o el nacimiento de la renta a la jubilación a una fecha determinada convierte a tal previsión en un compromiso por pensiones, como advierte la Disposición Adicional Primera de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones -Real Decreto Legislativo de y Fondos del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre-, compromiso que ha de ser instrumentado necesariamente a través de un plan de pensiones o un seguro colectivo.

   Sin embargo, el instrumento elegido no es indiferente, porque mientras en el plan de pensiones las aportaciones realizadas para instrumentar el compromiso son irreversibles y forman parte del patrimonio del trabajador -artículo 5.1 LPFP-, en el seguro colectivo, si no hay imputación fiscal de las primas, es perfectamente posible el pacto en virtud del cual, si la jubilación no se produce a la edad pactada, se pierdan los derechos económicos derivados de la póliza que servía para instrumentar el compromiso vinculado a la jubilación.

b) Cláusulas convencionales o contractuales que establecen el pago de un capital o una renta por jubilación, pero siempre que ésta se produzca *antes de* una fecha o edad determinada. En realidad, es un subtipo de la situación anterior, con la única diferencia de que la jubilación puede producirse en momentos distintos, desde que el trabajador cumpla los requisitos para acceder a la misma hasta la fecha señalada en el convenio o contrato como fecha límite para disfrutar del beneficio que regula. Todas las consideraciones anteriores sobre la forma de instrumentar este compromiso y los efectos del instrumento elegido son perfectamente trasladables sin matización alguna a esta modalidad de pacto.

Es muy posible que, ante el endurecimiento de las cláusulas de jubilación forzosa en la nueva disposición adicional décima ET, estos mecanismos de jubilación voluntaria incentivada o, expresado de otra manera, de penalización del retraso en la jubilación, puedan desarrollarse con más frecuencia, a pesar de ser difícilmente compatibles con la voluntad del legislador de que se prolongue la edad de acceso a la jubilación. Seguramente porque los intereses empresariales, y quizá también los de los propios trabajadores, no estén alineados completamente con ese objetivo.

Comunicaciones

Jubilación activa y autónomos: luces y sombras

Aarón Aliane Diez
Universidad Complutense de Madrid

1. Introducción

El nacimiento de nuestro sistema público de Seguridad Social ha pivotado y, todavía hoy, pivota en el trabajo subordinado, teniendo como consecuencia que la protección social de los trabajadores autónomos se haya relegado tradicionalmente a un segundo plano[1]. La doctrina científica entiende que la ausencia de un concepto legal unitario de trabajador por cuenta propia que marcara claramente las lindes con el Derecho del Trabajo y la gran variedad y heterogeneidad de colectivos que debían incluirse en la acción protectora del sistema explican y motivan la fragmentación en la cobertura de los mismos[2], distinguiéndose diferentes regímenes especiales no tanto en relación con la forma de prestación de servicios, pues todos ellos se ejercían al margen de todo contrato laboral, sino más bien en función de las peculiaridades del sector económico en que la actividad se hallara comprendida[3].

[1] Cruz Villalón, J.: "Balance y retos del régimen de Seguridad Social de los trabajadores autónomos", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Núm. 144, 2019, p. 103.

[2] Sánchez-Urán Azaña, Y., *El desempleo de los trabajadores autónomos*, Pamplona, Civitas, 2010, pp. 19-21.

[3] El art. 10 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social expresamente hablada de "actividades profesionales en que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar, o por la índole de sus procesos productivos se hiciere preciso, se establecerán Regímenes especiales para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social".

Ante este panorama de fragmentación donde el número de regímenes especiales se consideraba excesivo[4], se inició un período de reformas con el objeto de simplificar y racionalizar la estructura del sistema, que comenzó con la Ley 26/1985, de 31 de julio[5], y que continuó durante varias décadas, como demuestra la aprobación de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos, así como de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA, en adelante), cuyo Título IV se consagra a la protección social del trabajador autónomo y en donde se evidencia el deseo del legislador de articular su acción protectora a través "de un único régimen" (art. 23.2 LETA).

Así las cosas, junto a este proceso de reestructuración y de simplificación, ha tenido lugar igualmente un proceso de convergencia de la acción protectora de los trabajadores por cuenta propia con la de los trabajadores por cuenta ajena[6], y que ha consistido principalmente en la extensión y equiparación en algunas prestaciones del RGSS[7]. Y pese lo anterior, se puede seguir manteniendo que una de las características generales del RETA es la proporción de una "protección menos completa" tanto en su extensión como en su intensidad[8].

Y por lo que aquí interesa y en lo que respecta a la jubilación, este es, sin duda alguna, un ámbito sumamente homogeneizado, pues la jubilación se reconoce en los mismos términos y en las mismas condiciones que en el RGSS, si bien con algunas peculiaridades[9]. En ese sentido, el art. 318.d) TRLGSS dispone que, en materia de jubilación, lo dispuesto en los artículos 205, 206, 206 bis, 208, 209 (excepto la letra b del apartado 1), 210, 213 y 214 TRLGSS serán de aplicación al RETA.

Es reseñable, por su parte, que a pesar de que, como ya se había apuntado, el tratamiento de los trabajadores por cuenta propia en materia de Seguridad Social ha ido normalmente a remolque de los trabajadores encuadrados en el RGSS[10], la cuestión de la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación con el trabajo autónomo "ha seguido el itinerario inverso"[11], permitiendo incluso, bajo determinadas circunstancias, la compatibilidad plena de la pensión.

---

[4] Cavas Martínez, F.; Fernández Orrico, F.J.: "La protección social de los trabajadores autónomos: Estado de la cuestión y propuestas", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, Núm. 16, 2018, p. 55.

[5] La DA2ª de la Ley 26/1985 encargaba al Gobierno de la Nación la integración, en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la misma ley, en el Régimen General o en otros Especiales de los Regímenes de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas. Finalmente, solamente fue integrado en el RETA el Régimen de Escritores de Libros por medio del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre.

[6] Moreno Romero, F.: "La acción protectora del sistema de Seguridad Social. VV.AA.: *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Monereo Pérez, J.L. y Vila Tierno, F., Granada, Comares, 2017, pp. 501-504.

[7] Blasco Lahoz, F. J., *El Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 21-42.

[8] Desdentado Bonete, A.: "El futuro de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos: reflexiones críticas con algunas propuestas", *Actualidad Laboral*, Núm. 15, 2011.

[9] Monereo Pérez, J.L.: "La Seguridad Social de los trabajadores autónomos", VV.AA.: El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Monereo Pérez, J.L. y Vila Tierno, F., Granada, Comares, 2017, p. 468. El autor señala, a modo de ejemplo, la falta de integración de lagunas.

[10] Cruz Villalón, J.: "Balance y retos…", *Op. Cit.* p. 104

[11] Cavas Martínez, F.; Rodríguez Iniesta, G.; Fernández Orrico, F.J.: "La protección social de los trabajadores autónomos", VV.AA.: *Tratado del Trabajo Autónomo*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 595.

2. Sostenibilidad del sistema público de pensiones y envejecimiento activo (o jubilación activa)

2.1. Apuesta por la prolongación de la vida laboral como garantía de la sostenibilidad del sistema público de pensiones

Debate actual, recurrente y común y que afecta, por supuesto, tanto a trabajadores por cuenta ajena como a autónomos, es el de la sostenibilidad del sistema público de pensiones[12]. Y en este contexto, la compatibilidad de la pensión con el trabajo se presenta como un instrumento verdaderamente útil al servicio de objetivos de política económica[13]: prolongar la vida laboral de las personas trabajadoras para equilibrar la balanza de sostenibilidad económica del sistema, manteniendo las cotizaciones a la Seguridad Social, por un lado, y reduciendo el gasto en materia de pensiones, por otro[14].

Desde muy diversos sectores, señaladamente desde la Unión Europea, se ha preconizado la necesidad de articular diferentes vías con la finalidad de alargar la vida laboral. En efecto, en el Libro Verde de la Comisión Europea de 2010 se analizaba la situación de los sistemas públicos de pensiones y el impacto que sobre ellos había tenido la crisis financiera, abogando por diferentes medidas en apoyo de "la prolongación de la vida laboral como reflejo del aumento de la esperanza de vida"[15]. Seguidamente, el Libro Blanco sobre pensiones de la Comisión europea de 2012[16], el cual "refleja[ba] los resultados de la amplia consulta que se puso en marcha en el citado Libro Verde", recogía una serie de recomendaciones de la Comisión, entre las cuales cabe señalar "la prolongación de la vida laboral facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, adaptando los lugares de trabajo a una mano de obra más diversificada, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo y saludable"[17].

Y en esa misma dirección, las instituciones europeas adoptaron diversas iniciativas en materia de envejecimiento activo, subrayando la Decisión núm. 940/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional[18] y que traía su origen de la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004, en donde se afirmaba expresamente lo siguiente: "si los trabajadores deciden

[12] Hernández De Cos, P.; Jimeno, J.F. y Ramos, R.: "El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma", en *Documentos ocasionales del Banco de España*, núm. 1701, 2017 (acceso en línea: https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/6382/1/do1701.pdf)

[13] Ficha temática del semestre europeo: adecuación y sostenibilidad de las pensiones, publicada el 31/10/2017 (https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_adequacy-sustainability-pensions_es.pdf), p. 6: "un reto de adecuación es que las personas mayores participen más en el mercado laboral hasta que se les permita jubilarse con una pensión completa".

[14] Pérez Gázquez, I.M.: "(In)compatibilidades entre trabajo y jubilación de la persona trabajadora autónoma según su naturaleza jurídica como autónoma 'clásica' o societaria. A propósito de la reciente doctrina del Tribunal Supremo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, Núm. 468, pp. 129-151.

[15] Libro Verde de la comisión Europea de 2010: "*en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*", SEC(2010)830 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_10_302)

[16] Libro Blanco "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" (https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/32eda60f-d102-4292-bd01-ea7ac726b731)

[17] Libro Blanco, punto 3 sobre la "Necesidad de reformar las pensiones", apartado c), p. 10.

[18] Decisión Nº 940/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2021 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012) (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011D0940&from=ES)

reducir progresivamente sus horas de trabajo a lo largo de un período, la jubilación se convierte en un proceso, en lugar de un suceso"[19].

En este panorama, a nivel interno se promovió la introducción de "esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión", propuesta que se incluye en la Recomendación núm. 12 del Pacto de Toledo de 2011[20], y que, claro está, antecede a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, uno de los primeros hitos normativos en la construcción de un régimen de compatibilidad entre pensión y trabajo, con la incorporación al anterior Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social del año 1994 de la Disposición Adicional 37ª, en donde se anunciaba que "El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades".

Así las cosas, después de una insuficiente DA31ª introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto -en la que se añadía un nuevo apartado al derogado artículo 165 TRLGSS/1994-, los siguientes pasos emprendidos por el legislador español fueron el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores con mayor edad y promover el envejecimiento activo -ya anunciado por la Ley 27/2011 y fruto precisamente de la Recomendación del Consejo de Europa de 10 de julio de 2012[21]-, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, y recientemente pero no menos importante, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

2.2. Evolución normativa de la jubilación activa

Prácticamente desde la creación de la pensión de jubilación, o como en su momento se denominaba, subsidio de vejez, la normativa de protección social no ha cesado de reafirmar la incompatibilidad de la pensión con el trabajo. En ese sentido, el art. 9 de la Orden de 2 de febrero de 1940, dictada para la aplicación de la Ley 1 de septiembre de 1939, ya establecía que el percibo del subsidio de vejez era incompatible con todo trabajo remunerado.

Más adelante, el art. 2 de la Orden de 10 de agosto de 1957 sobre la incompatibilidad de las prestaciones de los Seguros de Vejez, Invalidez y Viudedad, disponía que el percibo de las pensiones de vejez resultaba incompatible con la realización de cualquier trabajo o actividad que determinara la inclusión del pensionista en un régimen o rama de subsidios o seguros obligatorios.

Y más recientemente, en el inicio de la construcción normativa moderna de la Seguridad Social, el art. 156.2 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobaba el Texto

[19] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones -Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo (COM/2004/0146 final*/ (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004DC0146&from=SV)

[20] Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, Recomendación núm. 12, p. 88: "Resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral" (https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/837109f0-e8fa-47fb-b878-668afc1bca1e/Informe+Pacto+de+Toledo+2011..pdf?MOD=AJPERES=

[21] Recomendación 2ª del Consejo de Europa de 10 de julio de 2012, tal y como señala Vivero Serrano, J.B.: "La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo" (https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N103/08 %20La%20compatibilidad%20entre%20la%20pensi%C3%B3n%20de%20jubilaci%C3%B3n%20y%20el%20trabajo%20a%20t%C3%ADtulo%20lucrativo%20(Vivero%20Serrano).pdf)

Articulado de la Ley de Bases de Seguridad Social, afirmaba que "el disfrute de la pensión de vejez será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y los términos que reglamentariamente se determinen"; idéntica redacción que posteriormente recogerá el art. 156.2 del TRLGSS/1974, y en unos términos prácticamente similares el art. 165.1 TRLGSS/1994.

En la actualidad, la consabida y tradicional regla general de la incompatibilidad se encuentra contenida en el art. 213.1 del vigente TRLGSS/2015 tras recoger las importantes modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores con mayor edad y promover el envejecimiento activo, en donde por primera vez se consagra que "el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista", observando una serie de requisitos.

Por su parte, la compatibilidad con el trabajo autónomo ha seguido una parecida trayectoria, aunque con varias diferencias que merece la pena destacar. Así pues, desde los inicios de la creación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con el Real Decreto 2530/1970, su artículo 45.2 se limitaba a reproducir la incompatibilidad establecida en la LGSS vigente en aquel momento.

Ahora bien, la Orden de 24 septiembre de 1979, de desarrollo del citado RD 2530/1970, en su art. 93.2 preveía la compatibilidad del percibo de la pensión de jubilación con el mantenimiento de la titularidad de un negocio. Compatibilidad que se mantuvo en vigor tras la modificación operada por la Orden de 31 de julio de 1976 por la que se reforma el art. 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1979.

Tras la recomendación núm. 12 del Pacto de Toledo del año 2011, y la voluntad manifestada a propósito de una futura compatibilidad entre pensión y trabajo en la DA37ª, la Ley 27/2011, de 1 de agosto adiciona un nuevo apartado al art. 165 TRLGSS/1994 (actual art. 213.4 TRLGSS/2015) según el cual "el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual".

El siguiente punto de inflexión en este dominio viene de la mano de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, por la que se suprime la limitación del 50 % de jubilación cuando se compatibiliza la pensión con el desarrollo de una actividad por cuenta propia si el autónomo tiene contratado, el menos, a un trabajador asalariado.

Resta por apuntar que el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, en desarrollo de la DF2ª del Real Decreto-Ley 26/2018.

Y, tras este breve repaso de la evolución histórica de la compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo, ya sea por cuenta propia o ajena, en nuestro país, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, modifica mediante su artículo 1.9 el TRLGSS/2015, dando una redacción al art. 214 intitulado "Pensión de jubilación y envejecimiento activo".

2.3. Régimen jurídico actual de la jubilación activa

Como ya se ha comentado, el art. 214 TRLGSS/2015 (LGSS, en adelante), rubricado "pensión de jubilación y envejecimiento activo" ha sido recientemente modificado por el art. 1 Nueve de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

La reforma ha afectado, fundamentalmente, a los requisitos de acceso a esta posibilidad de compatibilidad, previendo actualmente el art. 214 LGSS que, "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 213, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista", debiéndose observar una serie de condicionantes.

Antes de abordar los cambios operados por la nueva reforma, es preciso enfatizar en que la jubilación activa alude a la compatibilidad entre el cobro de la pensión de jubilación con la realización de cualquier trabajo, ya sea por cuenta propia, ya sea por cuenta ajena, si bien existen ciertas diferencias, sobre las que profundizaremos ulteriormente, en relación con el porcentaje que el régimen actual permite percibir al pensionista, y en particular, la compatibilidad del 100 % de la pensión con el desempeño de un trabajo por cuenta propia. En cualquier caso, el beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos (art. 214.4 LGSS).

Una de las novedades más importantes introducidas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, es precisamente el endurecimiento del primer requisito para acceder a la jubilación activa, en tanto que en orden a acceder a la pensión de jubilación que se pretende compatibilizar debe transcurrir al menos un año después de haber cumplido la edad legal ordinaria[22] que en cada momento resulte de aplicación (art. 205.1.a y DT7ª LGSS).

Parte de la doctrina entiende que "la modificación es claramente desincentivadora del acogimiento a la jubilación activa"[23], dado que las personas trabajadoras que busquen simultanear la jubilación con el trabajo deberán prorrogar su vida laboral al menos un año más. En otras palabras, el retraso de un año supondría que, para un trabajador con una carrera de seguro corta (menos de 38 años y 6 meses de cotización), este no podría acceder a la jubilación activa hasta que no cumpliera los 68 años.

El art. 214.1.a) LGSS precisa que, a los efectos de determinar la edad, no computan las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran corresponder al interesado, pues, en palabras de la STJS del País Vasco de 15 de marzo de 2016[24], tras la entrada en vigor del RDL 5/2013, de 15 de marzo, la regla general de incompatibilidad "contiene una excepción dirigida a favorecer el alargamiento de la vida activa, […], pero siempre que éstos hayan accedido a la jubilación con la edad jubilación ordinaria" prevista legalmente. Además, tal y como han razonado los tribunales menores[25], no existe ningún óbice para acceder a la jubilación activa por parte del trabajador al que le fue reconocida una situación de jubilación parcial anticipada[26], si acredita cumplir el requisito de la edad[27].

---

[22] Gala Durán, C.: "Pensiones. Jubilación. Las novedades en materia de seguridad social del año 2022: la Ley de Presupuestos Generales del Estado, la Ley 21/2021 y el RDL 32/2021. Presupuestos Generales del Estado", en *La Administración Práctica* núm. 3/2022 (Ed. Aranzadi) [BIB 2022\499]

[23] Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2022 [BIB 2022\552]

[24] STSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 523/2016, de 15 de marzo de 2016, FJ2º [EDJ 2016/70851]

[25] STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 358/2020, de 8 de mayo (reiterando la posición de la STSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, rec. 1.273/18) [https://www.graduadosocialbizkaia.com/wp-content/uploads/2019/03/SENTENCIA-TSJM-Jubilación-PARCIAL-A-ACTIVA-1.pdf)

[26] Posición mantenida en el Criterio 3/2014, de 4 de marzo, del INSS, leído en Cavas Martínez, F. "Requisitos de Acceso a la Pensión de Jubilación Activa. Comentario a la STS, Social, de 30 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*. Núm. 13, 2017, pp. 177-191

[27] Tortuero Plaza, J.L.: "Debate sobre el sistema de pensiones en España", *CEMCI*, Núm. 39, 2018, p. 14, en donde el autor hace referencia a la STSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 851/2017, de 30 de marzo [EDJ 2017/63890], cuya conclusión es tajante: "no hay norma alguna en virtud de la cual, en caso de jubilación parcial tras acreditar el requisito de edad exigido, no se pueda acceder a la jubilación activa una vez cumplida la edad exigida".

Por su parte, el Criterio de Gestión del INSS 8/2022, de fecha 8 de febrero de 2022, matiza que el requisito establecido en el apartado a) del artículo 214.1 del TRLGSS será de aplicación exclusivamente a las pensiones de jubilación causadas a partir del 1 de enero de 2022, no afectando a las no causadas con anterioridad a dicha fecha, corrigiendo su posición mantenida en el anterior Criterio de Gestión 2/2022, de fecha, de 10 de enero, sobre la base de que una interpretación literal del nuevo texto no se compadece con la voluntad del legislador, en el bien entendido de que aquellos pensionistas que cumplían todos los requisitos para compatibilizar trabajo-pensión verían "frustrada una expectativa de derecho por no poder acreditar nunca ya el nuevo requisito que se introduce".

En segundo lugar, la Ley 21/2021 mantiene la obligación de que para compatibilizar trabajo con jubilación "el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 %". Y, ya es doctrina consolidada[28] que no es posible acceder a la jubilación y completar a posteriori dicho porcentaje con el generado por las cotizaciones posteriores; lo contrario sería poner en mejor posición a quien menos cotizó[29]. Así pues, la finalidad de este requisito sigue siendo la misma: "que la decisión de jubilarse activamente no dependa de la futura pensión a percibir, sino que traiga causa de una decisión voluntaria de mantenerse 'activo' aun cuando se envejezca"[30].

En tercer lugar, se ha dado una nueva redacción al apartado c) del art. 214.1 LGSS[31], que ahora reza así: "el trabajo compatible podrá realizarse por cuenta ajena, a tiempo completo o a tiempo parcial, o por cuenta propia". A la luz de la literalidad del precepto, parece excluirse la posibilidad de que el autónomo desarrolle una actividad de carácter parcial y la compatibilice con el percibo de su pensión de jubilación, extremo que puede estar estrechamente ligado con la falta de desarrollo normativo de previsiones que permitan tanto un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos[32], como su acogimiento a la figura de la jubilación parcial.

En cuarto y último lugar, se continúa exigiendo -requisito que no ha sido objeto de modificación- que la actividad profesional que se pretenda simultanear con la pensión de jubilación se lleve a cabo dentro del sector privado, pues, de conformidad con lo prevenido en el art. 214.6 II LGSS, la jubilación activa no es aplicable a los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público -en el sentido del art. 1.1 II Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y que

[28] STS (Sala 4ª, Sección 1ª), núm. 448/2017, de 30 de mayo de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:2455] y STS (Sala 4ª, Sección 1ª), núm. 48/2018, de 24 de enero [ROJ STS 483/2018]

[29] La citada STS 448/2017 (rec. 2268/2015) es sumamente expresiva: "los términos del precepto son tan claros que no dejan duda sobre la necesidad de haberse jubilado con una pensión equivalente al 100 % de la base reguladora de la misma, para poder compatibilizar el trabajo con la pensión reconocida que, durante esa situación de compatibilidad, se reducirá un 50 %, sin que, por ende, sea compatible alcanzar porcentaje del 100 % cuestionado con cotizaciones posteriores a la jubilación" (FJ2º).

[30] Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones…", *Op. Cit.*

[31] En la anterior redacción (antes Ley 21/2021), el art. 214.1.c) LGSS decía lo siguiente: "el trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial".

[32] La DA5ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, prevé que "En el ámbito de la Subcomisión para el estudio de la reforma del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, constituida en el Congreso de los Diputados, y oídos los representantes de los trabajadores autónomos, se procederá a la determinación de los diferentes elementos que hagan posible la implantación de un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, mediante el oportuno desarrollo reglamentario del art. 25 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, para las actividades o colectivos que se consideren, y en todo caso vinculado a períodos concretos de su vida laboral". Sin embargo, la DA126ª de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 ha dispuesto que "se aplaza la entrada en vigor de lo previstos en los artículos 1.1, primer párrafo, 24, segundo párrafo; y 25.4 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, en todo lo relativo a los trabajadores por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial".

será incompatible con la percepción de la pensión de jubilación. Recuérdese que este régimen de incompatibilidad es igualmente extensible a los notarios (STSJ de Castilla-La Mancha 670/2019, de 7 de mayo[33]), habida cuenta de que puede afirmarse que el notario es funcionario público, aunque no sea un funcionario administrativo.

A mayor abundamiento, es imperativo mencionar que la Ley 21/2021 ha suprimido el antiguo requisito previsto en el anterior art. 214.6 LGSS por el que se exigía a las empresas que no adoptaran decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores de personas trabajadoras que hubieran prestado servicios en el mismo grupo profesional en que iba a quedar encuadrado el jubilado activamente. Asimismo, se ha eliminado la obligación por parte de la empresa de que la jubilación activa no afecte negativamente al mantenimiento del empleo existente en la misma antes de la incorporación de la persona jubilada activamente[34].

Por otro lado, no se alteran las reglas sobre el cálculo de cuantía de la pensión, recogidas en el art. 214.2, 3 y 5 LGSS. Cuando se trate de la realización de un trabajo por cuenta ajena, el importe de la pensión de jubilación será equivalente al 50 % de la pensión, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad por cuenta ajena que se realice (art. 214.2 LGSS). Y, en cuanto a esta compatibilidad, procede hacer tres matizaciones:

i. La cuantía de la pensión compatible con el trabajo por cuenta ajena no puede ser superior al 50 % del límite máximo de pensión fijado para 2022 (2.819,20 euros de acuerdo con los datos reflejados en la página oficial de la Seguridad Social[35]), luego, estaríamos hablando de 1.409,59 euros.

ii. La revalorización de la pensión procederá en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social, si bien, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 % (art. 214.2 III LGSS).

iii. El pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en que se compatibilice la pensión con el trabajo (art. 214.3 LGSS).

Por añadidura, se han suscitado diferentes dudas interpretativas en relación con la correcta aplicación de esta compatibilidad en variados supuestos, entre los que cabe mentar los siguientes. Por Consulta 14/2017 de 3 de agosto, la DGOSS aclara que la compatibilidad entre el 50 % de la pensión ordinaria de jubilación y la actividad laboral como trabajo fijo-discontinuo "implica la reducción de la pensión durante todo el período en el que se mantenga en vigor el contrato, independientemente de los períodos de actividad e inactividad que puedan sucederse durante su vigencia"[36].

Igualmente, el Criterio de Gestión 15/2021 de 17 de mayo considera que en aquellos supuestos en los que parte de la pensión se suspenda conforme a las reglas de compatibilidad en el trabajo,

[33] STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 670/2019, de 7 de mayo [AS 2019\1667]: "les es aplicable, sin ninguna duda, el régimen de incompatibilidades".

[34] Gala Durán, C., Pensiones. Jubilación…", *Op. Cit.*

[35] Seguridad Social: Revalorización (seg-social.es)

[36] Y, esta misma Consulta 14/2017 [JUR\2017\21627] añade que no resulta aplicable el apartado 5 del art. 214 LGSS, por cuanto "parece claro que se hace referencia al momento de la finalización del contrato y no al cese temporal de la actividad que circunstancialmente pueda producirse durante la vigencia del mismo".

procederá, en consecuencia, suspender o minorar el complemento para la reducción de la brecha de género que complementa dicha pensión[37].

Y, por lo que respecta a la realización de un trabajo por cuenta propia, para su compatibilidad con la pensión se aplican las reglas anteriores[38] con una serie de particularidades. Son precisamente estas peculiaridades las que han provocado numerosas dudas interpretativas acerca de la correcta aplicación de la compatibilidad entre pensión contributiva y trabajo por cuenta propia. Así pues, en las siguientes líneas se tratará de dar algo de luz a la indeterminación jurídica que caracteriza al art. 214.2 II LGSS.

3. Trabajadores autónomos y jubilación activa: constante inseguridad jurídica

De conformidad con el art. 214.2 II LGSS, si el trabajador autónomo acredita tener contratado, al menos, un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible alcanzará el 100 %. Dicho de otra manera, la principal diferencia con la jubilación activa para aquellas personas que se decanten por un trabajo subordinado estriba en la posibilidad de compatibilizar el trabajo por cuenta propia con el 100 % de la pensión.

Sin duda alguna, la acreditación de este requisito y su extensión a todas las personas encuadradas en el RETA, señaladamente a los autónomos societarios, había generado una gran litigiosidad en los tribunales, además de ser objeto de números análisis doctrinales[39]. En relación con la contratación de un trabajador por cuenta ajena que el trabajador autónomo debía atestiguar a fin de acceder al 100 % de la pensión, se constató un vaivén de posturas interpretativas. En un primer momento, el Criterio de Gestión 26/2017 de 23 de noviembre se mostró partidario de entender cumplido dicho requisito cuando acredite la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo que dé lugar a la inclusión del trabajador en el Sistema Especial de Empleados del hogar, permitiéndose incluso su celebración a jornada parcial. Poco después, por Consulta de 21 de marzo de 2018, se procedió por parte de la DGOSS a un cambio de criterio, entendiendo necesario para la compatibilización que la contratación del trabajador se realice en el ámbito de actividad que esté ejerciendo el autónomo, revocando el anterior Criterio por el cual se permitía acreditar dicho requisito reclutando a una persona encuadrada en el Sistema de Empelados del Hogar[40].

A mayor abundamiento, los Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado en diferentes sentidos en relación con esta cuestión, y será necesario que nuestro Alto Tribunal resuelva la contradicción mediante casación unificadora[41]. Así pues, encontramos sentencias que están reconociendo el derecho al percibo del 100 % de la pensión de jubilación cuando la

[37] A modo didáctico, el Criterio 15/2021 [JUR\2021\238383] concluye que en caso de que se percibiera el 50 % del importe de la pensión por aplicación del art. 214 LGSS, procedería igualmente percibir el 50 % del complemento para la reducción de la brecha de género.

[38] La compatibilidad del 50 % del importe de la pensión cuando concurren los requisitos previstos en el art. 214 TRLGSS también se aplica a la actividad de religioso/a de la Iglesia Católica que determina el encuadramiento obligatorio en el RETA, por cuanto no existe ninguna restricción ni limitación en la normativa de aplicación (*vid.* Criterio de Gestión 16/2018, de 20 de junio [JUR\2018\234922]

[39] Entre otros, sobre los dos problemas interpretativos apuntados: Mercader Uguina, J.R. y García-Perrote Escartín, I.: "Jubilación activa y trabajadores autónomos: un camino sembrado de interrogantes", en *Revista de Información Laboral* núm. 11/2018 (Ed. Aranzadi) [BIB 2018\13992]

[40] Criterio de Gestión 18/2018, de 26 de julio del INSS [JUR\2018\23924], que expresamente afirma: "Únicamente se entenderá cumplido este requisito, si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo para el desempeño de un puesto de trabajo relacionado con la actividad por la que haya dado lugar a su alta en el sistema de Seguridad Social como trabajador autónomo"

[41] Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones…", *Op. Cit.*

contratación es de empleado doméstico, por ejemplo, la STJS Cantabria, de 29 de mayo de 2020 (rec. 255/2020); mientras que otros tribunales han denegado esta posibilidad de compatibilidad total (STSJ Asturias, de 10 de diciembre de 2019 [rec. 2491/2019] y STSJ Extremadura, de 15 de octubre de 2019 [rec. 489/2019]).

Por otro lado, por lo que hace a los trabajadores autónomos eventualmente beneficiaros de la modalidad de jubilación activa, desde junio de 2021, el estado de la cuestión resulta relativamente pacífica, toda vez que no es menos cierto que la aplicación de esta compatibilidad absoluta ha generado vivos debates doctrinales y divergentes fallos judiciales.

Por medio del mentado Criterio de Gestión 26/2017, de 23 de noviembre, la DGOSS mantuvo, en un primer momento, que el cumplimiento del anterior requisito solamente podía ser acreditado por el pensionista de jubilación que, actuando como persona física, hubiera quedado incluido en el campo de aplicación del RETA en virtud del art. 305 TRLGSS/2015, excluyendo, por tanto, a aquel trabajador autónomo cuya alta en el RETA se hubiera efectuado al amparo del art. 305.2 LGSS, apartados b), c), d), e) y l) en calidad de consejero, administrador socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica distinta a la del propio trabajador autónomo, entidad que mediante su personalidad jurídica propia actúa como empleador ante la TGSS. Asimismo, en este Criterio se negaba el acogimiento a esta modalidad de jubilación al familiar colaborador incluido en el campo de aplicación del RETA, puesto que es el trabajador autónomo titular quien actúa como empresario de los trabajadores por cuenta ajena a su servicio.

Posteriormente, se entendió por la DGOSS (Criterio de Gestión 7/2018, de 21 de marzo)[42] que el acceso a la jubilación activa también comprende aquellos casos en los que "la contratación de un trabajador por cuenta ajena no se acredita por la entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del trabajador autónomo, sino por el propio trabajador comprendido en alguno de los supuestos del art. 305.2, apartados b), c), d), e) y l) del TRLGSS, y acreditan haber celebrado un contrato por cuenta ajena, actuando como empresario".

Y, ante este vaivén interpretativo por parte de la DGOSS, la primera sentencia que se dictó a propósito de la interpretación del párrafo segundo del art. 214.2 LGSS -la sentencia núm. 358/2018, de 17 de julio, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo- reconoció la plena compatibilidad entre trabajo y del autónomo societario -en el supuesto enjuiciado, un socio mayoritario y administrador único encuadrado en el RETA ex art. 305.2.a) LGSS-[43].

En el entretanto, las dudas interpretativas se agravaron, con pronunciamientos dispares de diferentes tribunales[44]. Mientras que el TSJ de Asturias, en su sentencia de 26 de diciembre de 2018[45], revocaba el criterio de la citada sentencia del JS núm. 3 de Oviedo, llegando a la conclusión de que la posibilidad del cobro del 100 % de la pensión cuando se es autónomo empleador ha de entenderse que se contempla únicamente para autónomos persona física, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia -en su sentencia de 28 de mayo de 2019[46]- declaraba el derecho al autónomo

[42] Cervilla Garzón, M.J.: "Capítulo X. Criterios jurisprudenciales recientes sobre la jubilación activa de los trabajadores por cuenta propia", *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Ed. Laborum, 2019.

[43] Caballero Pérez, M. J.: "La jubilación activa plena y su aplicación a los autónomos societarios: una cuestión controvertida tras la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo", en *Temas Laborales*, núm. 146/2019, pp. 239-252.

[44] VV.AA. (Sección Juvenil de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), "El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2021", en *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 61, 2022, pp. 750 y 751.

[45] STSJ de Asturias (Sala de lo Social), Sección 1ª), núm. 2974/2018, de 26 de diciembre [ROJ: STJS AS 3791/2018]

[46] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 28 de mayo de 2018 (rec. 398/2019) [ROJ: STSJ GAL 3350/2019]

societario a la simultaneidad total de su pensión con el trabajo que viene realizando como autónomo, aportando el ponente una pléyade de argumentos por los cuales cree que debería concurrir la plena compatibilidad[47]. Finalmente, la STSJ de La Rioja, de 10 de octubre de 2019[48], puso de manifiesto la necesidad de casación unificadora por parte de nuestro Alto Tribunal al declarar, nuevamente, el derecho de las personas autónomas demandantes a percibir la pensión de jubilación activa en cuantía del 100 %.

En consecuencia, hoy día, el Tribunal Supremo ha zanjado la cuestión en unificación de doctrina en seis sentencias de la misma fecha -23 de julio de 2021[49]- y, en todas ellas, la fundamentación jurídica es coincidente: no concurren los requisitos necesarios en orden a simultanear el percibo del 100 % de la pensión con el trabajo autónomo "societario"[50]. El sentido del fallo es, sin duda, harto elocuente, y se podría resumir el razonamiento de la Sala de lo Social del Alto Tribunal en varios puntos.

En un primer momento, la Sala acude a la finalidad misma de las normas, que no es otra que el mantenimiento del empleo, y recuerda que únicamente la jubilación del empresario que tiene la condición de persona física es causa de extinción de los contratos de sus trabajadores con una indemnización extintiva de un mes de salario (art. 49.1.g ET). Esto es, la jubilación de un autónomo societario no conlleva la extinción de las relaciones laborales que mantiene la entidad mercantil con dichos trabajadores.

En segundo lugar, introducida la distinción entre autónomo "clásico" y autónomo "societario", se aborda el extremo relativo a la asunción de riesgos empresariales. El TS considera que prolongar la vida laboral comporta asumir un riesgo empresarial, el cual se acrecienta, aún más si cabe, cuando se contrata al menos a un trabajador por cuenta ajena, y es precisamente esta situación la que justifica la plena compatibilidad entre trabajo y pensión. Ahora bien, la utilización de una persona interpuesta, en este caso, una persona jurídica diferenciada -una entidad mercantil-, sustrae al autónomo societario de la sujeción a la regla del art. 1911 CC, precepto que proclama que los obligados responderán con todos sus bienes de las deudas presentes y futuras. En otras palabras, quien asumirá las deudas salariales y las obligaciones derivadas de la Seguridad Social será el patrimonio de la sociedad mercantil.

Y, en tercer lugar, constatados dos patrimonios perfectamente diferenciados, el de la sociedad mercantil empleadora y el del autónomo societario, que se asimila al autónomo clásico (art. 305.1 LGSS) a los efectos de encuadramiento en el RETA, pero que en realidad no presta servicios por cuenta propia, sino que lo hace para la sociedad de capital[51], el Alto Tribunal concluye que no se cumple el requisito consistente en acreditar la contratación de, al menos, un trabajador por cuenta ajena, pues el verdadero empresario (art. 1.2 ET) es la entidad mercantil.

---

[47] Interesante su FJº 3.4, en el que el ponente afirma que "dada la literalidad de la norma, quien contrata tanto puede ser un autónomo individual como puede ser un autónomo societario con el efectivo control de la sociedad empleadora"

[48] STSJ de La Rioja (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 184/2019, de 10 de octubre [ROJ: STSJ LR 473/2019]

[49] SSTS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 23 de julio de 2021, RCUD núm. 2956/2019, 4416/2019, 1328/2020, 1459/2020, 1515/2020 y 1702/2020.

[50] Sáez Lara, C.: "Jubilación activa y persona autónoma societaria. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 30, 2022, pp. 149-158

[51] Cano Galán, Y.: "Jubilación activa: compatibilidad entre el 100 % de la pensión de jubilación y el trabajo desempeñado por "autónomos clásicos" y no por "autónomos societarios", en *Diario La Ley (Wolters Kluwer)*, Núm. 9943, Sección Comentarios de jurisprudencia, 2 de noviembre de 2021

Sin embargo, sorprende que esta misma solución se haya trasladado al supuesto de una persona trabajadora autónoma que forma parte de una comunidad de bienes[52]. En efecto, la STS 128/2022, de 8 de febrero de 2022[53], llega a la misma conclusión que en las SSTS de 23 de julio de 2021, con fundamento en que es la comunidad de bienes la que ostenta la condición de empleadora (ex art. 1.2 ET), siendo un sujeto jurídico diferenciado en el marco del tráfico jurídico. Y la ausencia de personalidad jurídica propia y, por consiguiente, la asunción por parte de los comuneros de responsabilidad personal, directa e ilimitada tanto frente a sus trabajadores como frente a terceros no se debe confundir con quien es el empresario, a saber, la comunidad de bienes y no los partícipes de la misma[54].

En cualquier caso, la sentencia contiene un importante voto particular, formulado por Dª Concepción R. Ureste García, y al que se adhiere D. Juan Molins García-Atance, quien fue precisamente el ponente de tres de las SSTS de 23 de julio de 2021[55], lo que podría sugerir que, a futuro, la posición del Alto Tribunal podría ser alterada.

La compatibilidad del 100 % exige que los requisitos del alta y tener contratado, al menos, un trabajador por cuenta ajena -ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial-, concurran, como mínimo, en todo momento de su devengo[56], de manera que, si este último no concurriera durante todo el mes, únicamente se abonará el 50 % a partir de su ausencia[57]. Por su parte, el Criterio de Gestión 12/2020, de 19 de mayo, matiza que en el supuesto de reducción de jornada o suspensión del contrato de trabajo (ERTE o por cualquier causa prevista en el art. 45 ET), no hay motivo para que el trabajador autónomo que tenga la totalidad de su plantilla en estas circunstancias no pueda beneficiarse de la plena compatibilidad[58].

Otra de las consecuencias de la jubilación activa se encuentra contemplada en el art. 153 LGSS que, bajo la rúbrica "Cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo", prescribe que los empresarios y los trabajadores cotizarán al RGSS únicamente por IT y por contingencias profesionales, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 9 % sobre la base de contingencias comunes, corriendo a cargo del empresario el 7 % y del trabajador el restante, que no serán computables a efectos de prestaciones. En mismos términos se expresa el art. 309 LGSS para los supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo autónomo[59].

---

[52] Sorprende en la medida en que numerosos tribunales inferiores habían permitido el acceso a la jubilación plena en el caso de los autónomos constituidos en una comunidad de bienes, tal y como señala Ballester Pastor, I.: "El autónomo societario encuadrado en el RETA que compatibilice trabajo y pensión de jubilación no puede ser beneficiario de la jubilación activa con un porcentaje del 100 %", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Núm. 8, 2021. La autora cita la STSJ BAL (Social) de 2 de septiembre de 2020 [JUR\2020\304009], STSJ CTL Burgos (Social) de 13 de febrero de 2020 [JUR\2020\129456] y la STSJ MAD (Social) de 8 noviembre de 2020 [AS 2020/595]

[53] STS (Sala Social, Pleno), núm. 119/2022, de 8 de febrero de 2022 [EDJ 509990]

[54] Esta STS alude a la hipótesis en la que se jubilan varios comuneros simultáneamente teniendo la comunidad de bienes contratado a solo un trabajador. La aplicación del apartado segundo del art. 214.2 LGSS a este supuesto conllevaría que dos comuneros se acogieran a una plena compatibilidad sobre la base de un único contrato de trabajo que, además, está suscrito por un ente distinto al de los condueños.

[55] SSTS RCUD 1459/2020, 1515/2020 y 1702/2020.

[56] Criterio de Gestión 17/2018, de 20 de junio, INSS (JUR\2018\234923)

[57] Tortuero Plaza, J.L.: "Jubilación contributiva II", Título de Experto en Seguridad Social (UCM 16 y 22 de marzo 2022)

[58] El Criterio de Gestión 12/2020, de 19 de mayo, INSS [JUR\2020\161334] añade que este criterio también es aplicable a los ERTE adoptados de conformidad con lo dispuesto en el art. 22 RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto, es decir, incluso cuando el autónomo empresario esté exonerado de cotización (ex art. 24).

[59] Nuevas redacciones resultantes de la DF38ª de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

En último lugar, la Ley 21/2021 ha introducido la incompatibilidad entre el acceso a la jubilación activa y el porcentaje adicional que prevé el art. 210.2 LGSS para la demora de, al menos, un año de la jubilación. Hasta ahora, no procedía el incentivo antes mencionado en los casos de jubilación parcial o flexible, añadiéndose actualmente una tercera exclusión. Y antes las dudas generadas respecto a la aplicación de esta nueva incompatibilidad, el Criterio de Gestión 7/2022, de 2 de febrero del INSS, aclara que los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior al 1 de enero de 2022 -a los que es de aplicación el complemento por demora previsto en el art. 210.2 LGSS en la redacción anterior a la Ley 21/2021- podrán compatibilizar su percibo con el acceso al envejecimiento activo contemplado en el art. 214 LGSS. Por consiguiente, el trabajador que continúe trabajando a partir de la edad ordinaria de jubilación tendrá dos alternativas incompatibles entre sí: o bien retirarse totalmente percibiendo el complemento por demorar la jubilación, o bien jubilarse activamente y simultanear trabajo y pensión, situación incompatible con el complemento de demora[60].

4. Reflexiones finales

Se inició la presente exposición haciendo referencia a la *protección menos completa* tanto en su extensión como en su intensidad en lo que respecta a la acción protectora del sistema de Seguridad Social para con los trabajadores autónomos. Y si bien es verdad que en estas últimas décadas se ha tendido hacia la racionalización y simplificación de la multiplicidad de regímenes existentes, con el desiderátum expresado por el legislador en el art. 23.2 de la Ley 20/2007 de constituir un "único régimen" para los trabajadores por cuenta propia, no es menos cierto que el problema de base por lo que hace a la menor protección en términos cuantitativos de los trabajadores autónomos -y no cualitativos, habida cuenta del proceso de equiparación del RETA con el RGSS en cuanto al catálogo de prestaciones- reside en su propensión a cotizar por la base mínima de cotización, que determina, como es sabido, una menor base reguladora y, en última instancia, una pensión con una cuantía inferior.

En este sentido, ilustrativas son las estadísticas que nos proporciona la Seguridad Social en relación con la pensión media en los diferentes regímenes del sistema[61]. Mientras que la pensión media del RGSS, a 1 de junio de 2022, se sitúa en 1403,32 euros, la pensión media en el RETA apenas alcanza los 835 euros. Semejante brecha entre ambos regímenes puede explicar, en parte, la predisposición de los trabajadores por cuenta propia a acogerse a una de las "nuevas" modalidades de jubilación, la jubilación activa. En efecto, según datos de la Seguridad Social, en 2020 se reconocieron 62.959 jubilaciones activas en cómputo global, de las que 53.604 correspondían a trabajadores autónomos, lo que supone un 85,14 % del total[62].

Estas estadísticas evidencian el atractivo de este régimen de compatibilidad para los trabajadores por cuenta propia. Así, a diferencia de otras prestaciones y otras parcelas de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, en el ámbito de la simultaneidad pensión y trabajo, se

[60] Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 30, 2022, p. 85. El autor considera lógica esta nueva previsión dado que lo que "se busca es reconducir a los autónomos que se jubilan 'activamente' a la demorada", pues se les "exige un período de espera de un trabajo trabajando a partir de la edad antes de acceder a la activa", concluyendo que de "no recogerse esta nueva regla de incompatibilidad, todo el que esperase el año lucraría la jubilación demorada, y acto seguido podría reconducirla a la activa".

[61] https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a2dd3686-d4f4-48f3-b029-5b70a667fd11/S202206.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-a2dd3686-d4f4-48f3-b029-5b70a667fd11-o6P.nJT

[62] Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, *Informe económico-financiero a los presupuestos de la Seguridad Social de 2022. Tomo III*. https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1dbab921-a626-43cb-84f2-8ecdeadce91a/20223SNT3.pdf?MOD=AJPERES

observa un mejor tratamiento a los autónomos en comparación con los trabajadores por cuenta ajena. En concreto, el actual régimen jurídico de la jubilación activa permite la compatibilidad plena de la pensión con la ejecución de una actividad lucrativa por cuenta propia, siempre y cuando se cumplan unas determinadas condiciones.

Son precisamente dichos requisitos los que mayores dudas interpretativas, controversias y litigios generan. Ante la indeterminación del propio tenor del art. 214.2 apartado segundo de la vigente LGSS, se han suscitado dos importantes interrogantes. El primero, a propósito del ámbito subjetivo que puede resultar beneficiario de esta plena compatibilidad, esto es, qué clases de autónomos pueden disfrutar de este privilegio; y, el segundo, acerca de la contratación de un trabajador por cuenta ajena y en qué medida el precepto exige que el trabajador contratado esté afectado a la actividad que el autónomo pretende compatibilizar.

Por lo que se refiere al requisito de contratar a un trabajador por cuenta ajena, la jurisprudencia de los tribunales menores es contradictoria, y deberá zanjar definitivamente la cuestión nuestro Alto Tribunal en casación unificadora. Por lo pronto, cabe advertir que parecería lógico y coherente con la propia finalidad de la compatibilidad plena, que no es otra que evitar la destrucción de empleo (o alentar su creación), y en ese sentido, la contratación de un trabajador por cuenta ajena debería referirse a la misma actividad objeto de compatibilización. Si bien es cierto que de un interpretación gramatical o literal podría admitirse esta compatibilidad "privilegiada" habida cuenta de que el precepto solamente hace referencia a que se acredite "tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena", una interpretación teleológica y sistemática nos conduce a rechazar el simultaneo total de la pensión con una actividad lucrativa por cuenta propia cuando se contrate a una persona encuadrada en el sistema especial de personas del hogar. Y, finalmente, en referencia a otra de las cuestiones que se han planteado y a la que no se ha dado respuesta de manera clara, a saber, si la compatibilidad del 100 % de la pensión con el trabajo por cuenta propia requiere contratar *ex novo* a un trabajador por cuenta ajena, o simplemente la normativa exige el mantenimiento del empleo. Sobre este particular puede llegarse a la conclusión, a la luz de las resoluciones judiciales recaídas en esta materia, que la total compatibilidad se alcanza tanto con la creación como con el mantenimiento de los contratos de trabajo.

Y, respecto a otro de los puntos que más fricción ha causado, el del ámbito personal o el tipo de colectivo susceptible de beneficiarse de esta compatibilidad, las últimas sentencias del Tribunal Supremo (23 de junio de 2021 y 8 de febrero de 2022) han resuelto que tanto los autónomos societarios como los miembros de una comunidad de bienes no tienen derecho al 100 % de la pensión pese a continuar llevando a cabo una actividad y hallarse encuadrados en el RETA. En lo que concerniente a los autónomos societarios, la solución alcanzada por el Tribunal Supremo se presenta como la más razonable, en tanto que una respuesta distinta supondría ignorar la propia naturaleza de las sociedades mercantiles. No se puede obviar la limitación de responsabilidad característica de las sociedades de capital, ni el hecho de que gozan de personalidad jurídica distinta a la de sus socios y accionistas y que, por tanto, son estas las que contratan directamente a los trabajadores, y, en definitiva, que la jubilación de un autónomo societario no conlleva necesariamente la aplicación del art. 49.1.g) ET y la extinción de los contratos laborales.

En cambio, la respuesta a los comuneros que explotan un negocio en régimen de cotitularidad y la negativa del Tribunal Supremo al reconocimiento de la plena compatibilidad es más criticable. A pesar de la literalidad del art. 1.2 ET, que efectivamente atribuye a la comunidad de bienes la condición de verdadera empleadora, esta carece de personalidad jurídica, aspecto clave y que le diferencia del supuesto anterior. En realidad, estamos ante una entidad transparente, pues todos los efectos derivados de la actividad recaen en los propios comuneros, esto es, una responsabilidad ilimitada frente a terceros (art. 1911 del Código Civil) y el sometimiento de esta

entidad al régimen de atribución de rentas, que en el caso de comuneros personas físicas significa tributar por el IRPF en rendimiento de actividades económicas (art. 35.4 Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria en relación con los arts. 8.3 y 87 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del IPRF). Las consecuencias anteriores dimanantes del ejercicio de una actividad en forma de comunidad de bienes para los comuneros que la integran aconsejan atemperar la posición de nuestro Alto Tribunal y otorgarles el beneficio de la compatibilidad al 100 % de la pensión con el trabajo.

Análisis crítico de los distintos regímenes de compatibilidad de la pensión de jubilación total con el trabajo del pensionista

Francisco Javier Arrieta Idiakez
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto
ORCID: 0000-0003-4696-6356

1. Introducción

El objetivo de este estudio es analizar de forma crítica los distintos regímenes de compatibilidad de la pensión de jubilación total con el trabajo del pensionista. Para ello, se analizarán siete regímenes distintos. No obstante, previamente, se profundizará en la norma general, que es la incompatibilidad, y su razón de ser, porque se defenderá que es la quiebra de dicha norma general la que fundamenta las salvedades reguladas para con la misma, que dan lugar a los regímenes de compatibilidad. El análisis detenido de los distintos regímenes de compatibilidad permitirá extraer las pertinentes conclusiones.

2. La incompatibilidad entre la pensión de jubilación total y el trabajo del pensionista como norma general

Actualmente, la incompatibilidad entre la pensión de jubilación total y el trabajo del pensionista como norma general se recoge en el artículo 213.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

(TRLGSS-2015)[1]. Concretamente, se establece que: «El disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista (…)». Por su parte, la 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[2], matiza que la referencia al trabajo del pensionista se identifica con el trabajo «por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de algunos de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social (…)» (artículo 16.1).

Esta incompatibilidad resulta lógica si se tiene en cuenta que el artículo 204 del TRLGSS-2015 exige que el beneficiario de la prestación económica por causa de jubilación «cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena», una vez alcanzada la edad establecida. En el mismo sentido, respecto a los trabajadores autónomos, el artículo 42 del Decreto 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[3], exige haber cesado en el trabajo a causa de su edad.

Pero también debe tenerse en cuenta que se consideran trabajo incompatible con la percepción de la pensión de jubilación, por una parte, «el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas[4]» (artículo 213.2 del TRLGSS-2015) y, por otra parte, «el desempeño de los altos cargos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley 3/2015, de 30 de mayo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado[5]» (artículo 213.3 del TRLGSS-2015).

En lo que respecta al primer supuesto, su mención expresa se debe a que el personal al que resulta de aplicación la Ley 53/1984 puede tener una relación de empleo de carácter laboral o funcionarial (cfr. artículo 2.2). De este modo, la particularidad en relación con la matización realizada por el artículo 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967, y, por tanto, su mención expresa en el artículo 213.2 del TRLGSS-2015, se debe a que los funcionarios no desempeñan un trabajo por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de algunos de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social. En efecto, conforme al Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público[6], mientras que los funcionarios de carrera están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente (cfr. artículo 9.1), los funcionarios interinos, a pesar de que son nombrados como tales con carácter temporal, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, en las circunstancias legalmente previstas, desempeñan funciones propias de funcionarios de carrera, lo que supone que les sea de aplicación el régimen general de estos últimos, en lo que se refiere a la naturaleza de su régimen profesional, con las particularidades propias derivadas de su condición temporal y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento (cfr. artículo 10, apartados 1 y 5). En este sentido, además, hay que tener en cuenta que el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del

[1] BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261.

[2] BOE de 26 de enero de 1967, núm. 22.

[3] BOE de 15 de septiembre de 1970, núm. 221.

[4] BOE de 4 de enero de 1985, núm. 4.

[5] BOE de 31 de marzo de 2015, núm. 77.

[6] BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261.

Estado[7], respecto a los funcionarios (cfr. artículos 33, 53 y 57) para los que todavía sigue vigente[8], establece varias incompatibilidades: (a) Las pensiones de jubilación o retiro de Clases Pasivas «serán incompatibles con el desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público por parte de sus titulares, entendido este de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas» (artículo 33.1, párrafo 1); (b) «No se podrá percibir la pensión de jubilación o retiro de Clases Pasivas con cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales. A estos efectos, se entenderá por remuneración cualquier derecho de contenido económico derivado, directa o indirectamente, de una prestación o servicio personal, sea su cuantía fija o variable y su devengo periódico u ocasional» (artículo 33.1, párrafo 2); (c) «(…) con carácter general, el percibo de las pensiones de jubilación o retiro será incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social».

Por su parte, en lo que respecta al segundo supuesto, hay que tener en cuenta que la mención expresa a los altos cargos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley 3/2015 se debe a que el desempeño de dichos cargos no se considera trabajo por cuenta ajena o propia que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de algunos de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social. Cuestión distinta es que dichos altos cargos queden encuadrados, bien en el mismo régimen de protección social que hubieran tenido como funcionarios de carrera en servicio activo, cuando previamente a su nombramiento como alto cargo vinieran desarrollando su actividad como tales, bien en el Régimen General, cuando se trate de personas que inmediatamente antes de ser nombrados como alto cargo no tuvieran la condición de funcionarios de carrera en servicio activo, cualquiera que sea el régimen o sistema de protección social en el que hubieran estado incluidos, en su caso, hasta ese momento (cfr. artículo 5).

De lo analizado hasta ahora, puede concluirse que, en principio, solamente el trabajo realizado al margen de las caracterizaciones realizadas resulta compatible con el cobro de la pensión por jubilación total, como sucede con los trabajos que se ejecuten ocasionalmente mediante los llamados servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad y con los trabajos realizados por los profesores universitarios eméritos, de conformidad con lo previsto en el apartado 2 de la Disposición Adicional vigésima segunda de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades[9], y el personal licenciado sanitario emérito nombrado al amparo de la Disposición Adicional cuarta de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud[10] (cfr. artículos 137 y 213.2, párrafo tercero, del TRLGSS-2015). Cuestión distinta es que, como advierte el propio artículo 213.1 del TRLGSS-2015, puedan establecerse salvedades a la norma general, y con ello permitirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación total y el trabajo del pensionista, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen, tal y como ha sucedido con el paso del tiempo. Precepto, este último que también resulta de aplicación

[7] BOE de 27 de mayo de 1987, núm. 126.

[8] Conforme a la Disposición Adicional tercera del TRLGS: «Con efectos de 1 de enero de 2011, el personal que se relaciona en el artículo 2.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, (…) estará obligatoriamente incluido, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo, en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquella fecha».

[9] BOE de 24 de diciembre de 2001, núm. 307.

[10] BOE de 17 de diciembre de 2003, núm. 301.

para con los trabajadores autónomos, a tenor de lo dispuesto en el 318.d) del TRLGSS-2015. Igualmente, para los funcionarios a los que resulta de aplicación el régimen de Clases Pasivas, hay que estar a las excepciones previstas para con la norma general de incompatibilidad.

Para finalizar con los aspectos relacionados con la norma general, debe matizarse que la incompatibilidad no implica para el jubilado prohibición de trabajar o ejercer cualquier cargo, profesión o actividad. Pero si el jubilado decide trabajar o ejercer cualquier cargo, profesión o actividad, que resulte incompatible con percibir la pensión, deberá suspender dicha percepción[11]. Dicha suspensión resulta de interés, cuando, en supuestos de pluriempleo y pluriactividad, se pretende jubilarse respecto de una actividad y continuar trabajando en otra actividad. En este sentido, para que se produzca la suspensión del derecho a la pensión, según establece el artículo 16.2 de la Orden de 18 de enero de 1967, el pensionista, antes de iniciar el trabajo o de ejercer el cargo, profesión o actividad de que se trate, debe comunicarlo a la correspondiente entidad gestora de la Seguridad Social[12]. A partir de ese momento, además de quedar en suspenso el derecho a la pensión de jubilación, se suspenderá el derecho a la asistencia sanitaria inherente a la condición de pensionista, sin perjuicio de que la persona que deja de ser pensionista pueda acreditarlo por otro título, que normalmente será el derivado del trabajo. Por el contrario, si el trabajador no comunicara a la entidad gestora correspondiente que va a iniciar el trabajo o el ejercicio del cargo, profesión o actividad de que se trate, y procediera, finalmente, a realizarlo o a ejercerlo, incurrirá en una infracción grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.1 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 del Orden Social (TRLISOS)[13], y deberá reintegrar el importe de las pensiones indebidamente percibidas. Del mismo modo, el empresario que le haya empleado sin comunicar su alta, responderá subsidiariamente con él, de dicho reintegro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.2 del TRLGSS-2015, e incurrirá en una infracción muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 23.1.a) del TRLISOS. Ciertamente, el empresario que, en su caso, le emplee estará obligado a solicitar su alta en la Seguridad Social como trabajador y a ingresar la totalidad de las cotizaciones de empresa y trabajador.

El cese en el trabajo por el que se procedió a suspender la pensión de jubilación, una vez comunicado a la entidad gestora correspondiente, producirá el restablecimiento del derecho a la pensión. Ahora bien, las cotizaciones realizadas por el trabajo que supuso la suspensión del derecho a la pensión de jubilación pueden surtir efecto para mejorar la pensión anteriormente reconocida, si sumados los nuevos períodos de cotización con los que se computaron para determinar dicha pensión dieran lugar a la aplicación de porcentajes más elevados. Como norma general, los nuevos porcentajes que procedan deben aplicarse sobre la misma base reguladora de la pensión inicial. Ciertamente, esta opción puede ser útil para quien hallándose en edad jubilatoria ya prevé que sus condiciones laborales pueden empeorar, y al solicitar inmediatamente la pensión «congela» la base de cálculo, para posteriormente reanudar su actividad, pero destinando únicamente los nuevos períodos de carrera laboral a obtener un mejor porcentaje en el cálculo de

[11] Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2000, 17ª edición, p. 340.

[12] Precisamente, con fundamento en dicho precepto, el Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente que «se debe entender que la jubilación no es incompatible con el trabajo por cuenta ajena (…) ni supone un abandono del mercado de trabajo, ni existe una limitación legal por razón de edad para ejercer el derecho al trabajo consagrado en el artículo 35.1 de la Constitución Española, ya que la única incompatibilidad existe entre el trabajo y el percibo de la prestación económica de jubilación» (STS 4ª, de 11 de julio de 1994, núm. rec. ud. 3137/1993, F.D. 2º).

[13] BOE de 8 de agosto de 2000, núm. 189.

la pensión[14]. En todo caso, hay que tener en cuenta que, conforme a lo establecido en el artículo 94.2.b) 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[15], los pensionistas que opten por suspender el cobro de su pensión y realizar trabajos por cuenta propia pueden elegir, si así lo solicitan, por mejorar también la base reguladora en el cálculo de la pensión futura, si ese trabajo por cuenta propia y su correspondiente cotización han durado un mínimo de un año.

Por su parte, el artículo 33.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987 también establece, para los funcionarios a los que se aplica, que la percepción de la pensión de jubilación o retiro quedará en suspenso cuando aquellos lleven a cabo la actividad que da lugar a la incompatibilidad con dicha percepción. Así, se señala que la suspensión tendrá lugar desde el día primero del mes siguiente al inicio de la actividad que determina la incompatibilidad hasta el último día del mes en que se finalice, sin que ello afecte a los incrementos que deba experimentar la pensión, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 del mismo texto legal.

3. La razón de ser de la norma general de incompatibilidad y su quiebra como fundamento de las salvedades reguladas para con la misma

Sin que exista una justificación expresa de la norma general de incompatibilidad expuesta (*supra* 2), desde el punto de vista teórico-conceptual es posible explicar la razón de ser de dicha norma general. Ahora bien, desde el punto de vista de nuestra historia legislativa, cabe diferenciar dos períodos conforme a los cuales la causa justificativa de incompatibilidad varía.

El primer período comprende el período que va desde la aprobación del Real Decreto de 21 de enero de 1921, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del Real Decreto de 11 de marzo de 1919, sobre intensificación del régimen de retiros obreros[16], hasta la aprobación del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS-1974)[17].

Durante este primer período, la causa justificativa de la incompatibilidad parece lógica, al protegerse la vejez como riesgo social vinculado a la invalidez. Es decir, se consideraba que la vejez invalidaba la capacidad para trabajar, por lo que el trabajador, necesariamente, se veía forzado a retirarse del mercado de trabajo. De ahí que quien siguiera trabajando tras el cumplimiento de la edad ordinaria legalmente establecida a partir de la que cabía el retiro (65 años)[18] evidenciaba su no vejez y, por tanto, su capacidad para seguir activo. Por consiguiente, en este supuesto, al no existir el objeto de protección del riesgo social en cuestión, se consideraba innecesario conceder la pensión[19] y es así como se reguló la incompatibilidad entre el derecho al percibo de esta y el

[14] Fargas Fernández, J.: «Compatibilidad del pensionista de jubilación con actividades posteriores como trabajador autónomo», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 2019, núm. 144, p. 198.

[15] BOE de 30 de septiembre de 1970, núm. 234.

[16] Gaceta de Madrid de 23 de enero de 1921, núm. 23.

[17] BOE de 20 de julio de 1974, núm. 173.

[18] El Real Decreto de 21 de enero de 1921 preveía la posibilidad de fijar una edad inferior para los obreros de profesiones agotadoras (cfr. Exposición).

[19] En ese sentido, la Orden de 6 de octubre de 1939, dictando normas para la implantación del subsidio de vejez establecido por la Ley de 1 de septiembre de 1939, en sustitución del sistema de capitalización del retiro obrero (BOE de 11 de octubre de 1939, núm. 284), estableció que no tenían derecho al subsidio de vejez los que trabajaran por cuenta ajena (cfr. artículo 4.C). Por ello, los solicitantes del subsidio de vejez debían realizar una declaración jurada de no trabajar por cuenta ajena, además de justificar haber cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez y acreditar su afiliación en el Régimen de Retiro obrero obligatorio o su inscripción en el Subsidio de Vejez (cfr. artículo 10).

trabajo remunerado[20]. De todos modos, en la práctica, eran pocos los que trabajaban más allá de los 65 años, pues incluso eran pocos los que llegaban con vida a dicha edad, si se tiene en cuenta que la esperanza de vida en 1940 era de 47,12 años entre los hombres y de 53,24 años entre las mujeres[21]. Igualmente, resulta significativo que en 1950 el número de pensionistas de vejez e invalidez en la rama general ascendía a 205.762 ancianos y en la rama agropecuaria a 300.346 subsidiados[22], cuando España contaba con una población de 27.976.755 habitantes[23].

Respecto al vínculo entre vejez e invalidez anteriormente mencionado, resulta claro el Decreto de 18 de abril de 1947, por el que se crea la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez, y prepara un sistema de protección para este último riesgo[24]. Se trataba de perfeccionar el régimen del subsidio de vejez, instaurado por la Ley de 1 de septiembre de 1939[25], de forma y manera que se ampliaba su ámbito protector hasta llegar a un régimen definitivo que respondiera a un completo amparo de las situaciones adversas o infortunios que impedían al trabajador, al tener definitivamente que cesar su actividad laboral, obtener el jornal que era su único medio de subsistencia. En concreto, dichas situaciones se definen como «las que determinan el cumplimiento de una edad avanzada (65 años), que puede estimarse como de invalidez senil, y las ordinarias de vejez, como de vejez anticipada».

El segundo período comienza con el TRLGSS-1974, cuando se cambia el concepto de vejez por el de jubilación. Si bien es cierto que esta norma mantiene la dicción del Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (TALBSS)[26], en lo que se refiere a prever que la incompatibilidad está expuesta a las salvedades que reglamentariamente se determinen (cfr. artículo 156.2), supone, precisamente por el cambio de concepto aludido, un punto de inflexión para analizar desde un punto de vista crítico los distintos regímenes de compatibilidad de la pensión de jubilación total con el trabajo del pensionista que se han ido reconociendo con el paso del tiempo. En efecto, la pregunta al respecto es bien sencilla: ¿son fieles los regímenes de compatibilidad reconocidos a la idea que supone la contingencia de jubilación en el Sistema de Seguridad Social consolidado a partir del TALBSS? Es decir, son dos las cuestiones que deben considerarse, por una parte, el concepto de la contingencia de jubilación y, por otra parte, el objeto de la Seguridad Social y su función para con la contingencia de jubilación.

---

[20] Esta incompatibilidad se reguló por vez primera en el artículo 9.A de la Orden de 2 de febrero de 1940, por la que se dictaron normas para la aplicación de la Ley de 1 de septiembre de 1939, que estableció un régimen de subsidio de vejez, en sustitución del régimen del retiro obrero (BOE de 8 de febrero de 1940, núm. 39). Posteriormente, la Orden de 24 de octubre de 1946 (BOE de 10 de noviembre de 1946, núm. 314) se refirió a la incompatibilidad con «todo trabajo prestado por cuenta ajena» (cfr. artículo 9.A). Finalmente, antes del tránsito al Sistema de Seguridad Social, la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1957, sobre incompatibilidades de las prestaciones de los Seguros de Vejez, Invalidez y Viudedad (BOE de 15 de agosto de 1957, núm. 208), dispuso que el percibo de las pensiones de vejez o invalidez era incompatible con la realización de cualquier trabajo o actividad que determinara la inclusión del pensionista en un régimen o rama de subsidios o seguros sociales obligatorios (cfr. artículo 2).

[21] Goerlich Gisbert, F.J. y Pinilla Pallejà, R.: «Esperanza de vida en España a lo largo del siglo XX. Las tablas de mortalidad del Instituto Nacional de Estadística», *Documentos de Trabajo (Fundación BBVA)*, 2006, núm. 11, pp. 21 y 22.

[22] *Los seguros sociales en España en 1951 y 1952. Informe sobre las actividades y resultados de la gestión del Instituto Nacional de Previsión, presentado por su Director General Excmo. Sr. D. Luis Jordana de Pozas*, Madrid, 1953, pp. 114 y 115.

[23] https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p. 6/l0/&file=1950.px.

[24] BOE de 5 de mayo de 1947, núm. 125.

[25] BOE de 9 de septiembre de 1939, núm. 252.

[26] BOE de 22 de abril de 1966, núm. 96.

Respecto al concepto de jubilación, el gran problema reside, curiosamente, en la falta de regulación del mismo, como supo reconocer la STS 4ª, de 28 de octubre de 1994 (núm. rec. ud. 394/1995), al establecer que el TRLGSS-1974, al regular la jubilación, cuando se refiere a su concepto no establece una definición de la situación protegida, sino de la «prestación económica por causa de jubilación» (cfr. F.D. 3º). Se trata de una afirmación que sigue siendo válida, pues el actual artículo 204 del TRLGSS-2015 sigue sin definir la jubilación. Pese a ello, el mero cambio del concepto de vejez por el de jubilación, supone romper con la idea de vincular la jubilación con la invalidez o, actualmente, incapacidad permanente, salvo en los supuestos en los que se llega a la edad de jubilación en una situación de incapacidad permanente, dado que, entonces, la pensión de esta última contingencia se transforma por imperativo legal en pensión de jubilación, aunque se trata, realmente, de un mero cambio de denominación, pues «la nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo» (cfr. artículo 200.4 del TRLGSS-2015).

Ello se evidencia con el aumento de la esperanza de vida[27] y la mejora de la calidad de vida, que conllevan que la vejez, entendida como causa que invalida la capacidad para trabajar, se manifieste cada vez más en edades superiores a los 65 años. Por ello, en puridad, la jubilación supone una de las mayores revoluciones o conquistas del Estado del Bienestar porque supone el reconocimiento de un derecho voluntario y subjetivo al descanso a través de una pensión vitalicia por haber trabajado durante años, sin que para ello se tenga que ser anciano o viejo[28]. Sin embargo, esta concepción pura de la jubilación, vinculada a la idea de descanso merecido por el hecho de trabajar durante años, quiebra desde el punto de vista legislativo cuando el Sistema de Seguridad Social comienza a tener problemas de sostenibilidad financiera y, por tanto, de gasto.

La idea de jubilación como descanso merecido ha calado en la sociedad y, en consecuencia, del total de jubilados, la mayoría se encuentra en las franjas de edades cercanas a la edad ordinaria legalmente establecida para la jubilación[29]. Ello denota, además, que quien se jubila parte de la convicción de que le resulta más rentable jubilarse que seguir trabajando, por considerar suficiente la cuantía de la pensión que sustituye a las rentras de trabajo. Ahora bien, tampoco cabe olvidar que la jubilación ha sido utilizada por el propio legislador como instrumento de política de empleo, posibilitando así tanto jubilaciones anticipadas como jubilaciones forzosas, y, por ende, aumentando el número de jubilados.

Esto supone un problema para la Seguridad Social, si se tiene en cuenta que, como consecuencia del envejecimiento de la sociedad, son cada vez más las personas que acceden a la jubilación y menos las personas que se incorporan al mercado de trabajo. Además, como consecuencia del aumento de la esperanza de vida, el número de años en los que se tienen que abonar las pensiones aumenta. En suma, disminuyen los cotizantes y aumentas los pensionistas. Asimismo, deben

[27] En 1970, la esperanza de vida de los hombres era de 69,57 años y la de las mujeres de 75,06 años; en 1998, respectivamente, de 75,25 y de 82,16 años (Goerlich Gisbert, F.J. y Pinilla Pallejà, R.: *ob. cit.*, pp. 21 y 22); en 2020, de 79,6 y de 85,1 años (https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p.1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout).

[28] En ese sentido, Camós Victoria, I.: «La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social», en *Pensiones por jubilación o vejez* (Sempere Navarro, A.V., Dir.), Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2004, p. 47.

[29] Así lo corrobora el dato, extraído de la información facilitada por la Seguridad Social, según el cual, conforme al acumulado a junio de 2022, del total de 159.630 personas jubiladas durante el 2022, 116.011, es decir, el 72,6 %, eran personas menores de 66 años (https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/692082ae-7d1b-41c6-8843-d6fe16e79421/Altas+jubilación202206.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_81D21J401P5L40QTIT61G41000-692082ae-7d1b-41c6-8843-d6fe16e79421-o96QLc2), teniendo en cuenta que la edad ordinaria legalmente establecida para la jubilación en 2022 es de 66 años y 2 meses o de 65 años (cfr. Disposición transitoria séptima del TRLGSS-2015).

considerarse los desequilibrios que traen causa del tiempo y forma de inserción laboral de los jóvenes y de la existencia de empleos precarios durante la vida laboral que conllevan cotizaciones reducidas[30]. Tampoco cabe olvidar las consecuencias que las elevadas tasas de desempleo tienen para la economía de la Seguridad Social. Por último, a todo ello debe sumarse la ampliación del ideal de cobertura que ha experimentado el Sistema de Seguridad Social durante las últimas décadas, lo que se traduce en un aumento del gasto.

Por todo ello, en lo que aquí interesa, no es de extrañar que se hayan adoptado distintas medidas legislativas para aliviar la carga económica que para el Sistema de la Seguridad Social constituye la contingencia de jubilación. Concretamente, se trata del endurecimiento de los requisitos de acceso a la pensión de jubilación, el aumento de la edad ordinaria de jubilación legalmente establecida y la constante ampliación de los supuestos que suponen una salvedad o excepción a la norma general de incompatibilidad entre la pensión de jubilación total con el trabajo del pensionista[31]. En concreto, en lo que respecta a esta última medida, en la que se centra, precisamente, el objeto de este estudio, su justificación en los distintos Pactos de Toledo (1995, 2003, 2011 y 2020) se ha venido vinculando claramente a la necesidad de hacer frente a los problemas de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social. Ahora bien, como consecuencia de la extensión de los regímenes de compatibilidad surge la siguiente cuestión: ¿qué quiere proteger el legislador con la jubilación?

Esta cuestión se relaciona con la toma en consideración del objeto de la Seguridad Social y su función para con la contingencia de jubilación.

Así, siendo el objeto de la Seguridad Social, en lo que respecta a la rama contributiva, evitar que surjan situaciones de necesidad, la jubilación se configura como una de las contingencias tipificadas por el legislador dentro del conjunto de contingencias que en la actualidad configuran el ideal de cobertura del Sistema de Seguridad Social, y, por tanto, son consideradas como causa primaria de la eventual situación de necesidad.

De este modo, la protección que se otorga por el Sistema de Seguridad Social a las personas que presentan alguna de las contingencias tipificadas por el legislador tiene por finalidad evitar la posible situación de necesidad de las mismas. Dicha protección operará directamente sin que las personas afectadas deban demostrar su situación de necesidad, al contrario, por tanto, de lo que ocurre en la rama no contributiva, donde es necesario probar el estado de necesidad[32]. Es decir, la protección tendente a evitar la situación de necesidad no tiene por finalidad garantizar un mínimo de capacidad económica -como sucede con la protección frente al estado de necesidad, típica de las prestaciones no contributivas-, sino que trata de compensar, sustituir, la ausencia de ingresos (debido a que se deja de trabajar) y/o el aumento de gastos (porque pueden derivarse determinados costes, como los ocasionados por tratamientos sanitarios y operaciones) que se producen como consecuencia de la materialización de la correspondiente contingencia.

[30] Arrieta Idiakez, F.J. «Medidas laborales tendentes a garantizar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad», en Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación*: El envejecimiento de la población trabajadora. Balance crítico de la situación y propuestas de mejora*, Getxo, Lettera Publicaciones, 2018, p. 222.

[31] Al respecto, véase Fernández Collados, M.B.: «Formulación y evolución de la regla principal», en *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo* (Sánchez Trigueros, C., Dir.), Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016, p. 325.

[32] Lo que podríamos llamar la objetivización de las prestaciones por el mero hecho de cumplir los requisitos exigidos legalmente, sin atender a la capacidad económica de los beneficiarios, se inició ya para con el seguro de vejez e invalidez cuando la Orden de 10 de agosto de 1957, sobre incompatibilidades de las prestaciones de los Seguros de Vejez, Invalidez y Viudedad, procedió a suprimir las causas de exclusión o incompatibilidad que subordinaban la percepción de tales prestaciones a la situación económica del trabajador anciano o inválido (cfr. Exposición y artículo 3).

Además, de cara a determinar la cuantía que debe compensar, sustituir, la ausencia de ingresos, las prestaciones de la Seguridad Social deben ser suficientes; suficientes en el sentido de guardar una relación de proporcionalidad con las aportaciones, en forma de cotización, previas del sujeto beneficiario de las prestaciones. Así, históricamente, y hasta la fecha, la tasa de sustitución, en España, ha sido elevada, en concreto, la más elevada de la Unión Europea[33].

Trasladado todo ello a la contingencia de jubilación, hay que tener en cuenta que esta contingencia se materializa por la concurrencia de las dos circunstancias que la caracterizan, a saber, el cese del trabajo de forma voluntaria y el cumplimiento de una determinada edad. Precisamente, para evitar la situación de necesidad que puede producirse por el cese del trabajo, y, en consecuencia, la eliminación de ingresos, el Sistema de Seguridad Social contempla las prestaciones por jubilación como prestaciones de sustitución[34].

Por consiguiente, la instauración de determinados regímenes de compatibilidad de la pensión de jubilación total con el trabajo del pensionista, de entrada, supone reforzar la idea de que, actualmente, la jubilación no se vincula necesariamente a la idea del descanso merecido. Además, descartado que la jubilación se vincule a la idea de invalidez o incapacidad para trabajar, la conclusión es que, con determinados regímenes de compatibilidad, el legislador ha vaciado de contenido el objeto de protección de la contingencia de jubilación.

Con todo, la caracterización actual de las prestaciones de jubilación, como prestaciones de sustitución, debiera impedir la compatibilización total entre pensión y trabajo, de forma y manera que los interesados debieran elegir entre la percepción de la pensión o de su retribución. Por su parte, la compatibilización parcial debiera suponer una minoración de la pensión en idéntica proporción a la retribución percibida por el trabajo realizado, pudiendo darse incluso el supuesto de quedar absorbida y por tanto suspendida la pensión, si la retribución percibida superara la cuantía de la pensión. En suma, lo que va en contra de la lógica del Sistema de Seguridad Social es permitir que con la compatibilidad una persona obtenga unos ingresos superiores a la pensión que le corresponde.

Tampoco parece deseable que, a futuro, ante unas pensiones insuficientes su compatibilidad con el trabajo sea la solución para conseguir que las personas puedan tener garantizadas sus necesidades básicas. La insuficiencia de las pensiones puede ser consecuencia de vidas laborales precarias, que conllevan períodos y/o cuantías de cotización insuficientes, pero también de la adopción de medidas legales que tienden hacia la racionalización de la pensión de jubilación, e incluso de los complementos a mínimos, con la finalidad de contener el gasto y solventar así los problemas de sostenibilidad financiera del Sistema. Precisamente, esta última causa de insuficiencia de las pensiones puede derivar en una tendencia reduccionista de la tasa de sustitución. Una tendencia que se evidencia en el *Ageing Report 2021*, publicado por la Comisión Europea, al estimar que la tasa de sustitución será, de promedio, en España, del 67 % en 2030, del 60 % en 2040, del 53 % en 2050, del 46 % en 2060 y del 41 % en 2070.

A la luz de todo lo anterior, en el apartado siguiente se analizará la dinámica de los distintos regímenes de compatibilidad vigentes en la actualidad. De ese modo, podrá concluirse si se actúa

[33] Conforme al *Ageing Report 2021*, publicado por la Comisión Europea, en mayo de 2021, con la información facilitada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (https://economy-finance.ec.europa.eu/publications/2021-ageing-report-economic-and-budgetary-projections-eu-member-states-2019-2070_en#authors) la tasa de sustitución en España alcanzó de promedio un 77 % en 2019.

[34] En este sentido, véase Fernández Orrico, F.J.: «Pensión de jubilación pura», en *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo* (Sánchez Trigueros, C., Dir.), Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016, p. 343.

conforme al objeto de la Seguridad Social o se desborda el mismo. También podrán apreciarse las posibles incoherencias entre los distintos regímenes.

4. Los regímenes de compatibilidad de la pensión de jubilación total con el trabajo del pensionista como salvedades o excepciones a la norma general de incompatibilidad

4.1. La jubilación flexible

Su regulación se contempla en el artículo 213.1 del TRLGSS-2015, al establecer que «las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan». Sin perjuicio de los aspectos que se concretan en el desarrollo reglamentario que se lleva a cabo por el Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible[35], sí se concreta que: «Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable».

Entrando en mayor detalle, a pesar de que conforme al Real Decreto 1132/2002 la regulación de la jubilación flexible se aplica a todos los Regímenes de la Seguridad Social, excepto al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, al Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y al Régimen Especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia (cfr. artículo 4 y Disposición Adicional primera), en la práctica tampoco se aplica al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (RETA), pues el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad[36], procede a suprimir la figura del autónomo a tiempo parcial que se preveía en los artículos 1.1, 24 y 25 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA)[37], tras la reforma operada en los mismos por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social[38], pero que nunca se aplicó, porque su entrada en vigor, primero, se suspendió y, posteriormente, hasta en cuatro ocasiones se aplazó.

Asimismo, el Real Decreto 1132/2002 se encarga de precisar que el trabajo a tiempo parcial a desarrollar por el pensionista de jubilación debe estar dentro de los límites de jornada a que se refiere el artículo 12.6 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET)[39]. Ello supone la reducción de la jornada y de salario entre un mínimo del 25 % y un máximo de un 50 %. Igualmente, matiza que para la determinación del trabajador a tiempo completo comparable debe estarse a los dispuesto en el artículo 12.1 del TRLET (cfr. artículo 5.1). Fuera de dicho supuesto se establece la incompatibilidad de la pensión de jubilación con la realización de actividades, lucrativas o no, que den lugar a la inclusión en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social, y en los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 213 del TRLGSS-2015 (cfr. artículo 5.2).

35 BOE de 27 de noviembre de 2002, núm. 284.

36 BOE de 27 de julio de 2022, núm. 179.

37 BOE de 12 de julio de 2007, núm. 166.

38 BOE de 2 de agosto de 2011, núm. 184.

39 BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

En todo caso, para que este supuesto de compatibilidad se lleve a cabo es necesario que el pensionista de jubilación, antes de iniciar las actividades realizadas mediante contrato a tiempo parcial, comunique tal circunstancia a la entidad gestora que corresponda. Precisamente, la minoración de la cuantía de la pensión tendrá efectos desde el día en que comience la realización de las actividades. La falta de dicha comunicación conlleva el carácter indebido de la pensión, en el importe correspondiente a la actividad desarrollada a tiempo parcial, desde el inicio de las correspondientes actividades y, por tanto, la obligación de reintegro de lo indebidamente percibido, sin perjuicio de las sanciones que procedan conforme a lo dispuesto en el TRLISOS (*supra* 2) (cfr. artículo 6).

Por último, esta compatibilidad entre pensión parcial y trabajo parcial, tiene ventajas para la pensión definitiva que cobre el trabajador una vez que cese definitivamente en el trabajo. Ello es así porque las cotizaciones efectuadas en las actividades realizadas, durante la suspensión parcial del percibo de la pensión de jubilación, surtirán efectos para la mejora de la pensión, una vez producido el cese en el trabajo (cfr. artículo 8.1). En concreto, deben aplicarse las siguientes reglas (cfr. artículo 8.2): (a) Se procederá a calcular de nuevo la base reguladora, mediante el cómputo de las nuevas cotizaciones y aplicando las reglas que estén vigentes en el momento del cese en la actividad, salvo que la aplicación de lo establecido en esta regla diese como resultado una reducción del importe de la base reguladora anterior, en cuyo caso se mantendrá esta última, si bien aplicando a la cuantía de la pensión las revalorizaciones habidas desde la fecha de determinación de la base reguladora hasta la del cese en el trabajo; (b) las cotizaciones efectuadas, tras la minoración del importe de la pensión de jubilación, darán lugar a la modificación del porcentaje aplicable a la base reguladora, en función del nuevo período de cotización acreditado; (c) las cotizaciones realizadas surtirán efectos para disminuir o, en su caso, suprimir, el coeficiente reductor que se hubiese aplicado, en el momento de causar derecho a la pensión, en el caso de acceso anticipado a la jubilación.

Sin embargo, el artículo 210.2 del TRLGSS-2015 impide que se aplique a la jubilación flexible el beneficio que dicho precepto regula y que consiste en otorgar un complemento económico por acceder a la pensión de jubilación a una edad superior a la legalmente establecida, con carácter ordinario (cfr. artículo 205.1.a del TRLGSS-2015), siempre que al cumplir dicha edad se reúna el período mínimo de cotización fijado en el artículo 205.1.b) del TRLGSS-2015. El complemento económico se reconoce por cada año completo cotizado que transcurra desde que se cumplen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

4.2. El trabajo por cuenta propia que no suponga el encuadramiento en la Seguridad Social

Existen en la actualidad dos situaciones que encajan en este régimen de compatibilidad. Su existencia se debe a que estas situaciones son coherentes con la norma general de incompatibilidad que solo impide la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de algunos de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social (cfr. artículo 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967).

(A) La primera de las situaciones se recoge en el artículo 213.4 del TRLGSS-2015, y consiste en «la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional (SMI), en cómputo anual». Además, debe entenderse que, en la actualidad, los trabajadores integrados en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios también se integran en este precepto, con lo que, tácitamente, queda derogada la compatibilidad que establece el artículo 52.2 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por

el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social[40], según la cual «el disfrute de la pensión de vejez [jubilación] (…) será compatible con la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional y sin que, en ningún caso, puedan llevarse a cabo tales labores durante más de seis días laborables consecutivos, ni invertir en ellas un tiempo que exceda, al año, del equivalente a un trimestre»[41].

Esta situación viene a consagrar legalmente la concreción que jurisprudencialmente se viene realizando en el orden jurisdiccional social del concepto de habitualidad, en relación con la obligación que establece el artículo 305.1 del TRLGSS-2015, según la cual para quedar incluido en el RETA, entre otras condiciones, se debe realizar de forma habitual una actividad económica o profesional a título lucrativo. Con otras palabras, cuando el trabajador autónomo no cumpla con la característica de la habitualidad quedará al margen del RETA y, por tanto, su actividad será compatible con el cobro de la pensión. En concreto, la jurisprudencia mencionada, a partir de la STS 4ª, de 29 de octubre de 1997 (núm. rec. ud. 406/1997), considera un indicio de no habitualidad no superar, en cómputo anual, el importe del SMI. Además, a pesar de que no se haya cumplido el mandato establecido por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo[42], de proceder a la determinación de los diferentes elementos que condicionan el concepto de habitualidad a efectos de la inclusión en el RETA, cabe recordar que dicho mandato fija, que: «En particular, se prestará especial atención a los trabajadores por cuenta propia cuyos ingresos o superen la cuantía del SMI, en cómputo anual» (Disposición Adicional cuarta).

En cualquier caso, ante la inexistencia de desarrollo reglamentario de lo preceptuado en el artículo 213.4 del TRLGSS-2015, conviene tener en cuenta las siguientes cuestiones: (a) La referencia al cómputo anual debe entenderse realizada al año natural, por ser este el criterio utilizado para establecer normativamente el SMI[43]; (b) ante lo difícil que puede resultar para el pensionista de jubilación calcular si al fin del año sus ingresos por sus actividades desarrolladas por cuenta propia superarán o no el SMI, con la finalidad de evitar, en el caso de que se supere, la imposición de sanciones conforme a lo previsto en el TRLISOS, resulta conveniente que el pensionista comunique *motu proprio* a su entidad gestora el inicio de los trabajos por cuenta propia, demostrando así su buena fe, y ello sin perjuicio de que si, efectivamente, se supera la cuantía del SMI, se proceda a regularizar la situación al final del ejercicio anual, en lo que respecta a las cotizaciones a realizar, así como a las cantidades a reintegrar[44]; (c) parece que los ingresos a considerar para determinar si se supera o no el SMI en cómputo anual son los ingresos brutos, pues el artículo 213.4 se refiere a «ingresos anuales totales», sin mayores especificaciones, lo que es revelador de que no ha existido intención de que se computen solamente los ingresos netos[45].

Por lo demás, al quedar al margen de la Seguridad Social el desarrollo de las actividades descritas en el artículo 213.4 del TRLGSS-2015, resulta lógico que dicho precepto disponga, por una parte, que «quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social», y, por otra parte, que dichas actividades, por las que no se cotice, «no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social».

---

[40] BOE de 19 de febrero de 1973, núm. 43.

[41] En este sentido véase Lousada Arochena, J.F. y Ron Latas, R.P.: *La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo*, Murcia, Ediciones Laborum, 2019, p. 160.

[42] BOE de 25 de octubre de 2017, núm. 257.

[43] Fargas Fernández, J.: *ob. cit.,* p. 201.

[44] En este sentido, véase Lousada Arochena, J.F. y Ron Latas, R.P.: *ob. cit*., p. 80.

[45] Rodríguez Iniesta, G.: «Actividades marginales», en *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo* (Sánchez Trigueros, C., Dir.), Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016, p. 415.

Por último, debe llamarse la atención sobre el hecho de que no se contempla esta compatibilidad cuando el trabajo a desarrollar por el pensionista sea por sí encuadrable en el Régimen General, a pesar de que sus ingresos sean inferiores, en cómputo anual, al SMI, salvo que active lo preceptuado en el artículo 7.5 del TRLGSS-2015. Ahora bien, los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios podrán valerse de la compatibilidad regulada en el artículo 52.2 del Decreto 3772/1972 mencionada *supra*, lo que conlleva, además, la protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y la exención de cotizaciones si se trabaja por cuenta propia. Igualmente debe llamarse la atención sobre el hecho de que tampoco en el Régimen de Clases Pasivas existe un precepto similar al 213.4.

(B) La segunda de las situaciones se refiere a los trabajadores por cuenta propia ejercientes de una profesión liberal que tienen el derecho a escoger su encuadramiento en alguna de las mutualidades de profesionales que actúan como alternativa a la Seguridad Social para los colectivos de sus respectivos colegios profesionales, pudiendo elegir afiliarse al RETA o a la mutualidad colegial en los términos de la Disposición Adicional decimoctava del TRLGSS-2015.

Pese a que la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo[46] regula la incompatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación de la Seguridad Social y el ejercicio de actividad de los profesionales colegiados, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional trigésima séptima de la Ley 27/2011, en la actualidad debe estarse al criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada de dicha Orden.

Dicho criterio es el que se fijó en la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 6 de noviembre de 1996[47]. Conforme a dicho criterio no pueden establecerse incompatibilidades entre los derechos adquiridos a una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia cuando respecto a dicho trabajo se esté encuadrado en una mutualidad de previsión social del correspondiente colegio profesional que actúa como alternativa al RETA, pues el encuadramiento en dicha mutualidad no supone la inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de algunos de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, en los términos del artículo 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967. Por consiguiente, se reconoce la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia llevado estando incluido en una mutualidad alternativa al RETA. Dicho reconocimiento se produce también con la redacción dada al artículo 310.2 del TRLGSS-2015 por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad[48], en la medida en que para dicho supuesto se exige una cotización de solidaridad, no computable a efectos de prestaciones, del 9 por ciento sobre la base mínima de cotización del tramo 1 de la tabla general a la que se refiere la regla 1.ª del artículo 308.1 del TRLGSS-2015.

No obstante, ante el peculiar supuesto en que un trabajador por cuenta propia ejerciente de una profesión liberal además de estar encuadrado en una mutualidad esté afiliado en el RETA y tras causar pensión de jubilación en el Sistema de Seguridad Social decida continuar trabajando por cuenta propia, deberá aplicarse la norma general de incompatibilidad, pues al continuar trabajando por cuenta propia tendrá que seguir incluido en el RETA, conforme a lo dispuesto en

[46] BOE de 26 de mayo de 2011, núm. 125.

[47] Véase Mercader Uguina, J.R. «Compatibilidad entre trabajo y pensión ordinaria (y completa) de jubilación», en *La Compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo* (Mercader Uguina, J.R., Dir.), Valladolid, Lex Nova-Thomson Reuters, pp. 185 y 189.

[48] BOE de 27 de julio de 2022, núm. 179.

los artículos 30, 31 y 35.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero[49], tal y como se determinó en la STS 3ª, de 2 de marzo de 2016, núm. rec. 1857/2014.

4.3. El mantenimiento de la titularidad del negocio

Conforme al artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, el disfrute de la pensión de jubilación «es compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad». Al respecto deben realizarse dos matizaciones. Por una parte, dado que el artículo 2.3 del Decreto 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[50], establece la presunción de que concurre la condición de trabajador autónomo a los efectos de la inclusión en el RETA en las personas que ostentan la titularidad de un establecimiento abierto al público, para que opere la compatibilidad deberá probarse -pues se trata de una presunción *iuris tantum*- que no se ejerce una actividad a título lucrativo de forma personal, habitual y directa. Es decir, para que opere la compatibilidad debe probarse que solamente se llevan a cabo funciones inherentes a la titularidad del negocio. Precisamente, esto último plantea la segunda matización, pues debe concretarse que el desempeño de las funciones inherentes a la titularidad del negocio supone limitarse a los actos de disposición patrimonial y a la intervención formal en el tráfico jurídico de la empresa, sin que puedan llevarse a cabo actos de disposición del funcionamiento ordinario del negocio, en el sentido apuntado por la STS 4ª, de 14 de junio de 1988 (núm. Roj 4550/1998).

4.4. El envejecimiento activo

La compatibilidad bajo el régimen de envejecimiento activo se regula en el artículo 214 del TRLGSS-2015, sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo.

Conforme a dicho precepto, esta compatibilidad consiste en disfrutar de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, con la posibilidad de realizar cualquier trabajo por cuenta ajena, a tiempo completo o a tiempo parcial, o por cuenta propia, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: (a) el acceso a la pensión deberá haber tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205.1.a) del TRLGSS-2015, sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado; (b) el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por ciento.

En coherencia con lo establecido en el artículo 213.2 del TRLGSS-2015, se incide en que este régimen de compatibilidad no es posible en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984.

La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. No obstante, hay que tener en cuenta que la pensión se revaloriza en su integridad en los términos en los términos establecidos

[49] BOE de 27 de febrero de 1996, núm. 50.

[50] BOE de 15 de septiembre de 1970, núm. 221.

para las pensiones del Sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, mientras se realice el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento.

Pero si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento. Dado que la aplicación de esta última posibilidad ha generado dudas e incluso la judicialización de varios casos concretos, conviene realizar las siguientes matizaciones: (a) De acuerdo con el Criterio de gestión 18/2018, de 26 de julio, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, los contratos de trabajo por cuenta ajena a celebrar por el pensionista deben ser para el desempeño de un puesto de trabajo relacionado con la actividad por la que haya dado lugar a su alta en el Sistema de Seguridad Social como trabajador autónomo; (b) el pensionista debe ser el empresario laboral de los trabajadores contratados por cuenta ajena, lo que supone que no pueden valerse de la compatibilidad de la pensión al 100 por ciento, por ejemplo, los autónomos societarios[51] o los autónomos comuneros[52].

Mientras perdure este régimen de compatibilidad el pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima, pero tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos.

En materia de cotización, se debe cotizar por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, según proceda, en el Régimen General o en el RETA, así como por una cotización especial de solidaridad de 9 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que, en el caso de trabajar por cuenta ajena, se distribuirá entre el empresario y el trabajador, respectivamente, en un 7 por ciento y un 2 por ciento (artículos 153 y 310.1 del TRLGSS-2015).

Finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación. Igual restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia en los supuestos en los que no haya sido posible la compatibilidad con la pensión al 100 por ciento.

4.5. La actividad de creación artística

Con el fin de evitar que el creador artístico deba elegir entre percibir su pensión de jubilación del Sistema de la Seguridad Social o continuar con su actividad de creación artística, el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril[53], regula la compatibilidad entre la percepción de la pensión contributiva de jubilación del Sistema de la Seguridad Social y los ingresos obtenidos por la realización de cualquier actividad de creación artística que genere derechos de propiedad intelectual. En concreto, pueden acogerse a este régimen de compatibilidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 213.4 del TRLGSS-2015, los beneficiarios de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social que, con posterioridad a la fecha de reconocimiento de dicha pensión, desempeñen una actividad de creación artística por la que perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual, incluidos los generados por su transmisión a terceros, con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas. No

[51] *Vid.* STS 4ª, de 23 de julio de 2021, núm. rec. ud. 2956/2019. Un interesante comentario de la misma en Ballester Pastor, I.: «El autónomo societario encuadrado en el RETA que compatibilice trabajo y pensión de jubilación no puede ser beneficiario de la jubilación activa con un porcentaje del 100 %», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, núm. 8.

[52] *Vid.* STS 4ª, de 8 de febrero de 2022, núm. rec. ud. 3087/2020.

[53] BOE de 29 de abril de 2019, núm. 102.

obstante, no pueden acogerse a este régimen de compatibilidad los beneficiarios de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social que, además de desarrollar una actividad de creación artística, realicen cualquier otro trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los Regímenes especiales de la Seguridad Social (cfr. artículo 2).

De este modo, conforme a este régimen, la actividad de creación artística es compatible con el 100 por ciento del importe que corresponda percibir o, en su caso, viniera percibiendo el beneficiario por la pensión contributiva de jubilación.

Igualmente, se puede compatibilizar la actividad de creación artística con el 100 por ciento del importe del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género del artículo 60 del TRLGSS-2015, así como con el complemento por jubilación tardía del artículo 210.2 del TRLGSS-2015, que corresponda percibir o viniera percibiendo el beneficiario (cfr. artículo 3.1). El beneficiario también tiene derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con la actividad de creación artística, siempre que reúna los requisitos establecidos para ello (cfr. artículo 3.2). Además, el beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos (cfr. artículo 3.3).

En cualquier caso, el beneficiario de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social que reúne los requisitos previstos para acceder a este régimen de compatibilidad, si lo considera más conveniente, puede optar por la aplicación del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente. De igual forma, dicho beneficiario puede optar por suspender el percibo de su pensión, en cuyo caso la cotización a la Seguridad Social se realizará conforme a las normas que rijan en el Régimen de Seguridad Social que corresponda en función de su actividad (cfr. artículo 4).

Pero si el beneficiario de una pensión contributiva de jubilación, una vez causada la misma, desarrolla una actividad de creación artística, deberá estar dado de alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, para lo cual, deberá aportar a la TGSS, un certificado (si se trata de un asalariado) o una declaración responsable (si se trata de un autónomo) en la que consten los ingresos que va a percibir como consecuencia de la liquidación de sus derechos de propiedad intelectual. El alta deberá mantenerse durante todo el período de duración de la actividad de creación artística (cfr. artículo 5).

Durante la realización de la actividad de creación artística se cotizará únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, ya sea en el Régimen General o en el RETA, según proceda. Asimismo, como consecuencia de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y actividad de creación artística debe realizarse una cotización especial de solidaridad del 8 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones. En caso de que esa actividad se desarrolle por cuenta ajena, el 6 por ciento correrá a cargo del empresario y el 2 por ciento a cargo del trabajador (cfr. artículo 6). Ahora bien, a efectos del cómputo del período de carencia requerido para el acceso a la prestación de incapacidad temporal derivada de riesgo común que podría causar el beneficiario de la compatibilidad, solo se tendrán en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad al hecho causante de la pensión contributiva de jubilación (cfr. artículo 7).

Por su parte, la prestación de incapacidad temporal causada con posterioridad al hecho causante de la jubilación compatible con la realización de alguna una actividad de creación artística, será incompatible con el cobro de la pensión contributiva de jubilación a partir del momento en que se cese en la actividad y se cause baja en el Régimen correspondiente de la

Seguridad Social. En estos supuestos solo se abonará la pensión contributiva de jubilación (cfr. artículo 8).

4.6. El régimen de compatibilidad de los funcionarios públicos

Los funcionarios públicos a los que les resulte de aplicación el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, cuentan con un régimen de compatibilidad propio que contempla distintas situaciones.

En primer lugar, las pensiones de jubilación o retiro de Clases Pasivas son compatibles con (cfr. artículo 33.1, párrafo cuarto): (a) las actividades enumeradas en el artículo 19 de la Ley 53/1984; (b) las actividades desarrolladas en calidad de profesor universitario emérito; (c) el desempeño de cargo como miembro de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, siempre y cuando no se perciban retribuciones periódicas o las mismas no establezcan la incompatibilidad, y de cargo de las Corporaciones Locales, siempre y cuando dicho cargo no conlleve una retribución en régimen de dedicación exclusiva, en los términos del artículo 5 de la Ley 53/1984.

En segundo lugar, en el supuesto de jubilación o retiro de Clases Pasivas de carácter forzoso (cfr. artículo 28.2.a), la pensión es compatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier Régimen público de Seguridad Social, en los siguientes términos (cfr. artículo 33.2: (a) la edad de acceso a la pensión de jubilación o retiro debe ser, al menos, la establecida como edad de jubilación forzosa para el correspondiente colectivo de funcionarios públicos; (b) el porcentaje aplicable al haber regulador a efectos de determinar la cuantía de la pensión debe ser del 100 por cien.

La compatibilidad que deriva de este supuesto da lugar a un régimen idéntico al contemplado en el artículo 214 del TRLGSS-2015, por lo que nos remitimos al comentario realizado en el apartado 4.4 de este estudio.

En tercer lugar, también cabe para con estos funcionarios aplicar el régimen relativo a la actividad de creación artística contemplado en el Real Decreto 302/2019, por lo que nos remitimos al comentario realizado en el apartado 4.5 de este estudio.

4.7. Régimen de compatibilidad entre la pensión no contributiva de jubilación y el trabajo

De acuerdo con el artículo 369.1 del TRLGSS-2015, para causar la pensión no contributiva de jubilación, se requieren los siguientes requisitos: (a) haber cumplido 65 años de edad; (b) carecer de rentas o ingresos suficientes en los términos del artículo 363 del TRLGSS-2015; (c) residir legalmente en territorio español, por lo menos durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación.

Por consiguiente, dado que no se requiere el cese en el trabajo, en principio, debe concluirse que la compatibilidad con el trabajo es posible, más si cabe teniendo en cuenta que nada se dice al respecto, ni en el TRLGSS-2015, ni en el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, que desarrolla la materia de pensiones no contributivas[54]. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, conforme al artículo 369.2 del TRLGSS-2015, las rentas e ingresos propios, así como los ajenos computables por razón de convivencia en una misma unidad económica, condicionan tanto el derecho a pensión como la conservación de la misma y, en su caso, su cuantía. Por ello, la compatibilidad entre la pensión y el trabajo, por cuenta ajena o propia, queda condicionada a que no se supere el

[54] BOE de 21 de marzo de 1991, núm. 69.

nivel de ingresos suficientes establecido anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos[55]. No en vano, las prestaciones no contributivas tienen por finalidad, conforme a su naturaleza asistencial, cubrir estados de necesidad y no situaciones de necesidad, como ocurre con las prestaciones contributivas, en las que se pretende sustituir las rentas de trabajo que se dejan de percibir por el cese en el trabajo.

5. Conclusiones

(1ª) La norma general en el Sistema de Seguridad Social sigue siendo la incompatibilidad entre el cobro de la pensión por jubilación total y el trabajo del pensionista. Si el pensionista decide seguir trabajando deberá suspender su pensión. *(2ª)* Pese a que no exista una definición legal de jubilación, al producirse con el TRLGSS-1974 el cambio conceptual de vejez a jubilación se abandonó la idea de vincular la jubilación con la invalidez para trabajar y se instauró un derecho voluntario al descanso merecido, que como demuestran los datos oficiales ha calado en la sociedad. Con ello, a partir de ese momento, la razón de ser de la norma general de la incompatibilidad también muta: se mantiene el requisito de cesar en el trabajo para acceder a la jubilación, pero ahora, mayoritariamente, para disfrutar del descanso que conlleva la jubilación. De este modo, como la finalidad de las prestaciones por jubilación de corte contributivo es sustituir las rentas de trabajo dejadas de percibir por cesar en el trabajo, y evitar así situaciones de necesidad, la norma general de incompatibilidad transmite la idea de que quien trabaja en una actividad que da lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de algunos de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social no corre el riesgo de quedar en situación de necesidad. Es decir, como no hay rentas de trabajo que sustituir no se requieren prestaciones del Sistema de Seguridad Social. *(3ª)* La verdadera razón de ser de los regímenes de compatibilidad, como quiebra de la norma general, debe encontrarse en los problemas de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social. Se busca el ahorro en el pago de las prestaciones con el fomento de la demora en el acceso total a la jubilación. Pero se observan diferencias injustificadas entre los regímenes existentes (compatibilidades con determinados complementos, cotizaciones a realizar, vías para la mejora de la pensión total definitiva), dificultades para comprobar los ingresos reales que pueden determinar la inclusión en la RETA en el supuesto del artículo 213.4 del TRLGSS-2015, y, sobre todo, una quiebra de la finalidad de las prestaciones de jubilación en cuanto a su carácter de sustitutorias de las rentas de trabajo dejadas de percibir por el cese en el trabajo, pues no se guarda una proporción estricta entre la minoración de la pensión y los ingresos que obtiene el beneficiario de la misma con los trabajos que realiza en régimen de compatibilidad o incluso se permite la compatibilidad al 100 por cien en los supuestos de jubilación activa y de actividad de creación artística. *(4ª)* Con los regímenes de compatibilidad se transmite la sensación de que a futuro las pensiones no serán suficientes y se deberá trabajar para complementarlas. Al fin y al cabo, la compatibilidad, aunque suponga quebrar la idea de vincular la jubilación a un descanso merecido, resulta mucho más sibilina y menos antipopular que volver a vincular la jubilación al riesgo de vejez y, por ende, aumentar la edad ordinaria legalmente establecida para acceder a la jubilación.

[55] Fernández Orrico, F.J.: *Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, 3ª edición, p. 850.

La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el derecho alemán de la Seguridad Social

Alberto Arufe Varela
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de A Coruña

1. Las fuentes reguladoras del tema

En Alemania[1], la institución de la compatibilidad entre trabajo y jubilación (que quizá un alemán denominaría «combinación [*Kombination*]» entre trabajo y jubilación)[2] se encuentra regulada en el Libro Sexto del Código de Seguridad Social[3] (esto es, en el Libro que trata de la pensión de jubilación y demás pensiones derivadas de riesgos comunes, bajo el rótulo

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

[2] Al respecto, véase la motivación del proyecto de la Ley para la flexibilización de la transición de la vida laboral a la jubilación y para el fortalecimiento de la prevención y la rehabilitación en la vida laboral, fechado el 27 septiembre 2016 (Acta de la Cámara Baja núm. 18/9787, localizable en el sitio en Internet de la Cámara Baja, ubicado en https://www.bundestag.de, con acceso directo en https://dserver.bundestag.de/btd/18/097/1809787.pdf), allí donde se refiere a «la combinabilidad [*Kombinierbarkeit*] de ingresos derivados del trabajo a tiempo parcial y la pensión de jubilación anticipada, o la posibilidad de liquidación más temprana de descuentos de la pensión, que puedan derivarse en caso de acceso anticipado a la pensión» (p. 1). En materia de dependencia, la legislación alemana de seguridad social habla de «prestación combinada [*Kombinationleistung*]». Sobre esto último, véase Arufe Varela, A.: *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier (Barcelona, 2019), p. 193.

[3] Sobre la estructuración del Código alemán de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch* o, en su acrónimo oficial, SGB) en Libros horizontales y Libros verticales, véase Arufe Varela, A.: «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a

genérico «Seguro legal de pensiones [*Gesetzliche Rentenversicherung*]»), cuyo acrónimo oficial es SGB VI; y dentro de él, en su fundamental parágrafo 34 (rotulado «Requisitos del derecho a pensión y límite de ingresos adicionales [*Voraussetzungen für einen Rentenanspruch und Hinzuverdienstgrenze*]»), cuya última modificación se produjo por Ley de 8 diciembre 2016[4]. Se trata de un precepto muy denso, materialmente dividido en once apartados (formalmente hablando, en cambio, son sólo cuatro), que contempla dos tipos distintos de compatibilidad entre trabajo y pensión[5]. El primero es el de la compatibilidad parcial, que posibilita la percepción de la pensión de jubilación, incrementando su cuantía con ingresos adicionales topados procedentes del trabajo del pensionista. El segundo tipo -único que interesa considerar aquí- es el de la compatibilidad total, que permite cobrar la pensión de jubilación incrementando su cuantía con ingresos adicionales no topados o no limitados procedentes del trabajo del pensionista. Este concreto precepto actúa como verdadero centro de imputación dentro del citado Libro Sexto del Código de Seguridad Social, pues a él remiten otros varios del propio Libro, entre los que se cuenta el apartado 8 de su parágrafo 302 (rotulado «Derecho a la pensión de jubilación en casos especiales [*Anspruch auf Altersrente in Sonderfällen*]»)[6], cuya última modificación se produjo por Ley de 22 noviembre 2021[7], que contiene la que podría denominarse regulación coyuntural de la compatibilidad total entre trabajo y jubilación, promulgada para hacer frente a la pandemia del coronavirus[8]. Lógicamente, en este escrito sólo interesa considerar la regulación estructural de dicha compatibilidad total, que es de la que trata (repito, junto a la compatibilidad parcial) el antes citado parágrafo 34 del Libro Sexto del Código de Seguridad Social.

2. El requisito de edad relativo a la pensión de jubilación totalmente compatible

En realidad, el parágrafo 34 sólo exige al perceptor de la pensión de jubilación el cumplimiento de un único requisito, a efectos de poder compatibilizar sin restricciones cuantitativas de ningún tipo la pensión de jubilación que percibe y el trabajo lucrativo que simultáneamente pretenda realizar. Este requisito es el de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, que dicho

través del Derecho alemán de la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 77 (2008), pp. 197 y ss.

[4] Se trata de la Ley para la flexibilización de la transición de la vida laboral a la jubilación y para el fortalecimiento de la prevención y la rehabilitación en la vida laboral (*Gesetz zur Flexibilisierung des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand und zur Stärkung von Prävention und Rehabilitation im Erwerbsleben*), publicada en el *Boletín Oficial Federal* de 13 diciembre 2016 (parte I, pp. 2838 y ss.).

[5] La secuencia de apartados en que se subdivide este parágrafo es la siguiente: 1, 2, 3, 3a, 3b, 3c, 3d, 3e, 3f, 3g y 4. Comentándolo, véase Kreikebohm, Ralf y Roßbach, Gundula (Editores), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 6ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2021), pp. 204 y ss.; Reinhardt, Helmut y Silber, Wolfgang (Editores), *Sozialgesetzbuch VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Lehr- und Praxiskommentar*, 5ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2021), § 34; y von Koppenfels, Katharina y Wenner, Ulrich (Editores), *SGB VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 2ª ed., Luchterhand (Múnich, 2022), § 34.

[6] También remiten a dicho precepto los parágrafos 42, 66, 75, 96a y 313.

[7] Se trata de la Ley para la modificación de la Ley de protección contra infecciones y de otras leyes, en conexión con la supresión de la declaración de situación epidémica de transcendencia nacional (*Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite*), publicada en el *Boletín Oficial Federal* de 23 noviembre 2021 (parte I, pp. 4906 y ss.).

[8] Comentando el precepto, véase Kreikebohm, Ralf y Roßbach, Gundula (Editores), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 6ª ed., cit., pp. 1456 y ss.; Reinhardt, Helmut y Silber, Wolfgang (Editores), *Sozialgesetzbuch VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Lehr- und Praxiskommentar*, 5ª ed., cit., § 302; y von Koppenfels, Katharina y Wenner, Ulrich (Editores), *SGB VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 2ª ed., cit., § 302. Sobre el contexto en que se inserta el precepto en cuestión, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: «El impacto de la pandemia del coronavirus sobre la legislación laboral y de seguridad social alemana», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4 (2020), pp. 517 y ss.

precepto denomina «límite de edad ordinario [*Regelaltersgrenze*]»[9]. Esta edad, de cumplimiento progresivo en función de la fecha de nacimiento del beneficiario, se encuentra regulada en los parágrafos 35 (a título de Derecho que será en 2031) y 235 (a título de Derecho que es en cada momento concreto, mientras no se alcance dicho año) del propio Libro Sexto del Código alemán de Seguridad Social[10], todo ello de acuerdo con una escala (que se inicia con la edad de 65 años y 1 mes, para los nacidos en 1947, y que concluye con la edad de 66 años y 10 meses, para los nacidos en 1963[11], teniendo en cuenta que a partir del año 2031 «la edad ordinaria de jubilación se alcanza al cumplir los 67 años»[12]). Cobra así pleno sentido la porción nuclear -a mis concretos efectos- del parágrafo 34, que es su apartado 2. Según él, «el derecho a la pensión de jubilación como pensión total [*als Vollrente*] existe antes de que se alcance la edad ordinaria de jubilación [*vor Erreichen der Regelaltersgrenze*], sólo si no se supera el límite de ingreso adicional [*wenn die kalenderjährliche Hinzuverdienstgrenze nicht überschritten wird*] de 6.300 euros por año natural»[13], lo que significa -interpretado a contrario- que el derecho a la pensión de jubilación como pensión total existe siempre, después de que se alcance la edad ordinaria de jubilación, dejando de jugar entonces el citado límite anual de rentas procedentes del trabajo lucrativo realizado por el jubilado, el cual es un límite que en Alemania tiene un sentido muy preciso, pero que -desde el punto de vista español- merece ser desvelado.

3. La inexistencia de requisitos relativos al trabajo totalmente compatible

Supuesto que el jubilado perciba su pensión total tras haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, el tan citado parágrafo 34 le permite compatibilizar el percibo íntegro de su pensión con cualquier tipo de trabajo lucrativo, refiriéndose el precepto al cúmulo de trabajos compatibles allí donde afirma que «como ingreso adicional [totalmente compatible], hay que tomar en consideración el salario [lógicamente, proveniente de un trabajo asalariado o dependiente], los ingresos por rendimientos de trabajo [provenientes ahora del desempeño de un trabajo autónomo] y los ingresos comparables [no lo serían, por ejemplo, las rentas de capital, provenientes de ahorros o inversiones]»[14]. Sobre esta base, el único trabajo lucrativo sobre el que incide el parágrafo 34 es el trabajo asalariado; y dentro de él, las concreciones más claras apuntan al denominado en Alemania *minijob*[15]. Este último es, en realidad, un trabajo marginal a tiempo parcial, que le permite al *minijobber* percibir un máximo de 450 euros mensuales brutos en catorce pagas (esto es, el «ingreso adicional por año natural de 6.300 euros»[16], que el parágrafo 34 declara compatible con la percepción de cualquier tipo de pensión de jubilación, sea esta última total

[9] Cfr. apartados 2 y 3d.

[10] Comentando estos preceptos, véase Kreikebohm, Ralf y Roßbach, Gundula (Editores), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 6ª ed., cit., pp. 222 y ss., y 1089 y ss.; Reinhardt, Helmut y Silber, Wolfgang (Editores), *Sozialgesetzbuch VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Lehr- und Praxiskommentar*, 5ª ed., cit., § 35 y § 235; y von Koppenfels, Katharina y Wenner, Ulrich (Editores), *SGB VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 2ª ed., cit., § 35 y § 235.

[11] Cfr. parágrafo 235, apartado 2.

[12] Cfr. parágrafo 35, inciso segundo. Textualmente, «*die Regelaltersgrenze wird mit Vollendung des 67. Lebensjahres erreicht*».

[13] Textualmente, «*Anspruch auf eine Rente wegen Alters als Vollrente besteht vor Erreichen der Regelaltersgrenze nur, wenn die kalenderjährliche Hinzuverdienstgrenze von 6 300 Euro nicht überschritten wird*».

[14] Cfr. apartado 3b, inciso primero. Textualmente, «*als Hinzuverdienst sind Arbeitsentgelt, Arbeitseinkommen und vergleichbares Einkommen zu berücksichtigen*».

[15] Sobre el tema, así como su regulación general en el Libro Cuarto del Código alemán de Seguridad Social, véase Arufe Varela, A.: «Los "minijobs" alemanes. Un estudio de su régimen jurídico laboral y de seguridad social comparado con el del "trabajo marginal" español, industrial y doméstico», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 155 (2012), pp. 17 y ss.

[16] Cfr. apartado 2. Textualmente, «*die kalenderjährliche Hinzuverdienstgrenze von 6 300 Euro*».

o parcial, anticipada u ordinaria). Consecuentemente, si el jubilado pretendiese compatibilizar sin descuentos su pensión de jubilación con un *midijob* (esto es, un trabajo asalariado «que no sobrepase regularmente los 1.300 euros al mes»)[17], ello sólo sería posible si estuviese disfrutando de su pensión completa de jubilación, tras haber cumplido la edad ordinaria para hacerlo. Ni que decir tiene que esta misma regla se aplicaría en la hipótesis de compatibilización de la pensión de jubilación con un *maxijob* (esto es, el trabajo asalariado que le permite al trabajador percibir ordinariamente más de 1.300 euros mensuales).

4. La regla general relativa al pago de cotizaciones de solidaridad por el trabajo totalmente compatible

El parágrafo 34 no regula las cotizaciones sociales del trabajo totalmente compatible con la pensión de jubilación realizado por el jubilado, pues este tema aparece regulado en el parágrafo 5 (rotulado «Exención del aseguramiento [*Versicherungsfreiheit*]»)[18], así como en el parágrafo 172 (rotulado «Parte del empresario en caso de exención del aseguramiento y de liberación del deber de asegurarse [*Arbeitgeberanteil bei Versicherungsfreiheit und Befreiung von der Versicherungspflicht*]»)[19], del propio Libro Sexto del Código de Seguridad Social, a propósito únicamente -como es lógico- de las cotizaciones sociales al seguro obligatorio de pensiones derivadas de riesgos comunes. De acuerdo con el primero de estos preceptos, la regla general es la de que estas cotizaciones sociales (de las que sólo se abona la parte patronal, pues el trabajador está exento de aseguramiento) carecen de efectos prestacionales («la parte de la cotización que paga el empresario, para evitar distorsiones de competencia en el mercado de trabajo, no tiene efectos jurídicos en la pensión»)[20], por lo que -si utilizásemos terminología española- habría que calificarlas como cotizaciones «de solidaridad»[21]. Esta misma es también la regla general en otros tres grandes seguros sociales, que conforman otros tantos pilares de la seguridad social contributiva alemana, a saber: 1) el seguro contributivo de desempleo (regulado en el Libro

[17] Cfr. parágrafo 20, apartado 2, medio inciso primero, del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social. Textualmente, «*die regelmäßig 1 300 Euro im Monat nicht übersteigen*». Sobre la regulación general del *midijob* en el Libro Cuarto del Código alemán de Seguridad Social, véase Arufe Varela, A.: «Los "minijobs" alemanes. Un estudio de su régimen jurídico laboral y de seguridad social comparado con el del "trabajo marginal" español, industrial y doméstico», cit., p. 22.

[18] Comentando el precepto, véase Kreikebohm, Ralf y Roßbach, Gundula (Editores), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 6ª ed., cit., pp. 88 y ss.; Reinhardt, Helmut y Silber, Wolfgang (Editores), *Sozialgesetzbuch VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Lehr- und Praxiskommentar*, 5ª ed., cit., § 5; y von Koppenfels, Katharina y Wenner, Ulrich (Editores), *SGB VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 2ª ed., cit., § 5.

[19] Según este precepto, ««respecto de los trabajadores que están exentos del aseguramiento …, los empresarios asumen [su cuota patronal íntegra, esto es,] la mitad de la cotización que habría que pagar si los trabajadores tuvieran deber de aseguramiento»» (textualmente, «*für Beschäftigte, die versicherungsfrei sind … tragen die Arbeitgeber die Hälfte des Beitrags, der zu zahlen wäre, wenn die Beschäftigten versicherungspflichtig wären*»). Comentando el precepto en cuestión, véase Kreikebohm, Ralf y Roßbach, Gundula (Editores), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 6ª ed., cit., pp. 866 y ss.; Reinhardt, Helmut y Silber, Wolfgang (Editores), *Sozialgesetzbuch VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Lehr- und Praxiskommentar*, 5ª ed., cit., § 172; y von Koppenfels, Katharina y Wenner, Ulrich (Editores), *SGB VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 2ª ed., cit., § 172.

[20] Cfr. la motivación del citado proyecto de Ley para la flexibilización de la transición de la vida laboral a la jubilación y para el fortalecimiento de la prevención y la rehabilitación en la vida laboral, p. 22. Textualmente, «*der vom Arbeitgeber zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen am Arbeitsmarkt an die Rentenversicherung zu leistende Beitragsanteil bleibt rentenrechtlich ohne Auswirkungen*».

[21] Téngase en cuenta que dicho parágrafo 5 también establece una regulación de carácter subsidiario, en los siguientes términos literales: «El inciso 1 [relativo a la regla general de la exención del aseguramiento] no se aplica a los trabajadores en un empleo en el que renuncian a la exención del aseguramiento mediante una declaración por escrito ante el empresario» (apartado 4, inciso segundo). Textualmente, «*Satz 1 gilt nicht für Beschäftigte in einer Beschäftigung, in der sie durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber auf die Versicherungsfreiheit verzichten*».

Tercero del Código de Seguridad Social)[22], pues «están exentas del aseguramiento las personas que … cumplen el año de la edad para tener derecho a una pensión ordinaria de jubilación»[23], aunque «respecto de los trabajadores que están exentos del aseguramiento …, los empresarios asumen [su cuota patronal íntegra, esto es,] la mitad de la cotización que habría que pagar si los trabajadores tuvieran deber de aseguramiento»[24]; 2) el seguro contributivo de enfermedad común (regulado en el Libro Quinto del Código de Seguridad Social)[25], donde rige una norma de gestión instrumental similar a la aplicable al seguro contributivo de desempleo, aunque con la diferencia de que «a los afiliados que no tienen derecho al subsidio por enfermedad [como ocurre con "los asegurados que perciben … la pensión total de jubilación"][26], se les aplica una tasa de cotización reducida»[27]; y 3) el seguro contributivo de dependencia (regulado en el Libro Undécimo del Código de Seguridad Social)[28], donde rige la misma norma de gestión instrumental aplicable al seguro contributivo de enfermedad común, aunque ahora con el matiz de que el trabajador no cotiza con tarifa reducida, sino con tarifa plena (literalmente, «personas que cumplen los requisitos para el derecho a la pensión derivada del seguro legal de pensiones y han solicitado esta pensión, … a que se refiere el parágrafo 5 … Libro Quinto»)[29].

5. La excepción relativa a la cotización de accidente de trabajo por el trabajo totalmente compatible

En cambio, en el seguro legal de accidentes de trabajo (regulado en el Libro Séptimo del Código de Seguridad Social)[30], las primas que abona el empresario tras contratar a un jubilado que percibe una pensión ordinaria de jubilación poseen plenos efectos prestacionales. A propósito de la compatibilidad entre la pensión ordinaria de jubilación y la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, lo establece así el Libro Sexto del Código (regulador, recuérdese, de las pensiones de jubilación), en su parágrafo 93 (rotulado «Pensión y prestaciones derivadas del seguro de accidentes [*Rente und Leistungen aus der Unfallversicherung*]»)[31]. Pero lo establece

[22] Rotulado «Promoción del empleo [*Arbeitsförderung*]», cuyo acrónimo oficial es SGB III. Como comentario de autoridad reciente del mismo, véase Brand, Jürgen (Editor), *SGB III. Sozialgesetzbuch. Arbeitsförderung. Kommentar*, 9ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2021), 1287 pp.

[23] Cfr. parágrafo 28, apartado 1, núm. 1. Textualmente, «*Versicherungsfrei sind Personen die das Lebensjahr für den Anspruch auf Regelaltersrente … vollenden*».

[24] Cfr. parágrafo 346, apartado 3, inciso primero. Textualmente, «*Für Beschäftigte, die … versicherungsfrei sind, tragen die Arbeitgeber die Hälfte des Beitrages, der zu zahlen wäre, wenn die Beschäftigten versicherungspflichtig wäre*».

[25] Rotulado «Seguro legal de enfermedad [*Gesetzliche Krankenversicherung*]», cuyo acrónimo oficial es SGB V. Como comentario de autoridad reciente del mismo, véase Becker, Ulrich y Kingreen, Thorsten (Editores), *SGB V. Gesetzliche Kranlerversicherung. Kommentar*, 8ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2022), 2950 pp.

[26] Cfr. parágrafo 50, apartado 1, medio inciso primero, núm. 1. Textualmente, «*für Versicherte, die Vollrente wegen Alters beziehen*».

[27] Cfr. parágrafo 243, inciso primero. Textualmente, «*für Mitglieder, die keinen Anspruch auf Krankengeld haben, gilt ein ermäßigter Beitragssatz*».

[28] Rotulado «Seguro social de dependencia [*Soziale Pflegeversicherung*]», cuyo acrónimo oficial es SGB XI. Sobre él, véase Arufe Varela, A.: *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, cit., pp. 13 y ss.

[29] Cfr. parágrafo 20. Textualmente, «*Personen, die die Voraussetzungen für den Anspruch auf eine Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung erfüllen und diese Rente beantragt haben, … nach § 5 … des Fünften Buches*».

[30] Rotulado «Seguro legal del accidente [*Gesetzliche Unfallversicherung*]», cuyo acrónimo oficial es SGB VII. Como comentario de autoridad reciente del mismo, véase von Koppenfels, Katharina y Wenner, Ulrich (Editores), *SGB VII. Gesetzliche Unfallversicherung. Kommentar*, 3ª ed., Luchterhand (Múnich, 2022), 1112 pp.

[31] Comentándolo, véase Kreikebohm, Ralf y Roßbach, Gundula (Editores), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 6ª ed., cit., pp. 514 y ss.; Reinhardt, Helmut y Silber, Wolfgang (Editores), *Sozialgesetzbuch VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Lehr- und Praxiskommentar*, 5ª ed., cit., § 93; y von Koppenfels,

también el propio Libro Séptimo del Código, en su parágrafo 46 (rotulado «Comienzo y fin del subsidio de incapacidad temporal del lesionado [*Beginn und Ende des Verletztengeldes*]»)[32], tal y como ha sido interpretado por una Sentencia (*Urteil*) del Tribunal Federal de Seguridad Social (*Bundessozialgericht*) de 20 agosto 2019[33], relativa ahora a un pensionista ordinario de jubilación que pretendía compatibilizar el percibo íntegro de su pensión total con el subsidio de incapacidad temporal derivado de un accidente de trabajo que había padecido, según la cual: 1) «el tenor literal del parágrafo 46, apartado 3, inciso 2, núm. 2, del [Libro] VII del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial] exige, como supuesto de finalización de la percepción del subsidio de incapacidad temporal del lesionado, que las prestaciones mencionadas en el parágrafo 50, apartado 1, inciso 1, del [Libro] V del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial] "comiencen"»[34]; 2) «en consecuencia, el tenor literal de la norma evidentemente se opone a la interpretación … de que no es posible la percepción simultánea de la pensión de jubilación y del subsidio de incapacidad temporal del lesionado»[35]; y 3) todo ello, «dado que sólo puede comenzar algo que previamente no existía, por lo tanto, según su claro tenor literal, la norma exige que las prestaciones del tipo mencionado en el parágrafo 50, apartado 1, inciso 1, del [Libro] V del C[ódigo de] S[eguridad Social] "comiencen" temporalmente por primera vez tras el origen del derecho al subsidio de incapacidad temporal del lesionado»[36].

Katharina y Wenner, Ulrich (Editores), *SGB VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 2ª ed., cit., § 93.

[32] Comentándolo, véase von Koppenfels, Katharina y Wenner, Ulrich (Editores), *SGB VII. Gesetzliche Unfallversicherung. Kommentar*, 3ª ed., cit., pp. 341 y ss.

[33] Referencia oficial B 2 U 7/18 R.

[34] Cfr. marginal 14, inciso primero. Textualmente, «*bereits der Wortlaut des § 46 Abs 3 Satz 2 Nr 2 SGB VII verlangt als Beendigungstatbestand für den Bezug des Verletztengeldes, dass die in § 50 Abs 1 Satz 1 SGB V genannten Leistungen "beginnen"*».

[35] *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*der Wortlaut der Norm steht damit der Auslegung, dass ein gleichzeitiger Bezug von Altersrente und Verletztengeld nicht möglich sei, entgegen*».

[36] *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «*da nur etwas beginnen kann, was vorher nicht existierte, setzt die Norm mithin nach ihrem klaren Wortlaut voraus, dass erstmalig zeitlich nach Entstehen des Verletztengeldanspruchs Leistungen der in § 50 Abs 1 Satz 1 SGB V genannten Art "beginnen"*».

Análisis jurisprudencial de la jubilación parcial y perspectivas de futuro

Aurelia Carrillo López
Fiscal sustituta del TSJ de Murcia
Profesora asociada de la Universidad Internacional de la Rioja

I. Introducción

Los sistemas de pensiones se enfrentan a importantes desafíos en el medio plazo derivados de fenómenos demográficos. Las bajas tasas de natalidad y el alargamiento de la esperanza de vida exigen la adaptación de estos sistemas para asegurar su viabilidad en el largo plazo y mantener unas pensiones adecuadas para el bienestar de los ciudadanos de más edad.

El sistema de Seguridad Social debe hacerse cargo del pago de un número creciente de pensiones de jubilación, por un importe medio que es superior a las que sustituyen, y que deben abonarse en un periodo cada vez más largo, gracias a los progresos en la esperanza de vida.

La Unión Europea está otorgando una creciente importancia a este problema. Fruto de ello es la publicación por la Comisión Europea del *"Libro Blanco 2012: Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles"*, donde se detallan una serie de recomendaciones a nivel global y otras a nivel de Estado miembro, que remarcan la necesidad de reformar las pensiones tanto por las previsiones demográficas como por la necesaria sostenibilidad de las finanzas públicas, máxime en períodos de crisis financiera y económica como el actual.

El incremento de la edad de jubilación, la prolongación de la vida activa y el incremento de la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad suponen elementos básicos para la adecuación y sostenibilidad de las pensiones. Para ello, es recomendable vincular la edad de

jubilación a los aumentos de la esperanza de vida, racionalizar el acceso a los planes de jubilación anticipada y a otras vías de salida temprana del mercado laboral, y favorecer la prolongación de la vida laboral, facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo[1].

II. Evolución legislativa

* *Ley 32/1984 de 2 de agosto,* desarrollada por el RD 191/1984, de 31 de octubre, regula por primera vez en nuestro ordenamiento la compatibilidad entre contrato y jubilación[2]. Esta modalidad de jubilación nació como un instrumento de lucha contra el desempleo a través del reparto del escaso trabajo disponible (un mismo puesto de trabajo es ocupado por dos personas: el trabajador relevado o jubilado parcialmente y el trabajador relevista)[3].

La necesidad de luchar contra por el paro juvenil aconsejaba perfeccionar las formas contractuales que permitan la integración progresiva de estos colectivos en el trabajo, a través de los contratos en prácticas y para la formación los contratos a tiempo parcial y la nueva figura del contrato de relevo. Así, con la finalidad de satisfacer los deseos de una parte de la población dispuesta a trabajar en jornada incompleta, disminuir la unidad mínima de trabajo que las empresas pueden contratar y, en general, obtener por esa vía un reparto del trabajo disponible de carácter estrictamente voluntario, se configura el contrato de relevo, que viene a completar esta posibilidad de reparto de trabajo mejorando además el bienestar social de trabajadores con edad próxima a la de jubilación".

Se instauraba así, dando preferencia al uso de la jubilación como política de empleo, la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del jubilado, admitiendo que la jubilación anticipada del trabajador no supusiese necesariamente su exclusión del mercado de trabajo, sino el mantenimiento de su relación laboral pero a tiempo parcial y vinculada a la celebración de un contrato de relevo. En definitiva, mediante esta fórmula se perseguía fundamentalmente el objetivo de la creación de empleo y se comenzaba a perfilar la progresión en el acceso a la jubilación de los trabajadores, aunque no se contemplaba todavía la posibilidad de que esa compatibilidad pudiese continuar tras cumplirse la edad de jubilación legalmente establecida[4].

---

[1] Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, p. 1.

[2] Desarrollada por *el RD 1991/1984, de 31 de octubre*, esta disposición estableció la estructura tripartita básica que ha permanecido en nuestros días, es decir, la existencia de una empresa que ocupa a un trabajador que decide con su anuencia reducir su jornada de trabajo para percibir la jubilación parcial proporcional a la jornada dejada de trabajar y que además deberá ser cubierta (según los casos) por otro trabajador llamado relevista. La finalidad consiste, básicamente, en facilitar el acceso gradual a la jubilación de quienes se encuentran próximos a cumplir la edad ordinaria de jubilación con objeto de que vaya adaptándose a su nueva situación como jubilado de forma progresiva, al mismo tiempo combinada con una política de fomento de empleo.

[3] Según la EPA, a finales de 1983 España contaba con casi 2,5 millones de parados y la tasa de paro rozaba el 18 %, una de las más altas de Europa.

[4] Martínez Emperador, R.: "El contrato de relevo", *Actualidad Laboral*, 1985, nº 15, p. 43 y ss.; Fernández López, M. F.: "Jubilación Parcial y reparto de trabajo. Análisis de la regulación española dentro del ámbito europeo", *Revista de Seguridad Social*, nº 26, 1985; Garrido Perez, E.: "El contrato de relevo", *Revista Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 1987; López Cumpre, L.: "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo", *Tribuna Social*, nº 85, 1998, p. 50 y ss.; Mella Mendez, L.: "Consideraciones sobre el contrato de relevo", *Actualidad Laboral,* nº 46, 1998, p. 865 y ss. y González Del Rey Rodríguez, I.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial,* Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 295 a 311.

No obstante, en la realidad de nuestro mercado de trabajo la fórmula de la jubilación parcial tuvo poco exit, pues entre 1984 y 1996 apenas se firmaron 13.000 contratos de relevo[5].

Considerándose que los principales motivos de la falta de utilización de la figura de la jubilación parcial eran la fuerte rigidez de la que estuvo dotada esta primera regulación de la jubilación parcial, los serios defectos de que adolecía la regulación; y, complejidad que para la empresa suponía la existencia de dos trabajadores en un mismo puesto de trabajo[6].

* Con la reforma del *RD Ley 15/1998 de 27 de noviembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo en relación con el Trabajo a Tiempo Parcial y el Fomento de su Estabilidad,* para intentar potenciar el uso de la fórmula de la jubilación parcial anticipada se revisa principalmente el régimen jurídico de la contratación de relevo, adaptándose el contrato a tiempo parcial del trabajador jubilado parcialmente a las novedades que incorporaba la norma respecto del mismo. En relación con el contrato de relevo se introducen importantes dosis de flexibilidad con la finalidad de potenciar su uso, manteniendo todavía como criterio determinante de la modificación de la figura de la jubilación parcial anticipada el del uso de la jubilación como política de empleo.

** Ley 12/2001 de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo* de nuevo se procede a reformar la jubilación parcial anticipada para adecuar su regulación a la del contrato a tiempo parcial y se configura además una modalidad de jubilación parcial hasta entonces no prevista: "la jubilación parcial autónoma", que posibilita el acceso a la jubilación parcial tras cumplir la edad de jubilación ordinaria, sin la obligación de la contratación del relevo que en esta modalidad pasa a ser potestativa, tal y como lo sigue siendo actualmente.

Estas reformas mejoraron en la práctica el recurso a la jubilación parcial, puesto que las cifras demostraron un notable incremento de la utilización de esta institución. De hecho, los efectos que el éxito de la fórmula de la jubilación parcial anticipada tuvo sobre las arcas de la Seguridad Social llevaron al legislador a dar un giro de ciento ochenta grados en la posterior modificación de su regulación.

** Con la reforma de 2007 operada por la Ley 40/ 2007 de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social* se produce un cambio radical de criterio en la jubilación parcial anticipada: el alargamiento de la vida laboral como objetivo. Los cambios en materia de jubilación parcial anticipada siguen en la LMSS un objetivo claro: desincentivar el recurso a la misma tanto desde la perspectiva del trabajador como desde la perspectiva empresarial. De este modo, se endurecen notablemente las condiciones a acreditar por parte de los trabajadores que quieran acceder a la jubilación parcial anticipada y se vincula la contratación de relevo económicamente a la jubilación parcial en cuanto a la cotización.

A) En relación con los trabajadores que quieran acceder a la jubilación parcial anticipada debe cumplir los requisitos: a) que lo sean a jornada completa; b) se exige como condición novedosa que se acredite una antigüedad de seis años en la empresa; c) la edad del trabajador pasa a ser de como mínimo 61 años; d), también se endurece el período de carencia, que se sitúa en treinta años de cotización. El cumplimiento por parte del trabajador de estas tres últimas condiciones no se impuso de manera automática en un principio, estableciéndose un calendario para su aplicación progresiva en la DT 17ª LGSS.

[5] Calvo Gallego, F.J.: "La jubilación parcial y su permanente evolución: propuestas para su activación", en VV.AA. *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria,* Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 511-555.

[6] Fernández Orrico, F.J.: "Evolución de la jubilación parcial y su gradual vigencia a partir de 2008", *Relaciones Laborales*, nº 6, Wolters Kluwer, 2008.

La reforma de 2007 supuso una verdadera reconfiguración de la jubilación parcial anticipada, dado que con las nuevas condiciones de acceso se reducía de manera importante el alcance subjetivo de la misma

B) En relación con el contrato de relevo, esta reforma también introduce nuevas exigencias con la finalidad de asegurar cierto equilibrio económico en materia de cotización entre este contrato y el contrato del trabajador jubilado parcial. Concretamente en la exigencia de una correspondencia entre las bases de cotización de ambos contratos de un sesenta y cinco por cien. Asimismo, incorporó al art. 12.7 ET la exigencia de que el contrato de relevo pactado por tiempo determinado tuviese una duración mínima cierta: el tiempo que restase para que el trabajador jubilado parcial alcanzase la edad de jubilación. Con esta modificación el contrato de relevo temporal se configura como un contrato temporal sometido a un término cierto, dado que la fecha de finalización del mismo coincidirá con aquélla en la que el trabajador que ha accedido a la jubilación parcial anticipada cumpla la edad de jubilación ordinaria; siendo variable el período de vigencia total del contrato, que dependerá del momento de su suscripción[7].

* *El RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo,* inició un nuevo proceso de reforma del régimen jurídico del sistema de jubilación parcial. La finalidad de la reforma en 2013 sigue la dirección de la anterior reforma de 2007, en el sentido de limitar las posibilidades de acceso a la misma, exigiendo requisitos no solo por parte del trabajador sino también a las empresas. Con ello, se ha iniciado una dinámica que llevará sino a la desaparición del recurso a la jubilación parcial anticipada en la práctica, sí a que su utilización sea meramente residual o anecdótica. Podríamos decir creo que con la regulación resultante de la reforma de 2013 nos encontramos ante una figura en vías de extinción[8].

La reforma de 2013 endureció las condiciones de acceso a la jubilación parcial anticipada, pero también establecido un período excepcional, que finalizaba el 1 de enero de 2019, mediante el cual, para aquellas personas incluidas en los planes de jubilación parcial recogidos en convenios o acuerdos colectivos con anterioridad al 1 de abril de 2013, se les seguiría aplicando la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2011.

* La aprobación del *Real Decreto Ley 20/2018 de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España,* ha ampliado este periodo excepcional hasta el 1 de enero de 2023 siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos referidos tanto a los trabajadores que accedan a la jubilación parcial como a las empresas en las que estén prestando sus servicios que explicamos en el epígrafe correspondiente. La modificación introducida por el Real Decreto Ley 20/2018 es transitoria y limitada al sector manufacturero, pero supone prorrogar una modalidad de jubilación que es claramente discriminatoria y que tiene un elevado coste para la Seguridad Social.

III. Concepto y características

1. Concepto

Según el artículo 9 del RD 1131/2002, la jubilación parcial es la iniciada después del cumplimiento de los 60 años, simultanea con un contrato de trabajo a tiempo parcial y vinculada

[7] Lopez Balaguer, M.: "La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual", *Revista jurídica de los derechos sociales*, nº 5, 2015, p. 116-118

[8] Lopez Balaguer, M: *Ibidem*, p. 12-13

o no con un contrato de relevo, trasladando la regulación de los respectivos contratos a tiempo parcial y de relevo a lo dispuesto en los artículos 12.6 ET y 166 LGSS[9].

La jubilación, como institución jurídica, se caracteriza por ser una figura compleja, susceptible de una amplia gama de usos, fuertemente condicionados por su doble vertiente como instrumento de la política de empleo y de la política de contención del gasto de la Seguridad Social, se trata de una institución que ha estado y está sometida a cambios y transformaciones constantes, en parte como consecuencia de la tensión existente entre los diversos intereses que relaciona y que obligan al legislador a una incesante reforma de su regulación a incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral, e incluso la reanudación de la misma una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación, y, simultáneamente, mantener la posibilidad de jubilación anticipada con minoración de la pensión, la jubilación forzosa por vía de negociación colectiva y la jubilación parcial, diversas manifestaciones de una misma figura jurídica que, como antes indicamos, han sido objeto de sucesivas e incesantes modificaciones legales[10].

Esta modalidad de jubilación, que se inicia después del cumplimiento de los 60 años, simultánea con un contrato de trabajo a tiempo parcial, esto es, el trabajador convierte su contrato a tiempo completo, en un contrato a tiempo parcial por la jornada reducida que haya pactado, vinculada o no con un contrato de relevo celebrado con un trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada, y pasa a percibir pensión de jubilación por la parte correspondiente al resto de la jornada laboral.

La jubilación parcial, permite a los trabajadores por cuenta ajena en activo acordar con su empresario la reducción de su jornada y el salario, accediendo simultáneamente a la condición de pensionista de jubilación (también a los efectos de prestaciones médicas y farmacéuticas). De manera, que compaginan la percepción de una jubilación parcial y los ingresos salariales procedentes de la actividad que pasan a desarrollar a tiempo parcial.

El jubilado parcialmente obtiene una pensión en proporción inversa a la prestación de servicios o a la reducción de la jornada que realice en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable. Desde 1 de enero de 2019 se agotó, con carácter general, la posibilidad de reconocimiento, de la jubilación parcial con aplicación de la legislación vigente a 31 de diciembre de 2012. Los jubilados parciales según dicha normativa pueden, a su vez, jubilarse plenamente conforme a esa misma normativa vigente a 31 de diciembre de 2012, aunque la jubilación completa sea posterior a 2019[11].

2. Características generales

Para acceder a la jubilación parcial en cualquiera de sus modalidades, se requiere previamente que trabajador y empresario estén de acuerdo[12], salvo que se recoja ese derecho en el convenio

[9] RDLeg. 1/1995, de 20 de junio, por el que se aprueba el TR de la LGSS.

[10] Pose Vidal, S.: "Pensión de jubilación: anticipada, forzosa y parcial. Puntos críticos", *Actum Social,* nº 37, marzo 2010, p. 1.

[11] LGSS disp. trans.4ª.5 antes de la modificación operada por RDL 28/2018, interpretada por INSS. Criterio de Gestión 15/2016, 12/07/2016.

[12] TSJ Cataluña 20 de enero de 2004, EDJ 306983.

colectivo[13] o acuerdo de empresa, en cuyo caso, si se cumplen los requisitos, podría ser automáticamente exigible[14].

Por tanto, ante la falta de previsión convencional o contractual es preciso llegar a un acuerdo individual para que el empresario acceda: por un lado, a la reducción de jornada del trabajador solicitante y a la novación contractual que supone que pase a trabajar a tiempo parcial y, por otro lado, en su caso, contrate a un relevista que cubra la jornada que deja de realizar el jubilado parcial.

De esta manera, el beneficiario cobra un porcentaje de la pensión de jubilación que le correspondería y a la vez recibe un salario por su actividad laboral. Así, se compagina la percepción del salario y de la parte de pensión correspondiente a la jornada que se reduce.

El hecho causante de la pensión parcial se produce el día en el que el trabajador deja de realizar la jornada completa anterior, siempre que en dicha fecha se haya suscrito el correspondiente contrato a tiempo parcial y, de resultar necesario, el de relevo. A partir de entonces, efectuada la solicitud - que puede presentarse con una antelación máxima de 3 meses-, operan los efectos económicos de la prestación. Si la petición de jubilación se presenta después de producido el hecho causante se aplica la regla común de que los efectos económicos tienen una retroacción máxima de 3 meses.

De conformidad con el artículo 215.3 del texto refundido de la ley general de la seguridad social, la pensión de jubilación parcial que recibe el beneficiario se convierte en compatible, con el trabajo a tiempo parcial en la empresa habitual. Pero no solo eso, sino también con cualquier otra actividad parcial que se desarrollase antes de la jubilación total, siempre y cuando se sigan cumpliendo los requisitos para solicitar la jubilación parcial.

Además, también se pueden percibir simultáneamente otras prestaciones de la Seguridad Social como la pensión de viudedad o la prestación de desempleo; es posible compatibilizar el desempleo con la jubilación parcial, ya que el jubilado parcial compatibiliza la pensión con el trabajo. Si por cualquier razón suspende o extingue su relación laboral, la jubilación sigue siendo compatible con cualquier prestación que sustituya al salario.

La aportación económica que se percibe de la Seguridad Social esta cantidad se denomina pensión de jubilación parcial, que es el resultado de aplicar el porcentaje de reducción de la jornada laboral al importe de la pensión de jubilación total que le correspondería al beneficiario de acuerdo con los años de cotización que acredite. Por lo tanto, la cuantía de la pensión contributiva por jubilación parcial que percibirá el trabajador no será del 100 % de la pensión ordinaria, sino que consistirá en un porcentaje que se calculará en cada caso concreto a partir de las cotizaciones del trabajador y teniendo en cuenta el porcentaje de la nueva jornada laboral que desempeñe.

IV. Ámbito de aplicación

1. Trabajadores x cuenta ajena

Los trabajadores por cuenta ajena, integrados en cualquier Régimen de la Seguridad Social, así como los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas en los términos del artículo 215 de la LGSS, que tengan la edad requerida y reúnan las demás condiciones exigidas para

[13] *Vid.* Sentencia del TS de 4 de abril 2019, Rec. 1654/2017, en relación con la capacidad de la negociación colectiva a la hora de firmar un acuerdo de empresa, la importancia de los acuerdos de empresa y sus requisitos formales a la hora de que un trabajador pueda acceder o no, a la jubilación parcial con determinadas características

[14] TSJ Valladolid 30 de noviembre de 2005, EDJ 224576 y 14 de noviembre de 2005, EDJ 211904.

tener derecho a la pensión de jubilación contributiva de la Seguridad Social, podrán acceder a la jubilación parcial.

Los trabajadores que quieran acogerse a esta opción de jubilación parcial deben cumplir con los requisitos generales necesarios para poder solicitar una pensión de jubilación contributiva.

El desarrollo reglamentario del art. 166 de la LGSS llevado a cabo por el art. 10 del RD 1131/2002 limita la jubilación parcial a los trabajadores por cuenta ajena.

El régimen jurídico de la jubilación parcial, se encuentra regulado en la actualidad por el artículo 215 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, además de en la Disposición Transitoria 4ª y 10ª de la misma norma.

Se modificaron los requisitos de acceso a esta modalidad de jubilación con fecha 1 de abril de 2013, tal y como veremos detalladamente más adelante.

Y, recientemente, en diciembre del 2018, se produjo una modificación aplicable exclusivamente a las empresas de la industria manufacturera.

2. La exclusión de los trabajadores a tiempo parcial

A partir de la ley 12/2001, en base al nuevo concepto de trabajo a tiempo parcial del art. 12 del ET, se permitía que también pudiera darse también una jubilación parcial dentro de un trabajo a tiempo parcial, y también en los fijos discontinuos, aunque lo más frecuente será que quien pase a jubilación parcial sea un trabajador a tiempo completo que modifique su contrato.

Sin embargo, Ley de Medidas en materia de Seguridad Social (LMSS) de 2007 sólo prevé la jubilación parcial para trabajadores a tiempo completo y no para los trabajadores a tiempo parcial que alcanzaran un cierto nivel o porcentaje de jornada, como hubiera sido más razonable, ni para fijos discontinuos o a tiempo parcial[15].

Esta situación nos plantea, si el excluir el trabajo a tiempo parcial no se está introduciendo de nuevo una discriminación indirecta para las mujeres, que son las que mayoritariamente trabajan bajo esta modalidad contractual[16]. Algunos autores entienden que, al menos, la jubilación parcial diferida sí sería posible para trabajadores a tiempo parcial[17].

3. La jubilación parcial de los funcionarios y del personal estatutario

En cuanto a los funcionarios de los regímenes especiales, no aparecen concernidos al no aplicarse los mismos la LGSS, ni al aparecer la jubilación parcial en el cuadro de prestaciones de su normativa reguladora.

La razón es que si bien la propia ley 35/2002 de 12 de julio no excluye a los citados regímenes especiales, no obstante al ser sobre todo una norma que viene a regular la jubilación de colectivos

[15] Lopez Gandia, J.: La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones, Bomarzo, 2014, p. 60.

[16] Al respecto, *Vid*. Pleno. STC 61/2013 de 14 de marzo de 2013. Cuestion de inconstitucionalidad 5862-2003, planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en relación con la disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Derechos a la igualdad en la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo: determinación de los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial (STC 253/2004).

[17] Asenjo Pinilla, J.L, Guillen Olcina, J., Palomo Balada, E.," La jubilación después de la ley 40/2007", *Actum Social*, nº10, 2007, p. 89.

del sistema propiamente dicho de Seguridad Social, su disposición final 1ª no extiende su aplicación a regímenes especiales fuera del sistema.

La figura de la jubilación parcial se ha regulado en el Estatuto Marco del personal estatutario y en el Estatuto Básico del empleado público (EBEP) en el art. 67, que hace referencia a la jubilación parcial como un derecho profesional y por tanto básico cara a las leyes de función pública. Y el artículo 47 al referirse a la jornada de trabajo de los funcionarios públicos les otorgaría tal facultad, pese a reconocer la jubilación parcial, no vendrían a otorgar un derecho directamente aplicable sino que sería necesario un desarrollo del mismo que lo hiciera efectivo o, al menos, la adopción de algunas medidas adicionales para regular la compleja estructura de nombramientos derivada de tal modalidad de jubilación, de manera similar a como hace en el ámbito laboral en relación con el art. 12.6 del Estatuto de los trabajadores el RD 1131/2002 lo que condena al precepto a la programaticidad. De otra parte, la puesta en marcha de la jubilación parcial de los funcionarios públicos necesitaría resolver la cuestión de incompatibilidad que el art. 33.2 del TRLCPE establece cuando dice que "...el percibo de las pensiones de jubilación o retiro será incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social ".

4. Los trabajadores autónomos

En cuanto a los trabajadores autónomos el art. 166 del TRLGSS condiciona su inclusión a "en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen". El desarrollo reglamentario del art. 166 de la LGSS llevado a cabo por el art. 10 del RD 1131/2002 no contempla a los trabajadores por cuenta propia por lo que no se ha llevado a cabo todavía el desarrollo reglamentario anunciado por el citado artículo de la LGSS.

El Estatuto del trabajador autónomo de 11 de julio de 2007[18] no ha vuelto a reiterar tal compromiso, ni hace mención alguna expresa a la extensión de las reglas del trabajo a tiempo parcial. Si lo hace, en cambio, la ley 27/2011 que modificó la LETA (art. 25) y estableció una previsión mediante la que la Ley podrá establecer un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de su vida laboral. Pero es una fórmula retórica sin verdadera eficacia jurídica toda vez que una ley se remite a otra futura ley.

Este colectivo, por tanto, en la regulación actual, no puedan reunir los demás requisitos de la jubilación parcial, como simultanear la pensión con un trabajo por cuenta propia "a tiempo parcial"[19].

No parece que la nueva regulación restrictiva y penalizadora de la jubilación parcial de estos últimos años vaya a llevar al gobierno a reconocer la jubilación parcial de funcionarios y estatutarios, si además se incrementan los costes para las Administraciones Públicas.

V. Requisitos

1. Cotización previa

A partir de la Ley 27/2011 es necesario cumplir con el requisito de reunir 30 años cotizados. Al igual que en la jubilación anticipada en la parcial han de ser días efectivamente cotizados

[18] Ley 20/2007 de 11 de julio.

[19] STSJ de Madrid de 22 de abril de 2005 (As.840). El desarrollo reglamentario anunciado por la disp. ad. 8ª punto cuatro de la LGSS todavía no se ha producido.

computados de manera cronológica, sin que quepa la aplicación de la tesis de los días-couta[20]. Cuando se trate de personas discapacitadas o con trastorno mental se exigirán 25 años de cotización.

La Ley 27/2010 no alteró la cotización previa para acceder a la jubilación parcial. En cambio, el RDL 5/2013 ha elevado de 30 a 33 años la carencia exigida en razón de la elevación de la edad ordinaria de jubilación. Sin embargo, respecto a las personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 % se mantiene el periodo de cotización en 25 años (art. 166. 2 d. LGSS)[21].

2. Edad

La edad de acceso a la jubilación parcial dependerá de la modalidad a través de la que se acceda, estará comprendida entre los 65 o 67 años para la modalidad de jubilación parcial diferida o sin contrato de relevo, entre los 63 y 65 años para la modalidad de jubilación parcial anticipada o con contrato de relevo, aquí debemos destacar un periodo transitorio (en el que la edad necesaria está subiendo desde los 61 años hasta que alcance los 63 o 65 años, según el periodo cotizado de cada trabajador) y, concretamente en el año 2019, la edad de jubilación son los 61 años y 8 meses. Debemos añadir la posibilidad de acceder a la jubilación parcial con 61 años cuando se pertenezca al colectivo de la industria manufacturera y, se cumplan los requisitos regulados en la norma para su acceso.

3. Antigüedad en la empresa

Según expone el art. 166.2 b) de la LGSS el trabajador deberá: "Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo".

El Tribunal Supremo ha aclarado que La "antigüedad" exigida en el art. 166 de la LGSS equivale a la vinculación o prestación de servicios (ininterrumpida durante los seis años precedentes), sin embargo, debido a que no hay criterio interpretativo alguno que pueda avalar que la vinculación deba ser exclusivamente laboral se excluyen las relaciones funcionariales.

No cabe aplicar el requisito de la antigüedad a aquellos supuestos de jubilación parcial diferida, tal y como hace referencia el párrafo segundo 161 bis apartado 1, lo cual deriva de la intención de tratar de incentivar la jubilación anticipada[22].

4. Reducción de jornada

Sobre la reducción de la jornada para el trabajador que pasa a situación de jubilado parcial con un nuevo contrato a tiempo parcial en su empresa, nos encontramos con diferentes porcentajes de reducción de jornada en función también, de la modalidad de jubilación parcial a través de la que accedan.

---

[20] López Gandía, J.: "La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones", *Op. Cit.*, pp. 66-67.

[21] "Acreditar un período de cotización de 33 años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 %, el período de cotización exigido será de 25 años.

[22] Lopez Insua, B.M.: "La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* nº 16, 2016, pp. 53-72.

Esta reducción estará entre un mínimo del 25 % y un máximo del 50 %, para la modalidad de jubilación parcial diferida o sin contrato de relevo, entre un mínimo del 25 % y un máximo del 50 %, para la modalidad de jubilación parcial anticipada o con contrato de relevo, (podrá alcanzar un máximo del 75 % cuando el contrato de relevo sea a jornada completa y por tiempo indefinido). Finalmente, estará entre un mínimo del 25 % y un máximo del 67 % para los trabajadores de la industria manufacturera (tendrá un máximo del 80 % cuando el contrato de relevo sea a jornada completa y por tiempo indefinido

5. Bases de cotización y reglas transitorias

El art. 166 g) de la LGSS establece que, sin perjuicio de la reducción de la jornada durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que en su caso hubiese correspondido de haber éste seguido trabajando a jornada completa[23]. Aunque esta elevación de cotización respecto del jubilado parcial se producirá durante el período transitorio que contempla la nueva Disposición Transitoria 22ª de la LGSS. De forma que la base de cotización del jubilado parcial se aplicará de forma gradual conforme a los porcentajes calculados sobre la base de cotización a jornada completa de acuerdo con la siguiente escala: a) durante el año 2013 la base de cotización será equivalente al 30 % de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa; b) por cada año transcurrido a partir del año 2014 se incrementará un 5 % más hasta alcanzar el 100 % de la base de cotización que le hubiera correspondido a jornada completa y; c) en ningún caso el porcentaje de base de cotización fijado para cada ejercicio en la escala anterior podrá resultar inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada.

No obstante, hay que tener en cuenta las reglas transitorias que recoge el RDL 5/2013 para jubilaciones que se rijan por la legislación anterior, lo que implica que deberán aplicarse las normas anteriores a la propia Ley 27/2011 respecto de la cuestión de la cotización del jubilado parcial, a todas aquellas jubilaciones parciales acordadas colectivamente antes del 1 de abril de 2013.

Para las jubilaciones parciales que se acuerden tras el 1 de abril de 2013 sí cabrá aplicar la elevación de la cotización que prevé el RDL 5/2013. Porque se penalizará al jubilado parcial al gravar de manera desproporcionada los contratos a tiempo parcial, que a partir de entonces serán considerados a tiempo completo. Ello afectará tanto a las cotizaciones empresariales como a las que aporte el propio trabajador, a quién le supondrá una retención sobre salarios que no percibe[24].

En último lugar, se mantienen las reglas transitorias previstas para aquellos sujetos que hubiesen accedido a una jubilación parcial con anterioridad al 2 de agosto de 2011 o se hubieran incorporado antes de esa fecha a planes de jubilación parcial, con independencia de que el acceso se produzca con anterioridad o con posterioridad al 1 de enero de 2013 para luego acceder a la jubilación ordinaria. Para este supuesto será de aplicación la Disposición Transitoria segunda del RD 1716/2012[25].

---

[23] Art. 166.2 letra g) de la LGSS tras la reforma de 2011 y 2013.

[24] *Vid.* López Insua, B.M.: "La jubilación parcial", *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma,* Comares, 2015, pp. 171-196.

[25] *"Será de aplicación la regulación de la pensión de jubilación vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, a quienes soliciten una jubilación ordinaria, aunque esta sea causada con posterioridad al 1 de enero de 2013, y proceda de una jubilación parcial a la que hayan accedido con anterioridad al 2 de agosto de 2011, así como a las personas incorporadas antes de esta fecha a planes de jubilación parcial, recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresas, con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o con posterioridad al 1 de enero de 2013. En tal caso, cuando el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria después del cumplimiento de los 65 años, durante el tiempo transcurrido desde ese momento hasta la fecha del*

VI. Modalidades de jubilación parcial

Existen tres modalidades de jubilación parcial: la jubilación parcial sin la necesidad de celebrar un contrato de relevo, la modalidad de jubilación parcial con contrato de relevo, y la jubilación parcial para trabajadores de la industria manufacturera.

Hay que tener en cuenta las condiciones especiales para las personas que les resulte de aplicación la Disposición Transitoria Cuarta (DT 4ª) apartado 5, ya derogada[26]. Y que la fecha de cumplimiento de edad y la prevista para los plazos de solicitud son elementos esenciales para poder acceder a las modalidades de jubilación parcial[27].

1. Jubilación parcial anticipada con contrato de relevo

En la jubilación parcial anticipada con contrato de relevo[28], el jubilado parcial podrá acceder con una edad inferior a la edad legal de jubilación (una vez terminado el periodo transitorio en el año 2027, esta edad será de 65 años o 63 si se acreditan treinta y seis años y seis meses de cotización, sin tener en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación y celebración del contrato de relevo.

El contrato a tiempo parcial del trabajador que se jubila debe realizarse por escrito y en el modelo oficial. Deberán figurar en el mismo los elementos propios del contrato a tiempo parcial, así como la jornada que el trabajador realizaba antes y la que resulte como consecuencia de la reducción de su jornada de trabajo.

La celebración del contrato no supondrá la pérdida de los derechos adquiridos y de la antigüedad que correspondan al trabajador.

Se admite la concentración anual y plurianual del trabajo a tiempo parcial compatible con la pensión, por lo que es posible trabajar las horas acordadas hasta la jubilación total en un único periodo ininterrumpido de trabajo, siempre que se mantenga en alta durante ese período[29].

2. El contrato de relevo

La LGSS art. 166.2 condiciona la concesión de la jubilación parcial a la simultánea contratación de otro trabajador mediante un contrato de relevo con objeto de sustituir la jornada de trabajo

hecho causante de la jubilación plena, no existirá obligación por parte del empresario de mantener el contrato de relevo con un tercero".

[26] Las condiciones especiales para las personas que les resulte de aplicación la Disposición Transitoria Cuarta (DT 4ª) apartado 5, quedaron derogadas desde el 1 de enero de 2019. Desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 28/2018, de 28 de diciembre, que se produjo el día 1 de enero de 2019, el acceso a la jubilación parcial con las condiciones vigentes anteriores a la entrada en vigor de la Ley 27//2011, de 1 de agosto, de actualización adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social ya no son de aplicación, porque se derogó el apartado en el que se regulaba esa posibilidad de acceso a esa modalidad en mejores condiciones que con la legislación actual.

[27] En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo STS 3083/2018, de 17 de julio de 2018, sobre el plazo para la solicitud de la jubilación, ya que, depende del período transitorio que le sea aplicable al trabajador que solicite la prestación de jubilación parcial.

[28] LGSS art. 215.2 y disp. trans. 10ª; ET art. 12.6 y 7; RD 1131/2002 art. 10 disp. adic.1ª.

[29] La Sala IV del TS, en la Sentencia núm. 265/2017, de 29 de marzo de 2017, ha declarado la validez de la situación consistente en una jubilación anticipada parcial vinculada a la celebración de un contrato de relevo, en el que se acumuló la jornada de trabajo del jubilado parcial, consistente en el 15 %, en un solo año, trabajando todas las jornadas que le corresponderían hasta el fin de la jubilación parcial. Ha concluido que es posible y jurídicamente válido. El TS argumenta que a pesar de que la normativa admite expresamente la acumulación anual de la jornada, no dice nada sobre la acumulación interanual, pero esto no implica que sea ilegal, y será válida siempre que no haya fraude, motivo por el que resuelve favorablemente.

dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente[30]. Además, en su nueva redacción, la duración del contrato se configura como requisito de acceso a la prestación, debiendo ser igual, como mínimo, al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de 65 años (LGSS art. 166.2.f). Esta exigencia no constituye ninguna novedad respecto de la situación previa, pues ya figuraba en el antiguo ET art. 12.6.a, al que remitía el anterior LGSS art. 166.2, conforme al cual, la duración del contrato será indefinida o igual a la del tiempo que falte al trabajador para alcanzar la edad de jubilación a la que se refiere el primer párrafo de este apartado (65 años); previsión que con meros cambios semánticos ha pasado al nuevo ET art. 12.7.b. Todo ello explica la ausencia de normas transitorias al respecto.[31]

Cuando se reduzca la jornada hasta un 75 % y, por tanto, el contrato de relevo sea de carácter indefinido y a tiempo completo, este deberá alcanzar al menos una duración igual al resultado de sumar 2 años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria de jubilación. Debiendo mantener la correspondencia de bases de cotización durante este período.

El contrato de relevo habrá de formalizarse siempre por escrito, tanto si se celebra a jornada completa como si se celebra a jornada parcial (art. 8.2 ET) [32]. Dicha formalización habrá de llevarse a cabo en el modelo oficial aprobado al efecto, en el que deberán constar, necesariamente, el nombre, edad y circunstancias profesionales del trabajador sustituido, asi como las características profesionales del trabajador sustituido, asi como las caracteristicas del puesto de trabajo que vaya a desempeñar el trabajador relevista (párrafo tercero, disposición adic. primera.1 RD 1131/2002).

En el contrato de relevo la sustitución del relevista constituye una motivación de la contratación causalizada y esencial, de manera que el error sobre la misma determina la invalidez del consentimiento conforme al artículo 1266 del Código Civil, sin que sea preciso que el error sea imputable al trabajador, bastando con que sea excusable para la empresa"; así pues, "acreditado el error sobre un elemento esencial del contrato de relevo, como es el derecho a la jubilación anticipada del trabajador relevado, se produce dicha nulidad si tal jubilación es denegada". En tal caso, la anulación del citado contrato únicamente generaría el derecho a los salarios devengados (art. 9.2 ET), sin que parezca que la misma pudiera constituir un despido improcedente[33].

Por lo demás, ya se concierte a tiempo completo o a tiempo parcial, en plazo no superior a diez días desde la formalización del respectivo contrato, el empresario deberá entregar a la representación legal de los trabajadores una copia básica del mismo; posteriormente, dicha copia deberá enviarse a la oficina de empleo correspondiente (art. 8.3 y art. 12.4 a. ET).

Por tanto, para el caso de incumplimiento de la forma escrita habrán de aplicarse las reglas comunes previstas al efecto; esto es, presunción de celebración del contrato por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o, en su caso, el carácter parcial de los servicios prestados (art. 8.2 ET). En este último sentido, téngase en

[30] Asenjo Pinilla, J.L y otros, "La jubilación después de la L 40/2007", *Actum Social*, nº 10, 2007, p. 36.

[31] El contrato podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial salvo si transcurrido el primer año de vigencia de la LMSS, el trabajador que cumpla los requisitos exigidos quiere beneficiarse de una reducción de la jornada del 85 %. Según datos del SPPE-INEM, de los 31.489 contratos de relevo concertados en el periodo enero-noviembre de 2007, 24.698 lo fueron a jornada completa y el resto a tiempo parcial.

[32] Respecto de los contratos de relevo suscritos a tiempo parcial, esta exigencia se contempla, también, en el artículo 12.4 a) ET.

[33] *Vid.* Gómez-Millán Herencia, M.J.: "Obligación empresarial de abonar la jubilación parcial por cese del relevista", *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* nº 3, 2012.

cuenta, además, que la no formalización por escrito del contrato de trabajo cuando ello resulte exigible constituye una infracción administrativa grave (art. 7.1 RDLeg. 5/2000, de 4 agosto)[34].

El puesto de trabajo podrá ser el mismo del trabajador sustituido. Y deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente cotización relevista no podrá ser inferior al 65 % del promedio de las bases de cotización correspondientes a los últimos 6 meses del periodo de base reguladora de la pensión de jubilación parcial[35].En este sentido, existe jurisprudencia en cuanto a la obligatoriedad de la correspondencia de bases de cotización y equivalencia de funciones entre el puesto del jubilado parcial y el relevista[36].

En cuando al requisito sobre el tipo de contrato de relevo, la jurisprudencia se pronuncia en torno a la obligatoriedad de que el contrato de relevo sea indefinido, solo aplicable a las contingencias acaecidas antes de 2008, y el papel de la negociación colectiva[37].

3. Jubilación parcial diferida o sin contrato de relevo

Se regula en el artículo 166.1 LGSS, y prevé la posibilidad de que un trabajador, alcanzada la edad de 65 años de edad y reuniendo los requisitos generales para causar derecho a la pensión de jubilación ordinaria[38], puede causar derecho a la jubilación parcial, cuando reduzca su jornada de trabajo[39] entre un mínimo de un 25 % y un 75 %, sin que se exija la celebración simultanea de un contrato de relevo.

En esta modalidad, el jubilado parcial ya tiene la edad ordinaria de jubilación (67 o 65 cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias), tiene que reunir los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, y la celebración del contrato de relevo es voluntaria.

En el caso de que se contrate a otro trabajador para sustituir la parte de jornada dejada vacante[40], la duración del contrato de relevo que se suscriba, podrá ser indefinida o anual. En este

[34] Barrios Baudor, G.: "El contrato de relevo; un estudio de su régimen jurídico a través de la jurisprudencia". *XXIII Jornadas Catalanas de Derecho Laboral*, Barcelona, marzo 2012, p.

[35] Un análisis del contrato de relevo en Martínez Emperador, R.: "El contrato de relevo", *Documentación Laboral*, 1985, nº 15, p. 43 y ss.; Mella Mendez, L.: "Consideraciones sobre el contrato de relevo", *Actualidad Laboral,* nº 46, 1998, p. 865 y ss.; González Del Rey Rodríguez, I., *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 295 a 311.

[36] *Vid*. la STS, Sala 4ª de fecha 13/02/2919, Rec. 1219/2017, Pnte: Blasco Pellicer, considera que el que el contrato se ha celebrado en fraude de ley, al no acreditar la correspondencia entre las bases de cotización de ambos trabajadores. Concluye la sentencia que el contrato de relevo no cumple los requisitos de correspondencia de bases de cotización, con las consiguientes consecuencias administrativas para la empresa.

[37] *Vid*. la STS, Sala 4ª de fecha 20 de abril de 2018, Rec. 1236/16, Pnte. Sempere Navarro, en esta sentencia la cuestión debatida consiste en determinar si los contratos de relevo formalizados durante el año 2008 para posibilitar el acceso a la jubilación parcial con reducción de jornada de trabajo y salario superior al 75 % (hasta del 85 %) deben ser necesariamente de carácter indefinido y a tiempo completo. Concluyendo la sentencia que, con arreglo a la Disposición Transitoria 17ª LGSS, cabe la jubilación parcial con reducción de jornada superior al 75 % (hasta el 85 %) aunque la contratación del relevista no sea por tiempo indefinido y a jornada completa.

[38] Esencialmente, además de la edad de 65 años, debe encontrase dado de alta en la Seguridad Social y tener acreditadas cotizaciones correspondientes a 15 años de las cuales 2 deben haberse cotizado en los últimos 15 años anteriores al momento de causar el derecho (art. 161.1 LGSS)

[39] Jornada entendida como la jornada de un trabajador a tiempo completo.

[40] Se trata de una posibilidad que interesa sobre todo al trabajador, al objeto de que pueda aplicar el beneficio del incremento al 100 % de las bases de cotización correspondientes al período de reducción de jornada que simultaneó con su pensión de jubilación parcial. A este respecto véanse los arts. 15.3 y 18.4 RD 1131/2002.

segundo caso, el contrato se prorrogará automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en todo caso al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado (artículo 12.7 b. ET).

En realidad la única diferencia, respecto a la normativa anterior, es la reducción máxima de la jornada que pasa de la posibilidad anterior de reducir hasta un 85 % hasta el 75 % actual, a partir de 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la LMSS.

Con respecto a la regulación laboral del contrato a tiempo parcial del trabajador que accede a la jubilación parcial postergada, tampoco ofrece demasiadas novedades la LMSS, salvo la limitación de reducción con la nueva normativa entre un 25 % y un 75 % (artículo 12.6 ET). Que podría ampliarse hasta el 85 %, en el caso de que se suscriba un contrato de relevo, y éste se concierte a jornada completa y por tiempo indefinido, siempre que el trabajador cumpla los requisitos que se establecen en el artículo 166.2 c. LGSS (en la nueva redacción LMSS)[41].

4. Jubilación parcial en la industria manufacturera

El Real Decreto Ley 20/2018, de 7 de diciembre añade un nuevo apartado 6 a la disposición transitoria cuarta del R.DL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS

Se seguirá aplicando la regulación para la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, a pensiones causadas *antes del 1 de enero de 2023*, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1) Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial realice directamente funciones que requieran esfuerzo físico o alto grado de atención en tareas de fabricación, elaboración o transformación, así como en las de montaje, puesta en funcionamiento, mantenimiento y reparación especializados de maquinaria y equipo industrial en empresas clasificadas como industria manufacturera.

2) Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial acredite un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto, se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

3) Que en el momento del hecho causante de la jubilación parcial el porcentaje de trabajadores en la empresa cuyo contrato de trabajo lo sea por tiempo indefinido, supere el 70 % del total de los trabajadores de su plantilla.

4) Que la reducción de la jornada de trabajo del jubilado parcial se halle comprendida entre un mínimo de un 25 % y un máximo del 67 %, o del 80 % para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

[41] Fernandez Orrico, F.J: "Evolución de la jubilación parcial y su gradual vigencia a partir de 2008", *La Ley Digital,* nº 15498, 2008, p. 6.

5) Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 % del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

6) Que se acredite un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

7) En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 %, el período de cotización exigido será de veinticinco años.

Según Criterio el INSS 9/2019, la jubilación completa o plena de los jubilados parcialmente como trabajadores de la industria manufacturera se regula por la normativa vigente de Seguridad Social. Por ello, los trabajadores de este sector deben conocer las condiciones en las que tendrán derecho a su jubilación plena si acceden a la jubilación parcial a través de los requisitos específicos regulados en la D. T. 4ª.6 de la LGSS.

El ingreso en prisión del beneficiario puede determinar la deducción de los gastos de mantenimiento del recluso de la pensión no contributiva, siempre que el coste de su atención a cargo de la Administración penitenciaria quede debidamente acreditado[42].

VII. Responsabilidad civil del empresario derivada de sus incumplimientos

La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha admitido la existencia de responsabilidad civil de la empresa, cuando no cumple los requisitos legalmente establecidos a la hora de realizar el contrato de relevo, perjudicando al trabajador relevista, que ve frustrada su intención de jubilarse gradualmente y además sufre un perjuicio económico[43].

La responsabilidad de que el contrato de relevo se celebre cumpliendo todos los requisitos requeridos por la Ley recae sobre el empresario, quien, además, debe demostrar que ha actuado con la diligencia debida y, que no le es imputable el vicio o defecto del que pueda adolecer el contrato. Por tanto, la empresa debe indemnizar al trabajador jubilado parcialmente que sufre las consecuencias de la mala conducta empresarial.

[42] TS 20 de diciembre de 2.000, EDJ 53814, con voto particular. En el mismo sentido respecto de una prestación de invalidez no contributiva, TS de 17 de enero de 2011, EDJ 6777.

[43] En este sentido, *vid.* Sentencia para unificación de doctrina del TS de fecha 4 de abril de 2019, rec. 1014/2017, Pnte. López y García de la Serrana: El TS entiende, que la empresa no obró con la diligencia debida al no comprobar la inscripción del trabajador relevista como demandante de empleo, ni su no alta en la seguridad social, con carácter previo a la formalización del contrato de relevo, lo que a posteriori, impidió causar jubilación anticipada al trabajador relevado, que al verse privado del derecho a la prestación de jubilación parcial reclamó por los daños y perjuicios sufridos. Esa falta de diligencia entiende el TS, conforme al artículo 1101 del Cc, supone la obligación, por parte de la mercantil. La Sala IV, no acoge las alegaciones de la empresa porque, conforme al artículo 1104 del Cc, debió probar que obró con la diligencia debida, y que no le era imputable el vicio que hacía inapropiado el contrato de relevo para el fin perseguido. Para el TS, la empresa incumplió su deber de celebrar un contrato de relevo válido, razón por la que era la mercantil quien debía probar que obró con la diligencia debida por cuanto como fue quien contrató al trabajador relevista. Y, dado que la recurrente no ha probado su falta de culpa, sino que, además, "consta que no obró con la diligencia debida, pues, cualquier buen padre de familia, entendida esa expresión como buen gerente de una empresa, comprueba la inscripción del relevista como demandante de empleo y que no se encuentre de alta en un régimen de la Seguridad Social", cosa que no hizo, resulta necesario reparar el daño causado al trabajador al no poder causar jubilación anticipada.

Las irregularidades en el contrato de relevo no pueden perjudicar al jubilado parcial, salvo que se pruebe su connivencia[44]. El empresario puede tener responsabilidad de daños y perjuicios frente al trabajador relevado privado de la jubilación parcial por la celebración de un contrato de relevo inválido con quien no estaba desempleado, ni contratado temporalmente por la empresa[45].

En cuanto a la naturaleza que corresponde al "reintegro" previsto en el número 4 de la Disposición Adicional 2ª del RD 1131/2002, la jurisprudencia, considera que se trata de naturaleza obligacional y no punitiva o sancionadora[46]. Así pues, atendiendo al "sentido propio de sus palabras" (art. 3 Código Civil), la expresión "deberá abonar" que se utiliza, impone las consecuencias para la empresa en términos puramente obligacionales, no estableciéndose ningún tipo de sanción que pueda o deba imponer el INSS, sino un efecto legalmente delimitado para el supuesto de que la empresa desconozca los compromisos que contrae al suscribir el contrato de relevo, que le beneficia a ella tanto como al trabajador que se jubila o al que releva a éste[47].

Por otro lado, no pueden considerarse sanciones administrativas cualquier forma de reacción frente a conductas ilícitas. La sanción solamente existe cuando a la conducta ilícita se aplica la imposición de una privación de derechos con finalidad represiva de la infracción y preventiva o disuasoria de conductas similares. El abono de la prestación a la Entidad Gestora se expresa como la mera recuperación de la cantidad satisfecha por pensión cuando no se hubiese cumplido por parte de la empresa el presupuesto de lo que se presenta como un negocio a tres partes (INSS, beneficiario de la prestación y empresario) pero nunca como un "castigo" al incumplidor.

En cuanto a la inmediata derivación de este planteamiento, es que la DA 2ª del RD 1131/2002 no ha incurrido en exceso reglamentario alguno respecto de las leyes que desarrolla, ni en vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, ni en el desconocimiento de las garantías que impone el Tribunal Constitucional a la actividad administrativa sancionadora. Y tras señalar que, el plazo para la sustitución del trabajador relevista, en caso de cese del mismo, es de carácter imperativo y el empresario debe actuar diligentemente para cumplirlo, el TS viene a precisar que la responsabilidad que DA 2ª contempla es la correspondiente al incumplimiento total de dicha obligación, esto es, ausencia de relevista durante todo el tiempo que media entre el cese del anterior y el momento en el que tenga lugar la jubilación ordinaria o anticipada del jubilado parcial. Por ello, si tal incumplimiento fuera meramente parcial, en tal caso la responsabilidad del empleador deberá ser exigida en forma proporcional a la entidad del incumplimiento[48].

VIII. Conclusiones

La regulación del sistema de jubilación parcial ha ido cambiando a lo largo de los años en función de la prevalencia del objetivo de la política de empleo o bien del objetivo de asegurar la viabilidad del sistema de Seguridad Social. En los últimos años la prioridad de este último objetivo es evidente, ya que ha pasado a ser el objetivo en las numerosas reformas que se van aprobando en materia de Seguridad Social.

---

[44] *Vid.* TSJ Madrid 14 de julio de 2006, EDJ 349245 y de 15 de septiembre de 2006, EDJ 360694.

[45] *Vid.* TS de 4 de abril 2019, EDJ 573673.

[46] Sentencias del STS, Sala 4ª de de15 marzo 2010, RJ 2010, 3470, STS de 17 noviembre 2014, RJ 20104, 5943, STS 23 junio 2008, RJ 2008, 4460 y STS 16 septiembre 2008, RJ 2008, 7640.

[47] *Vid.* Calvo Gallego: *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial,* Edit. Carl, 2002, p. 107.

[48] Cavas Martínez, F.: "La responsabilidad prestacional de la empresa por incumplimientos referidos al contrato de relevo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* Laborum, nº 7, 2016, p. 49-50.

Con las nuevas medidas introducidas en la reforma, la jubilación parcial deja de ser una alternativa a cualquiera de las formas de jubilación anticipada, ya que se han endurecido los requisitos para acceder a esta prestación de una manera excesivamente complicada, cuando para obtener ese mismo efecto disuasivo, consideramos que hubiera bastado con incrementar el porcentaje mínimo de actividad laboral, con el ahorro en los trámites de gestión, sobre todo de los períodos transitorios de cada uno de los nuevos requisitos, y dejando un período gradual de aplicación de los nuevos porcentajes máximos y mínimos de jornada laboral.

Si lo que se pretende es incentivar el envejecimiento activo para que el trabajador jubilado parcialmente adquiera unas cotizaciones adicionales que le reporten unos ingresos extraordinarios al sistema de Seguridad Social, consideramos que hubiese sido mejor encauzar las reformas desde un punto de vista más flexible. Es decir, que le permitan al trabajador combinar cualquier tipo de actividad por cuenta ajena o propia, independientemente de los ingresos que le reporten y exigiéndole tan sólo una cotización reducida por ciertos conceptos elementales. Así, aparte de las cotizaciones correspondientes y la minoración de la cuantía mensual de la pensión de jubilación, se conseguiría conceder unos rendimientos al trabajador derivados de su actividad económica que le permitirían mantener, reorientar o incluso reanudar su actividad laboral Se trata de un esquema en donde todos los sujetos saldrían ganando, por su parte el trabajador se vería premiado por su esfuerzo y por la suya el Estado obtendría unos ingresos.

La introducción de mayor cotización por el jubilado parcial desvirtúa y desnaturaliza el propio esquema triangular institucional de la jubilación parcial, sus derechos y obligaciones, las contrapartidas empresariales.

Los aumentos del coste y del gasto en pensiones que ello supone para la Seguridad Social y la expansión de esta modalidad como alternativa a la dureza de la nueva jubilación anticipada hacen que prevalezca una visión estrecha en lugar de una forma de protección, mejor que otras, de la situación de los trabajadores de edad avanzada expulsados del mercado de trabajo que es el colectivo especialmente afectado.

No parece argumento suficiente los costes de Seguridad Social que conllevan las jubilaciones anticipadas, totales o parciales, pues también suponen un recorte importante para los afectados por las primeras, al ser muchas veces los primeros sacrificados en la reducción de plantillas o contrapartidas para las empresas que celebran contratos de relevo.

El crecimiento de la jubilación parcial anticipada, supone un coste para la seguridad social siendo por tanto un factor que agrava la situación financiera de los sistemas de protección social ante los futuros problemas demográficos.

En definitiva, entendemos que con las últimas reformas no se ha avanzado a favor de un sistema de pensiones más proteccionista del trabajador jubilado parcialmente, sino que se ha retrocedido hasta el punto de probable desaparición de esta figura. Una vía ésta, que se aleja claramente de aquellos postulados iníciales que dieron origen al sistema de Seguridad Social en el cual se basa la protección de todos los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad económica social y políticamente relevantes.

IX. Bibliografía

Asenjo Pinilla, J.L y otros, "La jubilación después de la L 40/2007", *Actum Social,* nº 10, 2007.

Blasco Rasero, C.: "Jubilación parcial y contrato de relevo: el deber empresarial de mantener el puesto de trabajo íntegramente cubierto", *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* nº 3, 2011.

Calvo Gallego, 2002, *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial,* Sevilla, 2002, ed. Carl.

Cavas Martínez, F.: "La responsabilidad prestacional de la empresa por incumplimientos referidos al contrato de relevo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum,* nº7 -2016.

Cavas Martínez, F. y Fernandez Orrico, F.J.: "La jubilación", *La Reforma de la Seguridad Social de 2007. Analisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Laborum, 2007.

Fernández Orrico, F.J.: "Supuestos especiales de jubilación (anticipada, parcial, flexible y postergada)", en VV.AA., *Pensiones por Jubilación o Vejez*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2004.

Fernández Orrico, F.J.: "Evolución de la jubilación parcial y su gradual vigencia a partir de 2008", *Relaciones Laborales*, nº 6, Wolters Kluwer, 2008.

Fernández Orrico, F.J., *La contratación laboral a tiempo parcial y de relevo. Obligaciones y responsabilidad empresarial*, Cuadernos de Aranzadi Social, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

Gómez-Millán Herencia, M.J.: "Obligación empresarial de abonar la jubilación parcial por cese del relevista", *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* nº 3, 2012.

López Balaguer, M.: *La jubilación parcial en el contrato de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

López Balaguer, M.: "La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual", *Lex Social,* nº 2, 2015.

López Gandía, J., *Jubilación parcial*, Bomarzo, Albacete, 2004.

López Gandía, J., *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones,* Bomarzo, 2014.

Lopez Insua, B.: "La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo*", Trabajo y derecho: nueva revista de actualiad y relaciones laborales,* nº 16, 2016.

Lluch Corell, F.J.: "Jubilación parcial y régimen especial de trabajadores autónomos. Respuesta de los tribunales", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 4, octubre de 2008.

Monereo Pérez, J.L.: "Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso sociopolítico al dirigismo político?", *Relaciones Laborales*, Nº 5, 2014.

Monereo Perez, J.L y Rodríguez Iniesta, G.*: La pensión de jubilación,* Laborum, 2022.

Molina Navarrete, C.: "La inseguridad jurídica de las continuas reformas-recorte en las prestaciones de seguridad social: La jubilación anticipada de derecho a carrera de obstáculos", *Actum Social,* nº 95, 2015.

Mur Torres, J.: "Aproximación a un estudio de la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social", *Actum Social,* nº 57, 2011.

Paredes Rodríguez, J.M., *La jubilación parcial en el sistema español de Seguridad Social*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2008, p. 122.

Purcalla Bonilla, M.A.: "Despido del relevista, nueva contratación tardía y responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones reconocidas al jubilado parcial", *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* nº 3, 2011.

Las particularidades de la jubilación parcial en las cooperativas españolas como entidades de economía social

Isabel Dólera Sevilla
Doctoranda en Relaciones Laborales
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7037-8426

1. Introducción

El Espacio Económico Europeo y nuestro Pacto de Toledo conforman un marco normativo que invita a prolongar la vida laboral. La implantación progresiva de un modelo de jubilación alternativo al tradicional de jubilación ordinaria se configura de un modo tal que estimula situaciones capaces de compaginar la jubilación contributiva y el trabajo remunerado. De esta manera, se orquestan mecanismos desincentivadores de ese modelo tradicional de jubilación -respecto de la edad ordinaria- que repercuten en el importe de la pensión derivada de esta contingencia.

En virtud de ello, el artículo 215 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, en adelante), regula la jubilación a tiempo parcial, cuyo apartado quinto dice que podrán acogerse a este tipo de jubilación "*los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas*". Por su parte, la Ley 27/1999 de Cooperativas establece el marco normativo de la sociedad cooperativa y sus trabajadores que, en función de su proximidad -con la cooperativa en general- califica su relación, como laboral o como mercantil. Procede destacar que, las sociedades cooperativas son promotoras de solidaridad, democracia, igualdad y vocación social.

Nuestro objeto de estudio se basa en el alcance de las particularidades de la jubilación parcial en las cooperativas, en tanto entidades calificadas como de Economía Social.

1.1. Antecedentes históricos

La creación del Instituto Nacional de Previsión (INP) en 1908[1], impulsó la regulación del Retiro Obrero[2] en 1921, que proporcionó por primera vez pensiones de jubilación a los trabajadores asalariados. La evolución de nuestro sistema público de pensiones, ha ampliado y extendido su protección hasta nuestros días[3], si bien ello no ha impedido que se fuera acumulando a lo largo del tiempo una preocupación social por la sostenibilidad de la pensión de vejez y el futuro del sistema público de pensiones. Esa inquietud se consigue calmar en 1995, gracias a la aprobación del próspero "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"[4], conocido popularmente como "Pacto de Toledo"[5].

Las recomendaciones del Pacto de Toledo en su versión actual (de 2020)[6], ha provocado que se modifiquen, entre otras normas, determinados aspectos del Estatuto de los Trabajadores[7] (en adelante ET) y del sistema de pensiones en la LGSS, entre los que cabe destacar: a) que se establece la vinculación de las pensiones con el Índice de precios de consumo (IPC, en adelante)[8];

[1] Durante el Gobierno de don Antonio Maura y Montaner, Presidente del Consejo de Ministros se promulga la Ley referente a la organización por el Estado de un Instituto Nacional de Previsión, Gaceta de Madrid, núm. 60, de 29 de febrero de 1908, https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1908/060/A00875-00876.pdf, En su artículo 1 se establecen los fines y organización del INP: "*difundir é inculcar la previsión popular, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro;* […] *administrar la mutualidad de asociados que al efecto y voluntariamente se constituya bajo este patronato, en las condiciones más benéficas para los mismos;* […] *estimular y favorecer dicha práctica de pensiones de retiro, procurando su bonificación con carácter general ó especial, por entidades oficiales ó particulares*".

[2] Se promulga, siendo Presidente don Eduardo Dato e Iradier, el Real decreto estableciendo el régimen de intensificación de Retiros obreros, Gaceta de Madrid, núm. 71, de 12 de marzo de 1919, https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1919/071/A00916-00918.pdf, Estableciendo el régimen de intensificación de Retiros obreros. En la primera base establece que: "*El Seguro obligatorio de vejez alcanzara a la población asalariado comprendida entré las edades de dieciséis y sesenta y cinco años, cuyo haber anual por todos conceptos no exceda de 4.000 pesetas*".

[3] Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, 2007, Granada, Comares, 2007, pp. 1 y ss. ("Elementos de biografía intelectual"); Montoya Melgar, A.: "Sobre los orígenes del seguro social en España", Civitas. *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 80, 1996, pp. 961 a 968.

[4] Aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en Pleno, en su sesión del día 6 de abril de 1995, el texto aprobado por la Comisión de Presupuestos el día 30 de marzo de 1995 sobre la base del Informe emitido por la Ponencia, constituida en su seno, para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse (número de expediente: 154/4), Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, núm. 134, de 12 de abril de 1995, https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/E/E_134.PDF

[5] Gutiérrez Bengoechea, M.: "La sostenibilidad de las pensiones públicas en un Estado del Bienestar Social", en *E-Revista Internacional de Protección Social*, núm. 2, 2017, pp. 100-104.

[6] Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, Congreso de los Diputados, BOCG, de 10 de noviembre de 2020. Fruto de esta reforma es la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, BOE, núm. 312, de 29 de diciembre de 2021. En su Disposición final octava se establece su entrada en vigor, el 1 de enero de 2022, y, el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad, BOE, núm. 179, de 27 de julio de 2022. Desplegando todos sus efectos el día 1 de enero de 2023.

[7] Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

[8] Fernández Villazón, L.A.: "Revalorización de pensiones y límites anuales a su cobro: una cuestión de principios", en VV.AA.: *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Cano Galán, Y. (Coord.), Madrid, Editorial BOE, 2021, pp. 357-358.

b) se modifican los coeficientes para acceder a la jubilación anticipada; c) se incrementan los incentivos para retrasar la edad de jubilación. d) se suprime el factor de sostenibilidad; f) se impulsa el mecanismo de equidad intergeneracional.

1.2. Marco normativo

La configuración de nuestra estructura normativa en esta materia está compuesta, básicamente, por los elementos a los que seguidamente se hace referencia. La reciente ratificación -en todos sus términos- por el Reino de España de la Carta Social Europea[9] (CSE), insta a los poderes públicos[10] a conseguir el pleno empleo en virtud de su artículo 1, y su artículo 12 promueve el mantenimiento y mejora de un régimen público de Seguridad Social[11], esto es, dar un paso significativo en favor de la defensa y promoción plenas de los derechos laborales y sociales reconocidos en la Carta[12].

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que nuestro ingreso en la Comunidad Económica Europea (CEE)[13], fundada con una finalidad eminentemente económica -la de crear un mercado común entre sus Países Miembros- bajo los pilares de libre circulación de capitales, trabajadores y servicios, e intercambio de bienes entre estas economías europeas, ha provocado que los aspectos sociales siempre hayan ido a la cola de la protección, pues como señala la profesora SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, "*La legislación en materia de Seguridad Social no se encuentra entre las competencias nacionales transferidas a la Unión Europea*", de manera que la seguridad social es y ha sido siempre competencia exclusiva de cada Estado miembro, razón por la cual en la actualidad coexisten en la UE tantos sistemas de seguridad Social como Estados miembros. Repárese pues, en que "*No existe un sistema unificado y común de Seguridad Social en la UE, ni tampoco existe*

[9] La CSE -es un tratado internacional vinculante- ratificada por España el 6 de mayo de 1980, mediante Instrumento de 29 de abril (BOE 26 junio 1980) y entró en vigor para nuestro país el 5 de junio 1980. La CSE -revisada- se abrió a la firma el 3 de mayo 1996 y entró en vigor el 1 de julio de 1999. España la firmó el 23 de octubre de 2000, aunque la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación española llevó a posponer su ratificación hasta el 29 de abril de 2021 publicado en el BOE, de fecha 11 junio 2021. En el BOE de fecha 8 de junio de 2021 aparece asimismo el Instrumento Internacional ratificando el Protocolo Adicional estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas. La CSE revisada y el Protocolo entraron en vigor el 1 de julio de 2021. Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021, https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-9719. La CSE recoge el Derecho a la Seguridad Social en su artículo 12, que compromete a los Estado a obligarse: "*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social,* [una vez ratificada por los estados signatarios] *se comprometen*: *1. a establecer o mantener un régimen de Seguridad Social* [vertebrador de aplicación de Derechos sociales]*; 2. a mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio* [en condiciones iguales o superiores]*, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; 3. a esforzarse por elevar progresivamente el nivel* [contributivo y no contributivo] *del régimen de Seguridad Social* […]"

[10] STS, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2022 (rcud. 471/2020) [ECLI:ES:TS:2022:1354], https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ffde0b1da25c8cdf/20220419 La sentencia de casación para la unificación de doctrina, trata de determinar si la norma es contraria a la CSE al exigir "*que el desistimiento empresarial del periodo de prueba sea comunicado con quince días de antelación a su efectiva operatividad" ya que consideran que es contrario a la CSE.*

[11] Monereo Pérez, J.L.: "Derechos a la seguridad social (artículo 12)", en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coord.), Granada, Comares, 2017, pp. 629-659.

[12] Cristóbal Roncero, R.: *La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española*, Revista Documentación Laboral, núm. 125, 2022, pp. 103-116. El grado de incidencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española se considera escasa, aunque esta alusión escasa está cambiando.

[13] La Comunidad Económica Europea (CEE) se crea en 1957, con el Tratado de Roma. En 1993 se transforma en la Comunidad Europea con el Tratado de Maastricht y en 2009 se disuelve, pasando a denominarse Unión Europea (UE), con el Tratado de Lisboa. Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, BOE, núm. 286, de 27 de noviembre de 2009.

armonización en este campo"[14]. Lo que sí existe son los Reglamentos de Coordinación[15] -(CE) núm. 883/2004[16] y (CE) núm. 987/2009[17]- de los sistemas de Seguridad Social, que son un instrumento para la consecución de esa libre circulación en el ámbito comunitario, que como se sabe, es uno de los pilares de la UE.

De otro lado, recuérdese que hasta el Tratado de la Unión Europea[18] -firmado en Maastrich en 1992- las políticas de protección social eran competencia de los Estados miembros, si bien hay que considerar que el Reglamento (CEE) 1390/81[19] ha extendido también a los trabajadores por cuenta propia -y a los miembros de sus familias- el Reglamento (CEE) 1408/71[20], relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la UE.

En cuanto al movimiento cooperativista, vinculado a las entidades que son objeto de nuestro estudio, este se configura, de una parte, guardando la fidelidad que es propia de los principios cooperativos proclamados por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI)[21], es decir defendiendo los valores éticos que han de inspirar aquellos principios, entre otros, los de solidaridad, democracia, igualdad y vocación social; y de otra parte, observando la legislación reguladora de la sociedad cooperativa en España, en tanto fórmula jurídica que materializa el movimiento cooperativista, caracterizada, en lo que ahora conviene decir, por fomentar el autoempleo colectivo para promover la inserción social de colectivos especialmente protegibles por sus dificultades de inserción laboral y participación pública, además de responder a los principios de autonomía y libertad de asociación[22].

Mas, la Organización Internacional del trabajo (en adelante OIT) aporta una definición de trabajo decente, para los hombres y las mujeres del mundo entero, en *expresión globalizada de lo*

[14] Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La coordinación de sistemas de Seguridad Social y el derecho de libre circulación: del Reglamento 3/58 al Reglamento 883/2004)", en VV.AA.: *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea,* Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.) y Ortiz Castillo, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2021, p. 25.

[15] Cabe destacar algunos de los principios que van a conformar la columna vertebral de las normas de coordinación: La igualdad de trato, la unicidad de la legislación aplicable (art. 13 y ss del Reglamento 1408/71), la conservación de los derechos en curso de adquisición -totalización y prorrateo- y los derechos adquiridos -exportación- (Reglamento del 883/2004) y la colaboración administrativa (art. 84 del Reglamento 1408/71).

[16] Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, DOUE núm. 166, de 30 de abril de 2004.

[17] Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, DOUE núm. 284, de 30 de octubre de 2009.

[18] Instrumento de Ratificación del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, BOE núm. 11, de 13 de enero de 1994.

[19] Reglamento (CEE) nº 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981, por el que se amplía a los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia el Reglamento (CEE) nº 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores asalariados y a su familia que se desplacen dentro de la Comunidad.

[20] Reglamento CE nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, por el que se modifica y actualiza el Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, DOCE núm. 149, de 5 de julio de 1971.

[21] La ACI se creada en Londres, en 1895. Es una Organización no Gubernamental, de carácter internacional, cuyos objetivos son los de promover el desarrollo cooperativo a nivel mundial.

[22] Principios consagrados en nuestra Constitución Española.

que debería ser un buen trabajo o un empleo digno, caracterizado por las bondades de los derechos laborales, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social[23].

Asimismo, el convenio 102 de la OIT[24] constituye norma mínima de Seguridad Social en el plano internacional, y conecta con el derecho de pensiones de jubilación -cobertura de la contingencia por vejez- del convenio 157[25] de la OIT, y con su Recomendación 162 sobre los trabajadores de edad, así como la Recomendación del Consejo 82/857/CEE, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación, las cuales establecen un marco que invita a prolongar la vida laboral.

Por lo que se refiere a las pensiones contributivas, el Estado español dedica a ellas la parte más importante del presupuesto de la Seguridad social, tal y como ya vaticinó en 2018 que ocurriría la profesora SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO[26] en su trabajo sobre la sostenibilidad del futuro de las pensiones, en el que pone de manifiesto lo que cada Estado miembro dedica a la protección social, concluyendo que España no es de los países que dediquen el mayor porcentaje de sus presupuestos a la Seguridad Social. Así, el gasto en protección social (vejez) -y en jubilación- es inferior en España a la media de la Unión europea[27].

En la actualidad, nuestro marco constitucional[28] (CE de 1978) regulador de la Seguridad Social[29], parte entre otros de su artículo 1.1[30] según el cual "*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*", patrocinando en su ordenamiento jurídico los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Establece dentro de su *Título I (De los derechos y deberes fundamentales)* el *Capítulo tercero (De los principios rectores de la política social y económica)*, cuyos artículos 41 y 50 comprometen a los poderes públicos para que, de forma adecuada y periódicamente actualizada, garanticen a los ciudadanos -durante la tercera edad- la "suficiencia económica" a través de unas pensiones dignas. Por lo tanto, es importante que el Estado se empeñe en mantener -en tanto tiene contraída esa responsabilidad constitucional- la sostenibilidad del sistema público español de Seguridad Social.

---

[23] Canalda Criado, S.: "El fomento del empleo decente y sostenible en cooperativas y sociedades laborales". *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, Sep. 06, 2019.

[24] Instrumento de ratificación del Convenio OIT número 102 relativo a la Norma mínima de la Seguridad Social, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1952, BOE núm. 240, de 6 de octubre de 1988.

[25] Instrumento de ratificación del Convenio OIT número 157 sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, adoptado en Ginebra el 21 de junio de 1982, BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 1985.

[26] Sánchez-Rodas Navarro, C.: *Sostenibilidad y protección social: la tensión entre la Unión Europea y Monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018 pp. 84-111.

[27] Sánchez-Rodas Navarro, C.: *Sostenibilidad y protección social: la tensión entre la Unión Europea y Monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018 p. 90.

[28] Constitución Española, BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

[29] El artículo 149.1. 17.ª atribuye al Estado -en exclusiva- la competencia legislativa en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas), el artículo 149.1. 7.ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas, y el artículo 148.1. 20ª atribuye a las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social. El bloque normativo regulador de este derecho constitucional lo encontramos en los artículos 10.2, 41, 43, 49, 50 y los artículos de 93 a 96 Constitución española. Que, a su vez, interacciona con el apartado 2 de su artículo 129 CE que ordena que, los poderes públicos fomenten una legislación adecuada -que canalicen- las iniciativas colectivas del ciudadano que -a través de sociedades cooperativas- desarrollen actividades generadoras de riqueza y empleo. En cuya virtud, se fomente el cooperativismo como una palanca de acción de integración económica y laboral en el mercado de trabajo.

[30] García Costa, F.M.: *Algunas originalidades y aportaciones del constitucionalismo español*, Barcelona, Atelier, 2015, pp. 124-125.

En el ámbito de las pensiones de jubilación -de vejez-, se ha de destacar la relevancia que el Pacto de Toledo[31] alcanza en la tarea de garantizar el poder adquisitivo de los pensionistas, así como también la estrategia española que se ha concretado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: «España puede»[32].

1.3. Entidades de economía social

Es necesario resaltar que la Economía Social es una alternativa al sistema capitalista -que solo busca maximizar el beneficio-, que nace de la unión de la clase obrera y los pequeños empresarios, los cuales aunando su fuerza y poniendo en común sus bienes y servicios, pretenden operar económicamente en el mercado, primando el bienestar de sus socios sobre el beneficio económico[33].

Así, la Ley española de Economía Social (LES)[34], establece su definición y con ella un marco que proporciona seguridad jurídica, reforzando de ese modo los principios que deben contemplar las distintas entidades que conforman la Economía social. Con arreglo al artículo 2 LES, se denomina Economía Social al conjunto de las actividades económicas y empresariales que persiguiendo -desde el ámbito privado- bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos intereses, se ajustan a determinados principios que son los que orientan la economía social", principalmente la primacía de la persona y del fin social sobre el capital, el carácter voluntario y abierto de la adhesión a la entidad, el control democrático que sobre el funcionamiento ejercen sus integrantes, la autonomía de gestión e independencia respecto de los poderes públicos y el destino que se da a los excedentes orientado a la consecución de objetivos a favor del desarrollo sostenible, así como la conjunción de los intereses de las personas usuarias y del interés general, la defensa y aplicación de los principios de solidaridad y responsabilidad, el interés de los servicios a sus integrantes y el interés social[35].

El articulo 5 LES delimita las entidades que forman parte de la economía social, entre las que se hallan las sociedades cooperativas, en sus distintas modalidades y tipologías, contándose entre ellas las de trabajo asociado, consumo, vivienda, agrarias, servicios, mar, crédito, enseñanza, sanitarias, seguros, de transporte, las sociedades laborales, las asociaciones -que lleven a cabo actividad económica-, fundaciones y mutualidades, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo[36], las sociedades agrarias de transformación y las cofradías de pescadores,

---

[31] En concreto la Recomendación 12 del Pacto de Toledo invita -con incentivos- a la prolongación de la edad de jubilación. El Pacto de Toledo ha tenido cuatro reformas para su renovación y evolución: a) la primera en 1995, https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/E/E_134.PDF; b) la renovación de 2003, https://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/D/D_596.PDF; c) El nuevo informe de 2011, https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/D/D_513.PDF, y; d) la última del año 2020, https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF.

[32] De los 30 componentes que articulan los proyectos de inversión, el tema laboral se afronta en el "Componente 23: Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resilente e inclusivo"; El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, de fecha (octubre de 2020), se encuentra alojado en la web https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/plan_de_recuperacion.pdf que el Gobierno de España ha creado para su difusión y actualización permanente https://planderecuperacion.gob.es

[33] Alfonso Sánchez, R.; *La economía social desde la tipología societaria*, Revista de derecho de sociedades núm. 47, 2016, pp. 109-128

[34] Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011.

[35] El artículo 4 LES presenta los cuatro principios orientadores y comunes a todas las entidades de la economía Social.

[36] El artículo 5.4 de la LES declara entidades prestadoras de Servicios de Interés Económico General: a) Centros Especiales de Empleo, y; b) las Empresas de Inserción. Esta declaración se podrá extenderse a cualesquiera otras entidades -de la economía social- que tengan por objeto, igualmente, la inserción laboral de colectivos en riesgo de exclusión social, conforme a lo que se establezca reglamentariamente.

que también comparten los principios orientadores de la economía social, así como aquellas entidades que realicen actividad económica y empresarial, y las entidades singulares creadas por normas específicas, siempre que se rijan por los principios orientadores de la economía social.

2. Las sociedades cooperativas

El apartado 2 del artículo 129 de la Constitución Española ordena a los poderes públicos el fomento, mediante una legislación adecuada, de las sociedades cooperativas. Debido al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas, y considerando que el artículo 149.3, inciso final CE establece que "*el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas*", encontraremos diversas normas que regulen esta figura de la economía social, a excepción de las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, que no tienen asumida competencia exclusiva en materia de cooperativas.

El concepto de sociedad cooperativa lo encontramos en el artículo 1 de la Ley 27/1999[37], (en adelante L.Coop.), que la define como una asociación de personas[38] -en régimen de libre adhesión- para la práctica de actividades empresariales, que puede organizar y desarrollar cualquier actividad económica lícita, encaminada a satisfacer las necesidades y aspiraciones económicas y sociales de la Sociedad. Su estructura y funcionamiento se caracterizan por ser democráticos, y por existir un derecho individual de separación libre -o baja voluntaria-[39]. Su domicilio social se ha de fijar dentro del territorio español, en el lugar donde realice principalmente su actividad o centralice su gestión administrativa y dirección. La resolución de las cuestiones suscitadas entre la cooperativa y sus socios-trabajadores se resolverán aplicando en primer término de la L.Coop. a aquellas Cooperativas que desarrollen su actividad en el territorio de varias CC.AA., o la realicen principalmente en las ciudades de Ceuta y Melilla, si bien en este caso ofrece dudas qué norma resulta de aplicación, considerando que lo es la vigente en materia de sociedades cooperativas de la propia CC.AA. cuando la cooperativa desarrolla su actividad en el territorio de una o varias CC.AA., excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal. Una vez determinada si la norma de aplicación es la ley estatal (L.Coop.) o la propia de la CC.AA. y si aun así no quedara resuelta la cuestión suscitada, se aplicarían los Estatutos de la Cooperativa y después su reglamento de régimen interno, los acuerdos asamblearios y los principios cooperativos. Las cuestiones litigiosas -por la prestación de sus servicios, cuestiones laborales, anticipos laborales y retornos, cese en la condición de socio, suspensión y excedencia-, entre las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores, se resolverán por la Jurisdicción del orden Social, y las cuestiones litigiosas por los derechos o aspectos sociales ajenos a lo que es el estricto desenvolvimiento de la relación laboral -no basados en la prestación de trabajo-, es decir, cuando las causas motivadoras de un conflicto estén relacionadas con la condición de socio, se resolverán por la Jurisdicción del orden civil, si bien la dualidad jurídica que plantean las cooperativas de trabajo asociado es compleja, dado que los trabajadores que prestan sus servicios laborales en la misma son a vez los titulares de su capital social, lo que en ocasiones no facilita delimitar si la controversia litigiosa corresponde al ámbito laboral o civil, ya que la competencia de uno u otro orden jurisdiccional va a depender de esa consideración[40].

---

[37] Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, BOE, núm. 170, de 17 de julio de 1999.

[38] Conforme a los principios formulados por la ACI.

[39] Alfonso Sánchez, R.: "Capítulo II. La actividad de la sociedad cooperativa", en VV.AA.: *La Ley 27/1999, de 16 de Julio, de Cooperativas: Veinte años de vigencia y resoluciones judiciales (1999-2019)*, Alfonso Sánchez, Cavas Martínez, F., Navarro Egea, M. y Valero Torrijos, J. (Dirs.), Navarra, Editorial Aranzadi, 2021, pp. 75-95.

[40] Por todas, STSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de fecha 28 de febrero de 2017 (rcud. 348/2017) [ECLI:ES:TSJPV:2017:767], cuarto y quinto párrafo del FJ3º;STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de fecha 01 de marzo de 2022 (rcud. 731/2021) [ECLI:ES:TSJMU:2022:364], FJ4º; STS, Sala de lo Social, de fecha 13 de septiembre de 2016 (rcud. 1969/2015)

Por su jerarquización, las cooperativas se diferencian entre las que revisten la forma de primero grado -constituidas por tres socios, personas físicas o jurídicas-, y las de segundo grado, constituidas al menos por dos cooperativas de primer grado. Cabe mencionar que, la reducción del número de socios por debajo de los mínimos establecidos en la vigente Ley, es una casusa de disolución de la Cooperativa (artículo 70.1.d. L.Coop.).

El capital social de la Cooperativa se constituye por las aportaciones obligatorias y voluntarias de los socios, pudiendo optar entre aportaciones con derecho de reembolso en el supuesto de baja de la sociedad, o bien, aportaciones cuyo reembolso en el hipotético caso de baja pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector. Mas, también el artículo 70.1.c. L.Coop. considera una causa de disolución de la Sociedad Cooperativa la reducción del capital social por debajo del mínimo establecido estatutariamente.

Por su clasificación cabe distinguir las cooperativas de primer grado de a) trabajo asociado; b) consumidores y usuarios; c) viviendas; d) agroalimentarias; e) explotación comunitaria de la tierra; e) servicios; g) mar; h) transportistas; i) seguros; j) sanitarias; k) enseñanza[41]; l) crédito; así como las Cooperativas de segundo grado, que se podrán calificar conforme a la clasificación anterior, siempre que todas las cooperativas socias pertenezcan a la misma clase, añadiendo en tal caso la expresión "de segundo grado" (artículo 6 L.Coop.).

Los Estatutos de la cooperativa podrán prever y regular Secciones, que permiten desarrollar actividades económicas y sociales específicas dentro de su ámbito. La representación y gestión de la sección corresponderá, en todo caso, al Consejo Rector de la Cooperativa (artículo 5 L.Coop.).

La Sociedad cooperativa se constituye en escritura pública debiendo ser otorgada por todos sus socios constituyentes o promotores (artículos 10.1 y 11.2 L.Coop.) que, una vez inscrita en Registro de Sociedades Cooperativas adquiere la personalidad jurídica (artículo 7 L.Coop.). No se prevé la inscripción adicional en el Registro Mercantil, a excepción de las cooperativas de crédito, las mutuas y cooperativas de seguros y las mutualidades de previsión social, así como las cajas de ahorro conforme al artículo 16 del Código de comercio[42] y el artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil[43].

2.1. Cooperativas españolas de trabajo asociado

La Sociedad Cooperativa de trabajo asociado (en adelante CTA) se constituye con el fin de proporcionar a sus socios un empleo remunerado -mediante su esfuerzo personal y directo-, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros, pudiendo establecer una jornada de trabajo a tiempo parcial o a tiempo completo.

Comoquiera que puede contar también con socios colaboradores cuando así se establezca estatutariamente, se ha de poner especial énfasis en señalar, que la relación de los socios trabajadores con la cooperativa es meramente societaria, y por tanto regulada en virtud de un contrato mercantil o civil (artículo 80 L.Coop.). Por lo tanto, los Estatutos o el Reglamento de régimen interno regularán -o en su defecto la Asamblea decidirá-, la duración de la jornada de

[ECLI:ES:TS:2016:5058] tercer párrafo del cuarto apartado del FD. 2º; Artículo 87.2 L.Coop. y artículo 2.c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE, núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

[41] Se reduce su número al unificar las cooperativas de enseñanza y las educacionales, regulando su constitución. Exposición de motivos de la L.Coop.

[42] Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, GAZ, núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

[43] Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, BOE, núm. 184, de 31 de Julio de 1996.

trabajo, el descanso mínimo semanal, las fiestas y las vacaciones anuales, respetando en todo caso como mínimo (artículo 83. L.Coop.) las siguientes normas: a) entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, mediarán como mínimo doce horas; b) los menores de dieciocho años no podrán realizar más de cuarenta horas de trabajo efectivo a la semana; c) se respetarán, al menos, como fiestas, la de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo y 12 de octubre, salvo en los supuestos excepcionales que lo impida la naturaleza de la actividad empresarial que desarrolle la cooperativa; d) las vacaciones anuales -la fiesta de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo y 12 de octubre- serán retribuidas a efectos de anticipo societario; e) las vacaciones anuales -tendrán una duración mínima de un mes- para los menores de dieciocho y mayores de sesenta años.

Cuando una cooperativa se subrogue en los derechos y obligaciones laborales del anterior titular, los trabajadores afectados por esta subrogación podrán incorporarse como socios trabajadores (en las condiciones establecidas en el artículo 80.8 L.Coop.) y si llevaran al menos dos años en la empresa anterior, no se les podrá exigir período de prueba. En el supuesto de que se superase el límite legal sobre el número de horas/año establecido en el artículo 80.7. L.Coop., el exceso no producirá efecto alguno.

Cuando una CTA cese, por causas no imputables a la misma, en una contrata de servicios o concesión administrativa y un nuevo empresario se hiciese cargo de esta, los socios trabajadores que vinieran desarrollando su actividad en las mismas tendrán los mismos derechos y deberes que les hubieran correspondido de acuerdo con la normativa vigente, como si hubiesen prestado su trabajo en la cooperativa en la condición de trabajadores por cuenta ajena (artículo 86 L.Coop.).

2.1.1. Sujetos que intervienen en las sociedades cooperativas de trabajo asociado

En la CTA en que la actividad que constituya su finalidad -objeto social- se realice con el trabajo personal de los propios socios, además pueden intervenir los siguientes sujetos: el socio trabajador o socio cooperativista, los asalariados contratados (no socios) para colaborar en el cumplimiento de sus fines y socio colaborador. Las dos últimas modalidades de vinculación pueden no darse en la sociedad cooperativa, pero la inexistencia o reducción del primero es causa de disolución de la misma.

El encuadramiento en el Régimen de Seguridad Social de todos los socios trabajadores -incluidos los aspirantes y los socios en período de prueba- será el designado en los Estatutos, pudiendo optar entre el Régimen General de la Seguridad Social, o bien en el Régimen Especial de la Seguridad Social que corresponda atendiendo a la actividad que desarrolle (en ambas opciones se declara asimila al trabajador por cuenta ajena), o bien, el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (artículo 14.1 de la LGSS). Para el supuesto de cambio del Régimen de Seguridad Social requerirá necesariamente la modificación de sus Estatutos sociales.

A) Socio Trabajador o socio cooperativista

Aunque la naturaleza jurídica de la relación existente entre la cooperativa y sus socios trabajadores, como ya hemos dicho, es societaria (art. 80.1 L.Coop.), pueden ostentar la condición de socio trabajador aquellas personas que dispongan de capacidad para contratar la prestación de su trabajo. Para el caso de los extranjeros, habrá que estar a lo previsto en la legislación específica sobre la prestación de su trabajo en España.

Por otro lado, es preciso mencionar la retribución del socio cooperativista, quién no percibe un salario por su actividad cooperativizada, sino un anticipo societario. Cabe considerar, por una parte, su derecho a percibir una retribución mensual y *proporcional a* su aportación de trabajo

en la actividad cooperativizada, como forma de adelanto de los excedentes de la cooperativa -en cuantía similar a determinados módulos salariales-, para subvenir a sus necesidades ordinarias, *en concepto de anticipos societarios -también llamado anticipo laboral-*; y por otra parte, el retorno cooperativo o excedente disponible por la Asamblea General en los términos dispuestos estatutariamente, a repartir entre los socios al cabo del ejercicio económico[44].

Cuando, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o en el supuesto de fuerza mayor, sea preciso para mantener la viabilidad empresarial de la cooperativa, -a criterio de la Asamblea General-, reducir con carácter definitivo el número de puestos de trabajo o modificar la proporción de las cualificaciones profesionales del colectivo que integra la cooperativa, la Asamblea General -o, en su caso, el Consejo Rector si así lo establecen los Estatutos-, deberá designar los socios trabajadores concretos que deben causar baja en ella, la cual se considerará baja obligatoria justificada, y tales socios tendrán derecho a la devolución inmediata de sus aportaciones voluntarias al capital social y a la devolución en el plazo de dos años de sus aportaciones obligatorias mensuales. En todo caso, los importes pendientes de reembolso devengarán el interés legal del dinero que de forma anual deberá abonarse por la cooperativa al ex-socio trabajador, y, cuando esta tenga disponibilidad de recursos económicos objetivables, la devolución de las aportaciones obligatorias deberá realizarse en el ejercicio económico en curso. Cuando causen baja obligatoria los socios titulares de las aportaciones previstas en el artículo 45.1.b L.Coop. y la cooperativa no acuerde su reembolso inmediato, el resto de los socios que permanezcan en la cooperativa deberán adquirir estas aportaciones en el plazo máximo de seis meses a partir de la fecha de la baja, en los términos que acuerde la Asamblea General (artículo 85.3. L.Coop.).

B) Trabajadores asalariados

Para el supuesto de que la CTA contrate trabajadores por cuenta ajena, estatutariamente se podrá fijar un procedimiento para que puedan alcanzar la condición de socios. La L.Coop. prevé que el número de horas/año realizadas por los trabajadores asalariados no podrá ser superior al 30 por ciento del total de horas/año realizadas por los socios trabajadores. Existe un límite al trabajo asalariado calculado con el número de horas/año realizadas por trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena, que no podrá ser superior al 30 por ciento del total de horas/año realizadas por los socios trabajadores (artículo 80.7. L.Coop.), si bien el trabajador con contrato de trabajo por tiempo indefinido y con más de dos años de antigüedad, que reúna los demás requisitos previstos estatutariamente, deberá ser admitido como socio trabajador si lo solicita en los seis meses siguientes desde que pudo ejercitar tal derecho, sin necesidad de superar el período de prueba.

---

[44] Por todas, STS, Sala de lo Social, de fecha 15 de mayo de 2022 (rcud. 548/2021) [ECLI:ES:TS:2022:7429A], séptimo párrafo del FJ.1º: Que hace mención a distinción contenida en la STS de 15 de junio de 1992 (rcud. 1489/1991) *"entre la retribución del socio cooperativista el retorno cooperativo o excedente a repartir y el anticipo laboral a cuenta"*. Concluye en el quinto párrafo del FJ.1º de la misma Sentencia "*que, el anticipo societario o a cuenta de la cooperativa TAIC no pueden ser considerado salario a efectos del despido acordado por Rivasam, calificado como nulo por lesión del art. 24 CE en su vertiente de la garantía de indemnidad*". Para llegar a esta consideración hace un recordatorio de la jurisprudencia citando la STS 15 de junio de 1992 (rcud. 1489/1991), precisando que su naturaleza es retributiva pero no salarial en virtud de la STSJ de Galicia de 19 de abril de 2016, así como la congruencia de esta conclusión con la calificación del vínculo entre la cooperativa y los socios trabajadores no identificable con la relación laboral conforme a la SSTS 23 de octubre de 2009 (rcud. 822/09) y SSTS 21 de noviembre de 2011 (rcud. 4419/10) y del art. 80.4 LCoop. sobre "*las percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa denominados anticipos societarios no tienen la consideración de salario*". Por su parte, como hemos citado, la jurisprudencia distingue entre "*el retorno cooperativo que se reparte al cabo del ejercicio económico del anticipo laboral a cuenta o cantidad que el cooperativista debe percibir en plazos mensuales o inferiores en cuantía similar a determinados módulos salariales para subvenir sus necesidades ordinarias*".

C) Socios en situación de prueba

La figura del socio en situación de prueba podrá materializarse por el Consejo Rector, siempre que se prevea estatutariamente la admisión de un nuevo socio, que lo será en situación de prueba, cuyo periodo podrá ser reducido o suprimido por mutuo acuerdo de las partes (socio a prueba y cooperativa), y mientras este dure tal socio tendrá los mismos derechos y obligaciones que los socios trabajadores, si bien con las siguientes particularidades: a) podrá resolver la relación por libre decisión unilateral, facultad que por su parte también se reconoce al Consejo Rector; b) no podrán ser elegidos para los cargos de los órganos de la sociedad; c) no podrán votar en la Asamblea General punto alguno que les afecte personal y directamente; d) no estarán obligados ni facultados para hacer aportaciones al capital social ni para desembolsar la cuota de ingreso; e) no les alcanzará la imputación de pérdidas que se produzcan en la cooperativa durante el período de prueba, ni tendrán derecho al retorno cooperativo (artículo 81 L.Coop.).

3. La jubilación en las sociedades cooperativas españolas de trabajo asociado

Como ya afirmó la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo en la recomendación 10 de Lucha contra el fraude, en 2011: "*El acceso indebido a la protección social y las conductas fraudulentas para poder percibirla,* […] *constituyen un elemento grave de deslegitimación social* […]*; por esa razón, se insta a combatir los efectos negativos que el empleo no declarado ocasiona a la Seguridad Social*"[45].

Para el análisis de la materia que nos ocupa, conviene partir del último Informe (año 2020) de evaluación y reforma del Pacto de Toledo 151/000004, que pone su énfasis en abordar los desafíos de las pensiones con el aumento de la edad de jubilación. Por tal motivo, la LGSS prevé de manera gradual y progresiva el aumento de la edad de jubilación, penalizando al acceso a la jubilación anticipada, e incentivando la decisión de postergar la jubilación ordinaria, lo que se traduce en estimular la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente así lo deseen. En tal caso, ello se procura a través de fórmulas de jubilación flexible que facilitan el derecho a trabajar, teniendo así una vida laboral más larga, que como decimos se extiende más allá de la edad de jubilación, y ello no impide que se mantengan los sistemas de jubilación anticipada ligados a los contratos de relevo y de sustitución.

3.1. La jubilación en edad ordinaria

La jubilación ordinaria es aquella a la que se accede a la edad de 65 o 67 años -ello dependiendo del número total de años cotizados a la Seguridad Social-, de forma voluntaria y con cese total en la actividad[46].

3.2. Jubilación en su modalidad contributiva

Conforme a la LGSS (artículo 204), la prestación económica que corresponde a la jubilación en su modalidad contributiva, consiste en una pensión vitalicia -única para cada beneficiario- en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando alcanzada la

[45] STS, Sala de los Social, de fecha 15 de mayo de 2018 (rcud. 3513/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2263] establece criterios para detectar una falsas Sociedades Cooperativas.

[46] Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G.: "Título I. Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Madrid, Laborum, 2019, p. 29.

edad establecida, el trabajador o la trabajadora cesen o hayan cesado en el trabajo por cuenta ajena[47].

3.2.1. Beneficiarios

El hecho causante (en adelante HC) de la pensión de jubilación[48] -aplicable a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social[49], excepto a la jubilación parcial (artículo 215 y disposición transitoria cuarta. 6 LGSS) que se regirá por su normativa específica-, se fija en la fecha en la que, por reunirse todos los requisitos exigidos, se causa derecho a la prestación, teniendo ello incidencia en el cálculo y en los efectos económicos de esta, lo que determina que, en ocasiones, una misma persona tenga la posibilidad teórica de acceder a la jubilación en fechas diferentes y bajo distintas circunstancias, así como que la pensión que pudiera corresponderle en cada caso tenga un contenido y efectos no siempre coincidentes[50].

Tendrán derecho a la pensión de jubilación -en su modalidad contributiva-, las personas incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social que, además de cumplir las condiciones del derecho a la prestación exigida en el artículo 165.1 LGSS, estar afiliada -a la Seguridad Social- y dada de alta en dicho Régimen reúnan los exigencias para acceder a cada una de ellas, salvo disposición legal expresa en contrario, o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida-, reúnan las siguientes condiciones: haber cumplido -en el año 2022- la edad exigida 66 años y dos meses y un período de cotización de al menos 37 años y 6 meses; o la edad exigida de 65 años y un período de cotización mínimo de 37 años y 6 meses (artículo 205.1 a. LGSS), sin tener en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

Es una cuestión debatida la de si se puede causar la pensión, aunque los interesados no se encuentren en el momento del HC en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que reúnan los requisitos de edad y cotización.

---

47 Ortiz González-Conde, F.M.: "Capítulo XXXII Jubilación de las personas socias trabajadoras", en VV.AA.: *La Ley 27/1999, de 16 de Julio, de Cooperativas: Veinte años de vigencia y resoluciones judiciales (1999-2019)*, Alfonso Sánchez, Cavas Martínez, F., Navarro Egea, M. y Valero Torrijos, J. (Dirs.), Navarra, Editorial Aranzadi, 2021, pp. 75-95

48 Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica de ingreso mínimo vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de la Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión, BOE, núm. 142, de 15 de junio de 2022. Se ha de advertid que su "disposición final tercera. Modificación del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero", producirá sus efectos desde el día 2 de enero de 2023.

49 STSJ Oviedo, Sala de lo Social, de fecha 23 de noviembre de 2021, (rcud. 2044/2021) [ECLI:ES:TSJAS:2021:3776] decimoséptimo párrafo del FD Tercero Esa sentencia añade que " hay que admitir que esta Sala IV del Tribunal Supremo ha aplicado el art. 207. 1 d) LGSS para incluir un supuesto que podía ofrecer dudas sobre su adecuación al mismo. Pero se trataba de la situación de quienes, siendo socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, vieron extinguida su relación por auto del Juez del concurso que había acordado tal extinción por causas económicas. En las STS/4ª de 10 y 19 diciembre 2018 (rcud. 3407/2016) y 2233/2017, respectivamente-, 7 febrero 2019 (rcud. 649/2017), 17 septiembre 2019 (rcud. 1741/2017) y 6 noviembre 2019 (rcud. 2416/2017) - declarábamos el derecho de aquellas personas trabajadoras a la jubilación anticipada porque no había duda de que estuviéramos ante un supuesto del art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2003. Lo que en realidad se discutía allí era la naturaleza de la relación de los solicitantes de las prestaciones en la media en que se les negaba su condición de trabajadores; lo cual esta Sala 3. resolvió afirmando que los mismos eran asimilados a trabajadores por cuenta ajena, encuadrados en el régimen general de la seguridad Social. Por tanto, mantenemos en tales sentencias el criterio de que, en efecto, el listado del art. 207.1 d) es cerrado; y así, de manera expresa, se afirma en la primera de ellas.

50 Véase artículo 3 del RD 453/2022, sobre el HC de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, se entenderá causada, en la fecha indicada -al formalizar la correspondiente solicitud- por la persona interesada, siempre y cuando reúna los requisitos requeridos para ello.

Asimismo, para causar pensión en el Régimen General y -además- en otro u otros del sistema de la Seguridad Social, será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de esos regímenes se superpongan, al menos, durante quince años (artículo 205.3 LGSS), así como tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

Por lo que respecta a la posibilidad de acceder a la pensión desde una "situación de alta o asimilada a la de alta" sin obligación de cotizar, el período de dos años exigido (artículo 205.1 b) LGSS) deberá estar comprendido dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, y para determinar la base reguladora de la pensión, se aplicará lo establecido en el artículo 209.1 LGSS, es decir calculando el cociente que resulte de dividir por trescientos cincuenta, las bases de cotización del interesado durante los trescientos meses inmediatamente anteriores al mes previo al del HC.

El acceso a la pensión de jubilación también es posible, desde una "situación de prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal", si se reúnen las condiciones establecidas en el artículo 205.1 LGSS, en cuanto al alta y la afiliación, la edad exigida y los correspondientes períodos de cotización.

3.3. Distinción entre los socios-trabajadores de la cooperativa y los trabajadores al servicio de la misma

En las sociedades Cooperativas regidas por la L.Coop.[51], se enumeran una pluralidad de sujetos -socio, socio-colaborador[52], socio-trabajador y trabajador al servicio de la Sociedad-, lo que obliga a distinguir la relación entre los socios trabajadores con la Cooperativa, por su carácter societario exclusivo y excluyente en las Sociedades Cooperativas de Trabajo Asociado[53]. Por una parte, hay que considerar el socio-trabajador de la Cooperativa, que está vinculado societariamente a ella mediante un contrato mercantil o civil, y por otra el trabajador a su servicio, cuya relación con la misma es -de carácter laboral- por cuenta ajena regida por el E.T., o bien en régimen de autónomos y por lo tanto no es una relación asalariada con la cooperativa.

3.3.1. Jubilación parcial en las cooperativas. Requisitos para acceso

Partiendo de la consideración de que quienes estén incluidos en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social pueden causar derecho a sus prestaciones si, además de cumplir el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen -o en situación asimilada a la de alta- al sobrevenir la contingencia, cumplen los requisitos particulares establecidos para acceder a cada una de ellas (artículo 165.1 LGSS), procede añadir, acerca de la prestación contributiva de jubilación, que tendrán derecho a ella en dicho régimen las personas que además reúnan las condiciones de haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización[54], así como tengan cubierto

[51] Ley (estatal) 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999.

[52] El concepto de socio colaborador - cuya aportación no podrán exceder del 45 por ciento del total de las aportaciones al capital social- deroga al denominado «asociado» -cuya aportación no podía superar el 33 por ciento de las aportaciones de la totalidad de los socios al capital social- integrado en la no vigente Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, BOE núm. 84, de 8 de abril de 1987.

[53] Informe de 2004 de la Abogacía del Estado, https://www.boe.es/buscar/abrir_abogacia.php?id=ANALES_04_0074.pdf

[54] Sin computar en la cuantía la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias, ni en el tiempo cotizado las fracciones de año o de mes.

un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho (artículo 205.1 LGSS).

Pues bien, para poder acceder a la jubilación parcial, siempre que se cumplan los anteriores requisitos, es necesario -siendo trabajador a tiempo completo comparable- reducir la jornada de trabajo entre un veinticinco por ciento (como mínimo) y un cincuenta por ciento (como máximo) -sin que sea obligatorio celebrar simultáneamente un contrato de relevo-; pero también se accede a ella cuando simultáneamente se celebra contrato de relevo[55] (en los términos que marca el artículo 12.7 ET[56]) y se reúnen los requisitos acumulativos siguientes: a) en el momento del HC tener cumplidos sesenta y cinco años (o sesenta y tres si se acrediten treinta y seis años y seis meses de cotización); b) acreditar una antigüedad en la empresa de al menos seis años, inmediatamente antes de la fecha de jubilación parcial; c) que la reducción de su jornada se halle entre un veinticinco y un cincuenta por ciento, o del setenta y cinco por ciento cuando el trabajador relevista lo sea a jornada completa y mediante contrato de duración indefinida; d) acreditar un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del HC de la jubilación parcial[57]; e) que haya una correspondencia (en promedio en los últimos seis meses de al menos el sesenta y cinco por ciento) entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial; f) que los contratos de relevo que se establezcan como consecuencia de una jubilación parcial tengan, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación; g) y que, sin perjuicio de la reducción de jornada, durante el período de jubilación parcial, empresa y trabajador coticen por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando este a jornada completa (artículo 215.2 LGSS).

Teniendo en cuenta que nuestro análisis se centra en la jubilación parcial en las cooperativas, los requisitos que han de cumplir los socios para acceder a dicha jubilación parcial son prácticamente los mismos que acabamos de especificar en general, lógicamente con las adaptaciones oportunas a este tipo de organización productiva.

Por lo tanto, pueden acogerse a esta modalidad de jubilación (artículo 215.5 LGSS) los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas asimilados a trabajadores por cuenta ajena -en cuyo caso tales cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda conforme a su actividad-;

cuando tales socios reduzcan su jornada y derechos económicos en las condiciones que contempla el ET -(en su artículo 12.6), es decir en las condiciones previstas que en general se

[55] STS, Sala de lo Social de fecha 23 de noviembre de 2011 (rcud. 3988/2010) [ECLI:ES:TS:2011:9198] Segundo párrafo del FD. Tercero. La Sentencia establece dos objetivos, que, el legislador ha pretendido alcanzar "*Uno, coherente con la política de empleo, que la jubilación anticipada, aunque sea parcial, no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo: de ahí la exigencia de celebrar simultáneamente un contrato de relevo con al menos la misma duración que el tiempo que reste hasta la jubilación definitiva del relevado y con una jornada al menos igual al tiempo de reducción experimentada por la jornada de éste. Y el segundo objetivo es que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados*"

[56] El contrato de relevo se ha de ajustar a determinadas reglas, entre otras, se celebrará con un trabajador desempleado o contratado por duración determinada; y salvo excepciones, la duración del contrato de relevo será indefinida o, como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria; si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo con las partes por periodos anuales, extinguiéndose en todo caso al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

[57] Si se trata de personas con una discapacidad de al menos el treinta y tres por ciento el período de cotización exigido será de veinticinco años.

acaban de exponer[58], y que cumplan también esos mismos requisitos establecidos inmediatamente antes para el régimen general de la Seguridad Social (conforme al artículo 215.2 LGSS)-;

siempre que la cooperativa concierte con un socio de duración determinada de la misma, o con un desempleado, la realización, en calidad de socio trabajador o de socio de trabajo, de la jornada que deja vacante el socio que se jubila parcialmente, y también con las mismas condiciones establecidas para la celebración de un contrato de relevo (conforme al artículo 12.7 del ET).

3.3.2. La jubilación flexible

Por su parte, la Jubilación flexible es aquella situación que posibilita compatibilizar el percibo de la pensión de jubilación con un empleo (parcial), una vez alcanzada la edad legal para ello y estando en posesión de la carencia de cotización necesaria, en la cual el pensionista queda sujeto a unas obligaciones de cotización social limitadas. Se debe mencionar que esta modalidad de jubilación -cumplida la edad de acceso- será incompatibilidad con el percibo de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez que pudiera corresponder con un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, cualquiera que sea el Régimen del Sistema de la Seguridad Social que causase la pensión de jubilación contributiva (artículo 198 y 213.1. LGSS).

4. Conclusiones

La fórmula de jubilación parcial que establece el ordenamiento jurídico español para las cooperativas de trabajo asociado -mediante un contrato de trabajo de relevo- aporta el valor del conocimiento intergeneracional, además de fomentar el empleo de calidad ante la jubilación parcial de un socio trabajador, que una vez jubilado rompe el vínculo con la Cooperativa. Sin embargo, desde el punto de vista económico de la empresa, la reducción del número de socios por debajo del que legalmente es exigible para su constitución -igual que ocurre con la reducción del capital social ocasionado por el derecho de reembolso- puede provocar la disolución de la cooperativa

5. Bibliografía

5.1. Informes y literatura jurídica

Alfonso Sánchez, R.: "Capítulo II. La actividad de la sociedad cooperativa", en VV.AA.: *La Ley 27/1999, de 16 de Julio, de Cooperativas: Veinte años de vigencia y resoluciones judiciales (1999-2019)*, Alfonso Sánchez, Cavas Martínez, F., Navarro Egea, M. y Valero Torrijos, J. (Dirs.), Navarra, Editorial Aranzadi, 2021.

Alfonso Sánchez, R.; "La economía social desde la tipología societaria", *Revista de derecho de sociedades*, núm. 47, 2016.

Canalda Criado, S.: "El fomento del empleo decente y sostenible en cooperativas y sociedades laborales". *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, Sep. 06, 2019.

Cristóbal Roncero, R.: "La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española", *Revista Documentación Laboral*, núm. 125, 2022.

[58] Aunque también se podrá concertar el contrato de relevo para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación ordinaria que corresponda conforme a lo establecido en la LGSS.

Fernández Villazón, L.A.: "Revalorización de pensiones y límites anuales a su cobro: una cuestión de principios", en VV.AA.: *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Cano Galán, Y. (Coord.), Madrid, Editorial BOE, 2021.

García Costa, F.M.: *Algunas originalidades y aportaciones del constitucionalismo español*, Barcelona, Atelier, 2015.

Gutierrez Bengoechea, M.: "La sostenibilidad de las pensiones públicas en un Estado del Bienestar Social", en *E-Revista Internacional de Protección Social*, núm. 2, 2017.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G.: "Título I. Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Madrid, Laborum, 2019.

Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, 2007, Granada, Comares, 2007.

Monereo Pérez, J.L.: "Derechos a la seguridad social (artículo 12)", en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017.

Montoya Melgar, A.: "Sobre los orígenes del seguro social en España", Civitas. *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 80, 1996.

Ortiz González-Conde, F.M.: "Capítulo XXXII Jubilación de las personas socias trabajadoras", en VV.AA.: *La Ley 27/1999, de 16 de Julio, de Cooperativas: Veinte años de vigencia y resoluciones judiciales (1999-2019)*, Alfonso Sánchez, Cavas Martínez, F., Navarro Egea, M. y Valero Torrijos, J. (Dirs.), Navarra, Editorial Aranzadi, 2021.

Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La coordinación de sistemas de Seguridad Social y el derecho de libre circulación: del Reglamento 3/58 al Reglamento 883/2004)", en VV.AA.: *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea*. Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.) y Ortiz Castillo, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2021.

Sánchez-Rodas Navarro, C.: *Sostenibilidad y protección social: la tensión entre la Unión Europea y Monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Informe de 2004 de la Abogacía del Estado, https://www.boe.es/buscar/abrir_abogacia.php?id=ANALES_04_0074.pdf

Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, Congreso de los Diputados, BOCG, de 10 de noviembre de 2020. Fruto de esta reforma es la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, BOE, núm. 312, de 29 de diciembre de 2021

Informe emitido por la Ponencia, constituida en su seno, para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse (número de expediente: 154/4), Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, núm. 134, de 12 de abril de 1995, https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/E/E_134.PDF

5.2. Normativa

Instrumento de ratificación del Convenio OIT número 102 relativo a la Norma mínima de la Seguridad Social, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1952, BOE núm. 240, de 6 de octubre de 1988.

Instrumento de ratificación del Convenio OIT número 157 sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, adoptado en Ginebra el 21 de junio de 1982, BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 1985.

Instrumento de Ratificación del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, BOE núm. 11, de 13 de enero de 1994.

Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, BOE, núm. 286, de 27 de noviembre de 2009.

Instrumento Internacional ratificando el Protocolo Adicional estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas. La CSE revisada y el Protocolo entraron en vigor el 1 de julio de 2021. Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021, https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-9719.

Ley referente a la organización por el Estado de un Instituto Nacional de Previsión, Gaceta de Madrid, núm. 60, de 29 de febrero de 1908, https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1908/060/A00875-00876.pdf,

Real decreto estableciendo el régimen de intensificación de Retiros obreros, Gaceta de Madrid, núm. 71, de 12 de marzo de 1919, https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1919/071/A00916-00918.pdf,

Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, DOUE núm. 166, de 30 de abril de 2004.

Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, DOUE núm. 284, de 30 de octubre de 2009.

Reglamento (CEE) nº 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981, por el que se amplía a los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia

Reglamento (CEE) nº 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores asalariados y a su familia que se desplacen dentro de la Comunidad.

Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, por el que se modifica y actualiza el Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, DOCE núm. 149, de 5 de julio de 1971.

Constitución Española, BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2003.

Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999.

Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, BOE núm. 84, de 8 de abril de 1987.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE, núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011.

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, BOE, núm. 184, de 31 de Julio de 1996.

Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica de ingreso mínimo vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de la Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión, BOE, núm. 142, de 15 de junio de 2022.

Real Decreto 84/1996, de 26 de enero", producirá sus efectos desde el día 2 de enero de 2023.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, GAZ, núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad, BOE, núm. 179, de 27 de julio de 2022.

5.3. Jurisprudencia

STS, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2022 (rcud. 471/2020) [ECLI:ES:TS:2022:1354].

STS, Sala de lo Social, de fecha 15 de mayo de 2022 (rcud. 548/2021) [ECLI:ES:TS:2022:7429A].

STSJ Oviedo, Sala de lo Social, de fecha 23 de noviembre de 2021 (rcud. 2044/2021) [ECLI:ES:TSJAS:2021:3776].

STS, Sala de los Social, de fecha 15 de mayo de 2018 (rcud. 3513/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2263].

STSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de fecha 28 de febrero de 2017 (rcud. 348/2017) [ECLI:ES:TSJPV:2017:767].

STS, Sala de lo Social, de fecha 13 de septiembre de 2016 (rcud. 1969/2015) [ECLI:ES:TS:2016:5058].

STS, Sala de lo Social de fecha 23 de noviembre de 2011 (rcud. 3988/2010) [ECLI:ES:TS:2011:9198].

STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de fecha 01 de marzo de 2022 (rcud. 731/2021) [ECLI:ES:TSJMU:2022:364].

Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador y por voluntad del interesado en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios (SETCAA)

Elena Lasaosa Irigoyen
Prof. Titular de Universidad
Universidad Rey Juan Carlos
https://orcid.org/0000-0001-6455-6495

1. Introducción

Hace ya más de una década que tuvo lugar la desaparición del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social (REASS). Eliminación que como se recordará se llevó a cabo en dos fases: en un primer momento se produjo la integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el RETA, conformando el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios[1], y posteriormente los trabajadores por cuenta ajena fueron incorporados al Régimen General, implantándose también dentro de éste un Sistema Especial, el de Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios (SETCAA)[2].

[1] Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

[2] Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.

Esta inclusión en el RGSS de los empleados por cuenta ajena agrarios supuso un importante avance hacia la homologación de su protección con la del resto de trabajadores de nuestro sistema de Seguridad Social[3]. Pero la equiparación no fue total, ya que se establecieron algunas particularidades que aún perviven hoy en día[4].

Así sucedió, entre otros aspectos, en lo referente a la jubilación anticipada. Durante la etapa anterior, existente el REASS, los empleados laborales del campo tenían vetado acceder al retiro anticipado por causa no imputable al trabajador y por voluntad del interesado, es decir a las dos modalidades que hoy recogen los arts. 207 y 208 LGSS[5], mientras que a partir de su integración en el RGSS por la Ley 28/2011 se les abrió la posibilidad de jubilarse por estos cauces. Pero al mismo tiempo se les impuso una regla específica que les dificultaban el paso a este tipo de jubilación, y que los diferenciaba de las personas incluidas en el Régimen General sistema ordinario, la cual continúa existiendo a día de hoy.

La regulación del SETCAA se sitúa actualmente en los arts. 252 a 256 LGSS. En los términos de este último precepto, "*Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con las peculiaridades que se señalan en los apartados siguientes*". Algunas de estas especialidades se aplican solo a determinadas contingencias, mientras que otras se proyectan sobre todo el sistema especial.

Partiendo del marco normativo expuesto, en las páginas que siguen se pretende analizar cuál es el alcance de la aludida exigencia adicional para adelantar el retiro, en qué supuestos entra en juego exactamente y qué efectos produce en el acceso a la jubilación anticipada de este colectivo.

2. La jubilación anticipada de los trabajadores por cuenta ajena agrarios

Conviene dejar sentado de entrada que, en cuanto a la fijación de la edad ordinaria de jubilación, la ordenación del SETCAA no establece ninguna diferencia respecto de las reglas generales RGSS[6].

En relación con el adelanto del retiro antes de cumplir la edad ordinaria, se procede a analizar a continuación los diferentes supuestos de jubilación anticipada que admite nuestro sistema de Seguridad Social, para determinar en cuáles de ellos se aprecian disimilitudes entre las normas del SETCAA y las del RGSS sistema ordinario.

---

[3] *Vid.* Cavas Martínez, F.: "Sistema especial agrario. Configuración general y elementos caracterizadores del modelo de regulación", cit., p. 592: "En materia de prestaciones, la integración en el Régimen General ha comportado notables avances y mejoras para los trabajadores agrarios por cuenta ajena, si bien subsisten varias especialidades que impiden hablar todavía de una equiparación plena".

[4] En todo caso cabe aclarar que también durante la vigencia del REASS el principio rector era la equiparación de su ordenación con la propia del RGSS, con algunas excepciones, tal y como expresaba el art. 19 Ley REASS (Texto Refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo y 41/1970, de 22 de diciembre aprobado mediante Decreto 2123/1971, de 23 de julio) al declarar que las prestaciones habrían de otorgarse "*en la misma extensión, forma, términos y condiciones que en el Régimen General, con las particularidades que se determinan en la presente y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo*".

[5] Era así porque la disposición adicional 8ª LGSS (1994) declaraba, en su apartado 3, que lo previsto en el art. 161 bis.2 de la misma LGSS, es decir la posibilidad de jubilarse anticipadamente por causa no imputable o por voluntad del interesado, sería de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón y Trabajadores del Mar; pero no incluía el Régimen Especial Agrario por Cuenta Ajena, tal y como nos recuerda la STSJ Andalucía 1 de octubre de 2014 (JUR 2015,38877).

[6] Que se contienen en el art. 205.1 a) y disp. transitoria 7ª LGSS.

2.1. Jubilación anticipada por razón de la actividad

En primer lugar, la LGSS contempla la jubilación anticipada a la que es posible recurrir por la realización de trabajos de naturaleza excepcionalmente tóxica, penosa, peligrosa o insalubre y que acusan elevados índices de morbilidad o mortalidad, sin que la cuantía de la pensión se vea minorada (art. 206.1 LGSS, desarrollado mediante el Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre)[7].

Pues bien, hay que poner de relieve que en esta materia no se establece ninguna diferencia con relación a los trabajadores del SETCAA. Aunque también hay que reseñar que hasta el presente no se ha incluido ningún tipo de labores agrarias en el listado de actividades que abren la vía a esta modalidad de jubilación anticipada[8].

2.2. Jubilación anticipada por discapacidad

Tampoco se aprecian disimilitudes en lo relativo a la anticipación de la jubilación por razón de discapacidad, regulada actualmente en el art. 206 bis LGSS[9]. Los trabajadores del campo que tengan reconocida una discapacidad podrán jubilarse anticipadamente igual que el resto, sin reducción en la cuantía de su pensión, en los términos y condiciones recogidos en dicho artículo y en su desarrollo reglamentario (Reales Decretos 1539/2003, de 5 de diciembre y 1851/2009, de 4 de diciembre).

Adviértase por otro lado que el sometimiento de las personas incluidas en el SETCAA a las reglas generales en materia de jubilación anticipada por razón de discapacidad, así como a las que rigen la jubilación anticipada por razón de la actividad a las que se ha aludido anteriormente, no supuso una novedad derivada de su integración en el RGSS, sino que ya venía siendo así en los tiempos del REASS[10].

2.3. Jubilación anticipada parcial vinculada a contrato de relevo

Otro de los supuestos en que la LGSS permite el adelanto de la pensión de retiro es el de la jubilación parcial producida antes de la edad ordinaria, debiendo cumplirse el conocido requisito de que la empresa celebre simultáneamente un contrato de relevo con otra persona trabajadora, en los términos recogidos en el art. 215.2 LGSS en relación con el art. 12.7 ET.

Pues bien, tampoco en este caso se establecen diferencias aplicables a los trabajadores del SETCAA. Y cabe reseñar que también viene sucediendo así desde la etapa del REASS[11].

---

[7] Y modificado por el art. 1.Cuatro de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

[8] Las actividades y grupos incluidas son las siguientes: trabajadores incluidos en el Estatuto Minero; personal de vuelo de trabajos aéreos; trabajadores ferroviarios; artistas; profesionales taurinos; bomberos al servicio de las Administraciones y organismos públicos; miembros del cuerpo de la Ertzaintza; y Policías Locales, como puede verse en: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10963/28393/28464

[9] Desde la citada Ley 21/2021, que separó en dos artículos distintos la ordenación de la jubilación anticipada por actividad y por discapacidad que antes recogía el art. 206 LGSS.

[10] En efecto, la disp. adic. 8ª1 LGSS (1994) prescribía que les era aplicable el art. 161 bis.1 LGSS (1994), sobre jubilación a edad reducida por discapacidad y por razón de la actividad.

[11] En virtud de la disp. adic. 8ª.4 LGSS (1994), el art. 166 de la misma Ley que regulaba la jubilación anticipada parcial vinculada a contrato de relevo se aplicaba en el REASS, así como en los demás Regímenes Especiales.

2.4. Jubilación anticipada de mutualistas

En cuanto a posibilidad de jubilarse anticipadamente que tenían quienes cotizaron al régimen de Mutualismo Laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967 (a la que alude la disposición transitoria 4ª.1.2ª LGSS), hay que señalar que la Mutualidad Nacional de Previsión Agraria no se encontraba incluida en el sistema de Mutualismo Laboral. Y en consecuencia, las cotizaciones efectuadas a aquélla no conferían al trabajador del campo la condición de mutualista necesaria para acceder a esta modalidad de jubilación anticipada[12].

2.5. Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador y por voluntad del interesado

2.5.1. Ordenación en el RGSS sistema ordinario

Como es sabido los arts. 207 y 208 prevén la posibilidad de alcanzar la jubilación sin haber cumplido la edad ordinaria legalmente fijada, en dos supuestos diferentes y que han sido reformados por la Ley 21/2021.

El primero de ellos contempla el paso a esta situación desde el desempleo, cuando se cesó en el trabajo por determinados motivos ajenos a la voluntad de la persona trabajadora: despido colectivo, por causas objetivas o mediante resolución judicial[13], así como por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual o por fuerza mayor; añadiéndose la extinción por voluntad de la persona trabajadora en determinadas situaciones que la empujan a tomar esta decisión[14].

La jubilación por este cauce se permite hasta cuatro años antes de cumplir la edad ordinaria[15]. Siendo preciso además llevar por lo menos seis meses inscrito como demandante de empleo, y acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años sin contar la parte proporcional de pagas extraordinarias. Añádase que, por aplicación de la regla general contenida en el art. 205.1 b) LGSS, al menos 2 de los años cotizados deberán estar comprendidos en los 15 años anteriores al momento en que cesó la obligación de cotizar.

En este tipo de acceso la pensión se ve minorada mediante la aplicación de los coeficientes reductores fijados en el art. 207.2 LGSS, que varían en función del periodo de cotización acreditado y de los meses de anticipación.

Por su parte, el art. 208 LGSS alude a la jubilación adelantada por la mera voluntad del interesado.

En este caso la anticipación permitida es menor, ya que se admite el retiro como máximo dos años antes de cumplir la edad ordinaria[16].

---

[12] Así lo aclaró la jurisprudencia; por todas, STS (Social) 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993,8938). *Vid.* al respecto Arenas Viruez, M.: *Hacia la desaparición del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Junta de Andalucía y CES, Sevilla, 2008, p. 437; y Hierro Hierro, F.J.: *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 326.

[13] Regulada en los arts. 169 y ss. del Texto Refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo).

[14] Extinción por voluntad del trabajador en los casos de traslado, modificación sustancial de condiciones de trabajo e incumplimiento grave de las obligaciones empresariales, así como por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género.

[15] Edad ordinaria que no puede minorarse aplicando las reducciones por actividades peligrosas o por discapacidad anteriormente expuestas.

[16] Igualmente, entendiendo por edad ordinaria la que está fijada legalmente con carácter general, sin que pueda minorarse aplicando las reducciones por actividades peligrosas o por discapacidad.

El paso a la jubilación debe producirse desde una situación de alta o asimilada al alta, requiriéndose un periodo mínimo de cotización efectiva de 35 años sin contar la parte proporcional de pagas extraordinarias También en este supuesto, al menos 2 de los años cotizados deberán estar comprendidos en los 15 últimos años.

La cuantía de la pensión está sujeta a los coeficientes reductores fijados en el art. 208.2 LGSS, que penalizan en mayor medida la anticipación, en comparación con el supuesto de causa no imputable al trabajador.

2.5.2. Regla especial aplicable a los trabajadores del SETCAA

Como ya se ha advertido con anterioridad, en las dos modalidades de jubilación anticipada que acaban de exponerse existe una previsión específicamente aplicable a las personas incluidas en el SETCAA, que se ubica en el art. 256.4 LGSS.

Consiste en que a la hora acreditar el periodo mínimo de cotización exigido, será necesario que de los últimos 10 años cotizados, al menos 6 correspondan a periodos de actividad efectiva en el SETCAA. Asimilándose a ellos los periodos de percepción de prestaciones contributivas por desempleo en este sistema especial.

Este requisito se añade a todos los demás que se han expuesto en el apartado anterior y que constituyen las reglas comunes para acceder a la jubilación anticipada en el RGSS, es decir el requisito de carencia general (haber cotizado al menos 33 años o bien 35) y el de carencia específica (haber cotizado 2 años en los últimos 15).

La regla especial de comentario solo puede entenderse si se tiene en cuenta el peculiar sistema de cotización del SETCAA, basado en la distinción entre periodos de actividad y de inactividad[17]. Y es que en este sistema especial resulta obligatorio cotizar tanto durante las etapas de actividad por la realización de labores agrarias como durante los periodos de inactividad, según establece el art. 253.1 LGSS. Entendiéndose que existen periodos de inactividad, dentro de un mes natural, cuando el número de jornadas reales realizadas sea inferior al 76,67 % de los días naturales en que el trabajador figure incluido en el sistema especial en dicho mes[18].

Durante los periodos de inactividad se continúa en situación de alta, siendo la propia persona trabajadora el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y del ingreso de las cuotas (art. 255.3 LGSS).

Por lo tanto, el efecto que tiene la regla particular del art. 256.4 consiste en impedir el acceso a la jubilación anticipada a aquellos empleados agrarios que durante sus últimos 10 años cotizados hayan permanecido mayoritariamente en periodos de inactividad (aunque como se ha expuesto se trate de una inactividad durante la cual se cotiza).

Conviene recordar al respecto que para mantenerse en alta en el SETCAA en los periodos de inactividad, es suficiente con haber realizado un mínimo de 30 jornadas reales en un periodo continuado de 365 días y solicitarlo expresamente (art. 253.2 LGSS).

---

[17] *Vid.* al respecto Arias Domínguez, A.: "Sistema especial de cotización de los trabajadores asalariados agrarios", en VV.AA. (Dir.: Hierro Hierro, F.J.): *Sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios. Comentarios a la Ley 28/2011, de 22 de septiembre*, Laborum, Murcia, 2012, pp. 67 y ss.

[18] Sin perjuicio de ello, no existirán periodos de inactividad dentro de un mes natural cuando el trabajador realice en él, para un mismo empresario, un mínimo de cinco jornadas reales semanales en cumplimiento de lo establecido en el convenio colectivo.

Mediante la introducción de esta exigencia, el legislador parece haber querido frustrar el acceso a la jubilación anticipada a quienes hayan optado por la estrategia de mantener el alta y la cotización con una mínima actividad real en los últimos 10 años, permaneciendo la mayoría de este tiempo en situación de inactividad.

Lo cierto es que a la postre, este requerimiento adicional tiene como consecuencia que resulte más que difícil para los asalariados del campo poder acceder a la jubilación anticipada, en un sector tan precarizado y de tanta temporalidad[19].

De otro lado hay que tener en cuenta que a estos efectos computan también las cotizaciones efectuadas en el REASS hasta la fecha de su desaparición[20]; e igualmente, deberían admitirse los periodos de percepción de la prestación contributiva por desempleo en el REASS, dado que según dispone el mismo art. 256.4 LGSS, "*a estos efectos, se computarán también los periodos de percepción de prestaciones por desempleo de nivel contributivo en este sistema especial*".

En otro orden de cosas, parece natural plantearse cuáles son exactamente los supuestos en que entra en juego la exigencia particular expuesta; especialmente, en cuanto a aquellos trabajadores que a lo largo de su vida laboral han cotizado en el SETCAA pero también han ejercido otro tipo de actividad por cuenta ajena al margen del sector agrario. Al fin y al cabo, tratándose de un sector especialmente castigado por la precariedad es habitual la persona trabajadora del campo que llega a la edad madura se haya ido empleando también alternativa o sucesivamente en trabajos de otro tipo a lo largo de su vida.

Al respecto cabe señalar los términos exactos con los que da comienzo el art. 256 LGSS: "*Los trabajadores incluidos en Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios…*"; de donde se infiere que es precisamente a este colectivo, a las personas incluidas en el SETCAA, al que alude más adelante el precepto en su apartado 4 cuando aborda el acceso a la jubilación anticipada.

Significa ello que el art. 256.4 LGSS se va a aplicar a quienes soliciten la pensión de jubilación anticipada estando incluidos en el SETCAA, o lo que es lo mismo, siendo trabajadores por cuenta ajena agrarios incorporados a este sistema. Y a contrario no le sería exigible cumplirla, por ejemplo, a quien se hubiera dedicado a las labores agrarias muchos años, pero posteriormente hubiera cambiado a otra actividad por cuenta ajena y desde ahí solicitara la pensión de jubilación anticipada, no estando ya de alta en el SETCAA sino en el RGSS sistema ordinario.

En relación con esta cuestión también cabe acudir a otros dos preceptos, cuya lectura y exégesis conducen a la misma conclusión que acaba de exponerse:

En primero de ellos es el art. 4.2 del Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social. Prescribe que la pensión será reconocida por el órgano o entidad gestora del régimen al que el causante hubiera efectuado las últimas

[19] "Recordemos que hablamos de trabajadores mayoritariamente eventuales, que llevan a cabo actividades de importante exigencia física y de escasos ingresos, a los que se les va a requerir esta carencia adicional de muy difícil cumplimiento real de no tratarse de trabajadores fijos (…) por mucho que también se tenga en cuenta (…) los días en que se haya percibido desempleo contributivo en este sistema especial" (Téllez Valle, V.: "Artículo 256. Acción protectora", en VV.AA. -Dirs.: García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J.R. y Trillo García, A. R.-: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2016, p. 1184). Y todo ello, entiéndase, al margen del grave problema del trabajo prestado en la economía irregular (*vid.* al respecto Pérez Hernández, M.M.: "Sistema Especial Agrario: una perspectiva desde la Inspección de Trabajo y Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 29, 2021, p. 266.

[20] La disposición transitoria 17ª.2 LGSS otorga plena eficacia a las cotizaciones satisfechas al extinguido REASS a efectos de perfeccionar el derecho a las prestaciones previstas en la acción protectora del Régimen General.

cotizaciones, el cual deberá resolver aplicando sus propias normas (aun cuando haya que tener en cuenta la totalización de periodos). En el caso de que las últimas cotizaciones fueran simultánea.s a varios regímenes, la competencia para la resolución corresponderá a aquel respecto del cual se hubiera acreditado un mayor período cotizado[21].

Y en segundo lugar, el art. 68 del Reglamento General del REASS (Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre), que continúa en vigor y en cuya virtud: "*las pensiones de invalidez, vejez, muerte y supervivencia a que los acogidos a uno u otro de ambos Regímenes puedan tener derecho en virtud de las normas que los regulan, serán reconocidas, según sus propias normas, por la Entidad Gestora del Régimen donde el trabajador estuviese cotizando al tiempo de solicitar la prestación, teniendo en cuenta la totalización de períodos*"[22].

Aunque los dos artículos que acaban de traerse a colación se refieren a la coordinación entre los distintos regímenes de la Seguridad Social (y no entre un sistema especial y uno ordinario), parece razonable acudir a ellos también para determinar cuándo se deben aplicar las reglas particulares de un sistema especial en el acceso a una prestación dentro del RGSS[23], a falta de otra norma más específica que lo aclare[24].

En otro orden de cosas cabe reseñar, también en cuanto a la jubilación anticipada de los trabajadores del campo, que los convenios colectivos del sector agrario contienen a veces cláusulas que fijan algunos incentivos para quienes optan por la jubilación anticipada. En ocasiones se establecen premios o ayudas por jubilación, cuya cuantía es mayor para quienes se jubilan prematuramente[25]; o se dispone que solamente los reciban quienes acceden al retiro anticipadamente[26]. Coherentemente los convenios tienden también a desincentivar la jubilación demorada, en forma de estímulos que están diseñados para que los trabajadores no retrasen su jubilación y efectivamente se retiren una vez que han alcanzado la edad ordinaria. Así, partiendo de que numerosos convenios colectivos del campo establecen "ayudas" o "premios" a recibir en el momento de la jubilación[27], no pocos de ellos prescriben que tales ayudas no se percibirán en

[21] En realidad el ámbito subjetivo declarado de este Real Decreto 691/1991 se hace corresponder con quienes hayan cotizado en el Régimen de Clases Pasivas y en otro u otros regímenes, según su art. 1; pero los tribunales lo han venido aplicando a cualquier situación de cómputo recíproco de cotizaciones aunque no estuviera implicado el sistema de Clases Pasivas (Ballester Pastor, M.A.: "Acceso a la jubilación parcial en carreras profesionales diversificadas en varios regímenes de la seguridad social: criterios jurisprudenciales y cuestiones pendientes", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6, 2008).

[22] Dado que nunca se ha producido una derogación expresa e íntegra del Decreto 3772/1972, cabe entender que su art. 68 sigue vigente.

[23] En este sentido se expresa la STSJ Castilla y León 26 febrero 2018 (JUR 2018,108873): "Y como el artículo 68 del Decreto 3772/1972 sigue vigente, esta Sala entiende que hemos de atenernos al mismo, sustituyendo las menciones que se hacen al Régimen Especial Agrario por el sistema especial de trabajadores por cuenta ajena agrarios".

[24] En este sentido, afirma la STSJ Castilla y León 26 febrero 2018 (JUR 2018,108873):"Parece que el legislador ha previsto que, al pasar a integrarse en el Régimen General, ya no era precisa una norma sobre cómputo de cotizaciones entre ambos regímenes. Sin embargo diferencias como las que aquí nos ocupan demuestran la necesidad de determinar, en ciertas situaciones, qué normas han de aplicarse".

[25] Como ejemplos cabe citar el Convenio Colectivo del campo para la provincia de Toledo, B.O. Toledo 1 junio 2018, art. 36; o el Convenio Colectivo de empresas de producción de plantas vivas y su venta de Jaén, B.O. Jaén 4 junio 2009, arts. 25 y 26.

[26] Ejemplos: Convenio Colectivo provincial del trabajo en el campo de Almería, B.O.P. Almería 24 abril 2013, art. 43; Convenio Colectivo agropecuario de la provincia de Cuenca, B.O. Cuenca 12 noviembre 2018, art. 29.

[27] Normalmente en forma de cuantía económica (como en el Convenio Colectivo del campo para la provincia de Toledo, B.O. Toledo 1 junio 2018, art. 36), pero a veces también como vacaciones o permisos suplementarios retribuidos (Convenio colectivo para las actividades agropecuarias de la provincia de León, B.O. León 12 agosto 2019, art. 29).

caso de jubilarse a una edad superior a la ordinaria[28]. Algunos convenios van más allá y penalizan a los trabajadores que deciden continuar en activo más allá de la edad ordinaria, negándoles el derecho a cobrar el complemento de antigüedad[29].

Añádase por último que existen además otras disparidades entre el SETCAA y el RGSS sistema ordinario, que se aplican con carácter general a todas las modalidades de jubilación y no solo al retiro anticipado. Las más importante serían la no integración de lagunas para el cálculo de la cuantía y el requisito de no morosidad exigible para el acceso a la pensión[30]:

En efecto, en lo referente al cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, en el SETCAA se descarta expresamente la integración de lagunas prevista en el art. 209.1 b) LGSS, al declarar el art. 256.7 LGSS que: "*Para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de […] jubilación causadas por los trabajadores agrarios por cuenta ajena respecto de los periodos cotizados en este sistema especial solo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados*".

Por su parte, el requisito de no morosidad consiste en que, para ser beneficiario de una pensión de jubilación contributiva, así como para cualquier otra de las prestaciones económicas de carácter contributivo de la Seguridad Social, los trabajadores del SETCAA deben encontrarse al corriente en el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de inactividad, de cuyo ingreso son responsables (art. 256.2 LGSS).

3. Conclusiones

La protección social de quienes prestan servicios por cuenta ajena en el sector agrario está presidida por la equiparación con el resto de las personas trabajadoras, pero con algunos rasgos diferenciadores. Estas disimilitudes, que conforman el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, afectan tanto a la cotización como a la acción protectora.

El tratamiento diferenciado de este colectivo tiene su origen histórico en la existencia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y, posteriormente, en el proceso de desaparición de éste y de integración de sus trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General mediante la creación de un sistema especial, que tuvo lugar en 2011.

A la pensión de jubilación de los empleados del campo no se le aplican exactamente las mismas previsiones normativas que al resto de trabajadores, sino que tiene ciertas notas distintivas propias. Las más relevantes son la no aplicación del mecanismo de integración de lagunas, así como la exigencia de estar al corriente en el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de inactividad, de cuyo ingreso son responsables los propios trabajadores, para poder ser beneficiarios.

En lo relativo a la jubilación anticipada, en el año 2011 se produjo un notable avance en la homologación de la protección social de este colectivo con el RGSS al permitirles acogerse

[28] Así, dispone el Convenio Colectivo de actividades agropecuarias de la provincia de Málaga, B.O. Málaga 17 diciembre 2020, en su art. 32: "No tendrán derecho a dichas pagas si el trabajador se jubilara con posterioridad a la edad legal de jubilación".

[29] Convenio Colectivo provincial del campo de Granada, B.O. Granada 22 noviembre 2017, art. 12: "Para fomentar el acceso de trabajadores jóvenes, la antigüedad será cero desde el mes siguiente al momento en que el trabajador alcance la edad mínima de jubilación".

[30] Al margen de alguna otra de menor calado, como la compatibililidad entre el percibo de la pensión de jubilación y la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico u ocasional, con base en la disp. adicional 7ª de la Ley 28/2011 (la cual no fue derogada por la disp. derogatoria única.23 LGSS, a diferencia de la mayoría de los artículos de aquella Ley).

a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador y por voluntad del interesado, situaciones que anteriormente tenían vetadas.

Sin embargo la equiparación no fue total, tal como ha podido comprobarse. Los trabajadores del campo se encuentran sometidos a una regla especial relativa a los requisitos de carencia, ubicada en el art. 256.4 LGSS. Se les impone una exigencia adicional que guarda una íntima conexión con el peculiar sistema de cotización del SETCAA, y que impide la entrada en la jubilación anticipada a quienes hayan pasado la última etapa de su vida laboral mayoritariamente en periodos de inactividad cotizados.

El resultado de esta exigencia es que las personas trabajadoras del campo se encuentran con importantes dificultades para poder acogerse a la jubilación anticipada prevista en los arts. 207 y 208 LGSS. Habida cuenta de la precarización y estacionalidad que tradicionalmente son propias de su profesión, les resulta muy complicado mantenerse en periodos de actividad efectiva durante la mayor parte de sus últimos 10 años de cotización.

Tomando en consideración las importantes disimilitudes que subsisten en materia de jubilación en general y de jubilación anticipada en concreto, no puede decirse que se haya logrado "la plena homogeneización del sistema público de pensiones" por la que abogaba la Recomendación 6ª del Pacto de Toledo[31] y a la que hacía referencia en el preámbulo de la Ley 28/20111.

En realidad, la mayoría de las distinciones que subsisten en las pensiones del SETCAA encuentran su justificación en su sistema de cotización característico, que está muy alejado en algunos aspectos del comúnmente establecido para los trabajadores por cuenta ajena. Así, el hecho de que el propio trabajador sea sujeto responsable del ingreso de las cuotas durante los periodos de inactividad está en la base de que se le apliquen las mismas reglas que a los trabajadores autónomos, que son también responsables de sus propias cotizaciones, tanto en lo relativo a la no integración de lagunas, como en la exigencia de no morosidad para el acceso a las prestaciones.

De igual manera, el requisito de carencia adicional para jubilarse anticipadamente que ha sido objeto de comentario se conecta con el sistema de cotización del SETCAA, que permite a los trabajadores seguir pagando las cuotas durante los periodos de inactividad. Y tendría como finalidad impedirles la jubilación anticipada cuando, estratégicamente, hayan seguido cotizando en los años previos a la jubilación anticipada pero manteniendo una mínima actividad efectiva y permaneciendo casi todo el tiempo en situación de inactividad.

En suma, es notorio que las diferencias en la acción protectora por jubilación del SETCAA se hallan, en su gran mayoría, íntrinsecamente vinculadas a su sistema de cotización propio. Ahora bien, cabría plantearse la conveniencia de seguir manteniendo este último, tan distante del método de cotización general del RGSS. Si en tiempos pasados el particular modo de cotizar del REASS y posteriormente del SETCAA se justificaban en la temporalidad característica de este sector, cabe alegar que hoy día el campo no es, lamentablemente, el único ámbito que presenta unos altos índices de precariedad en el empleo, ni tampoco el único en el que las empresas se enfrentan a graves dificultades para salir adelante, lo que lleva a poner en cuestión que en 2022 subsistan diferencias tan importantes en la Seguridad Social de las personas trabajadoras del campo con respecto a los demás.

[31] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie E, 12 de abril de 1995.

Early retirement due to long-term unemployment and the termination of the employment contract by means of an agreement, in Portugal

Sara Leitão
Assistente Invitada
Faculdade de Direito de la Universidade de Lisboa
Vogal de la Dirección del Instituto de Direito do Trabalho
https://orcid.org/0000-0003-0877-4716

1. The revocation of the employment contract

Pursuant to article 340, paragraph b) of the Portuguese Labour Code[1], the revocation of the employment contract, by means of an agreement between the parties, is a form of termination of the employment contract, based on the principle of contractual freedom, which grants the parties autonomy to terminate the contracts they enter into by mutual agreement[2]. This form of termination of the employment contract depends on the agreement of the parties - employer and employee - regarding the termination of the employment relationship and its effects and is a bilateral agreement, whereby the parties agree to terminate a valid employment contract. It is regulated in articles 349 et. seq. and shall comply with specific legal requirements, namely, regarding its legal form - it must be covered by a written agreement, expressly mentioning the date of signature of the agreement, the date on which the agreement takes effect, corresponding to the date of termination of the employment contract, and it shall also contain an express reference

[1] The Portuguese Labour Code was approved by the Law no. 7/2009, of 12 February, and can be accessed, as any other Portuguese legislation, on www.dre.pt.

[2] Martinez, P.: *Direito do Trabalho*, 10th ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 954.

to the possibility conferred to the employee of, up to the seventh day following the date on which the agreement was signed, freely revoking the termination agreement[3], under penalty of it becoming null and void[4]. The revocation agreement shall produce effects only for the future and may be concluded at any time, taking effect on the date determined by the parties. Apart from the termination of the employment contract, other effects may be agreed upon between the parties as a consequence of termination, including, for instance, the payment of a compensation to the employee, which is common but not mandatory[5], the maintenance or cancellation of additional benefits granted by the employer as pursuant to the employment contract (e.g. health insurance), outplacement consultancy services to be granted by the employer following termination, non-compete covenants, confidentiality duties, delivery of work tools.

2. Unemployment as a consequence of a revocation agreement

2.1. General rules on the access to unemployment allowance

Unemployment protection is one of the cornerstones of social protection systems[6], serving as a manifestation of the Welfare State and acting as one of the most relevant responses in crisis contexts that lead to a worsening of unemployment, being imposed by Convention 102 of the International Labour Organisation[7]. In Portugal, the legal framework for the protection against unemployment for subordinate employees is regulated by Decree-Law no. 220/2006, of 3 November, which establishes passive and active measures for the protection against unemployment, complying with the constitutional rules that foresee the employees' right "to material assistance, when involuntarily finding themselves in a situation of unemployment" (article 59, no. 1, al. e) of the Constitution) and the role of the social security system in protecting citizens in situations of "illness, old age, disability, widowhood and orphanhood, as well as in unemployment and in all other situations of lack or reduction of means of subsistence or capacity to work" (article 63, no. 3 of the Constitution). The award of the unemployment allowance is the main passive measure for compensating the beneficiary for unemployment and consists of awarding pecuniary benefits

[3] The employee's right to withdraw from the revocation agreement is expressly provided for and regulated in article 350 of the Labour Code. The exercise of this right depends on the employee delivering or putting, by any means, at the disposal of the employer the total amount of the pecuniary compensation paid in compliance with the agreement, or by effect of the termination of the employment contract, if any. The employee will have no right of withdrawal if the signatures on the agreement are certified by a notary (no. 3 and 4 of article 350).

[4] Xavier, B., Martins, P., Carvalho, A., and Vasconcelos, J.: *Manual de Direito do Trabalho*, 4th ed., Lisbon, Rei dos Livros, 2020, p. 758.

[5] The payment of a compensation to the employee is not mandatory, but it is very common that the parties agree on such a payment as a consequence of the termination of the employment agreement, as sometimes it serves as a convincing factor for the employee to accept the termination of the contract.

[6] The preamble of Decree-Law no. 220/2006, of 3 November.

[7] Pursuant to article 19 of the Convention, "Each Member for which this Part of this Convention is in force shall secure to the persons protected the provision of unemployment benefit in accordance with the following Articles of this Part".

aimed at such purpose[8],[9]. As a rule, beneficiaries are entitled to unemployment benefits if their employment contract has been terminated in accordance with the terms of the law, they fulfil the respective conditions for entitlement on the date of unemployment and live in Portugal[10]. Recognition of entitlement to unemployment benefits depends on the characterisation of the beneficiary's employment relationship (an employment contract), on the unemployment situation, the enrolment with the employment centre in the beneficiary's residential area[11], and on the verification of guarantee periods, under the terms set out in Decree-Law no. 220/2006[12]. For granting unemployment benefit, the guarantee period is 360 days of work in a 24-month period immediately preceding the date of unemployment[13].

In view of the interests pursued by Social Security and the need for an adequate management of resources, complying with the requirements of good administration and the principle of sustainability[14], only in cases of termination of the employment contract caused by an involuntary or similar to involuntary fact shall beneficiaries be entitled to unemployment protection. It is intended to prevent access to unemployment benefits to those who, not intending to work or to maintain a certain activity, terminate, on their own initiative or with their consent, the contractual relationship they had[15], as it is considered that it should not be the public security system to bear the costs inherent in all situations of termination of the employment contract, with unemployment protection being limited to cases in which the employee did not contribute to the loss of his job[16]. Thus, for the purposes of this regime, only the situation arising from the involuntary loss of employment of the beneficiary with the capacity and availability to work is considered unemployment[17], considering as involuntary unemployment, as a rule, the situations, typified by law, in which the termination of the employment contract arises from the employer's

[8] Apart from unemployment allowance, the law also provides for social unemployment allowance and partial unemployment allowance as unemployment benefits (article 7 of Decree-Law no. 220/2006). Social unemployment allowance is granted when unemployment allowance is not conferred, and when the beneficiary has exceeded the time period during which unemployment allowance is granted and is conditional on the income of the beneficiary's household (means-tested benefit). Partial unemployment allowance is granted when the beneficiary performs a professional activity under the terms provided for in the regime.
Under the terms of article 6 of Decree-Law no. 220/2006, unemployment benefits aim at "a) compensating the beneficiaries for the lack of salary arising from the unemployment situation or the reduction caused by the acceptance of a part-time job; b) Promoting the creation of employment, namely through the payment of the unemployment allowance as a lump-sum in order for the beneficiary to create his own employment".

[9] Active measures include active employment policy measures that promote the improvement of employability levels and reintegration into the labour market, including, e.g., the payment of unemployment allowance as a lump-sum to promote the creation, by the beneficiary, of his own employment (article 4 of Decree-Law no. 220/2006).

[10] Article 8, no. 1, of Decree-Law no. 220/2006.

[11] Article 20 of Decree-Law no. 220/2006.

[12] Article 18, no. 1, of Decree-Law no. 220/2006.

[13] Article 22, no. 1, of Decree-Law no. 220/2006.

[14] Loureiro, J.C.: "Malhas que o (des)emprego tece: nótula sobre o desemprego involuntário como requisito de proteção social previdencial", VV.AA.: *Para Jorge Leite*, Reis, J. and Silva, A. (Coord.), Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 483.

[15] Loureiro, J.C.: "Malhas que o (des)emprego tece: nótula sobre o desemprego involuntário como requisito de proteção social previdencial", cit., p. 487.

[16] Matias, C.: "Cessação do Contrato de Trabalho e Prestações de Desemprego: análise e reflexão sobre o conceito de "desemprego involuntário", *Questões Laborais*, 50, 2017, p. 127.

[17] Article 2, no. 1, of Decree-Law no. 220/2006, under which "for the purposes of this decree-law, any situation arising from the involuntary loss of employment of the beneficiary with the capacity and availability for work, registered for employment at the employment centre, is considered unemployment".

initiative, or is caused by it[18],[19], being excluded from this concept the situations in which the employee caused, directly or indirectly, promoted or consented to the termination of the contract. Cases in which the dismissal promoted by the employer is due to a fact attributable to the employee, in which the employee refuses to continue working after the end of the contract, when it has been proposed to him, or in which the parties enter into an agreement to terminate the employment contract are, as a rule, excluded from the definition of involuntary unemployment, not conferring the right to unemployment protection[20].

2.2. The revocation agreement as an involuntary form of termination of the employment contract

The concept of involuntary unemployment must, however, be assessed from a substantive or material perspective, and not from a merely formal perspective, taking into account the possibility that there may be situations in which, despite the employee giving his formal consent to the termination of the employment relationship, this does not mean that the unemployment is voluntary or that it deserved his agreement. Thus, the law expressly provided for cases in which, although the termination of the employment relationship emerges from an agreement to revoke the employment contract concluded between both parties, it is understood that the loss of employment is involuntary, giving the employee the right to protection in the event of unemployment. Article 9, no. 1, paragraph d), of Decree-Law no. 220/2006 also qualifies as involuntary unemployment the cases where a revocation agreement is entered into under the terms set forth in this regime. In specific terms, the regime characterizes as a situation of involuntary unemployment the situations of termination of the employment contract by agreement, [i] that are part of a process of reduction of staff, either for reasons of restructuring, viability or recovery of the company, or even due to the company being in a difficult economic situation, irrespective of its size[21], [ii] based on reasons that would allow the use of collective dismissal or dismissal due to the extinction of the job position, taking into account the size of the undertaking and the number of employees covered[22] or [iii] aimed at strengthening the qualification and technical capacity of companies and not determining a decrease in the level of employment[23]. If the first set of situations depends on whether the company's situation is assessed by the court or the Government and does not, therefore, generate the need to impose greater requirements or limits, the same does not happen with the other situations, in which the Government and the courts do not have direct intervention, being, therefore, more permeable to abuses and situations of fraudulent recourse to the institute of revocation.

Being aware of these risks, the law created specific requirements and limits for cases of termination by agreement based on reasons that would allow the use of collective dismissal or termination of the job, as well as for cases of termination by agreement with a view to strengthening the technical capacity of companies. In the first case, only terminations that fall within the legally established limits are considered - in undertakings with up to 250 employees, terminations of employment contracts of up to three employees or up to 25 % of the workforce are

[18] In particular, when the employee terminates the employment contract invoking the existence of just cause.

[19] Article 9, no. 1, of Decree-Law no. 220/2006. Also, the situations of expiration of the contract not determined by the attribution of a pension are also considered involuntary unemployment.

[20] Article 9, no. 2 and 3, of Decree-Law no. 220/2006. In the first case, unemployment protection shall be granted if the employee proves to have filed a judicial claim against the employer challenging the dismissal.

[21] Article 10, no. 1 and 2, of Decree-Law no. 220/2006.

[22] Article 10, no. 4, of Decree-Law no. 220/2006.

[23] Article 10-A of Decree-Law no. 220/2006.

considered, in each three-year period; in companies with more than 250 employees, terminations of employment contracts of up to 62 employees inclusive, or up to 20 % of the workforce are considered, with a maximum limit of 80 employees in each three-year period[24]. These limits are measured by reference to the three previous years, counting as of the date of termination of the contract, inclusive, and considering the number of employees of the undertaking in the month prior to the date of the beginning of the triennium, in compliance with the most favourable criterion[25]. In the second case, regulated in article 10-A of Decree-Law no. 220/2006, situations where the employment contract is terminated by agreement aimed at strengthening the qualification and technical capacity of companies and do not lead to a decrease in the level of employment are considered, being understood as such the cases in which the termination of the contract is followed by the hiring of a new employee through a full-time, open-ended contract, for a job corresponding to the exercise of a technically complex activity, involving a high degree of responsibility or entailing a special qualification, until the end of the month following that of the termination of the employment contract. In this case, as the level of employment is maintained, no quantitative limits apply.

3. Early retirement

3.1. Rationale and general rules on early retirement

In Portugal, the protection regime in case of invalidity and old age of the beneficiaries of the general Social Security regime is provided for in Decree-Law no. 187/2007, of 10 May, which followed the legislative authorization granted by Law no. 4/2007, of 16 January. In accordance with this law, protection in the event of disability and old age is ensured through monthly cash benefits called "disability pension" and "old age pension"[26]. This paper refers to the event of old age, which occurs when the beneficiary reaches the minimum age legally assumed as adequate for the termination of the exercise of the professional activity[27], based on a legal presumption that such age is the "normal" age to put an end to working life[28]. The recognition of the right to the old age pension, whose monthly amount corresponds to the product of the reference remuneration by the global pension formation rate and by the sustainability factor, when applicable[29], is requested by the beneficiary and depends on the completion of the guarantee period[30], which is of 15 calendar years with remuneration records[31], and on the beneficiary being of an age equal

[24] Criticizing these limits, arguing they promote an increase in labour disputes and litigation, encouraging companies to resort to dismissal once the respective quotas have been exhausted, with the corresponding increase in the cost of the process for the employer and without this resulting in savings for Social Security, which will guarantee unemployment benefits to employees made redundant, Valente, R.: "Direito do Trabalho e prestações de desemprego. A Segurança Social como outorgante fantasma na transacção laboral", *Prontuário de Direito do Trabalho*, 86, 2020, p. 96.

[25] Article 10, no. 4 and 5 of Decree-Law no. 220/2006.

[26] Article 4 of Decree-Law no. 187/2007.

[27] Article 2, no. 2, of Decree-Law no. 187/2007.

[28] The minimum age legally assumed as adequate for the termination of the exercise of the professional activity "is the key basilar concept and the polar star of the whole regime of access to old age social protection in Portugal, because it is transversal to the whole legal regime of such contingency, a concept that is centred in the evolution of the average life expectancy and that will vary along time" (Barros, M.: "O Regime Jurídico das Pensões de Velhice no Direito Português da Segurança Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, no. 1, 2018, p. 169, freely translated)

[29] Article 26, no. 2, of Decree-Law no. 187/2007.

[30] Article 10, no. 1, of Decree-Law no. 187/2007.

[31] Article 19, of Decree-Law no. 187/2007. Pursuant to article 12, no. 1, in order to comply with the guarantee period, the calendar years in which the total number of days with remuneration records is equal to or greater than 120 days are taken into account.

to or greater than the normal age of access to the old age pension, obtained according to the evolution of the average life expectancy at 65 years of age[32]. Decree-Law no. 187/2007 of 10 May 2007 recognises that in certain cases, due to various factors, it is justifiable to bring forward the age of access to protection in the case of old age. However, Decree Law no. 187/2007, of 10 May, establishes special measures for anticipating access to the old age pension, namely, in the case of very long contribution careers[33], due to the particularly arduous or exhausting nature of the professional activity carried out[34], recognised by law, in the scope of temporary measures of specific protection for activities or undertakings on cyclical grounds[35], or in the case of involuntary long-term unemployment[36], referring, in the latter case, to another diploma, and establishing the age limit as 57 years old[37].

Long-term unemployment is defined as unemployment which extends beyond the period for which the respective unemployment allowance was granted, and the granting of such unemployment benefit must have been terminated or exhausted prior to accessing the early pension[38]. The extension of the unemployment situation is a factor that hinders the employability of the beneficiary, which, together with the increase in age, increases the probability of maintaining the unemployment situation beyond the period during which unemployment benefits are guaranteed, despite the beneficiary still being of working age, which generates the need for articulation of these rules with the rules for access to the old age pension. For this reason, for older employees who have been unemployed for longer, the law defines special and more favourable conditions of access to the old age pension that allow them to retire earlier, in a deviation from the general age of access to this benefit. Thus, in duly proven situations of long-term unemployment and after the initial period of unemployment benefit or social unemployment benefit has been exhausted, Decree-Law 220/2006 establishes the possibility of beneficiaries accessing the old-age pension by bringing forward the age of entitlement. Specifically, the age of entitlement to the

[32] Article 20, no. 3, of Decree-Law no. 187/2007. The normal age of entitlement to an old-age pension is calculated according to the formula $m_n = \sum_{i=2015}^{n} (EMV_{i-2} - EMV_{i-3}) \times 12 \times \frac{2}{3}$, where "$m$" is the number of months number to be added to the normal pensionable age for 2014, "n" is the pension starting year, and "EMV" is the average life expectancy at age 65. The normal access age to the old age pension of the general social security scheme is 66 years and 7 months in 2022 (Ministerial Order no. 53/2021, of 10 March) and 66 years and 4 months in 2023 (Ministerial Order no. 307/2021, of 17 December).

[33] As a rule, for beneficiaries who are 60 years old or more, with 48 years with a record of relevant remunerations (article 21-A of Decree-Law no. 187/2007).

[34] This is, in particular, the case of workers in mines, ore washing and workers in the extraction or primary transformation of stone, under the terms of Decree-Law no. 195/95, of 28 July, or the captains and co-pilots of aircraft for the commercial public transport of passengers, cargo or mail, under the terms of Decree-Law no. 156/2009, of 9 July. It could be understood that this scheme is not really an anticipatory scheme, but rather the provision for the existence of special schemes for access to old-age pensions in certain cases, since in these schemes, this anticipated age is the normal age of access to old-age pension for these activities or employees (Barros, M.: "O Regime Jurídico das Pensões de Velhice no Direito Português da Segurança Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, no. 1, 2018, p. 180).

[35] Article 23 of Decree-Law no. 187/2007.

[36] Article 20, no. 1, of Decree-Law no. 187/2007.

[37] Article 24 of Decree-Law no. 187/2007.

[38] Barros, M.: "O Regime Jurídico das Pensões de Velhice no Direito Português da Segurança Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, no. 1, 2018, p. 181.
According to article 37 of Decree-Law 220/2006, the entitlement period for unemployment allowance and initial unemployment social allowance is established according to the age of the beneficiary and the number of months with remuneration records in the period immediately before the unemployment date. For beneficiaries aged 50 or over, this period varies between 270 days and 540 days, and may be increased by 60 days for every five years of paid employment in the last 20 years.

old-age pension is brought forward to 62 for beneficiaries who have fulfilled the legally required guarantee period and are aged 57 or more at the date of unemployment[39]. The age of access to the old-age pension is also brought forward to 57 for beneficiaries who, at the date of unemployment, cumulatively are aged 52 or older and have a contribution career of at least 22 calendar years with remuneration records. Before the age of 62, beneficiaries who have fulfilled the guarantee period required by law and are aged 57 or older at the date of unemployment, may have access to the old-age pension if at the date of unemployment, they have at least 22 calendar years with remuneration records[40].

3.2. Applicable limits

However, these measures imply a significant increase in costs for the social security system, which is why bringing forward the age of access to the retirement pension is, more often than not, associated to a worsening of the pension calculation, through the definition of reduction factors. Specifically, when access to the old age pension occurs before the age of 62, a reduction factor is applied to the amount of the statutory pension, provided for in the diploma that establishes the flexibility of the legal age of access to the old age pension, according to the number of years of anticipation in relation to the age of 62, where the number of years of anticipation to be considered for determining the global rate of reduction for calculating the pension is reduced by one year for each period of three years that exceeds 32 years of contribution career at the age of 57. Furthermore, in order to avoid situations in which beneficiaries may agree to terminate their employment contract with their respective employers in the expectation that, after the unemployment benefit period has ended, they will have early access to the old-age retirement pension, fraudulently invoking the reasons mentioned above that allow access to protection in the event of unemployment, the legislator has set limits on this anticipation, establishing pension reduction factors when the unemployment situation results from termination of the employment contract by agreement. According to article 58, no. 4 of Decree Law 220/2006, when the unemployment situation emerges from the termination of the employment contract through an agreement, an additional reduction factor[41] is applied to the pension amount, which is cancelled when the beneficiary reaches the normal pension access age. This serves as a way of discouraging the use of termination agreements negotiated between employees and employers as a way of allowing early access to a retirement pension.

4. Cited bibliografy

Barros, M.: "O Regime Jurídico das Pensões de Velhice no Direito Português da Segurança Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, no. 1, 2018, pp. 165-182.

Loureiro, J.C.: "Malhas que o (des)emprego tece: nótula sobre o desemprego involuntário como requisito de proteção social previdencial", VV.AA.: *Para Jorge Leite*, Reis, J. and Silva, A. (Coord.), Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 469-489.

Matias, C.: "Cessação do Contrato de Trabalho e Prestações de Desemprego: análise e reflexão sobre o conceito de "desemprego involuntário", *Questões Laborais*, 50, 2017, pp. 121-151.

[39] As stated in the Judgment of the North Central Administrative Court, of 09/06/2017, Case No. 00649/15.7BEPRT (http://www.dgsi.pt), "In the old age pension anticipation regime in situations of involuntary long-term unemployment, the assumptions that allow such anticipation are reported "at the date of unemployment", not at the date of submission of the application or award".

[40] Article 57 of Decree-Law no. 220/2006, no. 2, 3 and 4.

[41] The reduction factor is calculated using the formula 1 - (*n* x 0.25 %), where *n* corresponds to the number of months between age 62 and the normal age of access to the old age pension in force. (article 58, no. 4, of Decree-Law no. 220/2006).

Martinez, P.: *Direito do Trabalho*, 10th ed., Coimbra, Almedina, 2022.

Valente, R.: "Direito do Trabalho e prestações de desemprego. A Segurança Social como outorgante fantasma na transacção laboral", *Prontuário de Direito do Trabalho*, 86, 2020, pp. 85-100.

Xavier, B., Martins, P., Carvalho, A., and Vasconcelos, J.: *Manual de Direito do Trabalho*, 4th ed., Lisbon, Rei dos Livros, 2020.

Las modalidades de jubilación anticipada tras la reforma de la Ley 21/2021

Rubén López Fernández
Técnico superior en prevención de riesgos laborales
Profesor asociado a la Universidad de Murcia

Como se sabe, el sistema público de pensiones se enfrenta al desafío de pervivir con suficiencia y dignidad frente al nuevo paradigma demográfico: la llegada de las primeras generaciones del *baby boom* a la edad pensionable. El envejecimiento poblacional es un fenómeno consolidado, de tal suerte que la esperanza de vida se ha ido distanciando progresivamente de la edad ordinaria de acceso a la jubilación. Ello, unido al desplome de los índices de natalidad, ha propiciado un acusado crecimiento de la población mayor, lo cual puede apreciarse como un éxito de las sociedades actuales y su progreso técnico y sanitario; pero, a la par, representa un problema de sostenibilidad en la medida en que los parámetros en que fue concebido el sistema han quedado desdibujados. A agravar dicha situación vino la dinámica de reducciones cotizatorias con la que se transitó por la crisis económica 2008-2015. De ahí que el rompecabezas de la sostenibilidad financiera de las jubilaciones no haya hecho desde entonces otra cosa que ganar presencia.

En la búsqueda de dicha sostenibilidad, la mayoría de las aproximaciones se ha centrado en la revisión del gasto. Pero qué duda cabe de que si todas las actuaciones encaminadas a lograr tal fin se enfocan en ese sentido se está poniendo en peligro a la suficiencia del sistema, es decir, al poder adquisitivo de los pensionistas y, por extensión, al desarrollo económico de una sociedad cuyo 25 % está o estará conformado por ellos[1].

[1] Vila Tierno, F.: "El difícil equilibrio entre la sostenibilidad y la suficiencia. Una visión de la situación general del sistema pensando en el futuro", en La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones, Granada, Comares, 2020, p. 8.

Se está, pues, ante un reto demográfico sin precedentes en el que esta comunicación no puede profundizar por evidentes motivos de espacio, y porque supondría perder de vista el objeto de estudio. Baste saber, como aproximación, que en el año 1900 la esperanza de vida en España estaba en torno a los 35 años y hoy rebasa los 82. Para 2050, la proyección del INE la ubica en 90 años. Así las cosas, se hace obvio que, durante las próximas décadas, jubilación y reformas van a seguir siendo inseparables compañeros de viaje.

1. El desafío de sostener un sistema de pensiones digno: factores que lo dificultan

Entre las distintas causas del descenso de la natalidad se encuentra la masiva e irreversible incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Ello se explica en que el tránsito hacia la independencia femenina -clave en toda sociedad que pretenda ser igualitaria- ha propiciado el retraso de la edad dedicada a la maternidad y, por ende, la disminución del número de hijos. En los hogares con cierto nivel de bienestar, en donde ambos cónyuges trabajan, la decisión de ser padres es pospuesta, si es que llega a producirse. Esta situación compromete la pervivencia del sistema de Seguridad Social tal como se le conoce, apoyado desde sus orígenes en el criterio estricto de reparto. De ahí que el pacto intergeneracional que despegó con la bonanza del *baby boom* entre en quiebra.

En efecto, entre 1960 y 1975 nacieron en España 14 millones de niños; cifra que superó en 2'5 millones los nacidos en los 20 años anteriores, y en 4'5 a los nacidos durante los 20 años siguientes. Por entonces, aquellas nutridas generaciones garantizaron el sostenimiento prolongado de la población jubilada, en un contexto en el que, además, la esperanza de vida era notablemente inferior por la ausencia de los avances tecnológicos y la calidad alimentaria de que dispusieron las generaciones posteriores. Pero los *baby boomers* han llegado a la cúspide de una pirámide poblacional que se está invirtiendo, y en un momento en el que el número promedio de hijos por mujer se sitúa en 1'19[2]. Este desequilibrio va a incidir severamente en el pago de las pensiones durante al menos 15 años más; tiempo este en el que la Seguridad Social se verá abocada a inventar soluciones excepcionales salvo que el PIB mantenga un crecimiento constante alrededor del 4 %, cosa poco probable dadas las actuales circunstancias geopolíticas[3].

También la crisis económica que se arrastró hasta mediada la pasada década hizo mella en los balances del sistema. Las políticas de austeridad desplegadas por muchas de las sociedades occidentales -especialmente la española- debilitaron al segmento de población en edad de cotizar. La reforma laboral de 2012 buscó atravesar tal época de recesión mediante la flexibilización del mercado: abaratando el despido, facilitando la contratación temporal, bonificando la empleabilidad de los parados jóvenes, regulando a la baja las condiciones laborales. Ello, en términos monetarios, se tradujo en salarios pequeños y, por tanto, en un socavón cotizatorio que aún se acusa.

A lo anterior habría que añadir la incapacidad del mercado español para acoger la demanda de empleo de jóvenes titulados universitarios durante más de un lustro[4]. Esta fuga de talentos

[2] En "Movimiento natural de la población. Indicadores demográficos básicos", INE, 2021.
A más abundamiento, puede acudirse a los datos de la OCDE. Este organismo pronostica para 2050 una tasa de dependencia en España de personas mayores de 65 años por cada 100 personas activas. OCDE, Pensions at a glance 2019: OECD and G20 indicators, París, OECD Publishing.

[3] Véase Vigo Serralvo, F.: "El deber de trabajar en el sistema de pensiones. Configuración como presupuesto-deber para unas prestaciones suficientes y sostenibles", en La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones, Granada, Comares, 2020, pp. 55-83.

[4] Gómez Salado, M.Á.: "El empleo de los jóvenes: un análisis de las políticas de empleo juvenil en el ámbito local", en Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 206/2018, pp. 65 y ss.

genera un valor añadido en los países de destino, habiendo acarreado España con el coste de su formación. Así las cosas, se evidencia lo urgente de acometer políticas que incentiven el retorno de estos activos cruciales, tanto para la economía nacional como para el sistema de pensiones.

El último de los factores a subrayar es la inmigración que ha recibido España en tiempos recientes. La población inmigrante pasó de representar el 1,6 % del total en 1998 al 12,2 % en 2011[5]. Este colectivo trajo consigo un incremento de la tasa de natalidad y un efecto notable sobre las pensiones, al ocupar puestos de trabajo poco atractivos que generaban riqueza en España, cotizaciones a la Seguridad Social y recaudaciones tributarias. Con todo, estos efectos positivos deben considerarse coyunturales, habida cuenta de que la población inmigrante también envejece, y puede acabar exportando su pensión a los países de origen[6]. Además, la mayor fecundidad que presentan inicialmente tiende a mimetizarse con las costumbres del entorno de acogida.

A la vista de cómo abordó el legislador esta problemática durante la década pasada, procede recordar que los arts. 41 y 50 CE encomiendan a los poderes públicos garantizar "la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad", así como unas pensiones adecuadas en aras de proporcionar "suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad". La lectura de ambos preceptos constitucionales implica por fuerza que, ante la contraposición de sostenibilidad y suficiencia, no pueda obtenerse la primera a costa de la segunda[7]. La actuación, pues, tiene que centrarse primeramente en definir dónde situar el margen mínimo de suficiencia; concepto jurídico a todas luces indeterminado. Y desde aquí se considera que la suficiencia de las pensiones no puede entenderse como aquella cuantía que otorgue un nivel mínimo de subsistencia, sino un nivel de vida digno y adecuado.

En esa línea camina la reciente vinculación de las pensiones al comportamiento del IPC. Y es que no basta la determinación inicial de una prestación sin actualizarla periódicamente -como venía sucediendo- si se quiere cumplir con el mandato constitucional referido, con los compromisos internacionales adquiridos, y con la obligación moral de no condenar a un empobrecimiento progresivo a los ciudadanos de la tercera edad.

2. Medidas operadas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, en aras de la prolongación de la vida laboral

Esbozado el contexto ya conocido, se quiere comenzar el análisis con una aclaración metodológica: esta comunicación sólo va a entrar en profundidad sobre las modalidades de jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador y por voluntad del trabajador. Aunque sí se van a referenciar a vuelapluma algunas de las otras medidas encaminadas a prolongar las carreras de cotización que ha traído la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

[5] Vila Tierno, F.: "El difícil equilibrio entre la sostenibilidad y la suficiencia…, *Op. Cit.*, p. 18.

[6] Tortuero Plaza, J.L.: "Los retos históricos del sistema de pensiones proyectados en tiempos de crisis económico financiera", en Áreas: Revista internacional de ciencias sociales, nº 32/2013, pp. 55-73.

[7] Zubiri Oria, I.: "Las pensiones en España: situación y alternativas de reforma", en Papeles de economía española, nº 147/2016, pp. 167 y ss.

La recomendación número 12 del Pacto de Toledo marca como objetivo que la edad real de jubilación sea "lo más cercana posible a la ordinaria". De ahí que se opte por tomar medidas que fomenten la permanencia de los trabajadores en activo[8], basadas en:

1. Elevar el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora a quienes prolonguen su carrera profesional tras alcanzar la edad ordinaria de acceso.
2. Favorecer la compatibilidad entre pensión y trabajo.
3. Aumentar la penalización de la jubilación anticipada por voluntad del interesado, sin perjudicar los supuestos de anticipación involuntaria.

De manera que la reforma da respuesta a la voluntad expresada en el Pacto de Toledo y, siendo así, no extraña que muchas de las medidas incorporadas a la LGSS se articulen a través de políticas de empleo que incentivan a las empresas a mantener a sus trabajadores mayores en activo, sobre todo mediante beneficios cotizatorios.

Respecto del art. 152 LGSS, se aumentan sus potenciales beneficiarios -exención de la obligación de cotizar por contingencias comunes, salvo incapacidad temporal- al no referirse ya a quienes tengan 65 años de edad y 38 años y medio de cotización o 67 años de edad y 37 de cotización. Ahora estos beneficios pasan a destinarse a quienes tengan cumplida "la edad de acceso a la jubilación que en cada caso resulte de aplicación", de manera que se abren a un número de supuestos mayor. Además, se amplían las modalidades contractuales a las que afecta tal exoneración, al eliminarse la referencia a que tienen que prestar servicios con contratos indefinidos, y se evita que la falta de cotización perjudique la cuantía de la futura pensión del trabajador.

En línea similar a lo anterior, a los trabajadores del RETA se les exime de cotizarse por contingencias comunes -exceptuando la incapacidad temporal- y también de las cuotas por contingencias profesionales que les corresponda. Ahora bien, en su caso la medida no establece efectos para la futura cuantía de la prestación.

La Ley 21/2021 no toca la fórmula para calcular la base reguladora de la pensión, pero sí la cuantía final para los trabajadores que prolongan su vida laboral más allá de su edad ordinaria de acceso, al modificar el art. 210 LGSS. La novedad principal de la jubilación "demorada" afecta a la forma de pago del incremento previsto, que podrá ser:

1. Un complemento económico a generar entre la fecha en que se cumplió la edad ordinaria y la fecha de acceso, que ahora se establece en el 4 % sin requerir de cotización mínima, no pudiéndose rebasar la cuantía máxima fijada para las pensiones por la LPGE.
2. Una cantidad a tanto alzado por cada año de cotización completa entre la fecha en que se cumplió la edad de acceso y el hecho causante, calculada conforme a una fórmula nueva que dispone el art. 210.2.b; cuya cantidad resultante se incrementa en un 10 % cuando el beneficiario haya cotizado más de 44 años y 6 meses.

Si no hay elección expresa, se aplica la opción primera. Por último, se dispone la incompatibilidad entre estos beneficios y el envejecimiento activo del art. 214 LGSS, y se excluye

[8] La propia Exposición de Motivos de la Ley 21/2021 afirma su pretensión de "contener de forma equitativa y justa el incremento de gasto asociado a la jubilación de los *baby boomers* a través de incentivos que favorecen la demora en el acceso a la pensión de jubilación".

de ellos a los supuestos de jubilación parcial o flexible, así como a quienes acceden a la jubilación desde situaciones asimiladas al alta.

En cuanto al recién mencionado envejecimiento activo, la nueva redacción del art. 214 LGSS dificulta las posibilidades de acceso en tanto que, para poder compatibilizar trabajo y pensión, pasa a requerirse que el acceso a esta tenga lugar "al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación". Se endurece así la norma anterior, que habilitaba al disfrute si se accedía "una vez cumplida la edad"[9]. Esto se traduce en que, para aquellas personas con carreras largas (superiores a 38 años y 6 meses de cotización) la jubilación no llegaría a los 65 años sino a los 66, y para las personas con carreras más cortas se postergaría hasta los 68 años en lugar de a los 67 previstos en el art. 205.1 LGSS. Eso sí, siempre y cuando se alcanzaran dichas edades con derecho a percibir el 100 % de la base reguladora; parámetro este que se mantiene en los mismos términos que antes de la reforma.

Al hilo de lo anterior, huelga decir que la incompatibilidad entre jubilación demorada y envejecimiento activo se establece para evitar que ese año de espera sirva para generar el complemento de la primera y luego poder servirse de los beneficios de lo segundo.

3. Medidas sobre las distintas modalidades de jubilación anticipada

Como ya se ha dicho, la Comisión del Pacto de Toledo pone el acento en acercar todo lo posible la edad real de jubilación a la establecida como ordinaria. No sorprende, pues, que las principales novedades -excepción hecha de la automatización de las cuantías al comportamiento del IPC- se enfoquen especialmente en las jubilaciones anticipadas.

3.1. Jubilación anticipada por razón de la actividad

No es la modalidad anticipada por razón de la actividad una de las que incorpora grandes cambios. Simplemente experimenta una modificación textual sustituyendo la expresión "para rebajar la edad de jubilación" por "establecer coeficientes reductores que permitan anticipar la edad"[10]. Aunque hay que comentar que se ha desgajado del anterior art. 206 LGSS a los dos supuestos recogidos (el ahora tratado y el adelanto por motivos de discapacidad). Así las cosas, el actual precepto mantiene la regulación de las anticipaciones por haber trabajado en actividades de "naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad", añadiéndose un art. 206 bis para las reducciones por haber desempeñado labores siendo discapacitado.

---

[9] Para Cano Galán, esta demora de un año tiene la finalidad primordial de fomentar la permanencia de los trabajadores en activo. Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación", en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 3/2022, p. 8. En la misma línea, la Recomendación 12 del Pacto de Toledo. Contrariamente, Maldonado Molina opina que la medida desincentiva esta opción Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", en Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum, nº 30/2022, p. 87.

Más próximo a esta segunda postura, quien escribe estas líneas considera que la medida es a todas luces desincentivadora, pues se aboca a quienes quieren simultanear jubilación y trabajo a esperar un año más, a sabiendas de que muchas personas acabarán optando por la jubilación total antes de llegar a disfrutar de este beneficio.

[10] Se acoge así el parecer de la jurisprudencia que entendía que, pese a calificarse a esta modalidad con el término de "anticipada" por parte del texto legal, "esa edad no deja de ser una edad ordinaria para el colectivo al que se le aplica". STS de 24 de junio de 2020 (Rec. 1411/2018). En parecidos términos, por ejemplo, la STS de 2 de octubre de 2020 (Rec. 3058/2019).

Del mismo parecer Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021…", *Op. Cit.*, p. 77.

Con todo, sí que se ha proyectado una modificación que va más allá de lo meramente formal: un incremento de las bases de cotización por contingencias comunes para dichas actividades. Esta medida, a determinar en un futuro desarrollo reglamentario, no dejaría de representar un aumento cotizatorio para estos colectivos, tanto del lado patronal como del obrero. Lo cual contrasta con el tenor de la Recomendación 12 del Pacto de Toledo en tanto en cuanto indicaba que habían de respetarse "los casos de jubilaciones anticipadas por actividad penosa".

Asimismo, se vincula también a un futurible desarrollo reglamentario la revisión cada 10 años de los coeficientes anticipadores de la edad de acceso a esta modalidad. Eso sí, no afectando a "la situación de los trabajadores que, con anterioridad a la misma, hubiesen desarrollado su actividad y por los períodos de ejercicio de aquella".

Dejando al margen lo anterior, no puede hablarse de grandes novedades en lo atinente a los coeficientes reductores sobre la edad, que hoy por hoy siguen siendo los ya previstos. Aunque sí se han ampliado las actividades a proteger -no por la norma aquí analizada, sino por la LPGE para 2022- incorporando a dos colectivos que llevaban años reclamándolo: los Mossos d'Esquadra y la Policía Foral de Navarra[11].

3.2. Jubilación anticipada por razón de discapacidad

Como se ha mencionado, la Ley 21/2021 modifica la técnica legislativa del art. 206 LGSS separando los supuestos recién analizados de los de la jubilación anticipada por razón de discapacidad, ahora contenida en un nuevo art. 206 bis. Su redacción es en esencia idéntica, observándose sólo una pequeña diferencia, y es que para los casos de discapacidad por encima del 45 % ya no se exige que existan evidencias de una generalizada reducción de la esperanza de vida, sino que basta con que sean evidencias "contrastadas". De manera que podría afirmarse que, a este punto, la Ley 21/2021 no modifica nada.

Sí se compromete el legislador a mejorar este marco regulador, al dar un plazo de 6 meses al Gobierno para elaborar un informe sobre los aspectos relacionados con la protección social de los discapacitados, recogido en la Recomendación 18 del Pacto de Toledo. Se pone el acento en las personas con disminución intelectual -que son quienes afrontan más dificultades para encontrar un empleo y mantenerse a edades avanzadas- precisando una particular atención a las parálisis cerebrales y a los trastornos de salud mental, con un grado de discapacidad reconocido de al menos el 33 %. También se abordará el contexto laboral de los disminuidos físicos y sensoriales con más de un 65 % de reducción. Este informe servirá de impulso al Gobierno para, en el plazo de 3 meses, reformar el marco regulado en el RD 1539/2003[12] y en el RD 1851/2009[13].

Se intuye que uno de los puntos a tratar podría ser el hecho de que en los supuestos ordinarios -a los que se aplica un coeficiente anticipador del 0'25- es aritméticamente imposible reducir la edad hasta los 52 años; mientras que, para los supuestos especiales, la edad de 56 años es demasiado elevada para perfiles como los discapacitados intelectuales, por ejemplo.

---

[11] Que se vienen a unir a los del Régimen Especial del Mar, Régimen Especial de la Minería del Carbón, ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, personal de vuelo de trabajos aéreos, Ertzaintza y Policía Local.
Los trabajadores de las centrales nucleares tendrán que seguir esperando.

[12] De 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía.

[13] De 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

3.3. Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador

El art. 1.6 Ley 21/2021 viene a modificar al art. 207 LGSS, básicamente en lo atinente al cálculo de las reducciones de la cuantía a percibir por anticiparse a la edad de acceso ordinaria. Pero no se trata de la única modificación que presenta el precepto, y es por ello que esta comunicación se detiene en examinar qué aspectos han sido tocados y cuáles no.

3.3.1. Mantenimiento de ciertos requisitos

El nuevo tenor del art. 207 LGSS mantiene los aspectos esenciales para causar derecho a esta modalidad de jubilación. Se incluye, pues, a los supuestos por cuenta ajena ya previstos en la anterior redacción de este precepto:

1. El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción[14].
2. El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción[15].
3. La extinción del contrato por resolución judicial en los términos previstos para el concurso de acreedores[16].
4. La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante[17].
5. La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor, comprobada por la autoridad laboral[18].
6. La extinción contractual de la mujer víctima de violencia de género.

Se mantienen además los parámetros de no anticiparse en más de 4 años a la edad de acceso prevista en el art. 205.1.a LGSS[19], y de acreditar al menos 33 años de cotización efectiva[20]. También se continúa debiendo demostrar la percepción de la pertinente indemnización mediante

[14] Conforme al art. 51 ET.

[15] Conforme al art. 52.c) ET.

[16] Conforme al art. 64 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

[17] Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44 ET.

[18] Conforme a lo establecido en el art. 51.7 ET.

[19] Esto es, 67 años de edad, o 65 cuando se acrediten 38 años y medio de cotización, a partir de 2027. Antes ha de estarse a lo dispuesto por la Disposición Transitoria Séptima LGSS.

[20] A pesar de que la norma habla de "cotización efectiva", se computan igualmente las ficciones cotizatorias relativas a las excedencias por cuidado de hijos o de otros familiares a cargo, períodos asimilados por parto, etc.
Otra curiosidad a resaltar es el tratamiento otorgado a los períodos de prestación del servicio militar obligatorio y de prestación social obligatoria de las mujeres solteras (instaurado por Decreto de 7 octubre de 1937), en tanto que no incrementan el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora de la pensión pero sí que se tienen en cuenta a los exclusivos efectos de alcanzar los 33 años exigidos en esta modalidad de jubilación.

documento bancario[21], y un período de inscripción como demandante de empleo durante al menos los 6 meses inmediatamente anteriores a la solicitud de acceso[22].

3.3.2. Aspectos reformados

No obstante, son varios los cambios integrados al art. 207 LGSS, algunos de ellos con consecuencias relevantes.

En lo estrictamente formal, cabe aludir a la modificación redactora que se aprecia en el nuevo punto 1.a, sustituyendo la expresión "sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el anterior artículo" por "sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refieren los artículos 206 y 206 bis". Este nuevo tenor obedece al desglose antes comentado, en artículos independientes, de las dos modalidades ya comentadas.

Se incorpora además, al punto 1.c, la jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS en orden a computar el servicio militar y el "servicio social femenino obligatorio", a los estrictos efectos de alcanzar los 33 años requeridos para acceder a estos beneficios[23].

La primera novedad de cierto calado que se aprecia en el texto del precepto es la ampliación de los supuestos extintivos que pueden causar derecho a esta modalidad. La redacción nueva da cabida a todos los supuestos vinculados al despido objetivo que enumera el art. 52 ET. Se incorporan, pues, los debidos a la ineptitud del trabajador (art. 52.a ET), a la falta de adaptación a las modificaciones técnicas (art. 52.b ET) y a la insuficiencia de consignación para el mantenimiento del contrato (art. 52.e ET). También se incorporan el resto de casos de resolución judicial previstos en la Ley Concursal; refiriéndose el legislador a los contenidos en los arts. 181 y siguientes de dicha norma. Asimismo, se contemplan expresamente supuestos extintivos no considerados con anterioridad, instados por parte del trabajador, como son los relativos a movilidad geográfica (art. 40.1 ET), modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.3 ET) y por incumplimiento grave del empresario (art. 50 ET). Cabe mencionar que se trata de una lista cerrada de causas, y que, cualquiera que sea aquella por la cual se accede a la modalidad, los coeficientes reductores a aplicar son los mismos[24].

---

[21] Cabe recordar que el art. 7.1 Ley 7/2012, de 29 de octubre, de lucha contra el fraude fiscal establece que no pueden pagarse en efectivo las operaciones "en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 2.500 € o su contravalor en moneda extranjera"; siendo suficiente, para cantidades inferiores, la firma del recibí en el documento donde conste la liquidación por saldo y finiquito. Mandato además plasmado en el Criterio de gestión 11/2019, de 4 de junio.
Cuando la extinción contractual se haya producido en virtud de un despido colectivo o en el marco de un procedimiento concursal, tampoco es exigible este requisito.

[22] A propósito de esto último, jurisprudencia de distintos TSJ ha entendido que la realización de trabajos esporádicos, de apenas días de duración, no exige reiniciar este lapso de 6 meses a pesar de haberse interrumpido la condición de demandante de empleo. A este respecto, una interpretación rigorista de la norma iría en contra "de la finalidad perseguida (…), dado que tras un tiempo en desempleo e inscrito como demandante que supera con creces los seis meses exigidos, la obtención de un trabajo de catorce días no supone sino confirmar y constatar la clara dificultad para la consecución de empleo". STSJ de Andalucía/Sevilla, de 16 de octubre de 2014 (Rec. 256/2014). También las SSTSJ del País Vasco, de 10 de junio de 2014 (Rec. 885/2014) y de 8 de julio del mismo año (Rec. 1294/2014); todas en el sentido de no otorgar un mejor tratamiento a quien no aceptara un trabajo de corta duración en este supuesto respecto de quien sí lo hiciera.

[23] STS de 6 de febrero (Rec. 3801/2017).

[24] Igual que en la regulación anterior. Véase, sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas a Moreno Romero, F. y Chabannes, M.: "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", en La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones, Granada, Comares, 2020, pp. 133-159.

Sorprende a este punto que sigan sin incluirse las extinciones consideradas como despido improcedente, sobre todo cuando sí se ha dado entrada a supuestos que -en mayor o menor medida- derivan de la voluntad de la persona trabajadora. Esta ausencia contrasta con lo recién referido, además de carecer de fundamento, y teniendo en cuenta que los despidos contenidos en el art. 56 ET suelen responder a casos en los que la voluntad del afectado sí era continuar con su relación laboral.

En otro orden de cosas, y concerniendo ya a las modificaciones enfocadas al cálculo de la pensión, es preciso analizar en profundidad los nuevos coeficientes empleados para reducir porcentualmente la cuantía a percibir en función del tiempo de anticipación, así como de los períodos cotizados por parte del interesado. Como se sabe, el legislador ha cambiado los intervalos de anticipo, que antes eran trimestrales, por otros mensuales, estableciendo así el nuevo tenor de que la reducción se realizará "mediante la aplicación, por cada mes o fracción de mes que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación" que en cada caso resulte del cuadro expuesto acto seguido[25]. En efecto, dicha tabla sigue atendiendo a distintos bloques de cotización efectiva[26] para establecer qué porcentajes se han de aplicar según los meses en que se anticipe a su edad ordinaria de acceso el beneficiario.

En la comparativa de la tabla actual con la anterior, no puede decirse categóricamente que las modificaciones incorporadas por la Ley 21/2021 a estos efectos vengan a minorar la pensión de jubilación anticipada involuntaria. Es más, del cuadro vigente se desprenden múltiples supuestos que pondrían al interesado en una penalización más suave que con la regulación anterior, al estructurarse por meses en lugar de por trimestres, para ajustarse más a la cotización efectivamente realizada en cada caso. Se trata de coeficientes que no vienen de la traslación del cuadro anterior, sino que los meses de ahora tienen pesos desiguales. En este sentido, resulta interesante comprobar cuánta penalización se acumula a medida que se sube por los meses de anticipo de la tabla actual[27].

Por último, cabe mencionar el mantenimiento de lo establecido en el art. 207.2 LGSS en orden a conceder al trabajador la edad ordinaria de acceso a la jubilación que le hubiera correspondido "de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación" que en cada caso corresponda por la aplicación de lo dispuesto en el art. 205.1.a LGSS.

3.4. Jubilación anticipada por voluntad del interesado

En la línea marcada por la Recomendación 12 del Pacto de Toledo, esta modalidad sólo podía endurecerse en sus criterios de cálculo. Y ello por cuanto la jubilación anticipada derivada de la voluntad propia del trabajador va en contra de la intención de que las personas prolonguen su vida laboral activa sin consumir recursos del sistema[28].

[25] Hasta un total de 48 intervalos mensuales de anticipación, para los 48 meses que compondrían el período máximo de 4 años de adelanto.

[26] A saber: menos de 38 años y 6 meses, entre 38 años y 6 meses y 41 años y 6 meses, entre 41 años y 6 meses y 44 años y 6 meses, y más de 44 años y 6 meses. Como ocurría previamente, los coeficientes se suavizan a medida que la vida laboral acreditada es más larga. Se confía así en estirar la permanencia en el mercado por parte de los trabajadores que estuvieran pensando en anticipar su cese en la actividad.

[27] Especialmente curioso resulta que existan porcentajes comunes entre esta tabla y la establecida para la modalidad de jubilación anticipada por voluntad de trabajador. Se habla de los meses 7 a 20 más próximos a la edad ordinaria de acceso, y del mes 21 para tres de los cuatro bloques (no así para el correspondiente a más de 44 años y 6 meses de cotización). Según la Exposición de Motivos de la norma, se han hecho comunes, en ambas modalidades, para "aquellos supuestos en los que el nuevo coeficiente sea más favorable que el hasta ahora vigente".

[28] Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal…", *Op. Cit.*, p. 21.

Con todo, procede referir antes los aspectos reguladores mantenidos por el legislador a propósito de lo contenido en el art. 208 LGSS.

3.4.1. Mantenimiento de los límites de edad, cotizaciones exigidas e importe

Se mantienen, pues, los aspectos referidos esquemáticamente a continuación:

1. El requisito de tener una edad que no se anticipe en más de dos años a aquella que en cada caso corresponda como de acceso ordinario[29]. Se tratará, también aquí, de la edad que hubiera correspondido al beneficiario de haber seguido cotizando hasta alcanzar esta fecha. Tampoco son de aplicación, a estos efectos, los coeficientes anticipadores de la edad previstos en los arts. 206 y 206 bis LGSS.
2. El período mínimo de 35 años cotizados para causar derecho a estos beneficios, sin computarse la parte proporcional de pagas extraordinarias.
3. La exigencia de que la cantidad resultante no quede por debajo de la cuantía mínima que corresponda al interesado por su situación familiar, en cuyo caso "no se podrá acceder a esta fórmula". Se evita así que jubilaciones anticipadas por voluntad propia puedan verse además beneficiadas por el abono de complementos a mínimos.
4. Estar en alta o situación asimilada en el momento del hecho causante.

3.4.2. Aspectos reformados

En lo formal, también el tenor del art. 208 LGSS se adapta a la separación en preceptos diferentes ejercida por el legislador para los supuestos de jubilación anticipada por razón de la actividad y por razón de discapacidad. Asimismo, se recoge igualmente la ya referida jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS, que considera computable el servicio social de la mujer de cara a alcanzar el período cotizatorio exigido.

Aunque la modificación de más enjundia -no sólo de esta modalidad sino de toda jubilación anticipada- es la forma de calcular la reducción de la cuantía a percibir. También aquí pasa de reducirse conforme a tramos trimestrales para hacerlo por "cada mes o fracción de mes", pero endureciéndose sobremanera los coeficientes a aplicar, una vez más por bloques según los períodos cotizatorios presentados por el beneficiario: menos de 38 años y 6 meses, entre 38 años y 6 meses y 41 años y 6 meses, entre 41 años y 6 meses y 44 años y 6 meses, y más de 44 años y 6 meses.

En efecto, atendiendo a la intención del legislador de prolongar las trayectorias de los trabajadores en activo, los coeficientes reductores de la pensión se elevan respecto de la regulación anterior y de los previstos en el art. 207 LGSS. Llama la atención también aquí que los coeficientes no sean constantes, sino crecientes, a medida que son más los meses que se anticipa el retiro[30]. Así las cosas, en la comparativa con la regulación anterior, se aprecia que quien hoy adelantase el

[29] Por eso la tabla que se incorpora al precepto contempla sólo 24 meses en este caso.

[30] Véase la tabla del art. 208 LGSS, que dispone los porcentajes de la manera siguiente:
-Menos de 38'5 años cotizados: Se parte de un 3'26 % de penalización, para ir incrementándose respectivamente en un 0'12, 0'14, 0'15, 0'16, 0'17, 0'19, 0'21, 0'23, 0'26, 0'29, 0'31, 0'37, 0'42, 0'48, 0'56, 0'67, 0'8, 0'98, 1'22, 1'57, 2'1, 2'93, 3'4.
-Entre 38'5 y 41'5 años cotizados: Se parte de un 3'11 %, al cual se va sumando a cada mes, respectivamente, 0'12, 0'13, 0'14, 0'15, 0'17, 0'18, 0'2, 0'22, 0'25, 0'27, 0'31, 0'35, 0'4, 0'46, 0'54, 0'64, 0'76, 0'93, 1'17, 1'5, 2, 2'5, 2'5.
-Entre 41'5 y 44'5 años cotizados: Desde un 2'96 %, añadiéndose un 0'12, 0'12, 0'13, 0'15, 0'16, 0'17, 0'19, 0'21, 0'23, 0'27, 0'29, 0'33, 0'38, 0'44, 0'52, 0'6, 0'73, 0'89, 1'11, 1'43, 1'9, 1'67, 2.
-44'5 años cotizados o más: Desde un 2'81 %, añadiéndose un 0'11, 0'12, 0'13, 0'13, 0'15, 0'17, 0'18, 0'2, 0'22, 0,25, 0'28, 0'32, 0'36, 0'42, 0'48, 0'58, 0'69, 0'8, 0'8, 0'8, 1, 1, 1.

retiro 1 año experimentaría una reducción inferior a la de antes de la reforma, mientras que quien la adelantase el máximo de 2 años se vería bastante más penalizado. Distribución esta bastante lógica, habida cuenta de que en torno al 75 % de quienes anticipan su jubilación voluntariamente lo hacen a los 63 años[31]. De manera que, en términos generales, se podría afirmar que los coeficientes de esta modalidad han sido endurecidos; aunque igual es cierto que, al establecerse en tramos por meses, son más equitativos y ajustados al adelanto de cada caso en cuestión[32].

Importante medida se aprecia en el art. 210.3 LGSS a propósito de la modalidad ahora analizada, que consiste en que a aquellos beneficiarios a quienes les quedase una cuantía por encima de la establecida como máxima por la LPGE se les aplicaran las reducciones sobre tal cantidad tope[33]. Tal corrección viene recogida por la Disposición Transitoria 34ª, posponiéndose su aplicación a cuando la evolución de la pensión máxima "absorba completamente el efecto del aumento de coeficientes respecto a los vigentes en 2021 para aquellos trabajadores con base reguladora superior a la pensión máxima, de manera que la pensión reconocida no resulte en ningún caso inferior a la que habría correspondido con la aplicación de las normas vigentes en 2021"[34]. Así pues, cabe diferenciar dos tipos de casos: aquellos en los que la pensión resultante sea inferior a la máxima, cuyas cuantías se reducirán conforme a los coeficientes ordinarios contenidos en el art. 208 LGSS; y aquellos en los que la pensión sobrepase al tope establecido por la LPGE, a los que se aplicarán los dispuestos en la Disposición Transitoria 34ª[35].

El art. 1.7 Ley 21/2021 incorpora una novedad muy resaltable al art. 208 LGSS. En su punto 3, se establece que a los beneficiarios del subsidio por desempleo para mayores de 52 años que lleven, al menos, 3 meses percibiéndolo y opten por jubilarse anticipadamente les será de aplicación la tabla de porcentajes prevista por el art. 207 LGSS destinada a quienes anticipen la jubilación por causas ajenas a su voluntad. Eso sí, debiendo cumplir con el resto de requisitos exigidos por el propio 208 LGSS; esto es, no adelantarse más de 24 meses a su edad ordinaria de acceso y tener 35 años cotizados o más. En la práctica, se prevé que la medida incentive la anticipación en el cese de este colectivo.

Por último, se introduce un nuevo complemento para los ya jubilados con la legalidad anterior -entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021- aportando períodos de cotización superiores a 44 años y 6 meses, siempre que les quedara una cuantía inferior a la que les hubiera correspondido de aplicárseles los coeficientes de hoy. La medida se recoge en la Disposición Adicional 1ª Ley 21/2021, siendo indistinto si el beneficiario se acogió a la modalidad voluntaria o a la involuntaria. El importe ascenderá a la diferencia entre lo que se percibió inicialmente y lo que se hubiera percibido conforme a los coeficientes nuevos. No es que haya grandes diferencias, en términos anuales, entre lo establecido en 2002 y en 2022, pero el elemento diferencial está en la disposición mensual de los tramos vigentes[36]. El procedimiento para reconocer este complemento se ha tramitado de oficio por parte de la Entidad Gestora, pues la Ley 21/2021 dio un plazo de

[31] Más exactamente, el 75'52 % se jubila a los 63 años, el 24'02 % a los 64, el 0'47 % a los 65 años. Datos para 2021 del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

[32] En el mismo sentido Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021…", *Op. Cit.*, p. 67.

[33] A este respecto podría hablarse de una doble penalización, ya que estos beneficiarios verán cómo se reduce su cuantía por haber estado cotizando por encima de la máxima, a la par que se les aplican estos coeficientes reductores.

[34] La misma disposición contempla mediante otra tabla qué porcentajes se han de aplicar a dichos supuestos, desde el 1 de enero de 2024, y de forma gradual en un plazo de 10 años.

[35] Romero Ródenas, M.J. y Tarancón Pérez, E.: *La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 121-123.

[36] Recuérdese que en los inicios de estas modalidades los tramos eran anuales. De manera que por fracción de año, incluso por unos días, se aplicaba toda una penalización del 6 %.

tres meses a contar desde el 1 de enero de este año para reconocer a los beneficiarios estos efectos económicos.

4. Conclusiones

La que se ha dado en llamar "reforma de las pensiones"[37] opera en tres líneas, que se podrían sintetizar en: estirar la vida activa de los trabajadores que han cumplido su edad ordinaria de acceso a la jubilación, desincentivar las modalidades anticipadas, y vincular la jubilación forzosa a políticas de empleo dirigidas al colectivo femenino.

En la práctica, el 90 % de las modificaciones observadas tienen que ver con la pensión de jubilación, buscando adaptar el balance del sistema a los nuevos tiempos demográficos que ya están encima, pero sin dejar de realizar ajustes que garanticen su suficiencia.

En lo atinente a las distintas formas de jubilación anticipada, la Ley 21/2021 se ha ajustado de manera precisa a lo acordado por los agentes sociales el 1 de julio de 2021. Se asumió entonces que las medidas adoptadas hasta la fecha no habían conseguido aproximar lo suficiente la edad real de jubilación a la prevista en la ley, y se determinó por tanto darle otro impulso que viene a materializarse con esta norma.

No se está ante una reforma rupturista, en tanto que da continuidad a las líneas maestras de todas las modalidades aquí analizadas. Dejando a un lado la ampliación de supuestos observada en la jubilación anticipada involuntaria, se convendrá en que se ha puesto el foco en los coeficientes reductores. De un lado, al pasar de disponerse en tramos trimestrales a hacerlo en tramos mensuales, se dota a las tablas de los arts. 207 y 208 LGSS de un tratamiento más equitativo y más adaptado a cada supuesto anticipatorio; lo cual se ha de valorar como justo y beneficioso para los interesados. De otro, se está ante unos porcentajes más severos en términos generales, siempre en aras de restar atractivo a los retiros anticipados o, cuando menos, postergarlos. La consigna es: coeficientes desiguales, más duros cuanto mayor sea el adelanto y menor el período laboral aportado.

En cuanto a las modificaciones sobre las formas de jubilación anticipada por razón de la actividad y por razón de discapacidad, pueden considerarse mayormente formales en tanto que cambian ligeramente su redacción y se desgajan en dos artículos propios: el 206 y el 206 bis LGSS. Siendo de resaltar, eso sí, que se haya proyectado a un próximo desarrollo reglamentario el incremento en las bases de cotización vinculadas a las actividades "de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad". Lo cual contrasta con el tenor de la Recomendación 12 del Pacto de Toledo en orden a respetar "los casos de jubilaciones anticipadas por actividad penosa".

Paralelamente, se compromete el legislador a mejorar el marco regulador de la jubilación de los discapacitados, poniendo el foco en los trabajadores con disminución intelectual, que son quienes encuentran mayores dificultades para el acceso y el mantenimiento de un empleo a edades avanzadas. Voluntad o declaración de intenciones que desde aquí se celebra, pues no parece que esta modalidad de adelanto esté acogiendo un número aceptable de trabajadores con discapacidad igual o superior al 45 %.

Se hace obvio que la reforma de mayor calado recae sobre los coeficientes penalizadores a aplicar a las cuantías finales, en los supuestos de cese anticipado por voluntad y por causas ajenas a la voluntad del interesado. En efecto, las nuevas tablas, construidas por meses, representan un

[37] Para diferenciarla de la "reforma laboral", regulada en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

avance en cuanto a adaptarse con más concreción y justicia al anticipo del beneficiario en cuestión; si bien -y sobre todo en el caso de la jubilación anticipada "voluntaria"- en términos generales presentan unos coeficientes más severos que los de la regulación anterior. Así, en consonancia con la voluntad expresada por el legislador en el Pacto de Toledo -y en la Exposición de Motivos de la norma- de estirar las carreras cotizatorias de los trabajadores en activo, el establecimiento de unos coeficientes desiguales que se disponen *in crescendo* a medida que el anticipo es mayor parece que será una medida eficaz.

Otra novedad relevante se aprecia en la ampliación de los supuestos extintivos que pueden dar acceso a la jubilación anticipada "involuntaria". La inclusión de todas las formas de despido objetivo, de las previstas en la Ley Concursal, de las resoluciones instadas por el trabajador por causas de movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y por incumplimiento grave del empleador, se considera acertada en la medida en que ofrece esta salida a más personas que se encuentran en una situación de desempleo a edades avanzadas que dificultan su empleabilidad. Y precisamente por la inclusión de estos supuestos -derivados en mayor o menor medida de una decisión del trabajador- es por lo que no se entiende que el legislador haya dejado fuera del precepto a los casos de despido improcedente previstos en el art. 56 ET. Ausencia esta que contrasta con lo recién referido y que no se sostiene, en tanto en cuanto suele estarse ante extinciones en las que la voluntad del trabajador era continuar prestando servicios. Es por ello que se propone la adición de estos supuestos al tenor del art. 207.1.d LGSS, añadiéndole una octava causa cuya redacción podría ser la que sigue:

> *1. El acceso a la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador exigirá los siguientes requisitos:*
>
> *…*
>
> *d) Que el cese en el trabajo se haya producido por alguna de las causas siguientes:*
>
> *…*
>
> *8.ª El despido improcedente conforme al artículo 56 del texto refundido de la Ley del estatuto de los Trabajadores.*

Poco más puede analizarse mientras no transcurra tiempo. En este estudio se han intentado examinar los puntos que *a priori* se perciben como críticos en la nueva regulación de las jubilaciones anticipadas, pero queda mucho por conocer, más allá de los desarrollos reglamentarios ya anunciados, en cuanto al impacto -o no- sobre las tasas de acogimiento a las distintas modalidades de adelanto y sobre el mantenimiento en el mercado de los trabajadores que vayan cumpliendo su edad ordinaria de acceso a la jubilación.

5. Bibliografía

Barrera Chamorro, M.C.: "Presente y futuro del sistema público de pensiones en España", en *¿Cobraremos la pensión?*, Madrid, Pirámide, 2017.

Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3/2022.

Gómez Salado, M. Á.: "El empleo de los jóvenes: un análisis de las políticas de empleo juvenil en el ámbito local", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 206/2018.

INE: "Movimiento natural de la población. Indicadores demográficos básicos", 2021.

Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, nº 30/2022.

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: *Memoria del Anteproyecto de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*.

Moreno Romero, F. y Chabannes, M.: "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", en *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Comares, 2020.

OCDE: *Pensions at a glance 2019: OECD and G20 indicators*, París, OECD Publishing, 2020.

Romero Ródenas, M.J. y Tarancón Pérez, E.: *La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2022.

Suárez Corujo, B.: "El acuerdo de reforma de las pensiones de 2011 y las reformas unilaterales del período 2012-2015: inconsistencias jurídicas y ruptura del consenso político", en *¿Cobraremos la pensión?*, Madrid, Pirámide, 2017.

Tortuero Plaza, J.L.: "Los espacios de reflexión y diálogo con la doctrina judicial en materia de jubilación como antesala de las reformas", en *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Comares, 2020.

Tortuero Plaza, J.L.: "Los retos históricos del sistema de pensiones proyectados en tiempos de crisis económico financiera", en *Áreas: Revista internacional de ciencias sociales*, nº 32/2013.

Vigo Serralvo, F.: "El deber de trabajar en el sistema de pensiones. Configuración como presupuesto-deber para unas prestaciones suficientes y sostenibles", en *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Comares, 2020.

Vila Tierno, F.: "El difícil equilibrio entre la sostenibilidad y la suficiencia. Una visión de la situación general del sistema pensando en el futuro", en *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Comares, 2020.

Zubiri oria, I.: "Las pensiones en España: las reformas necesarias", en *¿Cobraremos la pensión?*, Madrid, Pirámide, 2017.

Zubiri Oria, I.: "Las pensiones en España: situación y alternativas de reforma", en *Papeles de economía española*, nº 147/2016.

La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el derecho francés de la Seguridad Social

Jesús Martínez Girón
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de A Coruña

1. Las fuentes reguladoras y de conocimiento del tema

En Francia[1], la compatibilidad entre trabajo y jubilación («*cumul emploi retraite*») se encuentra actualmente regulada, con carácter general, en los artículos L 161-22 y L 161-22-1 A del Código de la Seguridad Social (*Code de la Sécurité Sociale*)[2]. El primero de estos dos preceptos, que es la norma clave, posee una historia legislativa muy movida, obedeciendo los cambios que ha padecido su tenor al progresivo ensanchamiento del terreno de juego de la «compatibilidad total [*cumul total*]» -único tipo de compatibilidad que interesa considerar en este trabajo-, en detrimento del terreno de juego en que opera la compatibilidad parcial, limitada o topada («*cumul plafonné*»), cada vez más estrecho y arrinconado, al haber arraigado en Francia (frente a las antiguas ideas del reparto del trabajo y del reemplazo de viejos por jóvenes) el nuevo paradigma de la necesidad de proteger el derecho fundamental a trabajar de todos, incluidos los «*seniors*»[3]. Lógicamente, los dos citados preceptos legales poseen su correspondiente desarrollo en la parte reglamentaria

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

[2] Al igual que todos los Códigos franceses, su versión consolidada resulta gratuitamente accesible en el sitio del servicio público de difusión del Derecho francés en Internet, ubicado en www.legifrance.gouv.fr.

[3] El cambio de paradigma se produjo con la promulgación de la Ley núm. 2003-775, de 21 agosto 2003, «relativa a la reforma de las pensiones [*portant réforme des retraites*]», que puso fin a la etapa iniciada con la promulgación del Decreto-ley (*Ordonnance*) núm. 82-290, de 30 marzo 1982, «relativa a la limitación de las posibilidades de

del Código de la Seguridad Social[4], iluminando este conjunto de normas legales y reglamentarias la Circular comunicada de la Caja Nacional del Seguro de Vejez núm. 2017-41, de 12 diciembre 2017, titulada «La reanudación de la actividad: Puesta en práctica de las reglas de compatibilidad trabajo jubilación [*La reprise d'activité: Mise en oeuvre des règles de cumul emploi retraite*]»[5]. Como era previsible, existe doctrina científica francesa monográfica sobre el asunto, cabiendo calificar de notables algunas de estas aportaciones[6]. Ahora bien, aunque se encuentre en las fronteras que delimitan el «*Law in the books*» y el «*Law in the practice*», quizá el escrito más sobresaliente sobre nuestro concreto tema sea un informe elaborado por tres inspectores de la Inspección General francesa de Servicios Sociales, publicado en junio 2012[7], pues -aparte el hecho de efectuar diversas recomendaciones[8], que acabaron siendo tenidas en cuenta por el legislador francés- contiene una minuciosa historia jurídica del propio tema desde 1945 hasta su fecha[9], así como un interesante apéndice de Derecho comparado sobre el asunto[10] (que incluye referencias al Derecho español, sobre las que tendré que volver en su momento, con carácter epilogal)[11].

2. Los requisitos relativos a la pensión de jubilación totalmente compatible

El artículo L 161-22 del Código de la Seguridad Social subordina la compatibilidad total entre pensión de jubilación y trabajo del pensionista (esto es, sin períodos de espera, límites o topes cuantitativos de ningún tipo) al hecho de que la primera cumpla una serie de requisitos. Estas exigencias son las tres siguientes. En primer lugar, la liquidación de todas las pensiones sociales u obligatorias de jubilación de que tuviese derecho a disfrutar el jubilado (literalmente, «que el asegurado haya liquidado sus pensiones de jubilación personales en la totalidad de regímenes legales o convertidos en legalmente obligatorios, básicos y complementarios, franceses y extranjeros, así como los regímenes de organizaciones internacionales a que haya pertenecido»)[12], lo que lógicamente presupone el cese en el trabajo que viniese desarrollando (literalmente, «está subordinada [la compatibilidad] a la ruptura de todo vínculo profesional con el empresario o, para los asegurados que ejerzan una actividad no asalariada …, al cese en esta actividad»)[13]. En segundo lugar, el cumplimiento de la edad de jubilación contributiva ordinaria (literalmente, «a partir de la edad prevista en el párrafo primero del artículo L 351-1»[14], teniendo en cuenta

compatibilidad entre pensiones de jubilación y rentas de actividad [*limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*]».

4 Cfr., en lo esencial, artículos D 161-2-5 a D 161-2-23.

5 Puede localizarse en el sitio en Internet de almacenamiento de la legislación relativa a la Caja Nacional del Seguro de Vejez, ubicado en www.legislation.cnav.fr.

6 Véase, por ejemplo, Kerbourch, Jean-Yves, «Le cumul emploi-retraite au milieu du gué», *Droit Social*, núm. 7/8 (2014), pp. 604 y ss.; y Musiedlak, Yoann y Senghor, Hady, «Cumul emploi-retraite: deux personnes sur trois travaillent à temps partiel», *Études & Résultats. Direction de la Recherche, des Études, de l'évaluation et des Statistiques*, núm. 2021 (2017), pp. 1 y ss.

7 Véase Daniel, Christine, Eslous, Laurence y Romaneix, François, *Evaluation du cumul emploi retraite*, tomos I y II, Inspection Générale des Affaires Sociales, referencia RM2012-067P, manejable en www.vie-publique.fr.

8 *Ibidem*, tomo I, p. 71.

9 *Ibidem*, tomo II, pp. 33 y ss.

10 *Ibidem*, pp. 15 y ss.

11 Véase *infra*, 5.

12 Párrafo cuarto. Textualmente, «*l'assuré ait liquidé ses pensions de vieillesse personnelles auprès de la totalité des régimes légaux ou rendus légalement obligatoires, de base et complémentaires, français et étrangers, ainsi que des régimes des organisations internationales dont il a relevé*».

13 Párrafo primero. Textualmente, «*est subordonné à la rupture de tout lien professionnel avec l'employeur ou, pour les assurés exerçant une activité non salariée …, à la cessation de cette activité*».

14 Párrafo cuarto, letra b). Textualmente, «*a partir de l'âge prévu au premier alinéa de l'article L. 351-1*».

que este precepto remite, a su vez, al artículo L 161-17-2, según el cual «la edad de apertura del derecho a una pensión de jubilación … se fija en sesenta y dos años para los asegurados nacidos a partir de 1 enero 1955»[15]). En tercer lugar, tener derecho a que se aplique a la base reguladora de la pensión el llamado «porcentaje máximo [*taux plein*]», que en Francia es el 50 por ciento[16], lo que puede conseguirse de dos modos, bien acumulando trimestres de cotización (correspondientes, en todo caso, a más de 40 años cotizados) de acuerdo con una escala fijada en el artículo L 161-17-3[17] (oscilante entre «167 trimestres para los asegurados nacidos entre el 1 enero 1958 y el 31 diciembre 1960»[18], y «172 trimestres para los asegurados nacidos a partir de 1 enero 1973»[19]), bien al cumplir el jubilado la edad de 67 años (literalmente, «a partir de la edad prevista en el artículo L 351-8»[20], según el cual «se benefician del porcentaje máximo … los asegurados que alcanzan la edad prevista en el artículo L 161-17-2 [recuérdese, 62 años] aumentada en cinco años»[21]).

3. La inexistencia de requisitos relativos al nuevo trabajo totalmente compatible

Supuesto el cumplimiento de los requisitos relativos a la pensión de jubilación a que acabo de hacer referencia, los artículos L 161-22 y L 161-22-1 A del Código de la Seguridad Social no imponen ningún tipo de exigencia o de limitación al nuevo trabajo susceptible de ser compatibilizado por el jubilado con el cobro de su pensión de jubilación. Consecuentemente, podría volver a ser contratado por su antiguo empresario para desarrollar el mismo trabajo que le prestaba antes de jubilarse, aunque también podría tratarse de un trabajo distinto, bien como trabajador asalariado (a tiempo parcial o a tiempo completo), bien como trabajador autónomo, bien en el sector privado, bien en el sector público. Ahora bien, respecto del sector público existe un límite infranqueable de edad, que fue razonado y recordado por el Ministro de Acción y Cuentas Públicas en 2019, respondiendo a una pregunta planteada por un senador en el Senado francés[22], según el cual «los funcionarios que deseen retomar, en el sector público, una actividad profesional al jubilarse no deben haber alcanzado el límite de edad de Derecho común aplicable a los agentes contractuales de Derecho público y a los funcionarios llamados sedentarios (67 años para las generaciones nacidas a partir de 1 enero 1955)»[23], a la vista de todo lo siguiente: 1) «en virtud del artículo 92 de la Ley núm. 84-53, de 26 enero 1984, sobre disposiciones estatutarias relativas a la función pública territorial, el funcionario no puede proseguir su actividad más allá

[15] Textualmente, «*l'âge d'ouverture du droit à une pension de retraite … est fixé à soixante-deux ans pour les assurés nés à compter du 1er janvier 1955*».

[16] Cfr. artículo R 351-27 del Código de la Seguridad Social.

[17] Es lo que indica crípticamente la letra b) del párrafo cuarto del artículo L 161-22, allí donde se refiere a «cuando el asegurado justifique una duración del seguro y de los períodos reconocidos como equivalentes, mencionados en el segundo párrafo del mismo artículo [L 351-1] al menos igual al límite mencionado en el mismo párrafo». Textualmente, «*lorsque l'assuré justifie d'une durée d'assurance et de périodes reconnues équivalentes mentionnée au deuxième alinéa du même article au moins égale à la limite mentionnée au même alinéa*».

[18] Textualmente, «*167 trimestres, pour les assurés nés entre le 1er janvier 1958 et le 31 décembre 1960*».

[19] Textualmente, «*172 trimestres, pour les assurés nés à partir du 1er janvier 1973*».

[20] Artículo L 161-22, párrafo cuarto, letra a). Textualmente, «*a partir de l'âge prévu au 1° de l'article L. 351-8*».

[21] Textualmente, «*bénéficient du taux plein les assurés qui atteignent l'âge prévu à l'article L. 161-17-2 augmenté de cinq années*».

[22] Se trata de la respuesta a la pregunta escrita núm. 10263 del senador Rémy POINTEREAU, publicada en el Boletín Oficial del Senado (*Journal Officiel du Sénat*) de 3 octubre 2019, p. 4992, localizable a través del sitio en Internet del Senado francés, ubicado en www.senat.fr.

[23] *Ibidem*, inciso sexto. Textualmente, «*les fonctionnaires qui souhaitent reprendre, dans le secteur public, une activité professionnelle à la retraite ne doivent pas avoir atteint la limite d'âge de droit commun applicable aux agents contractuels de droit public et aux fonctionnaires dits sédentaires (67 ans pour les générations nées à compter du 1er janvier 1955)*».

del límite de edad de su empleo»[24]; 2) «según la jurisprudencia del Consejo de Estado (CE, 8 noviembre 2000, núm. 209322), alcanzar el límite de edad por los agentes públicos implica de pleno derecho la ruptura del vínculo con el servicio, y vicia de nulidad toda decisión individual tomada con desconocimiento de este principio»[25]; y 3) «en todo caso, un funcionario eliminado de los cuadros en su límite de edad podrá retomar una actividad profesional en el sector privado, pero no podrá compatibilizar su pensión con un empleo de [agente] contractual en la función pública»[26].

4. Las cotizaciones de Seguridad Social, incluidas las de solidaridad, por el nuevo trabajo totalmente compatible

El nuevo trabajo del jubilado totalmente compatible con su pensión de jubilación carece de especialidades desde el punto de vista del Derecho de la Seguridad Social, con una sola excepción vinculada a la gestión instrumental. Esta excepción se refiere a las cotizaciones sociales (patronales y obreras) correspondientes al seguro de vejez, tanto básicas como complementarias, que pasan a convertirse en cotizaciones de solidaridad, carentes de toda nueva eficacia prestacional para el activo jubilado[27], lo que lógicamente excluye la posibilidad de cualquier eventual mejora de su pensión de jubilación ya liquidada. Así lo establece el artículo L 161-22-1 A, según el cual «la reanudación de actividad por el beneficiario de una pensión de jubilación … no abre el derecho a ninguna ventaja de jubilación, de derecho directo o derivado, en ningún régimen legal o convertido en legalmente obligatorio del seguro de vejez, básico o complementario»[28]. En cambio, todas las demás cotizaciones sociales (por accidente de trabajo y enfermedad profesional, enfermedad común, incapacidad común, maternidad, cargas familiares, formación profesional, etc.) carecen de especialidades, incluyéndose en esta falta de singularidades también las cotizaciones de solidaridad a abonar por el nuevo trabajo del jubilado. Entre estas últimas, por ejemplo, se cuentan las cotizaciones sociales (patronales y obreras) por desempleo (*chômage*), una vez que el trabajador cumple la edad de 65 años, pues -sobre la base de que la protección por desempleo no está contenida en Francia en el Código de la Seguridad Social, sino en el Código

[24] *Ibidem*, inciso cuarto. Textualmente, «*en vertu de l'article 92 de la loi no 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, le fonctionnaire ne peut poursuivre son activité au-delà de la limite d'âge de son emploi*».

[25] *Ibidem*, inciso quinto. Textualmente, «*d'près la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, 8 novembre 2000, no 209322), l'atteinte de la limite d'âge par les agents publics entraîne de plein droit la rupture du lien avec le service et entache de nullité toute décision individuelle prise en méconnaissance de ce principe*».

[26] *Ibidem*, inciso último. Textualmente, «*en tout état de cause, un fonctionnaire radié des cadres à sa limite d'âge pourra reprendre une activité professionnelle dans le secteur privé mais ne pourra pas cumuler sa pension avec un emploi de contractuel dans la fonction publique*». En el sector privado, es nula toda disposición convencional o cláusula contractual previendo la extinción del contrato de trabajo por edad, mientras el trabajador no cumpla la edad de 70 años (cfr., sobre la base de los correspondientes preceptos laborales, Sentencia de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de 17 abril 2019, núm. de recurso de casación 18-10476, localizable en el sitio citado del servicio público de difusión del Derecho francés en Internet). Téngase en cuenta que la compatibilidad empleo jubilación de los funcionarios públicos franceses tiene un régimen especial, contenido en los artículos L 84 y ss. del Código de pensiones civiles y militares (*Code de pensions civiles et militaires*).

[27] Acerca de este tipo de cotizaciones, más bien embrionarias, en nuestro Derecho de la Seguridad Social, véase Martínez Girón, J.: "La exclusión de las sociedades de capital patrimoniales del sistema de la Seguridad Social. Una evidencia corregible de capitalismo insolidario», *Revista de Derecho Social*, núm. 91 (2020), pp. 112 y ss.

[28] Párrafo primero. Textualmente, «*la reprise d'activité par le bénéficiaire d'une pension de vieillesse personnelle servie par un régime de retraite de base légalement obligatoire n'ouvre droit à aucun avantage de vieillesse, de droit direct ou dérivé, auprès d'aucun régime légal ou rendu légalement obligatoire d'assurance vieillesse, de base ou complémentaire*».

del Trabajo (*Code du Travail*)[29], que se remite a acuerdos interprofesionales estipulados por los interlocutores sociales franceses representativos[30]- así lo dispone, con carácter general (también, para quienes viniesen compatibilizando trabajo y jubilación), el convenio relativo a la prestación por desempleo y sus textos anexados de 14 mayo 2014, homologados por una Orden Ministerial (*Arrêté*) de 25 junio 2014[31].

5. Epílogo comparativo

Como puse de relieve antes, un interesante informe elaborado para la Inspección General francesa de Servicios Sociales contiene un anexo de Derecho comparado sobre la compatibilidad entre trabajo y jubilación, elaborado en 2010 y rotulado «*Comparaisons internationales*»[32], poniéndose de relieve en él que «los países estudiados aquí son Alemania, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Italia, Japón y Países Bajos»[33]. En lo tocante al Derecho español de la Seguridad Social entonces vigente, dicho estudio incide sobre su primitivismo -si comparado con el Derecho francés vigente a partir de 2003, que ya admitía algún supuesto de compatibilidad total entre jubilación y trabajo-, pues afirma que en España sólo existían entonces «dispositivos de jubilación flexible o parcial desde los 60 años, que permiten compatibilizar una pensión con rentas de actividad a tiempo parcial»[34], pero teniendo en cuenta que «si el trabajo se considera a tiempo completo, la pensión de jubilación se suspende»[35]. Desde la elaboración de este informe francés (en 2010, repito), muy poco se ha ensanchado el terreno en que juega en España la compatibilidad total entre jubilación y trabajo, bastando recordar que en 2003 el Derecho francés ya consideraba totalmente compatible el trabajo autónomo con la pensión de jubilación[36], mientras que en España se exige ahora, bien (desde 2011) el desarrollo de trabajos autónomos marginales (cuyos ingresos no superen el SMI), bien (desde 2017) que el autónomo en cuestión no sea meramente un autónomo, sino que pase a ser un auténtico empresario (literalmente, «no obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará el 100 por ciento»)[37]. Pero esto es envejecimiento o hipo-activo o híper-activo y, consecuentemente, envejecimientos a calificar de patológicos. No el envejecimiento meramente activo que fomenta con templanza el Derecho francés de la Seguridad Social (ya liberado de antiguos prejuicios, como el del reparto del trabajo o el del reemplazo de viejos por jóvenes, antes aludidos) para hacer efectivo el derecho fundamental al trabajo de todos los adultos.

---

[29] Sobre la gestión del desempleo contributivo en Francia, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), pp. 59-60.

[30] Artículos L 5422-20 a L 5422-24.

[31] Toda esta normativa aparece iluminada en la clarificadora Circular comunicada de la Dirección de Asuntos Jurídicos de UNÉDIC núm. 2014-22, de 17 julio 2014, sobre «Reglas relativas a las cotizaciones previstas en el convenio de 14 mayo 2014 relativa a la prestación de desempleo [*Règles relatives aux contributions prévues par la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage*]», localizable en www.unedic.fr.

[32] Véase Daniel, Christine, Eslous, Laurence y Romaneix, François, *Evaluation du cumul emploi retraite*, tomo II, cit., pp. 15 y ss.

[33] *Ibidem*, p. 16.

[34] *Ibidem*, p. 24.

[35] *Ibidem*.

[36] *Ibidem*, pp. 35-36.

[37] Artículo 214, apartado 2, párrafo segundo, de la Ley General de la Seguridad Social.

Las claves del régimen jurídico de la jubilación en el régimen especial de trabajadores autónomos[1]

Francisca Moreno Romero
Profesora Cont. Dra. de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

1. La jubilación en el reta

En principio, la contingencia de jubilación para los trabajadores autónomos se rige por iguales reglas generales a las establecidas para el RGSS, como determina la remisión del art. 318 d) LGSS al Capítulo XIII, del Título II de la LGSS, que establece la normativa aplicable a la jubilación en el RGSS. La remisión referida se realiza en términos de identificación de preceptos -"…en materia de jubilación, lo dispuesto en los artículos 205; 206 y 206 bis; 208; 209, excepto la letra b) del apartado 1; 210; 213 y 214 y la disposición transitoria trigésima cuarta; lo dispuesto en el artículo

[1] Esta comunicación se enmarca en la investigación desarrollada en varios Proyectos de Investigación: RETOS, REFORMAS Y FINANCIACION DEL SISTEMA DE PENSIONES: ¿SOSTENIBILIDAD VERSUS SUFICIENCIA? RTI2018-094696-B-I00, Programa Estatal de I+D+i «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad; Proyecto P18-RT-2585 "Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: unreto para el crecimiento y desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza, Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020); Proyecto de investigación "El impacto de la digitalización en las relaciones de trabajo: retos y oportunidades (FUWORKTECH)", PID2019-104287RB-I00Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad. Proyecto de Investigación "LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL IMPACTO EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL IMPACTO SOCIO-ECONÓMICO DE LA ECONOMÍA DIGITAL", del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, Ref. UMA18 FEDERJA 028. Red Temática de Investigación Interuniversitaria: Nuevas formas de prestación y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores (UMA) 2022. De todos ellos el que suscribe participa en calidad de Investigador o en el equipo de trabajo.

215 será de aplicación en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente- que equivale a la determinación de materia concretas. Su ordenación, se ha visto afectada por la reforma operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[2].

Dicho esto, existen algunas singularidades entre la pensión de jubilación de ambos regímenes, como veremos a continuación.

2. Régimen jurídico

2.1. Situación protegida

La prestación por jubilación, en su modalidad contributiva, tiene como finalidad cubrir la pérdida de ingresos sufrida por el trabajador cuando, al alcanzar la edad legal de jubilación establecida, cesa en la realización de un trabajo por cuenta propia, en el caso de los trabajadores incorporados al RETA. Como veremos, la situación protegida adquiere ciertas singularidades en la medida en que se mantiene la titularidad de la actividad.

2.2. Hecho causante y efectos económicas

Por RD 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y otras materias, se incorporan nuevas reglas que se aplicarán a pensiones que se soliciten a partir de la entrada en vigor de esta norma (16-6-2022), con derogación de las reglas contenidas en el art. 90 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (ORETA).

La pensión de jubilación en su modalidad contributiva se entenderá causada en la fecha indicada a tal efecto por la persona interesada al formalizar la correspondiente solicitud, siempre que en la misma reúna los requisitos establecidos para ello. Dicha fecha habrá de estar comprendida dentro de los tres meses anteriores o posteriores al día de presentación de la solicitud, o coincidir con este (si se presente fuera del territorio español en virtud de una norma internacional, en cuyo caso la solicitud habrá de formularse en el plazo previsto en la legislación del país en el que se formule). De esta forma la fecha indicada por la persona es la que se tendrá en cuenta para considerar la situación de alta, asimilada al alta o no alta ni asimilada (art. 3.2). Cuando la situación sea de alta en el RETA, la pensión se entenderá causada el día de la baja en el mismo.

Igualmente, y como regla general, el art. 4 establece que los efectos económicos del reconocimiento del derecho a la pensión se producirán a partir del día siguiente a la fecha en que se produzca el hecho causante, salvo que la solicitud se presente pasados los tres meses siguientes a la misma, supuesto en el que los efectos se aplicarán retroactivamente por un máximo de tres meses a partir de la fecha de la solicitud.

2.3. Requisitos de acceso a la pensión de jubilación.

Los requisitos establecidos para causar derecho a la prestación de jubilación en el régimen de trabajadores autónomos son (art. 205 LGSS):

---

[2] Un estudio completo de la jubilación en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, edit. Laborum, 2ª edic. 2022. La reforma en forma singular en Maldonado Molina, J.A. "La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30, 2022, pp. 63-89 [ISSN: 2386-7191]

— Estar afiliado y en alta o situación asimilada al alta. No obstante, la pensión de jubilación podrá causarse, aunque el interesado no se encuentre en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada al alta, cuando reúna los requisitos de edad y cotización requeridos en el art. 205.1 LGSS, según lo establecido por el apartado 3 del art. 205 LGSS. La regla del 205.3 impide la jubilación anticipada desde la situación de no alta ni asimilada, lo que es incongruente con la existencia de una jubilación voluntaria.

— Tener cumplida la edad legal de jubilación. Para tener derecho a la pensión de jubilación los trabajadores autónomos, deberán tener cumplidos los sesenta y siete años de edad[3] o, alternativamente, los sesenta y cinco años cuando acrediten una cotización de treinta y ocho años y seis meses, sin tener en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias. Para el año 2022, teniendo en cuenta la aplicación paulatina de la edad de jubilación y los años de cotización requeridos para generar derecho a la pensión de jubilación (D. T. Séptima LGSS), la edad de jubilación se sitúa en los 66 años y 2 meses o, alternativamente, 65 años si se ha acreditan cotizaciones superiores o inferiores a cotizado durante 37 años y 6 meses. Hasta la aplicación plena de los 67 años en el año 2027 las edades transitorias serán las siguientes (disp trans 7ª LGSS):

Año	Períodos cotizados	Edad exigida
2023	37 años y 9 meses o más. Menos de 37 años y 9 meses.	65 años 66 años y 4 meses..
2024	38 años o más Menos de 38 años.	65 años. 66 años y 6 meses.
2025	38 años y 3 meses o más Menos de 38 años y 3 meses.	65 años. 66 años y 8 meses
2026	38 años y 3 meses o más. Menos de 38 años y 3 meses	65 años 66 años y 10 meses.
2027	38 años y 6 meses o más. Menos de 38 años y 3 meses.	65 años 67 años

— Tener cubierto un período mínimo de cotización. Debe acreditarse un período de cotización mínimo de cinco mil cuatrocientos setenta y cinco días (quince años), de los cuales al menos dos años deben estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha en que se cause el derecho a la pensión. Cuando el trabajador acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, los dos años referidos deberán estar comprendidos en los últimos quince años anteriores inmediatos, en este caso, a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. Dependiendo de cual haya sido la vida laboral del trabajador autónomo (siempre autónomo o combinado con trabajador por cuenta ajena), serán o no de aplicación los periodos computables para la determinación del periodo de carencia previstos en los arts. 165, 235, 236,237. En todo caso y por su carácter universal son computables:

- Las cuotas correspondientes a las situaciones de IT, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (art. 165.3 LGSS).

[3] A este respecto, la Disposición Transitoria Séptima de la LGSS, recoge la aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización requeridos para causar derecho a la pensión de jubilación, que se irán aplicando de forma gradual desde el año 2013 (65 años y 1 mes si el trabajador tiene cotizados menos de 35 años y 3 meses o, alternativamente, 65 años si el trabajador tiene acreditado un periodo de cotización igual o superior a aquél) hasta el año 2027 (edad de jubilación de 67 años para quienes tengan acreditados menos de 38 años y 6 meses de cotización o de 65 años para quienes tengan acreditados ese período o superior).

- Los períodos de cotización asimilados por parto son de aplicación a las pensiones de jubilación reconocidas en el RETA, computándose en favor de la trabajadora solicitante de la pensión - que causen pensiones con posterioridad al 24 de marzo de 2007- un total de 112 días de cotización por cada parto, si es de un solo hijo, incrementando dicho periodo en 14 días más por cada hijo a partir del segundo, incluido, si el parto fuese múltiple, excepto en el caso en que por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto es múltiple (art. 235 LGSS).

Esta bonificación computa con independencia de que el alumbramiento haya tenido lugar en el extranjero y aunque el mismo sea anterior al alta de la madre en el sistema de la Seguridad Social (STS 4126/2016, 14-6-2016. Los 112 días de cotizaciones ficticias por parto (LGSS art. 235) sólo sirven para acreditar la carencia específica de 2 años cuando el parto se produce dentro del período de referencia de los 15 años previos al hecho causante (TS S 6429/2013,18-11-13).

Hallarse al corriente de pagos en las cuotas de Seguridad Social. El art. 47 LGSS exige como requisito previo al reconocimiento de las prestaciones, el que el trabajador autónomo o por cuenta propia se encuentre al corriente de pagos de sus correspondientes cuotas a la Seguridad Social. Como en el resto de los supuestos vistos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto por el art. 28.2 del Decreto 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 (DRETA).

2.4. Cuantía de la prestación

En el régimen de trabajadores autónomos la base reguladora se calculará de igual forma que en el RGSS, conforme a lo establecido por el art. 209 LGSS, a excepción, como advierte el art. 218 d) LGSS, de lo dispuesto por la letra b) de aquél, esto es, no se procederá a la integración de lagunas de cotización referidas a los meses en que el trabajador autónomo, en su caso, no hubiese tenido obligación de cotizar. Los meses no cotizados serán computables en el espacio de cálculo de la Base reguladora pero tendrán valor 0.

Así las cosas, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir entre 350, el sumatorio de las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes anterior al hecho causante, conforme a las siguientes normas:

— El cómputo de las bases de cotización referidas para el cálculo de la base reguladora se hará teniendo en cuenta que las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores al mes anterior al del hecho causante se computarán por su valor nominal;

— Respecto del resto de bases, éstas se actualizarán de acuerdo con la evolución del Índice de Precios al Consumo desde el mes al que corresponda cada una de ellas hasta el mes inmediato anterior al inicio de los veinticuatro meses referidos.

En el supuesto de que el trabajador autónomo continue trabajando una vez hayan alcanzado la edad de acceso a la pensión de jubilación que en cada caso resulte de aplicación (205.1.a), quedarán exentos de cotizar a la Seguridad Social, salvo por incapacidad temporal y por contingencias profesionales (art. 311)[4]. En estos casos y a efectos del cálculo de la base reguladora,

[4] Artículo 320. Base reguladora en los supuestos de cotización reducida y de cotización con 65 o más años de edad, en la redacción dada por el RDL 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad, y con entrada en vigor el 1-1-2023, establece que:

en los períodos de actividad exentos de cotización, las bases de cotización computables serán equivalentes al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior en el porcentaje de variación media conocida del IPC en el último año indicado, sin que puedan ser inferiores a las cuantías de las bases mínimas fijadas en la correspondiente LPGE (art. 319).

Cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes (pluriactividad) y no se cause derecho a pensión en uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en este último en régimen de pluriactividad podrán ser acumuladas a las del régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento.

Conforme al art. 322 LGSS, la cuantía de la pensión de jubilación en este régimen especial se determinará aplicando a la base reguladora el porcentaje procedente de acuerdo con la escala establecida para el Régimen General, en función exclusivamente de los años de cotización efectiva del beneficiario.

Por tanto, para determinar la cuantía de la pensión de jubilación, y una vez hallada la base reguladora se ha de aplicar sobre ella el porcentaje correspondiente, teniendo en cuenta que:

- Por los primeros quince años cotizados, se aplica el 50 %.
- A partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 106, el 0,21 por ciento y por cada uno de los 146 meses siguientes, el 0,19 por ciento (regla aplicable en el periodo 2020 a 2022). De nuevo, se debe tener en cuenta la DT. 9ª LGSS, que establece la aplicación gradual de los porcentajes a atribuir a los años cotizados para calcular la pensión de jubilación. Así en el periodo 2023 a 2026, por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 49, el 0,21 por ciento y por cada uno de los 209 meses siguientes, el 0,19 por ciento. Finalizada la transitoriedad, partir del año 2027, por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 248, el 0,19 por ciento y por cada uno de los 16 meses siguientes, el 0,18 por ciento.

La cuantía así determinada puede complementarse según los supuestos, con el complemento de brecha de genero (que aplicaremos inmediatamente), con los coeficientes reductores por jubilación anticipada voluntaria o por las mejoras de la pensión aplicables por trabajar más allá de la edad e jubilación, esto es, la jubilación demorada.

1. Conforme a lo previsto en el artículo 38 ter de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, la aplicación de la cuota reducida en él regulada no afectará a la determinación de la cuantía de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social que puedan causar las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas que se hubieran beneficiado de dicha cuota, para cuyo cálculo se aplicará el importe de la base mínima vigente del tramo 1 de la tabla general de bases a que se refiere la regla 1.ª del artículo 308.1.a) de esta ley.

2. Por los períodos de actividad en los que los trabajadores incluidos en este régimen especial no hayan efectuado cotizaciones, en los términos previstos en el artículo 311, a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones excluidas de cotización, las bases de cotización correspondientes a las mensualidades de cada ejercicio económico exentas de cotización serán equivalentes al resultado de incrementar, el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior en el porcentaje de variación media conocida del Índice de Precios de Consumo en el último año indicado, sin que las bases así calculadas puedan ser inferiores a la cuantía de la base mínima de cotización del tramo 1 de la tabla general de bases a que se refiere la regla 1.ª del artículo 308.1.a), fijada anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.»

Las mujeres y los hombres[5] que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean personas beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación (también de incapacidad permanente o de viudedad) tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social en las mujeres[6]. El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor

La cuantía del complemento se fijará en la correspondiente LPGE de cada año. La cuantía vigente es de 378 €/año por hijo, hasta un máximo de 4 hijos y se abona en 14 pagas. El complemento no se tiene en cuenta en la aplicación del límite máximo de las pensiones contributivas ni para determinar el complemento para pensiones inferiores a la mínima.

3. Tipos de jubilación de los trabajadores por cuenta propia o autónomos

Sin duda, el grueso de las diferencias entre el RGSS y el RETA en lo relativo a la prestación de jubilación, radica en las modalidades de jubilación a las que pueden acceder unos y otros trabajadores, siendo los autónomos los que cuentan con un menor número de opciones de acceso.

En líneas generales no se contempla la jubilación anticipada a los 60 años, salvo supuestos específicos[7]. Todavía no se reconoce la jubilación parcial para los trabajadores autónomos, pues si bien el art. 318 d) prevé la aplicación del art. 215 LGSS, relativo a esta modalidad de jubilación, añade que lo dispuesto en este artículo será de aplicación en los términos y condiciones que

[5] Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:
a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.
b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:
1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.
2.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

[6] Conforme la DA. 37 LGSS
A los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres. Una vez que la brecha de género de un año sea inferior al 5 por ciento, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar el artículo 60, previa consulta con los interlocutores sociales

[7] Como se dice en el texto, en líneas generales, no se contempla la modalidad de jubilación anticipada a partir de los 60 años para los trabajadores adscritos al RETA, si bien, en base a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta LGSS, reguladora de la jubilación anticipada en determinados casos especiales, basados fundamentalmente en que el trabajador haya cotizado a varios regímenes del Sistema de Seguridad Social sin reunir los requisitos de acceso exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación en ninguno de ellos, cabe esta opción siempre y cuando el trabajador cumpla los siguientes requisitos (art. 2):
Que el interesado tuviese la condición de mutualista a fecha de 1 de enero de 1967.
Que, al menos, una cuarta parte de las cotizaciones totalizadas a lo largo de la vida laboral del trabajador se haya efectuado en los Regímenes que reconozcan el derecho a la jubilación anticipada o a los precedentes de dichos Regímenes o a regímenes de la Seguridad Social extranjeros. Será suficiente la acreditación de un mínimo de cotizaciones de cinco años en los Regímenes señalados, cuando el trabajador aporte un total de cotizaciones a lo largo de su vida laboral de 30 o más años.

se establezcan reglamentariamente. Dicho desarrollo reglamentario no se ha producido, por lo que la posibilidad de acceso a la jubilación por parte de los trabajadores autónomos aún no se ha cristalizado. Ello a pesar de lo establecido por la Ley 27/2011, D.A. 34ª, referida al Sistema de jubilación parcial anticipada para trabajadores autónomos[8], donde se exhorta al gobierno a presentar en el plazo de un año, un estudio referido a un sistema específico de jubilación parcial a los 62 años, a favor de los trabajadores autónomos que cesen en su negocio u opten por traspasarlo a otra persona a la que deban formar[9]. Probablemente las dificultades están en la ausencia de trabajo a tiempo parcial en el RETA[10].

Aunque prevista pero sin aplicación[11], los autónomos carecen de jubilación anticipada involuntaria, asignatura pendiente que necesariamente se abordara tras el cambio en el sistema de cotización. Con ese lastre y de forma injustificada, quedan fuera de la jubilación referida las trabajadoras por cuenta propia que son víctimas de violencia de género[12].

Veamos a continuación las modalidades de jubilación previstas para los trabajadores autónomos, con sus singularidades.

3.1. Jubilaciones a edades inferiores (art. 206 y 206 bis)

Respecto a la edad de jubilación legal, es aplicable a los trabajadores autónomos la jubilación anticipada por razón de la actividad o, en caso de discapacidad, en los términos previstos en el art. 206 y 206 bis LGSS, por remisión del art. 318 d) LGSS. Efectivamente, observando lo dispuesto en el art. 26.4 LETA, los trabajadores autónomos afectados por aquellos supuestos que reúnan las condiciones establecidas para causar derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la relativa a la edad, podrán acceder a la jubilación anticipada, en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena y acorde con lo dispuesto reglamentariamente.

Por lo que refiere, a los grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca. El procedimiento a seguir es el regulado en el Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre,

---

[8] Respecto al estado de la cuestión, Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Trabajadores de edad avanzada I. Jubilación anticipada y jubilación parcial: cuestiones prácticas tras la Reforma 2013", en *Actualidad laboral,* ISSN 0213-7097, Nº 9, 2013.

[9] A los efectos, se debe tener en cuenta que la D.F. 10ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, relativa a la modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, ha entrado en vigor el 1 de enero de 2017 (frente a la fecha de entrada en vigor prevista inicialmente, el 1 de enero de 2013), fruto del contenido recogido por la D.F. 14ª de la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

[10] "La admisión del reconocimiento de una dedicación a tiempo parcial por parte de los trabajadores autónomos no parece, pues, un empeño fácil. Por supuesto, resolver el problema resulta sencillo desde la perspectiva técnica. Sin embargo, obliga al abandono de ciertos criterios tradicionales en materia de trabajadores autónomos. Ya hemos indicado la contradicción existente entre la reivindicación del requisito de la habitualidad y la admisión de una dedicación a tiempo parcial.". Goerlich Peset, J.M. y García Ortega, J.: "La reforma del Régimen de Autónomos en la Ley 6/2017", *Revista de Información Laboral* núm. 12/2017 BIB 2018\5496.

[11] La D.A. 27ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, encomienda al gobierno para que, en función de los resultados operados en el primer año de vigencia del cese de actividad (2010), estudie la posibilidad de que quienes se encuentren en esta situación, puedan acceder a la jubilación anticipada a los 61 años, si bien, tal desarrollo no se ha llevado a cabo aún.

[12] Como ha denunciado Tortuero Plaza, J.L. Retos y reformas en materia de pensiones. Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos, Nº. 467, 2022, pp. 189-223

que establece el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, que deberá iniciarse conjuntamente por las asociaciones representativas de trabajadores autónomos y organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

Es aplicable a los trabajadores autónomos por remisión expresa y completa del art. art. 318 d) al art. 206 bis de la LGSS, la reducción de edad mínima de acceso a la pensión de jubilación con el límite de 52 años en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento en los términos del Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre. Igualmente, y con la edad fija de 56 años, cuando se acrediten los requisitos y la persona tenga un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida, en los términos del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre

3.2. Jubilación anticipada voluntaria

Por su parte, la jubilación anticipada por voluntad del trabajador- reformada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre-sí es aplicable a los trabajadores del RETA, por remisión expresa del art. 318 c) LGSS, en los mismos términos que en el Régimen General. Dicho lo cual, tendrán derecho a causar esta modalidad de jubilación, los trabajadores autónomos que cumplan con los siguientes requisitos:

- Tener cumplido una edad dos años inferior, como máximo, a aquélla establecida en cada momento como edad legal de jubilación, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refieren los artículos 206 y 206 bis. En todo caso, debe tenerse en cuenta la regla del art. 208.2 segundo párrafo, al establecer que a los exclusivos efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 205.1.a). la regla permite mejorar la edad de acceso.

- Acreditar un período de cotización efectiva mínimo de treinta y cinco años (sin tener en cuenta la parte proporcional de pagas extraordinarias)[13], de los cuales al menos 2 años deben estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho o, en su caso, al momento en que cesó la obligación de cotizar

- Para que el beneficiario pueda obtener la prestación bajo esta modalidad, el importe de la pensión a percibir debe ser superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar, al cumplimiento de los sesenta y cinco años. El requisito trata de impedir que se busque el complemento a mínimos, careiendo de tacha discriminatoria (TJUE 21-1-21 , C-843-19).[14]

[13] Computan como cotizados -a estos exclusivos efectos- el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria y el servicio social femenino obligatorio, todos ellos con el límite máximo de un año.

[14] No es discriminatoria la normativa que, para todos los afiliados al RGSS que pretendan jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho al requisito de que el importe de esta pensión sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que le correspondería a la edad de 65 años. Aunque esta normativa podría perjudicar más a las mujeres, especialmente a las empleadas de hogar, persigue un objetivo legítimo de política social cual es preservar la situación financiera del sistema de Seguridad Social (TJUE 21-1-21, C-843-19).

— El beneficiario que acceda a esta jubilación anticipada voluntaria verá reducida la cuantía de la misma de modo tal que se aplicarán, por cada mes que le reste al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación aplicable, a contar desde el hecho causante. Los coeficientes varían en función del período acreditado de cotización (menos de 38 años y 6 meses; entre 38 años y 6 meses y 41 años y 6 meses; entre 41 años y 6 meses y 44 años y 6 meses y 44 años y 6 meses o más) y cada mes de anticipación (según las tablas del art. 208.2).

3.3. La Pensión demorada o postergada

También la jubilación demorada/postergada es aplicable al RETA, por remisión expresa del art. 218 LGSS. La figura vuelve a ser objeto de una importante reforma por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre. Se da nueva redacción al artículo 210.2 del TRLGSS.15, con dos importantes novedades, a saber, la universalización del complemento por edad y la implantación de nuevo sistema indemnizatorio que actúa como alternativa a la elevación de la cuantía de la pensión.

"Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo establecido en el artículo 205.1.a) siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b), se reconocerá al interesado por cada año completo cotizado que transcurra desde que reunió los requisitos para acceder a esta pensión…". De esta forma podemos distinguir:

— Para quienes acrediten el tiempo de cotización que les permite jubilarse a los 65 años (en el año 2022, 37 años y 6 meses) el premio comenzará, si continúa trabajando, a partir de los 66 años, esto es, un año después de su edad de jubilación.

— Para quienes acrediten menos tiempo de cotización (en el año 2022, más de 15 años y menos de 37 años y 6 meses) el premio comenzará a partir de los 67 años y 2 meses, esto es, un año después de la edad de jubilación (66 años y 2 meses en 2022).

El articulo 210.2 fija los términos de la opción al establecer que "…se reconocerá…, un complemento económico que se abonará de alguna de las siguientes maneras, a elección del interesado:

a) Un porcentaje adicional del 4 por ciento por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión. Se universaliza el porcentaje adicional por edad fijando en el 4 %, - el más elevado de la escala anterior- en el sentido de que todo trabajador que acceda a la pensión de jubilación (con cualquier tiempo de cotización, a partir de los 15 años mínimo) a una edad superior a la legalmente prevista, tendrá derecho al incremento adicional, ahora -y como veremos- en forma de opción.

b) Una cantidad a tanto alzado por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía vendrá determinada en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas, diferenciándose la fórmula de cálculo, si se acreditan más o menos de 44 años y 6 meses de cotización.

c) Una combinación de las opciones anteriores en los términos que se determine reglamentariamente. Esta opción, la menos arriesgada en términos de opción, no ha sido desarrollada.

Las cifras indicativas proporcionadas por la seguridad social se recogen en el cuadro siguiente

Importe inicial de pensión	Incentivo a tanto alzado por año de demora (*)		Complemento mensual 4% adicional por año de demora
	Periodo cotizado		
	Inferior a 44,5 años	Superior a 44,5 años	
2.819 €	11.300 €	12.400 €	113 €
2.400 €	10.200 €	11.300 €	96 €
2.000 €	9.200 €	10.100 €	80 €
1.600 €	8.000 €	8.800 €	64 €
1.200 €	6.700 €	7.400 €	48 €
1.000 €	6.000 €	6.600 €	40 €
600 €	4.400 €	4.900 €	24 €

(*) cantidades orientativas

Finalmente se establece que la elección se llevará a cabo por una sola vez en el momento en que se adquiere el derecho a percibir el complemento económico, no pudiendo ser modificada con posterioridad. De no ejercitarse esta facultad, se aplicará el incremento de la pensión.

Como ya vimos, cuando el trabajador autónomo continue trabajando una vez haya alcanzado la edad de acceso a la pensión de jubilación que en cada caso resulte de aplicación (205.1.a), quedará exento de cotizar a la Seguridad Social, salvo, por incapacidad temporal y por contingencias profesionales (art. 311).

Dado que tanto la jubilación demorada como la jubilación activa son de utilización mayoritaria por los trabajadores autónomos, una regla importante y novedosa es la que determina que "la percepción de este complemento es incompatible con el acceso al envejecimiento activo regulado en el artículo 214". La regla es solo aplicable a los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor de la Ley 21/2021, y no a las pensiones de jubilación ya reconocidas. Por tanto, los pensionistas con complemento por demora pueden mantenerlo y acceder a la jubilación activa. A esta materia refiere el criterio de gestión 7/2022, de 2 febrero que rectifica el más restrictivo 2/2022 de 10 de enero.[15]

[15] Esta incompatibilidad entre el complemento por demora y el acceso al envejecimiento activo no estaba prevista con anterioridad al 1 de enero de 2022, por lo que se planteó si dicha incompatibilidad debe aplicarse también a los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022 (fecha de entrada en vigor de la Ley 21/2021).
El último párrafo del apartado a) del criterio de gestión 2/2022 de esta entidad gestora, aplicando la literalidad de la Ley 21/2021 y ante la ausencia de una disposición transitoria que hubiera salvaguardado el derecho al acceso al envejecimiento activo de los pensionistas con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022, se concluyó que "Toda vez que desde el 1 de enero de 2022, fecha de entrada en vigor de la Ley, el complemento por demora es incompatible con el acceso al envejecimiento activo, es decir con el percibo del 50 % o del 100 %, en su caso, de la pensión inicialmente reconocida por compatibilizar dicha pensión con una actividad laboral por cuenta propia o por cuenta ajena, al amparo del artículo 214 del TRLGSS, en el caso de que el acceso a la jubilación activa se produzca a partir del 1 de enero de 2022, el complemento por demora, independientemente del momento en que se haya reconocido (antes o después de 1 de enero de 2022) quedará en suspenso mientras dure la actividad laboral compatible con la pensión."
Sin embargo, por parte de esta Entidad gestora se elevó consulta a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) planteando otra interpretación más favorable a los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022, a los que es de aplicación el complemento por demora previsto en el artículo 210.2 del

Finalmente, el beneficio establecido en este apartado no será de aplicación en los supuestos de jubilación parcial, ni en el de jubilación flexible a que se refiere el párrafo segundo del artículo 213.1, ni en los supuestos de acceso a la jubilación desde una situación asimilada al alta

3.4. Jubilación parcial

En la actualidad no se reconoce la jubilación parcial para los trabajadores autónomos, pues si bien el art. 318 d) prevé la aplicación del art. 215 LGSS, relativo a esta modalidad de jubilación, añade que lo dispuesto en este artículo será de aplicación en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. Dicho desarrollo reglamentario no se ha producido, por lo que la posibilidad de acceso a la jubilación por parte de los trabajadores autónomos aún no se ha cristalizado. Ello a pesar de lo establecido por la Ley 27/2011, D.A. 34ª, referida al Sistema de jubilación parcial anticipada para trabajadores autónomos[16], donde se exhorta al gobierno a presentar en el plazo de un año, un estudio referido a un sistema específico de jubilación parcial a los 62 años, a favor de los trabajadores autónomos que cesen en su negocio u opten por traspasarlo a otra persona a la que deban forma.

No obstante, como explicita la motivación del Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad, la parcialidad desaparece. Así, el artículo tercero del real decreto-ley, por su parte, se ocupa de reformar la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, comenzando por sus artículos 1.1, 24 y 25, con el objeto de suprimir la figura del autónomo a tiempo parcial, cuya regulación no ha sido desarrollada. Con la creación del nuevo sistema de cotización pierde ya absolutamente su finalidad, puesto

TRLGSS en la redacción anterior a la LPAP. Esta otra interpretación permitiría compatibilizar el percibo de dicho complemento con el acceso al envejecimiento activo previsto en el artículo 214 del TRLGSS.

En la citada consulta, esta entidad gestora exponía que el régimen jurídico de la pensión de jubilación es el vigente en el momento del hecho causante, salvo que se hubiera establecido expresamente la aplicación de otro distinto, por lo que a las pensiones causadas con anterioridad a 1 de enero de 2022 les es de aplicación el régimen jurídico de la pensión vigente con anterioridad a la LPAP. Y, por otra parte, el régimen jurídico de la compatibilidad entre el trabajo y el percibo de la pensión de jubilación no viene determinado por el hecho causante de la misma, si no por el vigente en el momento en el que el pensionista inicia dicha compatibilidad.

Sentado lo que antecede, en el supuesto de hecho que nos ocupa cabe tener en cuenta que la incompatibilidad entre el complemento por demora y el acceso al envejecimiento activo no se incardina en el régimen jurídico del envejecimiento activo regulado en el artículo 214 del LGSS, sino en el artículo 210 del mismo texto legal, destinado a regular aspectos de ese régimen jurídico, como son la cuantía y el propio complemento por demora. Así, a los pensionistas con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022 a los que se les reconoció el complemento por demora con anterioridad a la Ley 21/2021, se les reconoció conforme a las características y condiciones establecidas en el artículo 210.2 del TRLGSS, sin que se contemplase entonces su incompatibilidad con el acceso al envejecimiento activo.

La DGOSS comparte los razonamientos anteriores. Asimismo, considera que, de imponerse a los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022 una limitación que el artículo 210.2 en su redacción anterior a la LPAP no impone, se estaría dotando al artículo 210.2 en su nueva redacción de un efecto retroactivo que no aparece expresamente en su contexto y que vulneraría el principio general de irretroactividad recogido en el artículo 2.3 del Código Civil.

En consecuencia, se considera necesario modificar el criterio de gestión 2/2022 y afirmar que los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior al 1 de enero de 2022, a los que es de aplicación el complemento por demora previsto en el artículo 210.2 en su redacción anterior a la introducida por la Ley 21/2021 podrán compatibilizar su percibo con el acceso al envejecimiento activo previsto en el artículo 214 de la LGSS.

Por último, conviene precisar que las suspensiones en el percibo del complemento por demora ocasionadas por la incompatibilidad con el acceso al envejecimiento activo establecida en el último párrafo del apartado a) del criterio de gestión 2/2022 deberán ser objeto de revisión en beneficio del interesado , de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al objeto de reponer el abono del complemento por demora suspendido".

[16] Respecto al estado de la cuestión, Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Trabajadores de edad avanzada I. Jubilación anticipada y jubilación parcial: cuestiones prácticas tras la Reforma 2013"… *Op. Cit.*

que, con independencia de que el trabajo autónomo no se mide por el tiempo empleado en la actividad, ya que este no guarda relación directa con el volumen de los rendimientos obtenidos, se permitirán cotizaciones calculadas con bases de cotización con importes por debajo del Salario Mínimo Interprofesional cuando sus rendimientos no alcancen este umbral, para lo cual la reforma normativa crea específicamente una tabla reducida por debajo de la general tal y como indica el artículo 308 del texto refundido de la LGSS.

3.5. Jubilación flexible

Como hemos visto, los trabajadores autónomos no tienen reconocida la jubilación parcial (combinación de trabajo a tiempo parcial y pensión anticipada o no pero también parcial). Sin embargo, sí tiene reconocida la jubilación flexible, esto es, la posibilidad de volver a trabajar a tiempo parcial desde la situación de pensionista, lo que solo es posible como trabajador por cuenta ajena.

Bajo esta opción, el pensionista del RETA puede compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial por cuenta ajena[17], siempre que este represente una jornada de entre un 25 y un 50 por ciento, según lo previsto por el art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores. En este caso, la cuantía de la pensión de jubilación se verá reducida en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista.

Las cotizaciones efectuadas por las actividades de trabajo realizadas por el pensionista, en régimen de jubilación flexible, traerán consigo, una vez se produzca el cese en dicha actividad, efectos para la mejora de la pensión. A resultas de ello, se procederá a un nuevo cálculo de la base reguladora incorporando las nuevas cotizaciones -salvo que su aplicación diese como resultado una reducción del importe de la base reguladora anterior-, así como a la actualización del porcentaje aplicable a la base reguladora, teniendo en cuenta el nuevo período de cotización acreditado. En cuanto a los efectos de estas nuevas cotizaciones, asimismo, servirán, en su caso, para minorar o suprimir el coeficiente reductor que se hubiese aplicado en el momento de causar derecho a la pensión.

En este sentido, decir que el percibo de la pensión de jubilación por parte de los trabajadores autónomos es compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio y con el desempeño de las funciones que lleve consigo dicha titularidad.

4. Compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo

Al igual que en el régimen general, la pensión de jubilación del RETA es incompatible «con el trabajo del pensionista», expresión que ha universalizado su contenido al incorporar tanto el trabajo por cuenta propia como el trabajo por cuenta ajena (art. 213.1 LGSS, al que remite el art. 318.d), así como el desempeño de un puesto de trabajo afectado por la correspondiente legislación de incompatibilidades en el sector público (art. 1.1 Ley 53/1984) o del puesto de "alto cargo" en la Administración pública (Ley 3/2015, de 30 de marzo). La realización de la actividad incompatible exige la suspensión de la pensión por el tiempo correspondiente.

Sin perjuicio de la regla general descrita en el RETA, existen una serie de singularidades.

La titularidad del negocio y la realización de las funciones inherentes a dicha titularidad han estado desde su origen en el núcleo de la necesaria armonización entre el mantenimiento de estas y la percepción de la pensión de jubilación que trae su origen del cese en el trabajo personal y

[17] Como se ha visto, los trabajadores autónomos no pueden realizar trabajo a tiempo parcial en este sentido, por lo que no pueden acogerse a una jubilación flexible y mantener una actividad de trabajo por cuenta propia.

directo del autónomo. El reconocimiento de la pensión no puede ser una especie de expropiación del negocio y el mantenimiento de la titularidad no puede justificar que todo sigue igual tras la jubilación, pero sin cotizar. El equilibrio es prácticamente imposible y requeriría una nueva concepción del modelo.

La regla legal -reverdecida hoy por la jubilación activa- fue desde antiguo (art. 93.2 ORETA en la redacción dad por la OM 31-7-1976) la compatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación y el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate por parte del trabajador autónomo jubilado, con la posibilidad legal de desempeñar las funciones inherentes a dicha titularidad, por lo que hoy añadimos que es necesario delimitar las funciones inherentes a la titularidad según la normativa mercantil relativa a la actividad del empresario[18]. A este respecto, la STSJ-Galicia 4503/2021, de 16 de noviembre intenta dar respuesta minuciosa a los múltiples contenidos, según la tipología del autónomo clásico o societario. En este orden la Sala entiende que es necesario distinguir «entre el ejercicio de funciones inherentes a la titularidad del negocio, entre las que se encuentran las de índole administrativo, de relación con organismos oficiales, ayuntamientos, tributarias, etc., en las que el jubilado sigue siendo dueño del negocio y, como tal, paga impuestos, firma contratos, ostenta la representación de la empresa, etc., de aquellas otras actividades que suponen llevar personalmente la explotación del negocio, con presencia física en él a lo largo de la jornada, trabajo de despacho, de oficina o de otro tipo, de manera que solo se produce la incompatibilidad con el cobro de la pensión en el segundo caso».

Ciertamente, el titular del negocio puede realizar cualquier función conveniente o necesaria para la consecución de sus fines, aunque lo habitual es que utilice el concurso de otras personas, siempre que su actividad no sea el trabajo personal y directo que dio lugar a su inclusión en el RETA[19].

Son varias las opciones de compatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación y el trabajo que se presentan para los trabajadores autónomos, en primer lugar, la contenida en el art. 213. 4 de la LGSS, en segundo, la incorporada por el R.D.L. 5/2013[20], recogida ahora en el art.

[18] Al respecto la seguridad social dictó la Resolución de 13-8-1999 de la DGOSS, con el siguiente tener:
«…funciones inherentes a la titularidad del negocio de que se trate" a que se refiere el artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, comprenden exclusivamente dictar instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tienen encomendada la gestión y administración de la empresa, así como los actos de disposición que no sean necesarios para efectuar aquéllas. Además, cuando ese "titular" se asimile a un administrador con control sobre la sociedad en los términos de la disposición adicional vigésima séptima de la Ley General de la Seguridad Social, las "funciones inherentes a la titularidad" incluirán también aquellas actividades que por ley no pueden encomendarse a personas ajenas al órgano de administración. Fuera de lo anterior, es decir, todo lo que suponga gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa debe reputarse actividad incompatible con la pensión de jubilación del RETA, tanto para el empresario individual como para el empresario "de hecho" de una sociedad mercantil capitalista, pues dará lugar al alta en el Sistema de la Seguridad Social -RETA-, pudiéndose citar, a título de ejemplo, la firma de contratos en general, de convenios colectivos, solicitudes de crédito, representación en juicio y fuera de él de la empresa, firma de avales y cuantos actos jurídicos requiera la gestión y administración ordinaria reiteradamente aludida.»
Hoy en la p. web https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/FAQ/48456/48907/48519#48558
Ejemplifica: Todo lo que suponga gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa debe reputarse actividad incompatible con la pensión de jubilación del RETA tanto para el empresario individual como para el empresario de hecho de una sociedad mercantil capitalista, pues dará lugar al alta en el sistema de la Seguridad Social pudiéndose citar, a título de ejemplo, la firma de contratos en general, de convenios colectivos, representación en juicios y fuera de él de la empresa, firma de avales...

[19] "El problema es donde termina y empieza ese trabajo habitual, personal y directo y cual es al final el margen de tolerancia", afirman Monereo Pérez, y Rodríguez Iniesta, La pensión de jubilación … *Op. Cit.*, p. 255.

[20] Respecto de las novedades en la compatibilidad de la jubilación ordinaria tras el RDL 5/2013, véase Pérez Alonso, M.: "La acción protectora en el Régimen General de la Seguridad Social y su incidencia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Problemas aplicativos". *Revista de Aranzadi*, núm. 2, 2013.

214 LGSS y, por último, la jubilación flexible (R.D. 1132/2002, de 31 de octubre). Veamos cada una de ellas.

— El art. 213.4 LGSS introduce la posibilidad de compatibilizar la realización de trabajos por cuenta propia -que pueden ser los mismos que generaron la pensión[21]-con el percibo de la pensión de jubilación, siempre que los ingresos totales percibidos anualmente por ese trabajo no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual[22]. Los sujetos que lleven a cabo dichas actividades económicas no están obligados a causar alta en el RETA y, por tanto, ni generan cotización ni nuevos derechos a las prestaciones de la Seguridad Social.

  Los ingresos anuales a computar a los efectos de entender por superado o no el importe del SMI son los ingresos netos, es decir los ingresos íntegros menos los gastos fiscalmente deducibles. La regla legal del actual del art. 213.4-incorporada por la Ley 27/2011-procede de un viejo criterio jurisprudencial[23] fijado por STS 29-10-1997 (también en la doctrina contenciosa STS S 3ª 2-12-1988) que utilizo el móntate económico como uno de los criterios para determina el requisito de la habitualidad.

— Por otro lado, el art. 214 LGSS recoge la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo, incorporada en su día por el R.D.L. 5/2013, y de aplicación a todos los regímenes de sistema. Bajo el título de "medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo" este R.D.L, a través del planteamiento de la compatibilidad entre vida activa y pensión -junto a otras medidas- trató de dar respuesta a las recomendaciones que, en el ámbito de la sostenibilidad de los sistemas de pensiones y envejecimiento activo, venían desarrollando las instituciones europeas.

  La ordenación resultante dio origen a la denominada jubilación activa[24], que determinó la posibilidad de compatibilizar, en determinadas condiciones, la

[21] La compatibilidad legal no distingue de actividades, admitiéndose con la realización de trabajos correspondientes a la misma actividad que venía realizando el asegurado hasta la edad de retiro (STSJ País Vasco 8-7-2014 [AS 2014, 2531]). Según la sentencia, la interpretación queda confirmada por el canon lógico, "pues se aleja de lo racionalmente esperable que el beneficiario de la pensión de jubilación inicie una actividad distinta de aquella para la que está capacitado y cuenta con la necesaria experiencia".

[22] La compatibilidad del percibo de la pensión de jubilación con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el SMI no se aplica a los pensionistas que, por su posición en una sociedad mercantil, tiene el control efectivo de la misma, por lo que se procede a su alta en el RETA (autónomos societarios). TS 29-6-22, EDJ 627838.

[23] De la doctrina jurisprudencial mencionada resulta que la habitualidad en la actividad desarrollada depende de su frecuencia o continuidad, por lo que su verificación, en principio, habría de hacerse a partir de módulos temporales (tiempo de dedicación), pero dada la dificultad de justificación, se ha optado por acudir a otros elementos indiciarios de la habitualidad, como es el importe de la remuneración percibida por la actividad desarrollada (por guardar normalmente una correlación estrecha con el tiempo invertido), tomando en cuenta en este punto la superación del salario mínimo interprofesional. Sobre aquella valoración inicial pueden verse las reflexiones de Ballester Pastor, I.: "¿Existe una medida de «habitualidad» objetiva que obligue al encuadramiento de los trabajadores autónomo..." *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 20/2002 parte Estudio. BIB 2003\115 y Tortuero Plaza, J.L. Pensión de jubilación y trabajo por cuenta propia o autónomo: reglas de compatibilidad y parcialidad. VV.AA.: *La reforma de la jubilación* Editorial Aranzadi, enero de 2011. BIB 2011\1879.

[24] Perán Quesada, S.: "El envejecimiento activo desde la perspectiva de género", en *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, dirigida por Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., Granada, Editorial Comares (Colección Trabajo y Seguridad Social), 2021, pp. 13-30.

percepción de la pensión de jubilación y la realización de trabajos por cuenta ajena o por cuenta propia.

El art. 214 ha sido modificado por la Ley 21/2021 (entro en vigor a partir el 1-1-2022) desplazando el acceso a la jubilación activa 1 año desde el cumplimiento de la edad de jubilación (art. 205 y DT 7ª LGSS, para 2022, 65 o 66 años y 2 meses, si se ha acreditan cotizaciones superiores o inferiores a 37 años y 6 meses) y elimina las condiciones exigibles a las empresas.

El requisito incorporado (demora de 1 año en el acceso) será de aplicación exclusivamente a pensiones de jubilación causadas a partir de 1 de enero de 2022, pero no a las causadas con anterioridad a dicha fecha (Criterio de gestión 8/2022, del INSS, de 8 febrero, que rectifica el Criterio anterior) que lógicamente constituiría un requisito de imposible incumplimiento.

La ordenación vigente determina las siguientes exigencias:

a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205. 1.a), sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.

b) El beneficiario, en base a sus años de cotización, debe alcanzar el porcentaje del 100 % aplicable a la base reguladora para determinar la cuantía de la pensión (conforme a lo establecido por la Disposición Transitoria Séptima LGSS, sobre aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización).

c) El trabajo compatible con la pensión podrá realizarse por tiempo completo o tiempo parcial.

En cuanto a la cuantía a percibir por la pensión de jubilación compatible con el trabajo, aquélla será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado en caso de que proceda, el límite máximo de la pensión pública, o bien del que esté percibiendo en el momento en que se inició la compatibilidad con el trabajo. Se excluirá, en todo caso, el complemento por mínimos, siendo indiferente a estos efectos cuál sea la jornada laboral o la actividad que desempeñe el pensionista. La pensión así recibida será objeto de revalorización en su integridad, en la forma prevista para las pensiones del Sistema de Seguridad Social, si bien, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión incrementado con las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento. Mientras persista la compatibilización, el pensionista no tendrá derecho a percibir el complemento por mínimos. El beneficio de la pensión tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos.

Una vez finalizada la relación de trabajo por cuenta ajena o acaecido el cese en la actividad por cuenta propia, el trabajador pasará a percibir el importe íntegro de la pensión de jubilación.

En cuanto a la cotización durante el período en que exista compatibilización, será la siguiente: si el trabajo es por cuenta ajena, los empresarios y trabajadores cotizarán a la Seguridad Social únicamente por i.t. y por contingencias profesionales, a la que hay que añadir una cotización del 9 por ciento, denominada especial de solidaridad, sobre la base de cotización por contingencias comunes, a pagar entre empresario (7 por ciento) y trabajador (2 por ciento) (art. 153 LGSS); en el caso de que el trabajo compatible sea por cuenta propia, las reglas son las mismas (cotización it,

contingencias profesionales y 9 % de solidaridad) , siendo el coste asumido en su integridad por el trabajador autónomo[25]. También están sujetos a esta cotización de solidaridad, los pensionistas de jubilación que compatibilicen la pensión con una actividad profesional por cuenta propia estando incluidos en una mutualidad alternativa.

También el art. 214 en sus apartados dos y cinco, fue modificado por Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, para incorporar una modalidad de jubilación activa que permitía la compatibilidad del trabajo por cuenta propia y el 100 % de la pensión.

La regla del art. 214 apartado dos es la siguiente: "…si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento". Ambas situaciones quedan coordinadas, esto es, si estando compatibilizando la pensión en cuantía del 100 % la relación laboral se extinguiera, la cuantía de la pensión se situará entonces en el 50 %, si continúa trabajando.

La falta de especificaciones y la ausencia, como ya es habitual, de normas reglamentarias, ha generado una abundante doctrina judicial y una extensa producción de criterios administrativos.

Integrando la doctrina del TS con los criterios administrativos, las reglas serían las siguientes:

a) La compatibilidad del 100 % de la pensión solo es aplicable a los autónomos que actúen como persona física e incluidos como tal RETA, o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, únicos que, como tales, pueden tener empleados a cargo.

b) Quedan excluidos, por tanto, los trabajadores autónomos contemplados en los arts. 305.2 b), c) d) y e) LGSS y los familiares colaboradores.

La doctrina del TS ha sido clara y uniforme en la determinación de quienes pueden acceder a la jubilación activa plena. Así se afirma que "..los objetivos, perseguidos por el art. 214.2.II - compatibilización del 100 % de la pensión de jubilación con los ingresos de actividades profesionales o económicas por cuenta propia, cuyos gastos se compensan con la creación de, al menos, un puesto de trabajo, o el mantenimiento del mismo - solo son accesibles para el autónomo clásico, puesto que su actividad se realiza efectivamente por cuenta propia y el mantenimiento del empleo o, en su defecto, la creación de un puesto de trabajo, al menos, compensa el gasto público que comporta la compatibilidad de la pensión. Por el contrario, no son aplicables al autónomo societario, porque su actividad no se realiza por cuenta propia, sino por cuenta de la sociedad y no se compensa por el mantenimiento del empleo, puesto que los trabajadores están contratados por la sociedad y la jubilación del consejero o administrador de la misma no constituye causa

[25] El artículo 310, con entrada en vigor el 1-1-2023, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad, establece que: Cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo por cuenta propia:
1. Durante la realización de un trabajo por cuenta propia compatible con la pensión de jubilación, en los términos establecidos en el artículo 214, las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas cotizarán a este régimen especial únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, conforme a lo previsto en este capítulo, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 9 por ciento sobre su base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones.
2. También estarán sujetos a una cotización de solidaridad del 9 por ciento sobre la base mínima de cotización del tramo 1 de la tabla general a la que se refiere la regla 1.ª del artículo 308.1 los pensionistas de jubilación que compatibilicen la pensión con una actividad económica o profesional por cuenta propia estando incluidos en una mutualidad alternativa al citado régimen especial al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoctava, la cual no será computable a efectos de prestaciones.
La cuota correspondiente se deducirá mensualmente del importe de la pensión.»

de extinción de los contratos". SSTS 23-7-2021 [JUR 2021, 251185 (JUR 2021, 251185)] [JUR 2021, 251187 (JUR 2021, 251187)] [JUR 2021, 251267 (JUR 2021, 251267)] y 21-9-2021 (RJ 2021, 4286). Tampoco cuando la persona autónoma, que no es administradora o consejera de una sociedad mercantil, sino que es una autónoma que pertenece a una comunidad de bienes y esta comunidad contrata a varias personas trabajadoras. No procede el 100 % de la pensión de "jubilación activa" al no contratar directamente ya que ha contratado a través de la comunidad (STS 8-2-2022 [JUR 2022, 79567 (JUR 2022, 79567)] [JUR 2022, 79363 (JUR 2022, 79363)]

Por tanto, la compatibilidad plena de la pensión de jubilación en la cuantía del 100 % con la actividad por cuenta propia sólo es posible en el caso de los autónomos personas físicas, no de lo societarios.

a) Respecto al requisito de contratación[26] , el contrato de trabajo por cuenta ajena puede ser celebrado a jornada completa o parcial y se entiende cumplido este requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo para el desempeño de un puesto de trabajo relacionado con la actividad por la que haya dado lugar a su alta en el sistema de Seguridad Social como trabajador autónomo (Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica criterio de gestión 18/2018, 26-7-18); interpretación que acoge algún sector de la doctrina judicial (TSJ Aragón 22-1-20, EDJ 509335). No obstante, existe alguna sentencia que contradice este criterio y permite, como trabajador por cuenta ajena, la contratación de un empleado de hogar (TSJ Burgos 19-6-19, EDJ 640967).

5. Conclusiones

El régimen de autónomos necesita una ordenación singular de desarrollo de la LGSS y, en especial, una reformulación del régimen jurídico de la jubilación y singularmente, del régimen de compatibilidades con el trabajo, en términos de mayor equidad. Los distintos colectivos integrados en el RETA son los máximos destinatarios de jubilaciones especiales, tales como la jubilación demorada y la jubilación activa, lo que explica esa necesidad de una ordenación singularizada.

[26] Podría ser contratado un colaborador familiar, siempre que quedara integrado en el régimen general.

Configuración general del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 años o más: sus aspectos más problemáticos

Alejandro Muros Polo
Personal Investigador Predoctoral en Formación - FPU[1]
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
ORCID: 0000-0002-6192-8481

1. Mecanismos de reestructuración empresarial, despidos colectivos, prejubilaciones y su influencia sobre la sostenibilidad de la Seguridad Social

Desde la llamada reconversión industrial de los años 80 se ha tomado a la prejubilación como mecanismo habitual de reestructuración empresarial, obviando con ello los efectos perjudiciales que ha traído consigo para las arcas del sistema público de Seguridad Social. La prejubilación, como situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación[2], se ha erigido como medida estrella en los procesos de regulación de empleo, sobre todo en sectores del sector servicios como la Banca o las telecomunicaciones. Incluso el

[1] Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario 2019, financiadas por el Ministerio de Universidades (FPU 2019, concesión definitiva por Orden de 7 de octubre de 2020).

[2] Definición elaborada por López Cumpre, L.: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, p. 86, por la que la prejubilación es 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 ordinaria".

Tribunal Constitucional, en su sentencia 66/2015, de 13 de abril, ha dictaminado que la selección de trabajadores en un despido colectivo en función de su mayor edad, por estar próxima a la edad de jubilación, supone un criterio adecuado y proporcionado (y no discriminatorio)[3], siempre que se implanten medidas efectivas para minimizar los efectos negativos que la extinción del contrato de trabajo produce en los afectados, medidas como el convenio especial con la Seguridad Social, que será objeto de estudio en el presente trabajo, así como mejoras voluntarias en la prestación por desempleo.

No obstante, dichas prejubilaciones, que suponen la expulsión del mercado de trabajo y el cese definitivo en el trabajo de los trabajadores maduros, si bien son una opción que suele complacer a las partes (al empresario por permitirle realizar un ajuste no traumático de plantilla, expulsando a los trabajadores que considera prescindibles o menos productivos; y a los trabajadores, que ven inevitable su pérdida de empleo y, por tanto, valoran la prejubilación como un mal menor, ya que pueden obtener una renta de sustitución más o menos equivalente a la percibida en el período de vida activa, con complementos al desempleo e incluso algunas veces a la pensión de jubilación[4]), por otro lado, no suponen un buen aliciente para la garantía de la sostenibilidad de las pensiones públicas[5]. En efecto, las personas que acceden o se ven abocadas a la prejubilación consumen prestaciones contributivas por desempleo y prestaciones del nivel asistencial (subsidios por desempleo para mayores de 52 en la actualidad[6]) y, además, suelen acceder a la pensión de jubilación de forma anticipada. En efecto, se produce una "socialización" de los costes empresariales de despedir[7], muchas veces con el apoyo de ayudas públicas[8] y de la protección social complementaria en general[9].

Por ello, junto con los problemas o amenazas de financiación de los que adolece la Seguridad Social a causa del progresivo envejecimiento poblacional, incremento de la esperanza de vida, baja natalidad, jubilación de los *babyboomers*, alto desempleo, empleo precario y bajas cotizaciones, etc.[10], el uso abusivo de las prejubilaciones no hace más que agravar la situación de sostenibilidad del sistema. De hecho, desde el primer Pacto de Toledo se han venido tomando medidas para retrasar la edad de jubilación, promover el envejecimiento activo y, con ello, alargar de forma voluntaria la vida activa laboral[11]. Es más, entre otras medidas, se han introducido

[3] En sentido contrario, Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013, *passim* y Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros", en: VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 197-286.

[4] Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º Extra 1, 2010, pp. 187 y 188.

[5] Sobre esta idea véase el magnífico estudio de López Insua, B.M.: "La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones", en *e-Revista Internacional de la Protección Social,* Vol. III, Nº 1, 2018, pp. 74-109.

[6] El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, vuelve a reducir la edad a 52 años para el subsidio por desempleo.

[7] Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", *Op. Cit.*, p. 174.

[8] López Cumpre, L.: "Capítulo 9. La prejubilación", en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II*, Monereo Pérez, J.L. *et al.* (Dirs.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 37-60.

[9] López Insua, B.M.: *Op. Cit.*, pp. 103 y 104.

[10] Un análisis en: Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas: Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social,* Madrid, Tecnos, 2014.

[11] Monereo Pérez, J.L.: "Capítulo I. Protección contributiva. Configuración jurídica general", en VV.AA.: *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Monereo Pérez, J.L. y García Ninet, J.I. (Dirs.), Granada, Comares, 2004, pp. 115 y 116 defiende que desde el Pacto de Toledo de 1995 se ha producido un cambio contundente e inequívoco de política del Derecho en materia de jubilación, en el sentido de suponer el tránsito de las políticas de

en la normativa ciertos "límites" a la prejubilación, en la idea de desincentivar la selección de trabajadores maduros en los procedimientos de despidos colectivos.

Por un lado, el RD-ley 16/2001, de 27 de diciembre, y sus normas posteriores han introducido la obligación de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social si el despido colectivo incluye a trabajadores de 55 años o más, con el fin de que se financien por parte del empresario las cotizaciones a la Seguridad Social y el trabajador afectado no vea recortadas sus prestaciones futuras, en especial la de jubilación. Una medida, objeto del presente trabajo, que se estudiará a lo largo de las siguientes páginas a través de una configuración general con el objetivo principal de detectar cuáles son sus principales problemáticas.

Por otro lado, destaca la D.A.16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en sus sucesivas reformas, que ha establecido una penalización económica para aquellas empresas con beneficios que procedan a despedir trabajadores maduros, la cual se conoce como la "cláusula Telefónica". Se trata, a grandes rasgos, de una aportación económica al Tesoro Público en casos de despidos colectivos de trabajadores 50 o más años de edad (art. 51.11 ET) en empresas de más de 100 trabajadores y con beneficios económicos en los dos ejercicios económicos anteriores. Siguiendo la misma línea de desincentivación de las prejubilaciones, se persigue que las empresas que realicen despidos colectivos de trabajadores maduros a pesar de tener beneficios compensen el impacto que producen en el sistema de protección por desempleo, limitando, por tanto, el coste para el erario público de los procesos de reestructuración de plantillas[12].

2. El convenio especial con la Seguridad Social en procedimientos de despido colectivo: sentido y alcance

El art. 51.9 ET exige que se suscriba convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 años o más, siempre que la empresa no se encuentre incursa en procedimiento concursal y los trabajadores afectados no tuvieran la condición de mutualistas a fecha de 1 de enero de 1967. Un determinado convenio especial con la Seguridad Social cuyo régimen jurídico se encuentra recogido en la disposición adicional decimotercera del TRLGSS y es desarrollado por el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, y que se diferencia de la modalidad general de convenio especial en su obligatoriedad, ya sea en su suscripción o en la obligación de aportación empresarial, pues en el resto de convenios el trabajador decide libremente formalizar convenio con la TGSS, así como la cotización recae sobre el propio trabajador o interesado[13]. Otra de las diferencias es que no se exige período de carencia como en el convenio especial ordinario (art. 3.3 Orden TAS/2865/2003).

Con la obligación de suscribir convenio especial en caso de despido colectivo de trabajadores maduros el legislador ha perseguido desde 2001 un triple objetivo: i) desincentivar la expulsión de trabajadores mayores del mercado de trabajo a través de prejubilaciones o simplemente despidos colectivos, pues se ha pretendido un encarecimiento de tales medidas; ii) garantizar

anticipación de la edad hacia las políticas de retraso o mantenimiento de los trabajadores en la edad madura. Sobre el reciente Pacto de Toledo de 2020 y su incidencia sobre el retraso en la edad de jubilación, véase, Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum,* N.º 25, 2020, *passim*.

[12] Sobre la aportación económica al Tesoro Público destaca el artículo de Martínez Barroso, M.R.: "Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 430, 2019, pp. 15-51.

[13] Sobre dichas particularidades, cfr., Fernández Orrico, F.J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social,* Navarra, Lex Nova. Thomson Reuters, 2013, pp. 229 y 230.

una mayor sostenibilidad del sistema de Seguridad Social a través de cotizaciones como si el trabajador se mantuviera en activo, aunque previo descuento de las cotizaciones a cargo del SEPE en las prestaciones por desempleo; y, finalmente, iii) favorecer el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición en materia de Seguridad Social. De este modo, uno de los principales motivos del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos es el de mantener la carrera de seguro de los trabajadores afectados, para que no vean recortadas sus prestaciones, en especial la pensión de jubilación. Ello resulta clave en un sistema contributivo en el que la cuantía de las prestaciones se vincula a la cotización previa del beneficiario, ya sea por determinar el importe de la base reguladora, como en ocasiones determinar el porcentaje aplicable sobre esta[14].

En concreto, los trabajadores que suscriban los convenios especiales permanecerán en situación de asimilada a la de alta, cotizarán junto con el empresario de forma sucesiva y accederán, en caso de que se produzca el respectivo hecho causante, a las prestaciones correspondientes derivadas de contingencias comunes (arts. 5 y 9 Orden TAS/2865/2003, respectivamente), como las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común o accidente no laboral, jubilación, muerte y supervivencia, servicios sociales y asistencia sanitaria. En cambio, quedan fuera de la acción protectora las prestaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, maternidad, paternidad y por cuidados de menores con cáncer y otras enfermedades graves, al igual que tampoco queda cubierta la protección por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional. En general, no se cubren aquellas situaciones de necesidad que provengan de una contingencia profesional o bien de la suspensión del contrato de trabajo, puesto que la suscripción de este convenio se prevé como remedio para situaciones de inactividad laboral[15].

La cotización en caso de convenio especial por despido colectivo se reparte entre el empresario, desde el cese en el trabajo o la extinción de la prestación contributiva por desempleo hasta que el trabajador cumpla los 63 o 61 años, si en este último supuesto el despido colectivo obedece a causas económicas, y a partir de aquí será el trabajador el encargado de satisfacer la cotización hasta que dicho trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación o acceda a la jubilación anticipada. Estas cotizaciones se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador[16], en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial (apartado segundo de la disposición transitoria 13ª TRLGSS) que, según el art. 7 Orden TAS/2865/2003, estará constituido por el vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social por contingencias comunes (28,3 %). Dicho resultado, la cuota íntegra, no será la cuota a ingresar por el convenio especial ya que, como hemos visto, la acción protectora no cubre la totalidad de las contingencias comunes y, por ello, la cuota íntegra debe de ser multiplicada por el coeficiente reductor aplicable que, en la actualidad, asciende a 0,94 %[17].

[14] Aragón Gómez, C.: "El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros", en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 810.

[15] Aragón Gómez, C.: *Op. Cit.*, pp. 813 y 814.

[16] Dicha base de cotización puede ser incrementada según lo previsto en el art. 20.5 de la Orden TAS/2865/2003.

[17] Véase, art. 21 de la Orden PCM/1353/2021, de 2 de diciembre, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional para el ejercicio 2021.

3. Requisitos para la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 años o más

Para que nazca la obligación legal de suscribir el convenio especial con la Seguridad Social en caso de despido colectivo (obligación *ope legis*, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo) es necesario que concurran los siguientes requisitos o condiciones: que la empresa que realiza el despido colectivo no se encuentre inmersa en procedimiento concursal; que la edad de los trabajadores afectados ascienda a 55 o más años; así como que dichos trabajadores no tuvieran la condición de mutualistas a fecha de 1 de enero de 1967. Como se puede observar, se trata de requisitos que se refieren tanto a la condición de la empresa (el primero) como a la de los trabajadores afectados (el segundo y tercero).

3.1. La empresa no se encuentre incursa en procedimiento concursal

El primero de los requisitos para la suscripción del convenio especial es que la empresa que realiza el despido colectivo no esté "incursa en procedimiento concursal" según el tenor literal de la legislación[18]. *A sensu contrario*, la empresa que se encuentre inmersa en procedimiento concursal estará exceptuada de la suscripción de tal convenio especial con ocasión de la realización de un procedimiento de despido colectivo que incluya a trabajadores de 55 o más años. Con ello se busca evitar que la empresa en cuestión se encuentre en una situación concursal o de insolvencia y que, por tanto, no pueda garantizar la asunción de sus compromisos con la Seguridad Social. La empresa debe de presentar síntomas de viabilidad económica que le permitan cumplir regular y puntualmente sus obligaciones[19], sin que el crédito con la TGSS por las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial se subordine a la calificación de créditos del convenio en el proceso concursal[20].

No obstante, una apreciación de que la empresa se encuentre incursa en procedimiento concursal que podría considerarse aparentemente sencilla tiene mayor complicación en la práctica pues, ¿qué debe de entenderse por procedimiento concursal? Queda claro que comprende a partir de la declaración de la empresa en concurso de acreedores, por la cual el procedimiento de despido colectivo se regulará según lo establecido en la Ley Concursal[21]. Pero, por otro lado, ¿debe de equipararse el procedimiento concursal al que alude el ET a la denominada fase preconcursal que prevé la legislación concursal? Fase preconcursal que está destinada a obtener un acuerdo extrajudicial de pagos o bien un acuerdo de refinanciación que evite el concurso o se asegure la ordenación de la satisfacción de los créditos ante una futura declaración concursal (propuesta anticipada de convenio), y que igualmente amplía el plazo para la solicitud del concurso voluntario (véase, Libro Segundo del TRLC, rubricado "Del derecho preconcursal"). En efecto, la diferente terminología utilizada por la legislación laboral y concursal, así como la falta de actualización de la primera a las sucesivas reformas del texto concursal, las cuales han ido

[18] Tanto el art. 51.9 ET como el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003 se refieren a "empresas no incursas en procedimiento concursal". En cambio, la disposición adicional decimotercera del TRLGSS no se refiere a esta condición, aunque también es cierto que remite al art. 51.9 ET para la delimitación del convenio especial en cuestión.

[19] Del mismo modo, la empresa declarada en concurso no tendrá que llevar a cabo ni el plan de recolocación externa (art. 51.10 ET) ni la aportación económica al Tesoro Público (art. 51.11 ET).

[20] Fernández Orrico, F.J.: *Op. Cit.*, p. 232.

[21] Arts. 169-184 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC).

dando mayor protagonismo a las fases previas al concurso, son buena muestra de la disonancia entre ambas legislaciones y la controversia que opera en este ámbito[22].

En este sentido, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha tenido que resolver en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2018 (rec. 3458/2015) en contra de considerar la fase preconcursal dentro de la condición de "procedimiento concursal" a efectos de exceptuar la obligación del art. 51.9 ET. En concreto, la sentencia citada rechaza el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, quien defiende la imposibilidad de suscribir convenio especial de despido colectivo, frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo contencioso-administrativo, de fecha de 14 de septiembre de 2015 (rec. 367/2014), que resolvió en contrario. Se trata de un caso en el que una vez iniciado el procedimiento de despido colectivo se comunica conforme a lo previsto en el anterior art. 5bis de la Ley Concursal el inicio de las negociaciones con los acreedores (preconcurso) y posteriormente finaliza tal despido con acuerdo, comunicándolo a la autoridad laboral antes de la solicitud de concurso voluntario. Tras la advertencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la falta de suscripción de convenio especial, la empresa solicita el alta de dicho convenio especial, pero con posterioridad de unos días a la declaración de concurso voluntario mediante auto judicial.

En síntesis, el Tribunal Supremo entiende que la expresión "estar incursa en procedimiento concursal", utilizando una interpretación gramatical del término "incurso", que significa "haber incurrido en algo", solo se identifica con la declaración formal de concursado, momento a partir del cual la empresa en cuestión no estará obligada a suscribir convenio especial con la Seguridad Social. No obstante, el art. 51.9 ET es una obligación *ope legis* que nace desde el mismo momento en el que se efectúe el procedimiento de regulación de empleo, ya sea con el acuerdo alcanzado en acta con los representantes de los trabajadores, ya sea con la comunicación de la decisión final de despedir sin acuerdo a los representantes y a la autoridad laboral, con independencia de que la solicitud de convenio especial, tras la consumación del despido colectivo, se presente con posterioridad a la declaración de concurso de acreedores[23], sin que, además, se pueda oponer lo establecido en la Orden TAS/2865/2003 que establece que la solicitud debe de formularse durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo[24].

En definitiva, si el procedimiento de despido colectivo finaliza, con acuerdo o sin él, antes de la declaración de concurso de acreedores, existe la obligación empresarial de suscribir convenio con la Seguridad Social, aunque haya mediado con anterioridad la denominada fase preconcursal o el convenio colectivo se solicite una vez la empresa haya sido declarada en concurso. Por ende, la

[22] Cegarra Cervantes, F.: "El convenio especial de la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta y cinco o más años: un examen de su procedencia en los casos de situación preconcursal", en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 382 y ss.

[23] En el mismo sentido la STS, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2016 (rec. 2405/2015), doctrina concordante con la contenida en sentencias deliberadas en la misma fecha (Recs. 2447/2015, 2216/2015 y 2261/2015, entre otros), determina la competencia del orden social frente al civil para conocer de la obligación de suscribir el convenio especial y abonar las cotizaciones cuando el procedimiento de despido colectivo haya finalizado con anterioridad a la declaración del concurso, aunque la demanda se presente estando la empresa en concurso. Y, eventualmente, también se determina la obligación de suscribir el convenio colectivo por parte del empresario concursado.

[24] Un comentario en Sanz Sáez, C.: "¿Cabe suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social cuando la empresa que tramita un expediente de regulación de empleo está incursa en procedimiento concursal? (Con ocasión STS, Sala de lo Contencioso, de 15 de febrero de 2018)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 16, 2018, pp. 213-231.

fase preconcursal no equivale a que la empresa se encuentre incursa en procedimiento concursal, como excepción para suscribir el convenio especial del art. 51.9 ET[25].

3.2. Los trabajadores afectados tengan 55 años o más

El segundo de los requisitos para la suscripción del convenio especial en supuestos de despidos colectivos es que los trabajadores afectados por tales despidos tengan 55 años o más, aunque nada impide que en el marco de las negociaciones del procedimiento de consulta-negociación se acuerde que la empresa abone las cuotas al convenio especial con trabajadores de menor edad. El límite de edad de 55 años es un requisito convencional que responde a una convicción de que los trabajadores una vez que alcanzan esta edad tienen mayores dificultades para reinsertarse en el mercado de trabajo. De este modo, para compensar dicha situación se instrumenta una especie de sistema de transición desde el cese en el trabajo hasta la jubilación, anticipada u ordinaria, así como hasta otras prestaciones como las de incapacidad permanente o las de supervivencia, sin perjuicio de que el trabajador afectado consuma prestaciones o subsidios por desempleo e, incluso, desarrolle otra actividad sujeta a cotización[26].

En relación con el momento en el que debe de computarse la edad del trabajador y, por tanto, comprobar si se cumple este requisito, la doctrina judicial ha manifestado diversas respuestas que van desde tener en cuenta la edad del trabajador en el momento del inicio del procedimiento de despido colectivo (STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2007, rec. 43/2007), hasta la consideración de la edad del trabajador en el momento de la fecha del cese del trabajo (SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2009, rec. 1054/2008; de Cataluña de 3 de abril de 2013, rec. 2911/2012; y Castilla y León de 16 de septiembre de 2014, rec. 550/2014)[27]. No obstante, el art. 20.1 de la Orden TAS/2865/2003 determina el momento de la solicitud del convenio especial "en todo caso, hasta la fecha en que el empresario notifique individualmente el despido a cada trabajador afectado".

3.3. Los trabajadores no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967

El tercero de los requisitos, de carácter negativo, excluye a los trabajadores que tuvieran la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967 del convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos. Se trata de un requisito que expulsa a los trabajadores que hayan sido cotizantes en tal fecha de alguna de las conocidas como Mutualidades Laborales, habida cuenta de que, en principio, estos trabajadores pueden tener mayores facilidades para acceder a la jubilación anticipada a partir de la edad de 60 años frente el régimen general. Una cierta diferenciación en el acceso a la jubilación anticipada que podría no ser de tal entidad como para justificar la exclusión de este tipo de trabajadores del convenio especial con la Seguridad Social[28].

En efecto, la disposición transitoria cuarta del TRLGSS, dedicada a la "aplicación de legislaciones anteriores para causar derecho a pensión de jubilación", regula en su apartado 1.2º el acceso anticipado a la jubilación a partir de los 60 años por parte de quienes fueran mutualistas a fecha de 1 de enero de 1967, con aplicación de coeficientes reductores de la pensión de jubilación

[25] En contra Cegarra Cervantes, F.: *Op. Cit.*, pp. 388-390, acogiendo la interpretación más flexible aportada por la STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2015 (rec. 26/2015).

[26] Trillo García, A.R.: "El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años", en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, Godino Reyes, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 946.

[27] Referencias judiciales contenidas en el trabajo de Aragón Gómez, C.: *Op. Cit.*, p. 811.

[28] Crítico se muestra Fernández Orrico, F.J.: *Op. Cit.*, pp. 232 y 233 con cita en Sempere Navarro, A.V.: "Una primera reflexión sobre la jubilación "flexible", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 12, 2002, p. 17.

del 8 % por año o fracción de año en función de la edad que reste para cumplir los 65 años (modalidad voluntaria), o bien en función del tiempo cotizado si el cese en el trabajo se ha producido como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador. En esta última modalidad, que es la que mejor casa con el supuesto de despido colectivo, se exige un período de carencia de 30 años, frente a la modalidad voluntaria en la que solo se exige el mínimo de cotización de quince años[29], aunque con unos coeficientes reductores más bajos (una horquilla que va desde el 6 % con cuarenta o más años cotizados hasta el 7,5 % con una cotización de entre treinta y treinta y cuatro años).

Como se puede observar, existen ciertas diferencias entre la jubilación anticipada para los mutualistas y la jubilación anticipada involuntaria del art. 207 TRLGSS: ya sea en la edad de acceso (61 o 63 según el período de tiempo cotizado)[30], la fijación de coeficientes reductores más gravosos que para los mutualistas[31] o en la exigencia de un período de carencia de 33 años. No obstante, estas condiciones más favorables en el mutualismo no tienen por qué ser suficientes para que la exclusión se encuentre justificada, pues el efecto del despido colectivo a los 55 años de edad para un trabajador mutualista y uno que no lo es puede ser ciertamente semejante (al margen de que queden ya pocos en edad de trabajar). Quizá hubiera sido más apropiado tomar en consideración a tales trabajadores y sus diferencias para modular el convenio especial a su favor, y no excluirlos directamente de la protección dispensada por dicho convenio[32].

4. Procedimiento de suscripción del convenio especial y consecuencias de su incumplimiento

Una vez que se cumplan las tres condiciones anteriormente descritas en un procedimiento de despido colectivo surge una obligación legal para el empresario, con un correlativo derecho para el trabajador, de solicitar y suscribir un determinado convenio especial con la Seguridad Social[33]. En concreto, se trata de una solicitud que se perfila en mayor medida en la norma reglamentaria (recordemos, art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social) y que supone la suscripción del convenio especial entre tres partes (convenio de carácter tripartito): el empresario, el trabajador y la Tesorería General de la Seguridad Social, algo que no ocurre por regla general en el resto de los convenios especiales[34].

El convenio especial nace de un acto administrativo, en tanto que no basta la mera solicitud del interesado, sino que es preciso el reconocimiento expreso o tácito de la Tesorería General de la Seguridad Social. Además, se trata de un acto administrativo reglado, habida cuenta de que la solicitud del convenio se concede solo cuando se cumplan los presupuestos recogidos en la legislación, no teniendo la Administración de Seguridad Social ningún margen discrecional para ello[35]. El término "convenio" especial no puede conducir a entender que dicho convenio parte de

[29] Véase, Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 2020, pp. 148-150.

[30] Art. 207.1.a) TRLGSS: "Tener cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 205.1.a) (teniendo en cuenta el régimen transitorio) sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refieren los artículos 206 y 206 bis".

[31] Sobre los coeficientes reductores para la jubilación anticipada involuntaria y su modificación por la Ley 21/2021, véase, Maldonado Molina, J.A. "La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* N.º 30, 2022, pp. 63-89.

[32] Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, pp. 947 y 948.

[33] Sobre la obligación para el empresario y el derecho para el trabajador, véase, Aragón Gómez, C.: *Op. Cit.*, p. 812.

[34] Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, p. 942.

[35] Aragón Gómez, C.: *Op. Cit.*, p. 812.

un contrato entre las partes, de un lado, el empresario y trabajador, y de otro, la Administración, ya que es el Estado quien fija las condiciones de forma unilateral, con base en su obligación de mantenimiento del régimen público de Seguridad Social *ex* art. 41 CE. No obstante, sí que es cierto que en determinados supuestos muy limitados se le concede al suscriptor (en este caso suscriptores) cierto margen de apreciación, como puede ser el incremento de la base de cotización del art. 20.5 de la Orden TAS/2865/2003, lo cual indica para algunos autores que nos encontramos ante un híbrido entre acto administrativo y contrato[36].

Dicho lo anterior, el convenio especial deberá de solicitarse a través de modelo oficial (modelo TA.0040-ERE) ante la Dirección Provincial de la TGSS o administración de la Seguridad Social correspondiente al domicilio del solicitante, así como por vía telemática. Sin embargo, emerge la duda de cuál será el plazo del que se dispondrá para tal solicitud. Si bien ni el Estatuto de los Trabajadores ni la D.A.13ª TRLGSS se refieren a ello, el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003 precisa que la solicitud de esta modalidad de convenio especial deberá de formularse por el empresario durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo y, en todo caso, hasta la fecha que el empresario notifique individualmente el despido a cada trabajador afectado conforme a lo dispuesto en el art. 51.4 ET[37], artículo que, a su vez, remite a los requisitos para la comunicación del despido objetivo previstos en el art. 53.1 ET (significativamente la carta de despido, expresando la causa, y la puesta a disposición inmediata de la indemnización). Y este segundo límite temporal para proceder a la solicitud introducido por la Orden TMS/397/2019, esto es, la comunicación individual del despido[38], parece más coherente, ya que muchas veces durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo se desconoce quiénes serán los trabajadores efectivamente despedidos hasta que no se alcance acuerdo o se comunique la decisión final del empresario. Obsérvese que dentro de la documentación inicial el art. 51 ET no prevé que se identifiquen los trabajadores afectados, más allá de su número y clasificación profesional o los criterios de selección. Ahora bien, la decisión final, exista acuerdo o no, deberá de especificar quiénes serán los trabajadores afectados por la medida, con remisión de tal decisión a la autoridad laboral, que trasladará la comunicación a la Administración de la Seguridad Social cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores respecto de los que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 51.9 ET, haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación (art. 12.5 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada). Con ello se facilita la labor para que la TGSS pueda comprobar si el empresario ha incumplido su deber de suscribir convenio especial con la Seguridad Social[39].

---

[36] Fernández Orrico, F.J.: *Op. Cit.*, pp. 53 y 54.

[37] Con anterioridad a la modificación introducida por la Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, únicamente se precisaba que: "la solicitud de esta modalidad de convenio especial deberá formularse durante la tramitación del expediente de regulación de empleo". Plazo de solicitud que ya fue interpretado de forma flexible por parte de los Tribunales (SSTSJ de Madrid de 1 de junio de 2012, rec. 4507/2011, y de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2009, rec. 1054/2008) al reconocer la posibilidad de solicitar el convenio especial en el momento de la extinción de los contratos. Véase, Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, p. 948.

[38] El artículo 51.4 ET especifica que: "en todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido". Todo ello con la finalidad de cumplir con el plazo de 30 días que establece el art. 4.1 de la Directiva 98/59/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; plazo que se aprovechará por parte de la autoridad pública para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados.

[39] Del mismo modo, el art. 6.3 del Real Decreto 1483/2012 establece que la autoridad laboral remitirá copia de la documentación y comunicación inicial del despido colectivo a la Administración de la Seguridad Social cuando se incluya a trabajadores respecto a los que deba aplicarse lo dispuesto en el art. 51.9 ET.

No obstante, ante los elevados incumplimientos empresariales de suscribir el convenio y los perjuicios causados en los trabajadores afectados en materia de reconocimiento de derechos, prestaciones y reducción de su cuantía por falta de formalización y cotización al convenio especial, el Defensor del Pueblo (Queja n.º 140046219) dirigió una recomendación a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social con el fin de instar los cambios legales que permitieran que la Tesorería General de la Seguridad Social pudiera proceder a dar el alta de oficio a los trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo con cincuenta y cinco o más años de edad, y a sustituir la voluntad de la empresa en la suscripción del convenio especial, habida cuenta de la incompatibilidad entre la obligatoriedad del art. 51.9 ET y la voluntariedad inherente al convenio especial.

De este modo, la Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, ha modificado el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003 con el objeto de que, si el empresario no presenta solicitud en el plazo correspondiente, el trabajador afectado pueda solicitar el convenio especial dentro de los seis meses naturales siguientes a la fecha en que el empresario le notifique individualmente el despido. En este caso, el convenio especial será suscrito solo entre el trabajador y la TGSS, previa audiencia del empresario, para que realice las alegaciones pertinentes, pueda adherirse al convenio o proponer modificaciones al mismo. Una vez finalizado el trámite de audiencia, se procederá a la firma del convenio, del que se dará traslado al empresario junto con la notificación del importe total de las cuotas que debe ingresar a su exclusivo cargo (art. 20.2 Orden TAS/2865/2003). En efecto, se trata de una modificación que sigue el impulso dado por la Recomendación del Defensor del Pueblo, aunque sigue dependiendo de la solicitud del trabajador y no es, por tanto, una formalización de oficio por la TGSS. Además, no se aplica a los procedimientos de despido colectivo que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden de 2019, esto es, 9 de abril de 2019 (disposición transitoria única y disposición final tercera Orden TMS/397/2019).

Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurrirá si el empresario, o incluso si el trabajador, transgrede el plazo que le asigna la normativa reglamentaria para la solicitud del convenio especial con la Seguridad Social y, aun así, solicita su formalización. El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, en su sentencia de 15 de febrero de 2018 (rec. 3458/2015) rechaza la argumentación de la TGSS, por la que se negaba a suscribir convenio especial ya que se solicitó este con posterioridad a la tramitación del procedimiento de despido colectivo, siguiendo los plazos de solicitud dispuestos en el art. 20.1 de la Orden TAS/2865/2003 (anterior redacción). El TS entiende que no existe contradicción entre la obligación *ope legis* del art. 51.9 ET y la normativa reglamentaria, habida cuenta de que no se puede caer en una interpretación literal, pues el art. 20.1 "debe interpretarse en el sentido de incluir el compromiso de solicitar el convenio especial en el acuerdo final". Y como tal operación no se produjo, una vez que se remitieron las actas a la autoridad laboral fue la Inspección de Trabajo y Seguridad Social quien advirtió que se había omitido la obligación de hacer las solicitudes de los convenios especiales y, por tanto, la solicitud del empresario posterior al procedimiento de despido colectivo, e incluso posterior a la declaración de concurso de acreedores, supone una subsanación de tal omisión y es correcta. En todo caso, esta interpretación del Tribunal Supremo podría no resultar del todo adecuada, habida cuenta de que es anterior a la modificación de 2019 y no tiene en cuenta los plazos que se estipulan en la nueva redacción, sobre todo para el trabajador. Aunque también es cierto los plazos reglamentarios no deberían limitar una obligación *ope legis* del art. 51.9 ET, de rango superior, que no se encuentra sometida a ningún límite temporal para su solicitud, más allá de la prescripción.

Presentada la solicitud, la TGSS deberá de resolver en el plazo de tres meses desde la fecha de solicitud. En caso de que no se produzca resolución sobre la procedencia o improcedencia del

convenio especial, el art. 129.3 TRLGSS establece la excepción para los convenios especiales de lo que se conoce como silencio administrativo positivo, puesto que la falta de resolución expresa en el plazo previsto tendrá como efecto la estimación de la respectiva solicitud por silencio administrativo (art. 4.1 Orden TAS/2865/2003). El mismo art. 4.2 de la citada Orden determina que el convenio deberá de suscribirse en un plazo de 3 meses desde la fecha de notificación expresa o tácita de su procedencia, ya que de lo contrario el procedimiento se entenderá caducado si no se produce la firma por causa imputable al interesado. Todo lo anterior no debe de ser confundido con la fecha de efectos del convenio especial respecto de la correspondiente cotización por parte del empresario, que se produce desde el cese en el trabajo o, en su caso, desde la extinción de la prestación contributiva por desempleo.

Ante la falta de suscripción del convenio, la TGSS no puede actuar de oficio, elaborando el convenio especial y sustituyendo a las partes, más allá de lo ya recogido para el caso de la solicitud del trabajador ante el incumplimiento del empresario. La TGSS en estos supuestos se dirige a la empresa para recordarle su obligación legal, otorgándole un plazo prudencial para su cumplimiento, y de persistir este se dirige a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que inicie el correspondiente procedimiento sancionador, que se comentará a continuación. Asimismo, la TGSS pondrá en conocimiento del trabajador tal incumplimiento para que realice las actuaciones correspondientes y, entre ellas, solicite la suscripción del convenio dentro de plazo. En caso de que haya transcurrido el plazo de 6 meses, el trabajador podrá presentar una demanda ante la jurisdicción social en orden a exigir el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del despido colectivo, en la que sería parte demandada la empresa y la TGSS por razón litisconsorcial. De obtener una sentencia favorable a las pretensiones del demandado, la suscripción del convenio se deberá efectuar en términos en que se despache la ejecución, aunque lo normal es que la TGSS proceda a realizar el documento y cite a las partes para su firma, quedando suscrito el convenio especial y cumplido el fallo de la sentencia[40].

En cuanto a las consecuencias en materia de responsabilidad administrativa del empresario en caso de la no suscripción del convenio, esta no ha sido una cuestión pacífica. En un primer momento, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aprobó el 12 de junio de 2009 el Criterio Técnico 74/2009, en el que se establecía la aplicación de la infracción del art. 22.3 TRLISOS ("no ingresar en la forma y plazo reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo presentado los documentos de cotización…") ante la falta de suscripción del convenio especial con la Seguridad Social. Sin embargo, este criterio fue rechazado por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social que procedió a anular las actas extendidas por dicha infracción ante supuestos de no formalización del convenio.

Ante esta situación, y con posterioridad a la introducción en virtud de la disposición adicional sexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de una infracción específica a esta omisión en el art. 23.1.i) TRLISOS, la Dirección General de la ITSS emite un nuevo Criterio Técnico (91/2012) el 12 de junio de 2012. Así, por un lado, el citado Criterio Técnico 91/2012 deja sin efectos el anterior de 2009, siguiendo el criterio de la Dirección General de Ordenación de Seguridad Social, sobre la base de que la infracción contenida en el art. 22.3 TRLISOS no puede darse en un supuesto en el que ni la propia obligación del art. 51.9 ET ni el plazo de cumplimiento han llegado a materializarse en los términos previstos por el TRLGSS. En el Derecho Administrativo sancionador no existe la posibilidad de extender por analogía las infracciones y, por ello, antes de la reforma de 2011 no ha existido ninguna infracción tipificada en el TRLISOS frente al incumplimiento de formalizar convenio especial con la Seguridad Social.

[40] Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, pp. 949 y 950.

Por otro lado, las omisiones a la hora de suscribir el convenio especial del art. 51.9 ET deben de dirigirse al art. 23.1.i) TRLISOS ("incumplir la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores")[41], eso sí desde la fecha de su entrada en vigor: el 1 de enero de 2013 (disposición adicional duodécima de la Ley 27/2011 y disposición final novena de la Ley 13/2012). De este modo, si durante el procedimiento de consulta-negociación no se solicitó la suscripción del convenio especial y este finalizó con anterioridad a la fecha de 1 de enero de 2013, no podrá aplicarse la infracción del art. 23.1.i) TRLISOS en virtud de la irretroactividad de las normas sancionadoras, con la única excepción de que la fecha de efectos del despido se produzca con posterioridad a la entrada en vigor de la norma debatida[42]. Se trata, en definitiva, de una infracción administrativa muy grave, que está sancionada con una multa que va desde 7.501 euros hasta 225.018 euros (art. 40.1.c) TRLISOS). Sin embargo, siguiendo los criterios de graduación de las sanciones del art. 39 TRLISOS, se puede tener en cuenta a efectos de modular la responsabilidad de la empresa la actitud pasiva que muestren tanto los representantes de los trabajadores como los propios interesados al no exigir que se incluyera en el acta final la obligación del art. 51.9 ET, así como que tampoco se exigiera la inmediata solicitud tras el requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (STS de 15 de febrero de 2018, rec. 3458/2015).

Por último, el Criterio 91/2012 precisa que "no puede estimarse incumplida la obligación de ingresar las cuotas del convenio especial en la forma y plazos reglamentarios cuando ni la propia obligación ni, con mayor motivo, el plazo de cumplimiento han llegado a materializarse en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, por lo que hay que entender que en los supuestos en que el convenio especial no haya llegado a suscribirse, no puede resultar un efecto liquidatorio". De este modo, en tanto el convenio especial no llegue a suscribirse no puede producirse efecto liquidatorio alguno, es decir, no podrán reclamarse las cotizaciones empresariales, pues es con la suscripción cuando nace la obligación de cotizar y, por tanto, se inicia el plazo reglamentario al efecto[43].

5. El reparto de las cargas en el abono de las cuotas para financiar el convenio especial

El artículo 51.9 ET, más allá de precisar los requisitos básicos para suscribir este convenio especial en el despido colectivo y recoger que existirá la obligación de abonar las cuotas a dicho convenio, no determina ni su vigencia general ni quién será el responsable del abono de las correspondientes cotizaciones. Para ello, debemos de acudir a la D.A.13ª apartado primero TRLGSS donde se precisa que la duración del convenio especial y, por tanto, de sus cotizaciones, abarcará desde el período comprendido entre el cese en el trabajo o, en su caso, desde la extinción de la prestación contributiva por desempleo[44] hasta que el trabajador cumpla la edad de jubilación ordinaria (art. 205.1.a) y disposición transitoria séptima TRLGSS) o, de ser así, acceda a la pensión de jubilación anticipada (precisión que aparece en el apartado 2º de la D.A.13ª TRLGSS).

En cuanto al reparto de las cargas, el empresario deberá de abonar las correspondientes cotizaciones al convenio hasta que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los casos de

[41] En su redacción actual, dada por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

[42] Sobre esta última apreciación, véase, Fernández Orrico, F.J.: *Op. Cit.*, pp. 239 y 240, con cita en Consulta de 24 de mayo de 2013, Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Cuestiones interpretativas sobre la Ley 13/2012. Convenio especial.

[43] Aragón Gómez, C.: *Op. Cit.*, p. 822.

[44] "Durante el período de la percepción de la prestación por desempleo, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación, incluidos los supuestos a que hace referencia el artículo 270.3, la aportación que corresponda al trabajador" (art. 273.1 TRLGSS).

despidos colectivos por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta que el trabajador cumpla 61 años. Por ende, el trabajador tendrá que hacer frente a la cotización desde la respectiva edad de 63 o 61 años, en función de las causas del despido, hasta que cumpla la edad ordinaria de jubilación o acceda a la jubilación anticipada, que por coherencia será la involuntaria del art. 207 TRLGSS. No obstante, también se permite que el empresario pueda asumir el coste de la financiación del convenio hasta que el sujeto beneficiario alcance la edad de jubilación. En tal caso, la sustitución en el pago deberá de realizarse conforme a lo que establece el art. 8 de la Orden TAS/2865/2003, con autorización expresa del sustituido y de la Tesorería General de la Seguridad Social para que se libere al trabajador del abono de las cotizaciones[45].

5.1. La cotización a cargo del empresario del convenio especial por despido colectivo

5.1.1. La falta de correlación entre el fin de la obligación de aportación empresarial y la edad de acceso a la jubilación anticipada

La obligación por parte de la empresa de formalizar convenio con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos de trabajadores maduros tiene su origen en el Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social del año 2001. Medida que se trasladaría al RD-ley 16/2001, de 27 de diciembre, y, posteriormente, a la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, fruto de la tramitación como ley ordinaria del citado Real decreto-ley. En estos momentos la obligación de cotización por parte del empresario se situaba hasta los 61 años (D.A.31ª TRLGSS de 1994), edad que coincidía con la exigida para el acceso a la jubilación anticipada del art. 161bis TRLGSS/1994[46].

Un sistema de reparto de cargas a favor del empresario hasta los 61 años que fue modificado con la intervención de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. En efecto, con dicha Ley se modifica la jubilación anticipada, distinguiendo entre aquella destinada para cubrir situaciones derivadas de ceses en el trabajo por causa no imputable al trabajador, quien debía tener cumplidos los 61 años y haber sido despedido en función de despido colectivo por causas económicas, entre otros supuestos. Frente a lo anterior, surgió la jubilación anticipada por voluntad del interesado, para la cual el trabajador debía de tener los 63 años cumplidos y haber sido despedido por causas técnicas, organizativas y productivas en el caso del despido colectivo[47].

Ante tal cambio normativo en materia de jubilación anticipada, la Ley 27/2011 decidió modificar también la regulación del convenio especial con la seguridad social en caso de ERE. Con la finalidad de hacer coincidir la edad de jubilación anticipada con la edad a partir de la cual el empresario se desprende de la obligación de abonar las cuotas al convenio especial, la Ley de 2011 modifica la regulación del convenio especial y atribuye la responsabilidad de pago al empresario hasta que el trabajador cumpla 61 años en caso de despido colectivo por causas económicas o, en su caso, hasta los 63 años cuando el despido colectivo se produzca por causas técnicas, organizativas o productivas.

Sin embargo, esta reforma de 2011 en materia de jubilación anticipada, que no entró en vigor hasta el 1 de enero de 2013, fue modificada, de nuevo, por el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de

[45] Aragón Gómez, C.: *Op. Cit.*, p. 819.

[46] Un recorrido por la evolución histórica del convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos en Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, pp. 932-937.

[47] Dicho requisito de haber sido despedido por despido colectivo por causas técnicas, organizativas o productivas no se establecía expresamente, aunque se infería implícitamente al incluir solo en la modalidad de jubilación involuntaria el despido colectivo por causas económicas.

marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Consecuentemente, se introdujo un nuevo régimen de jubilación anticipada por el que se establecía una edad inferior como máximo en 4 años a la edad ordinaria de jubilación en supuestos de cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador y, entre ellos, de despido colectivos que, ahora sí, incluye todas las causas ETOP[48]. Dicha regulación en materia de edad de acceso a la jubilación anticipada involuntaria se mantiene vigente hasta la actualidad en el art. 207 TRLGSS, pues la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, ha afectado principalmente a la modificación de los coeficientes reductores y su método de cómputo[49]. En efecto, la edad mínima para la jubilación anticipada ya no se sitúa en los 61 años, sino que dependerá del período cotizado por el trabajador: 61 años si se ha cotizado 38 años y medio o más o, en su defecto, 63 años si se han cotizado como mínimo 33 años (sin perjuicio del período transitorio para la edad ordinaria de jubilación).

De este modo, se produce un desfase entre la edad del trabajador en la que el empresario deja de estar obligado a la cotización al convenio especial en función de la causa del despido colectivo y la edad de acceso a la jubilación anticipada, rompiendo con la lógica de la regulación anterior. Tradicionalmente, el empresario pagaba las cuotas hasta que el trabajador podía acceder, con carácter general, a la jubilación anticipada y, a partir de aquí, si el trabajador optaba por no jubilarse, era este el encargado de hacer frente al pago de las cotizaciones del convenio hasta la edad ordinaria de jubilación, en la que se extinguía el convenio especial. No obstante, ahora puede darse la situación de que el trabajador no pueda acceder a la pensión de jubilación anticipada por no cumplir la edad requerida pero tenga que abonar el coste del convenio especial, e incluso puede darse la situación de que la empresa tenga que cotizar al convenio especial hasta los 63 años en virtud de despido por causas técnicas, organizativas o productivas pero, en cambio, el trabajador ya haya podido acceder a la jubilación anticipada por cumplir los requisitos y este no la haya solicitado[50].

5.1.2. Cuantía, modo de ingreso, derecho al reintegro y regularización de las cotizaciones en caso de actividad del trabajador sujeta a cotización

Una vez que se produzca el cese en el trabajo por despido colectivo, el empresario tendrá que hacer frente a las cotizaciones propias del convenio especial, excepto si el trabajador reúne los requisitos para acceder a la prestación contributiva por desempleo, pues en este período será la Entidad gestora quien se haga cargo de las cotizaciones (art. 273 TRLGSS). En este caso, la vigencia del convenio especial comenzará desde la extinción de la prestación por desempleo contributiva.

Dicho esto, tanto si el trabajador no tiene derecho a la prestación contributiva por desempleo como si ya ha finalizado su disfrute, pueden darse dos situaciones: que el trabajador no tenga derecho al subsidio por desempleo o que, en cambio, sí pueda acceder al mismo. Si el trabajador no tiene derecho a la protección por desempleo en el nivel asistencial, el convenio especial quedará

[48] En estos casos el art. 207.1 TRLGSS indica que: "será necesario que el trabajador acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva. El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente".

[49] De igual modo, el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, introdujo una edad de acceso a la jubilación anticipada voluntaria de como máximo dos años inferior a la edad ordinaria de jubilación que, en la actualidad, se mantiene en el art. 208 TRLGSS.

[50] Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, pp. 964 y 965.

activado por la totalidad de la cotización establecida en ese preciso momento (recuérdese, base de cotización multiplicada por el tipo de cotización para contingencias comunes y por el coeficiente reductor vigente)[51].

No obstante, si el trabajador tiene derecho al subsidio por desempleo (también conocido como "subsidio por prejubilación"[52]), la disposición adicional 13ª TRLGSS, en su apartado segundo, establece la siguiente regla: de las cotizaciones resultantes se deducirá la cotización, a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, correspondientes al período en el que el trabajador pueda tener derecho a tal subsidio, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación, calculándola en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial. En este sentido, a pesar de que se produce cotización a cargo del SEPE durante el disfrute del subsidio por desempleo, dicha cotización ni abarca todas las prestaciones, pues solo se destina para la jubilación, ni coincide con la base de cotización del convenio especial, ya que el art. 280 TRLGSS toma como base de cotización en este caso el 125 % del tope mínimo de cotización vigente en cada momento[53].

En concreto, para la cobertura de la pensión de incapacidad permanente y las prestaciones por muerte y supervivencia se tomará la base de cotización del convenio especial, pero para la jubilación se tendrá en cuenta la base de cotización resultante de restar la del convenio menos la cotizada por el SEPE. La cuota líquida será la resultante de multiplicar cada una de las referidas bases de cotización por el tipo de cotización por contingencias comunes y el correspondiente coeficiente aplicable, que es diferente en caso de subsidio por desempleo (art. 21.1.d) de la Orden PCM/1353/2021)[54].

Las cotizaciones a cargo del empresario serán objeto de totalización por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social[55] respecto de cada trabajador hasta que cumpla la edad de 63 o 61 años cuando del despido colectivo sea por causas económicas, pudiendo el empresario optar en la solicitud del convenio[56] por ingresar tales cotizaciones en un único pago, respecto de todos los trabajadores, dentro del mes siguiente al de la notificación de la cantidad a ingresar, o bien de manera fraccionada garantizando el importe pendiente mediante aval solidario o a través de la sustitución del empresario en el cumplimiento de la obligación por parte de una entidad financiera o aseguradora, previo consentimiento de la TGSS (D.A.13ª.2 TRLGSS).

En este último caso se solicitará a la TGSS el fraccionamiento del pago de cotizaciones en tantas anualidades como años le falten al trabajador o trabajadores para cumplir la edad de 63 o, en su caso, 61 años, con un máximo de ocho o seis años, respectivamente. En este sentido, el ingreso de la primera anualidad se deberá de realizar en el plazo de 30 días naturales a partir de la notificación de la cantidad a ingresar, presentando en dicho plazo aval solidario o sustitución

[51] Fernández Orrico, F.J.: *Op. Cit.*, pp. 236 y 237.

[52] López Cumpre, L.: "Capítulo 9. La prejubilación", *Op. Cit.*, pp. 43-46.

[53] Base de cotización modificada por el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo. Véase, su disposición transitoria 4ª.

[54] Una explicación más detallada, con un ejemplo, en Aragón Gómez, C.: *Op. Cit.*, pp. 817 y 818.

[55] Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, pp. 954 y 955 indica que la TGSS no está en condiciones de conocer con exactitud las bases de cotización de los últimos seis meses, por lo que realizará un cálculo provisional y una vez conocidas las bases reales de cotización, se procederá a modificar la cuantía a ingresar y, en su caso, a reajustar los avales presentados en caso de fraccionamiento en el pago de las cotizaciones.

[56] En el Modelo TA.0040-ERE se debe de rellenar la "declaración sobre forma de pago hasta que el trabajador cumpla 61/63 años" mediante la opción pago único o por anualidades y, en este último caso, indicar si se trata de la opción con presentación de aval, opción por entidad financiera o por entidad aseguradora, debiendo identificar a tal entidad financiera o aseguradora, según la opción.

en el pago por entidad financiera inscrita o aseguradora debidamente autorizada[57]. El plazo para ingresar las anualidades restantes será de 30 días naturales inmediatamente anteriores a la iniciación de la anualidad de que se trate (art. 20.3 Orden TAS/2865/2003). Cabe indicar que la norma permite el fraccionamiento, pero no el aplazamiento, por lo que no resultan aplicables las reglas de los arts. 31-36 Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

La deuda que contrae el empresario con la Seguridad Social en forma de cotización por convenio especial a causa de despido colectivo, ya sea en único pago o de forma fraccionada, puede sufrir diversas modificaciones a causa de vicisitudes o avatares sobrevenidos, como la obtención del subsidio por desempleo, la incapacidad permanente o el fallecimiento del trabajador, así como la realización de trabajos por parte de este.

En caso de fallecimiento del trabajador, de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente, en sus diversos grados de total, absoluta o gran invalidez, o bien de reconocimiento de una pensión de jubilación a favor del trabajador, el convenio especial con la Seguridad Social se extinguirá y la TGSS procederá a devolver al empresario las cuotas ingresadas que correspondan al período posterior a la fecha de fallecimiento del trabajador o a la fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente o de jubilación que se hubiera causado, una vez efectuada la liquidación definitiva de la cotización correspondiente a este Convenio (apartado 3º D.A.13ª TRLGSS y art. 20.6 Orden TAS/2865/2003). Liquidación definitiva que se refiere a aquella que realiza la TGSS una vez que conozca las bases reales de cotización, y sobre la que se efectuará la devolución de las cuotas por el periodo que transcurra entre el día del fallecimiento o el día de efectos de la incapacidad permanente o la pensión de jubilación y la fecha en que ordinariamente se extinguiría la obligación de cotización empresarial a los 63 o, en su caso, 61 años del trabajador[58].

A diferencia de los anteriores supuestos, si el trabajador realiza alguna actividad por la que se efectúen cotizaciones al sistema de la Seguridad Social durante el período a cargo del empresario, el convenio especial con la Seguridad Social ni se extinguirá ni dará derecho al reintegro de forma inmediata a favor de este último. Por ello, el empresario deberá de seguir cotizando, ingresando las anualidades a su cargo que queden pendientes de pago, ya que las cotizaciones empresariales que coincidan con las correspondientes a la actividad realizada por el trabajador, hasta su cuantía, se aplicarán al pago del convenio especial durante el período a cargo del trabajador.

Es decir, cuando el trabajador cumpla los 63 o, en su caso, 61 años la TGSS determinará el importe de la cotización ingresada por el empresario que ha resultado coincidente por la efectuada por la realización de actividades por parte del trabajador, acordando su aplicación al pago del convenio especial durante el período a cargo de este último. Resolución que deberá de ser notificada al empresario y al trabajador. El convenio especial quedará suspendido en el caso de que las bases de cotización que correspondan como consecuencia de las actividades lucrativas del trabajador sean iguales o superiores a las bases de cotización del convenio especial[59] y únicamente quedará extinguido dicho convenio cuando se haya aplicado la totalidad de la cotización realizada por el empresario durante el período a cargo del trabajador y este siga cotizando por la correspondiente actividad. Con lo anterior se persigue incentivar la prestación de servicios

[57] Los requisitos que deben de cumplir el aval solidario o la sustitución en el pago por entidad financiera o aseguradora se pueden observar en el art. 20.4 de la Orden TAS/2865/2003. Los ayuntamientos que suscriban convenios especiales con sus trabajadores no necesitarán presentan aval de acuerdo con el art. 173.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

[58] Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, p. 968.

[59] En el resto de los convenios especiales ello supone, por regla general, su extinción (*vid.* art. 10.2.a) Orden TAS/2865/2003).

por parte del trabajador, generalmente prejubilado, ya que, aunque el trabajo sea temporal o con baja remuneración, no se extinguirá el convenio especial ni las cotizaciones empresariales serán devueltas, sino que se aplicarán durante el período que corre por cuenta del trabajador[60].

El derecho al reingreso a favor del empresario solo ocurrirá en el supuesto de que en la fecha de efectos de la pensión de jubilación que cause el trabajador o, en todo caso, en la fecha en que cumpla el trabajador la edad ordinaria de jubilación establecida en el art. 205.1.a) y D.T.7ª TRLGSS, exista remanente[61]. Por ello, si a la fecha indicada no se hubiera aplicado al pago del convenio especial la totalidad de la cotización a cargo del empresario, la TGSS procederá a la devolución del importe sobrante de este último. De igual modo también se procederá a la devolución del importe si el trabajador falleciese o causase una pensión de incapacidad permanente durante el período a su cargo (apartado 4º D.A.13ª TRLGSS y art. 20.7 Orden TAS/2865/2003).

Los reintegros al empresario en los anteriores supuestos devengarán el interés legal del dinero vigente en la fecha en que se produzca su hecho causante, calculado desde la fecha de fallecimiento del trabajador, desde la fecha de efectos de las pensiones de incapacidad permanente o de jubilación por él causadas o desde la fecha en que cumpla la edad de jubilación ordinaria, hasta la respectiva propuesta de pago, aunque no darán derecho al cobro del coste de los avales o de las sustituciones del empresario deudor. Para su abono, la TGSS podrá acordar la retención del pago de la devolución en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda que el titular del derecho a la devolución tuviera con la Seguridad Social, en los términos regulados por el artículo 54 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social y sin perjuicio de notificar, en su caso, el crédito por la devolución a la unidad de recaudación ejecutiva correspondiente (apartado 5º D.A.13ª TRLGSS y art. 20.8 Orden TAS/2865/2003).

5.1.3. La falta de cumplimiento en la cotización por parte del empresario

Tal y como ya se indicó con anterioridad, si no se ha suscrito convenio especial con la Seguridad Social, la TGSS no puede actuar de oficio, sino que debe de ser el propio trabajador el que lo solicite o bien accione ante los Tribunales para que a través de la ejecución judicial de sentencia se suscriba y se abonen las correspondientes cotizaciones, sin perjuicio de la infracción administrativa del art. 23.1.i) TRLISOS.

No obstante, si el empresario ya ha suscrito el convenio especial por despido colectivo y adeuda las cotizaciones correspondientes, la TGSS podría reclamar la deuda al tratarse de un crédito público que supone ingresos para el sistema de Seguridad Social y, por tanto, podría instarse su recaudación en vía de apremio. Una vez que se suscribe el convenio especial de carácter tripartido (empresario, trabajador y TGSS), la Tesorería se convierte en sujeto de una relación jurídica que debe exigir un ingreso por cuotas en un período con cargo al empresario y otro periodo con cargo al trabajador[62]. El mismo art. 20.3 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, reconoce que "la falta de ingreso de las cotizaciones por este Convenio especial a cargo del empresario, en las formas, condiciones y plazos antes señalados, determinará su reclamación en los términos establecidos en el citado Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social".

Por otro lado, siguiendo el Criterio Técnico 91/2012 de la Dirección General de la ITSS, si el empresario ha suscrito el convenio especial y no abona las cotizaciones también podrá incurrir en

[60] Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, pp. 970 y 971.

[61] Aragón Gómez, C.: *Op. Cit.*, p. 821.

[62] Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, p. 973 con cita en STSJ Galicia de 4 de junio de 2015 (recurso 18118/2015).

una responsabilidad administrativa por infracción grave del art. 22.3 TRLISOS[63]. Una infracción que será sancionada según el art. 40.1.d) TRLISOS: en su grado mínimo, con multa del 50 al 65 por ciento del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 por ciento; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100 por ciento. Por lo que para conocer la deuda con la Seguridad Social sobre la que se aplican los porcentajes, la ITSS solicitará informe a la TGSS acerca de la cuantía correspondiente.

Si en este caso el empresario es declarado en concurso, además de que no se podrá imponer sanción administrativa por art. 22.3 TRLISOS, la TGSS no podrá iniciar ejecuciones singulares para reclamarle las cotizaciones tras la suscripción del convenio especial (art. 142 TRLC). Lo común entonces es que la TGSS dicte la correspondiente providencia de apremio y le comunique esta a la administración concursal, así como al Juez del concurso a efectos del reconocimiento de dicho crédito como un crédito con privilegio general del art. 280.4º TRLC[64].

Otra cuestión que ha suscitado interés por su controversia es qué efectos tiene en materia prestacional la falta de cotización a cargo del empresario e incluso la falta de suscripción del convenio especial. En efecto, la normativa de Seguridad Social ha determinado diferentes mecanismos dirigidos a garantizar la protección del trabajador frente a incumplimientos empresariales de sus obligaciones de afiliación, altas y bajas y de cotización. Por un lado, el art. 167.2 TRLGSS[65] determina la responsabilidad empresarial en cuanto al pago de las prestaciones y, pese a ello, el art. 167.3 TRLGSS[66] establece el principio de automaticidad de las prestaciones, por el cual la Entidad gestora, la Mutua colaboradora o, en su caso, los servicios comunes anticiparán la prestación al trabajador, subrogándose en los derechos y acciones de este último. De esta forma, y a pesar de que la responsabilidad es denegada por la Entidad gestora y se imputa al empresario, la relación jurídica de protección continúa entre el beneficiario y dicha Entidad, la cual está obligada en todo caso a abonar la prestación, como en el supuesto ordinario y sin perjuicio de que posteriormente ejercite las acciones correspondientes contra el empresario incumplidor, subrogándose en la posición del sujeto beneficiario. El principio de automaticidad de las prestaciones elimina las acciones del beneficiario frente al empresario y las traslada a la Entidad gestora, que estará en mejor situación para ejercerlas, eliminando el riesgo último de la insolvencia del empresario incumplidor[67].

---

[63] "No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria".

[64] Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, pp. 945, 946 y 975.

[65] "El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva".

[66] "No obstante lo establecido en el apartado anterior, las entidades gestoras, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios. El indicado pago procederá aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago".

[67] Un tratamiento detallado en Monereo Pérez, J.L. *et al.*: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 16ª edición, 2020, pp. 221-223.

Sin embargo, la aplicación del principio de responsabilidad empresarial y de automaticidad de las prestaciones, como se ha indicado, no resulta una cuestión pacífica. Por un lado, la mejor doctrina entiende que tales principios no resultan aplicables al caso del convenio especial por despido colectivo, pues la obligación del abono de las cotizaciones para conservar, perfeccionar y en todo caso mejorar el régimen básico, profesional y obligatorio de la Seguridad Social, surge directamente de una norma laboral y no del desenvolvimiento normal de la relación de Seguridad Social, estando facultado en exclusiva el trabajador para exigir la suscripción del convenio especial y el abono de las cotizaciones como obligación laboral que es. De este modo, no se aplicará el principio de automaticidad de las prestaciones, pero el trabajador sí podrá exigir indemnización del perjuicio causado al empresario incumplidor[68].

En contra de lo anterior, la STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2019 (rec. 3753/2018) ha resuelto a favor de extender el principio de automaticidad de las prestaciones al convenio especial con la Seguridad Social del art. 51.9 ET. Se trata de un caso en el que las empresas involucradas no suscribieron convenio especial con la Seguridad Social por despido colectivo a pesar de los requerimientos efectuados por la TGSS. En consecuencia, el trabajador afectado interpuso demanda, la cual fue estimada parcialmente por el juez de instancia, condenando tan solo a las empresas demandadas al abono de la diferencia entre la pensión que hubiera resultado de computar el período del convenio especial como cotizado y la pensión que le fue reconocida (siguiendo la teoría anteriormente expuesta). No obstante, el trabajador interpuso recurso de suplicación con el fin de extender la condena al INSS y a la TGSS, pretensión que fue asumida por el TSJ de Galicia, sobre la base de que la obligación *ex lege* del art. 51.9 ET ha quedado desvirtuada al no permitir la normativa de Seguridad Social y su desarrollo reglamentario la suscripción del convenio especial de oficio por parte de la TGSS.

"Consiguientemente, la interpretación más conforme con la letra imperativa del artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores, así como con las finalidades que persiguió su introducción pactada en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, de 9 de abril de 2001, es que la Tesorería General de la Seguridad Social debe proceder de oficio a la suscripción del convenio especial, y de ahí el sentido de las comunicaciones a que aluden los artículos 6.3 y 12.5 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre. Si no lo hace, los derechos de los trabajadores afectados no deben sufrir deméritos, ni en orden a su cuantía, ni en orden a su efectividad." De este modo, el TSJ de Galicia termina por obligar al anticipo de las diferencias al INSS para asegurar la efectividad de los derechos de Seguridad Social de los trabajadores, sin perjuicio de sus acciones de reintegro frente a las empresas responsables del incumplimiento, aunque precisando que tales garantías de anticipo y derecho a las diferencias solo se pueden proyectar hasta la duración de la obligación empresarial de cotización en el convenio especial, esto es, hasta que el trabajador cumpla 63 o 61 años, en caso de despido colectivo por causas económicas[69].

De este modo, parece que la doctrina judicial opta por reconocer la automaticidad de las prestaciones, a salvo de otras sentencias nuevas (o desconocidas) o una interpretación del Tribunal Supremo en sentido contrario. Sin embargo, cabe precisar que esta sentencia del TSJ de Galicia se refiere a un supuesto de no suscripción antes de la reforma operada de la Orden TAS/2865/2003 por la Orden TMS/397/2019, que ahora sí permite la solicitud de convenio

[68] Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, pp. 975 y 976.

[69] Sentencia analizada con más detenimiento en Rojo Torrecilla, E.: "Responsabilidad de las entidades gestoras de la Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de abono de cuotas en convenio especial tras despido colectivo. Una nota a la sentencia del TSJ de Galicia de 15 de febrero de 2019", en su blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales,* entrada de 20 de febrero de 2019, consultada el 15 de julio de 2017 y disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/02/responsabilidad-de-las-entidades.html

especial por parte del trabajador y la suscripción entre la TGSS y el trabajador, previa audiencia del empresario, en caso de incumplimiento empresarial. Como se puede observar, la normativa ha cambiado y existen nuevos interrogantes, sobre todo en torno a qué ocurrirá si el trabajador no ha solicitado el convenio especial en el plazo otorgado de seis meses y luego reclama la diferencia de las prestaciones y su anticipo por las entidades gestoras.

5.2. La cotización a cargo del trabajador como derecho

La D.A.13ª TRLGSS en su apartado segundo especifica que a partir del cumplimiento del trabajador de la edad de 63 o, si se trata de despido colectivo por causas económicas, 61 años, las aportaciones al convenio especial serán obligatorias y a su exclusivo cargo hasta que el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación prevista en el art. 205.1.a) y su régimen transitorio o bien hasta la fecha en la que el trabajador acceda a la jubilación anticipada. Todo ello con excepción de lo ya comentado en cuanto a las cotizaciones correspondientes al período de responsabilidad del empresario que coincidan con las cotizaciones que realice el trabajador por actividad desempeñada durante este tiempo, que se aplicarán al pago del convenio especial durante el período a cargo del trabajador.

Fuera de lo anterior, una vez que el trabajador cumpla la edad de 63 o 61 años, en su caso, este tendrá que abonar las cotizaciones al convenio especial en el mismo plazo que el previsto para las cotizaciones ordinarias, esto es, en el mes natural siguiente al de su devengo (art. 56.1.c).1º Real Decreto 1415/2004)[70]. Pero ¿qué ocurre si el trabajador no ingresa las correspondientes cotizaciones? ¿Debe de recaudar la TGSS las cuotas coactivamente? Estas han sido unas preguntas a las que la doctrina ha tratado de dar respuesta sobre la base de que el art. 51.9 ET no reconoce una obligación para el trabajador, sino que le reconoce la suscripción del convenio especial como un derecho, a pesar de que la D.A.13ª TRLGSS expresa que a partir de un determinado momento las cuotas serán obligatorias y a cargo del trabajador. Por tanto, tal obligación habrá que entenderla desde la perspectiva de lo que establece el art. 6 de la Orden TAS/2865/2003 ("en la situación de convenio especial, la cotización a la Seguridad Social será obligatoria desde la fecha de efectos del convenio y mientras se mantenga la vigencia del mismo"), lo cual no excluye que el convenio se extinga por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas, salvo causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada (art. 10.2.c) de la citada Orden). Por ello, se entiende que la TGSS no iniciará el procedimiento de recaudación ejecutiva[71].

Dicha solución ha sido recogida expresamente en la modificación que del art. 20 Orden TAS/2865/2003 ha promovido la Orden TMS/397/2019, con el objeto de clarificar otro aspecto de esta modalidad de Convenio especial (según su Exposición de motivos) al introducir un apartado noveno en el citado artículo 20, por el que: "a partir del momento en que el trabajador cumpla la edad de 63 o, en su caso, de 61 años, las aportaciones al Convenio especial serán a cargo del mismo, pudiendo extinguirse por cualquiera de las causas previstas en el artículo 10.2 de esta orden". De este modo, el convenio especial por despido colectivo de trabajadores maduros podrá extinguirse por adquirir la condición de pensionista por jubilación o incapacidad permanente; por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas, salvo causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada, en cuyo caso el trabajador no podrá suscribir nuevo convenio especial hasta que se encuentre al corriente en el pago de las cuotas adeudadas por convenio anterior, surtiendo efectos el nuevo convenio desde la nueva solicitud; por fallecimiento del interesado; y por decisión del interesado, comunicada por

[70] Aragón Gómez, C.: *Op. Cit.*, p. 821.

[71] Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, pp. 976 y 977.

escrito o por medios técnicos a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración correspondiente de la misma, teniendo lugar la extinción a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de comunicación.

6. Conclusiones críticas: ¿los principales problemas del convenio especial por despido colectivo están resueltos?

Uno de los principales problemas del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despido colectivo es el elevado nivel de incumplimiento empresarial, contrastado por la Queja del Defensor del Pueblo, que ha existido en torno a esta figura. Buena prueba de ello es que desde la introducción de la medida en 2001 ni siquiera ha existido sanción a las empresas incumplidoras hasta 2013, fecha de entrada en vigor de la infracción muy grave del art. 23.1.i) TRLISOS, y solo para los procedimientos de despidos colectivos que hubieran finalizado después del 1 de enero de 2013.

Además, la introducción de la citada responsabilidad empresarial administrativa no ha tenido un verdadero alcance disuasorio, a la vez que tampoco ha supuesto una vía reparadora para los trabajadores afectados, que han seguido viendo ante el incumplimiento empresarial un recorte en sus derechos reconocidos, según ha resaltado el mismo Defensor del Pueblo. No es hasta 2019, en cambio, cuando se refuerzan las facultades de la TGSS para formalizar el convenio especial ante la negación de la empresa, eso sí, previa solicitud del trabajador en un plazo de 6 meses desde la notificación individual del despido y para despidos colectivos iniciados a partir del 9 de abril de 2019.

Como se puede observar, los mecanismos legales incorporados para forzar al empresario a formalizar convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despidos colectivos no han resultado del todo efectivos, ya sea por la falta de reparación, ya sea por sus limitados efectos en el tiempo. A todo ello ha contribuido, además, la confusa naturaleza jurídica de este convenio especial como obligación laboral o bien de Seguridad Social, ya sea por las recíprocas remisiones entre el art. 51.9 ET y la D.A.13ª TRLGSS, que no aclaran la calificación, o las numerosas sentencias que han fallado en un sentido u otro, lo cual ha dificultado considerablemente la determinación de las consecuencias del incumplimiento empresarial. Una naturaleza jurídica del convenio especial que resulta clave, por ende, para reclamar el cumplimiento del empresario ya que afecta a, entre otras cuestiones, la prescripción de la obligación, la tramitación procesal, la titularidad del crédito y su naturaleza a efectos concursales, así como a la capacidad para ejecutar tales créditos.

De este modo, compartiendo el análisis y la propuesta de Trillo García[72], es necesario distinguir dos momentos. Uno previo a la suscripción del convenio especial, en el que la titularidad del crédito reside en el trabajador y será este quien deba reclamar su derecho ante la jurisdicción social, para que se ejecute según la tramitación judicial. Nos encontramos, por tanto, ante un crédito de naturaleza laboral, cuya acción prescribirá al año de la terminación del contrato de trabajo (art. 59.1 ET), otorgando cierto margen para el supuesto de que el trabajador no hubiera solicitado la formalización del convenio en el plazo de 6 meses. Por otro lado, si el convenio especial ya ha sido suscrito y no se han abonado las cotizaciones, la naturaleza del crédito será pública, teniendo el carácter de ingreso del sistema y siendo susceptible de reclamación de deuda por la TGSS y, en su caso, de recaudación en vía de apremio[73]. En este caso, se trata de una obligación

[72] Sobre esta cuestión y para un análisis de las diversas resoluciones judiciales contradictorias, véase, Trillo García, A.R.: *Op. Cit.*, pp. 939-942.

[73] STSJ, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 4 de junio de 2015 (rec. 18118/2015).

de Seguridad Social, a la que entiendo que sí podría aplicarse el principio de automaticidad de las prestaciones del art. 167.3 TRLGSS en supuestos de incumplimiento empresarial.

Para terminar, al margen de que es necesario un mayor desarrollo del convenio especial y una actualización de la norma reglamentaria, en materia de convenio especial por despido colectivo de trabajadores maduros debe de modificarse la regulación para adaptar la fecha fin de obligación de aportación empresarial (63 o 61 años si se trata de despido colectivo por causa económica) a las nuevas edades de jubilación anticipada involuntaria. Con ello se busca volver a la lógica anterior, por la que el empresario cubría el convenio especial hasta la jubilación anticipada involuntaria del trabajador y, en cambio, si este no quería acceder a dicha jubilación podía voluntariamente seguir contribuyendo al convenio especial. Todo lo contrario, ahora pueden darse situaciones de trabajadores que deben cotizar al sistema por no alcanzar la edad de jubilación anticipada, así como empresas que deben de seguir cotizando, aunque el trabajador haya podido acceder a la referida jubilación y no haya optado por ello.

7. Bibliografía

Aragón Gómez, C.: "El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros", en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

Cegarra Cervantes, F.: "El convenio especial de la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta y cinco o más años: un examen de su procedencia en los casos de situación preconcursal", en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

Fernández Orrico, F.J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social,* Navarra, Lex Nova. Thomson Reuters, 2013.

López Cumpre, L.: "Capítulo 9. La prejubilación", en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II*, Monereo Pérez, J.L. *et al.* (Dirs.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 37-60.

López Cumpre, L.: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998.

López Insua, B.M.: "La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones", en *e-Revista Internacional de la Protección Social,* Vol. III, Nº 1, 2018, pp. 74-109.

Maldonado Molina, J.A. "La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* N.º 30, 2022, pp. 63-89.

Martínez Barroso, M.R.: "Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 430, 2019, pp. 15-51.

Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º Extra 1, 2010, pp. 159-216.

Monereo Pérez, J.L.: "Capítulo I. Protección contributiva. Configuración jurídica general", en VV.AA.: *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Monereo Pérez, J.L. y García Ninet, J.I. (Dirs.), Granada, Comares, 2004.

Monereo Pérez, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* N.º Extra 74, 2008, pp. 49-134.

Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores,* Granada, Comares, 2013.

Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros", en: VV.AA.: *Envejecimiento activo y vida laboral*, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 197-286.

Monereo Pérez, J.L. *et al.*: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 16ª edición, 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas: Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social,* Madrid, Tecnos, 2014.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación,* Murcia, Laborum, 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum,* N.º 25, 2020.

Ríos Mestre, J.M.: *Despido colectivo y concurso de acreedores,* Madrid, Civitas, 2012.

Rojo Torrecilla, E.: "Responsabilidad de las entidades gestoras de la Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de abono de cuotas en convenio especial tras despido colectivo. Una nota a la sentencia del TSJ de Galicia de 15 de febrero de 2019", en su blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales,* entrada de 20 de febrero de 2019, consultada el 15 de julio de 2017 y disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/02/responsabilidad-de-las-entidades.html

Sanz Sáez, C.: "¿Cabe suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social cuando la empresa que tramita un expediente de regulación de empleo está incursa en procedimiento concursal? (Con ocasión STS, Sala de lo Contencioso, de 15 de febrero de 2018)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 16, 2018.

Sempere Navarro, A.V.: "Una primera reflexión sobre la jubilación "flexible", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 12, 2002.

Trillo García, A.R.: "El convenio especial con la seguridad social por el despido de mayores de 55 años", en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, Godino Reyes, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 967-1014.

La modalidad de jubilación anticipada: aspectos jurídico-críticos a modo de proposición

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. Introducción

Decidimos tratar una serie de cuestiones plenamente vinculadas con las pensiones y con las jubilaciones, específicamente, aquellos aspectos jurídico-críticos de la jubilación anticipada. Aparte de su realidad física e individual, la "vejez" -lo que eufemísticamente la Constitución Española llama "tercera edad"-, desde los puntos de vista social, política y económico, aparece como una realidad cambiante dentro de entornos sociohistóricos igualmente dinámicos y evolutivos. En las sociedades contemporáneas se está produciendo un fenómeno de enormes proporciones consistente en el "envejecimiento" progresivo de la población. El fenómeno sobrepasa la mera consideración demográfica, afectando también a la economía, la cultura, la política y la ciencia. En términos demográficos, una población envejece cuando se incrementa el nivel relativo del conjunto de los individuos "viejos" -normalmente los mayores de sesenta y cinco años-. Desde el punto de vista económico, el proceso se conecta sobre todo con el cambio de la relación entre la población económicamente "activa" y la población "dependiente". En el proceso permanente de reformas, realizamos una serie de aportaciones, desde la perspectiva *de lege ferenda* como *de lege data,* con las que creemos posible avanzar y mejorar en el sistema normativo de jubilación y, especialmente, en la modalidad de jubilación anticipada.

2. El objetivo de preservar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones

Dentro del ciclo discontinuo de las reformas pactadas del sistema público de pensiones, y en el ámbito de la realidad y de lo común, cabe realzar el problema social derivado del factor estructural de la evolución demográfica -elevada esperanza de vida y bajas tasas de natalidad-, el factor coyuntural de la crisis económica, el desempleo masivo -acentuado por las políticas de austeridad- y las tensiones económicas que pesan sobre la reducción del gasto público social. Esta realidad objetiva y construida por las opciones de política de Derecho de carácter liberalizador constituye el entramado subyacente al proceso de reformas de las pensiones y las dificultades de llevarlas a cabo a través del diálogo y de la concertación social entre las fuerzas políticas y sociales[1].

La realización de reformas concertadas o pactadas ha contribuido a crear un sentimiento persistente de confianza relativa sobre la capacidad del sistema público de responder a los retos estructurales y coyunturales a los que se enfrenta en cada momento histórico. En esa lógica, se ha venido afirmando que las reformas pretendían garantizar la conciliación entre el principio de eficiencia y el principio de justicia social. Cuestión ciertamente distinta es que ese equilibrio se haya conseguido efectivamente.

El artículo 41 CE contiene la garantía constitucional del mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social como uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho. Dicho precepto consagró el principio de la protección a todos los ciudadanos ante las situaciones de necesidad y el principio de la suficiencia de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social frente a tales situaciones de necesidad social y políticamente relevantes en cada momento histórico. Por este motivo, el desenlace no es otro que la vital importancia del artículo 50 CE que impone a los poderes públicos "*garantizar mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad*".

La reforma de la Seguridad Social y del sistema de pensiones ha sido una característica permanente de los modelos europeos y, en especial, del propio modelo español: se han realizado constantemente profundas modificaciones estructurales y de adaptación de las instituciones del sistema de Seguridad Social, como consecuencia de responder a la vez que adaptarse a las transformaciones sociales, económicas y demográficas que se han venido produciendo a lo largo de las últimas décadas. Se busca alcanzar un satisfactorio equilibrio entre el principio de eficiencia -en términos de sostenibilidad económica- y el principio de justicia social -en términos facilitadores de las condiciones de acceso y de la calidad de la pensión-.

Con motivo de la dificultad de reformar todo aquello relacionado con la política social y con la finalidad de adaptarse a las corrientes imperantes de la época, en España, el proceso permanente de reforma de las pensiones ha tratado de conseguir el consenso de los partidos políticos y de las fuerzas sociales gobernantes. Se trata de identificar un diagnóstico común o compartido sobre la situación y sobre los objetivos a perseguir mediante un conjunto de acuerdos sociopolíticos -que refuerzan la legitimidad social y la efectividad jurídico-política de las medidas adoptadas-. Esa dinámica de potenciación del diálogo y la concertación social en los procesos de reformas de adaptación y de carácter estructural de la Seguridad Social, ha venido presidiendo hasta hace poco tiempo la práctica reformista de nuestro país, incluso más allá de la orientación político-ideológica de los distintos gobiernos sucesivos. Desarrolladas de manera aluvional, es a partir del Pacto de Toledo de 1995 -más en la coyuntura de la crisis actual- donde se ha dado lugar a una

[1] Ortega Lozano, P.G.: "Pensión de jubilación y esperanza de vida: el factor de sostenibilidad", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019]*, Vol. 1, Murcia, Laborum, 2019, pp. 325-343.

abundante legislación de reforma de la Seguridad Social y, en particular, de las pensiones. En este camino en el que se enmarca la intervención de los interlocutores sociales, caracterizados por sucesivos acuerdos pactados con los Gobiernos en la dinámica del diálogo social, se han efectuado todas las revisiones y adaptaciones del modelo de regulación de las pensiones. Acuerdos sociales condicionantes del alcance y contenido de las decisiones legislativas. Así, el Acuerdo suscrito el 9 de octubre de 1996 por el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal se reflejaría en la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social. A él le siguió el Acuerdo del 16 de septiembre de 1999 entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas de ámbito estatal sobre mejora de las pensiones, y que se plasmó en la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000. En el marco de una lógica de intercambio negocial sociopolítico y respetando las previsiones trazadas por el citado Pacto de Toledo, se firmó el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social de 9 de abril de 2001 y que se ejecutó en la Ley 35/2002, de 12 de junio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Posteriormente, el Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia, que finalizaría en el desarrollo de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia. Esta secuencia de pactos y reformas consensuadas prosigue con el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social suscrito el 13 de julio de 2006 y plasmado en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en esta misma materia. En la fase final del ciclo de reformas pactadas, se inserta el Acuerdo Social y Económico de 25 de enero de 2011, en las que muchas de sus previsiones fueron recibidas en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social -y en la que se acepta la imposición de la lógica de equilibrio financiero interno del sistema público de pensiones y la ampliación de la edad de jubilación ordinaria e incluso se asume el factor de sostenibilidad de las pensiones públicas-. Ley subsumida por el principio social de suficiencia contributiva de las pensiones públicas, y que abre, además, la puerta hacia la realización de reformas estructurales no paramétricas, lo que facilita el avance hacia la desconstrucción del modelo de pensiones expansivo propio del Estado Social y su sustitución por un modelo de pensiones de orientación residual correspondiente a una forma de Estado de tipo neoliberal -pensiones minimalistas, incremento de la contributividad y potenciación de los sistemas privados de pensiones-[2].

Con posterioridad, se firmó el Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, pactado en julio de 2013 y que precedió a la aprobación de modificaciones en la normativa de Seguridad Social, incorporadas a través del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

El proceso reformista continuó con la promulgación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. El Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, encomendó al Gobierno la creación de un Comité de Expertos Independientes para la elaboración de un informe sobre el factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, el cual, una vez constituido, presentaba informe en el *"Libro Blanco 2012: Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles"*, Libro Blanco completado con otros instrumentos como el "*Informe de envejecimiento 2012*" o "*Adecuación de las pensiones en la UE 2010-2050*". En la coyuntura marcada por la agudización de la crisis económica en 2012, se adoptó una nueva vuelta de tuerca en los recortes de las pensiones públicas, aprobándose al

[2] Monereo Pérez, J.L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global de proceso reformista", en VV.AA.: *La pensión de jubilación*, Granada, Comares, 2015, p. 5.

efecto el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

Sin embargo, esta dinámica racionalizadora y de reducción del gasto público de las reformas de Seguridad Social quiebra en el mismo proceso de elaboración de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social, que fue una ley de reforma estructural impuesta y llevada a cabo sin el consenso de las organizaciones más representativas de trabajadores. La reforma que se introducía -que era de carácter cualitativo- cabría configurarla como un giro radical en el modelo de pensiones, en concreto, y como manifiesta su Exposición de Motivos, "*la introducción del factor de sostenibilidad constituye una medida cualitativamente distinta a las medidas reformadoras llevadas a cabo con anterioridad, por cuanto lo que se implanta no es un cambio concreto en el régimen jurídico de las pensiones, sino un instrumento de reequilibrio o de ajuste automático de las mismas, en función de la evolución de la esperanza de vida, hasta ahora inexistente. Por tanto, el factor de sostenibilidad es un parámetro adicional a los ya existentes para el cálculo de la pensión de jubilación inicial, que ayuda a conseguir una cuantía media de las pensiones compatible con el nivel de gasto total destinado a esas pensiones y a mantener el equilibrio financiero del sistema a medio y largo plazo*". Se duda así de la capacidad del sistema público de hacer frente a ese esfuerzo de reparto al tiempo que se plantea una cuestión de justicia intergeneracional en la búsqueda de un reparto equitativo de las cargas[3].

La fundamentación de esa praxis de consenso político, concertación y diálogo social estriba -al menos hasta los años 2012 y 2013- en entender que en esta materia debería existir un "*gran pacto de Estado*" para proteger uno de los elementos esenciales del Estado Social de Derecho; e instrumentalmente para hacer más asumibles los sacrificios que incorporan las reformas: las pensiones en una sociedad cada vez más envejecida. Se trataría de substraer de la dinámica habitual de la confrontación política y social, las reformas estructurales y coyunturales de largo alcance que se consideren en cada momento necesarias para la viabilidad de un sistema de pensiones digno y garantizado[4].

A resultas de todo lo anterior, se puede afirmar que a pesar de la crisis de representatividad y de las prácticas corporativas de concertación social, cabe destacar -al igual que la OIT y las instancias políticas de la Unión Europea- que el consenso político y el diálogo social se han mostrado como la vía más adecuada de racionalización y pacificación en los procesos de reforma de las pensiones públicas. Por ello, es fundamental el intento de recuperar el diálogo social y que no ha llegado a traducirse aún en un gran pacto de Estado, como andan pretendiendo los sindicatos, tomando como precedente más inmediato la senda trazada del Pacto de Toledo y de sus sucesivas renovaciones o revisiones -2003, 2006 y 2011-.

La Ley 23/2013, de 23 de diciembre, introducía en nuestro ordenamiento jurídico la doble figura del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social. Medidas que diferían sustancialmente de las reformas operadas hasta la fecha dado que suponía vincular algún parámetro del sistema a las tendencias demográficas y a los riesgos económicos estructurales. Factor de sostenibilidad que era retrasado hasta 2023 por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. E índice de revalorización cuestionado por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la

[3] Suárez Corujo, B.: "Factor de sostenibilidad y cuantía de la prestación", en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, tomo I, Murcia, Laborum, 2017, p. 586.

[4] Monereo Pérez, J.L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global de proceso reformista", en VV.AA.: *La pensión de jubilación*, Granada, Comares, 2015, p. 8.

revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

Factor de sostenibilidad que -todo parece indicar- será derogado y que, por tanto, nunca llegará a aplicarse, aplicándose, en cambio, el denominado "*índice de equidad intergeneracional*"[5] y que parece que empezará a aplicarse en el año 2027.

Ante el reto demográfico es preciso buscar un equilibrio entre ingresos por cotizaciones y gastos por prestaciones sociales. Al hilo de lo anterior, aunque el sistema tiene que priorizar los ingresos por cotizaciones, sería más que necesaria la utilización de otras fuentes de ingresos (quizás por vía de fiscalidad general). Al respecto, el Pacto de Toledo de 1995 ya había recomendado que se estudiaran nuevas fuentes de financiación de la Seguridad Social, entre las cuales se hacía referencia a aplicar una "contribución universal sobre todas las rentas". Así ocurre con la "Contribución Social Generalizada" en nuestro país vecino, Francia. En todo caso, ahora que se está a tiempo, deberían estudiarse otras fuentes adicionales alternativas (no sustitutivas) de financiación de las pensiones públicas[6].

La Comisión Europea actualmente se encuentra orientada hacia una realización de reforma de las pensiones en tres direcciones fundamentales: establecer condiciones de accesibilidad más duras y estrictas para obtener una pensión pública a través del aumento de la edad de jubilación, el acceso restringido a la jubilación anticipada y una mayor presencia y participación de los trabajadores en la vida activa; garantizar pensiones públicas menos generosas con una reducción significativa de la cuantía de la pensión; y el fomento de la provisión privada de las pensiones, pero reforzando las garantías de los ahorros privados para la edad pensionable.

Precisamente este dato sustancialmente de política democrática deliberativa es el que determinó el proceso político que conocemos como Pacto de Toledo, con el dominio de la idea-fuerza de que las pensiones no estuviesen sujetas a decisiones político-ideológicas unilaterales no suficientemente consensuadas entre las fuerzas políticas y sociales mayoritarias. No obstante, después de un panorama social que no ha conjugado con el marco de diálogo político-social necesario que ha venido ofreciendo el Pacto de Toledo y sus revisiones sucesivas (lo que resultaba especialmente grave pues se priva de esa legitimación político-jurídica adicional de carácter procedimental y consensual que siempre se ha considerado como estrictamente necesario para llevar a cabo reformas en materia de pensiones), hace poco se anunciaba el acuerdo entre el gobierno y los agentes sociales de ese necesario "gran acuerdo" para garantizar el poder adquisitivo de los pensionistas y asegurar la sostenibilidad del sistema público de pensiones (se acordaba en 2021 y con vigencia en 2022). Dicho acuerdo se sitúa dentro del componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, titulado "*Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo*".

---

[5] *Vid.* Tortuero Plaza, J.L.: "Las pensiones del futuro y la cotización de los robots: un apunte sobre el nuevo mecanismo de equidad intergeneracional", en López Cumpre, L. (Dir.) y Revuelta García, M. (Coord.) *et al*: *Efectos laborales, sindicales y de seguridad social de la digitalización*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2022, pp. 253-277. Tortuero Plaza, J.L.: "Los espacios de reflexión y diálogo con la doctrina judicial en materia de jubilación como antesala de las reformas del sistema de pensiones", en Vila Tierno, F., Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.) y Gómez Salado, M.Á. (Coord.) *et al*: *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Comares, pp. 109-114. Tortuero Plaza, J.L.: "Retos y reformas en materia de pensiones", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 467, 2022, pp. 189-223.

[6] Monereo Pérez, J.L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global de proceso reformista", en VV.AA.: *La pensión de jubilación*, Granada, Comares, 2015, p. 22.

En este componente 30, como "retos y objetivos", se establece que "la reforma de las pensiones está orientada a asegurar la sostenibilidad financiera del sistema en el corto, medio y largo plazo, mantener el poder adquisitivo, preservando su papel en la protección frente a la pobreza y garantizando la equidad intergeneracional. Apoyándose en el amplio consenso parlamentario sustanciado en la aprobación de las recomendaciones del marco del Pacto de Toledo, se propone la puesta en marcha de un paquete de medidas complementarias entre sí que serán elevadas al diálogo social e incluyen: i) la separación de fuentes de financiación; ii) la puesta en marcha de un mecanismo de revalorización de las pensiones que garantice el mantenimiento del poder adquisitivo; iii) la continuación del proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad legal a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas; iv) adecuación a los nuevos modelos de carrera profesional del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación; v) la integración y convergencia de los distintos regímenes de pensiones, como los de los autónomos; y vi) la revisión del sistema de previsión social complementaria, fomentando su desarrollo en el ámbito de las empresas"[7].

Es evidente que las reformas duraderas y efectivas en el ámbito tan necesario de las pensiones deben surgir del más amplio consenso. Es por eso que su ámbito lógico es el Pacto de Toledo con el que alcanzar grandes acuerdos a través de todo el arco parlamentario, con el objetivo de reforzar el sistema y adaptarlo a los cambios demográficos y sociales, dando certidumbre a pensionistas y trabajadores de cara a tomar decisiones de gasto e inversión de medio plazo. De ahí, "la importancia del acuerdo alcanzado en su seno, y ratificado por el pleno del Congreso el pasado 19 de noviembre de 2020 sin ningún voto en contra, en el que se recoge una veintena de recomendaciones orientadas a garantizar la sostenibilidad del sistema".

Con la idea de proceder a la consecución de este objetivo general -que no es otro que el de preservar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones-, también se articulan otros objetivos más concretos que han de marcar las principales líneas de actuación y entre los que destacan la "eliminación del déficit del sistema", el de profundizar los ajustes paramétricos que han permitido incrementar la edad efectiva de jubilación de manera constante "hasta situarla por encima de la media europea, e impulsar a través de nuevos incentivos positivos la prolongación voluntaria del acceso a la jubilación", y "desplegar sistemas complementarios de pensiones en el ámbito empresarial y profesional". Y entre las reformas a operar se recogen las siguientes recomendaciones:

C30.R1. "Separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social, con la culminación del proceso de separación de fuentes de financiación de la protección contributiva y no contributiva del sistema para recuperar el equilibrio financiero en el corto plazo".

C30.R2-A. "Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, para lo que se deroga el Índice de Revalorización de Pensiones introducido por la reforma de 2013 con el fin de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones en los términos que plantea el Pacto de Toledo".

[7] *Vid.* Guindo Morales, S.: "Posibles reformas ante los presentes y futuros desafíos de la pensión de jubilación", en Barrios Baudor, G. L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) *et al*: *Derecho vivo de la Seguridad Social: "V Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2020"*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 33-44. Guindo Morales, S.: "Pensión de jubilación y mujeres contratadas a tiempo parcial", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social: [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019]*, Vol. 1, Murcia, Laborum, 2019, pp. 613-630.

C30.R2-B. "Alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas".

C30.R2-C. "Adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación, que pretende reforzar la progresividad y el carácter contributivo del sistema haciendo que la pensión de jubilación refleje en mayor medida la vida laboral del trabajador y atienda la realidad de un mercado laboral en el que las interrupciones y las lagunas son cada vez menos excepcionales".

C30.R2-D. "Sustitución del factor de sostenibilidad por un mecanismo de equidad intergeneracional, lo que implica incorporar, junto a la evolución de la esperanza de vida, otros indicadores complementarios que en conjunto ofrezcan una imagen más fidedigna del desafío que para el sistema supone el envejecimiento de la población".

C30.R3. "Nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos por sus ingresos reales, por el que se busca implantar gradualmente un nuevo sistema de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) basado en los rendimientos por la actividad económica desempeñada".

C30.R4. "Modificación del complemento de maternidad de pensiones mediante un nuevo diseño, como se expresó en el Real Decreto-ley 3/2021, con el objetivo de compensar el coste que el nacimiento y el cuidado de los hijos tiene para los progenitores, fundamentalmente para las madres, de manera que se contribuya decisivamente a la reducción de la brecha de género en pensiones".

C30.R5. "Reforma e impulso de los sistemas complementarios de pensiones, por la que se prevé la aprobación de un nuevo marco jurídico que impulse los planes de pensiones de empleo y contemple la promoción pública de fondos de pensiones permitiendo dar cobertura a colectivos de trabajadores sin planes de empleo en sus empresas o autónomos".

C30.R6. "Adecuación de la base máxima de cotización del sistema: la adaptación del sistema requiere de una adecuación gradual de las bases de cotización máxima que deberá ser concurrente con una modificación de la pensión máxima para no afectar a la naturaleza contributiva del sistema".

3. Descripción normativa sobre la jubilación anticipada

Tal como ya hemos comentado, parte de su realidad física e individual, la "vejez" -lo que eufemísticamente la Constitución Española llama "tercera edad"-, desde los puntos de vista social, política y económico, aparece como una realidad cambiante dentro de entornos sociohistóricos igualmente dinámicos y evolutivos. En las sociedades contemporáneas se está produciendo un fenómeno de enormes proporciones consistente en el "envejecimiento" progresivo de la población. El fenómeno sobrepasa la mera consideración demográfica, afectando también a la economía, la cultura, la política y la ciencia. En términos demográficos, una población envejece cuando se incrementa el nivel relativo del conjunto de los individuos viejos -normalmente los mayores de sesenta y cinco años-. Desde el punto de vista económico, el proceso se conecta sobre todo con el cambio de la relación entre la población económicamente "activa" y la población "dependiente"[8].

[8] Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "Aspectos jurídico-críticos de la jubilación anticipada", en *NET21*, núm. 3, 2021, recurso electrónico.

Atendiendo a la demografía, el envejecimiento de la población se produce esencialmente por dos motivos[9]: por un lado, la disminución de la natalidad y, por otro, la disminución de las tasas específicas de mortalidad. En el primer caso, la proporción de viejos aumenta porque va siendo menor el tamaño de las generaciones de niños que se van incorporando ("envejecimiento por la base"); el otro motivo se refiere a que son más los que llegan a viejos, siendo mayores las expectativas de vida ("envejecimiento por la cúspide"). Se tiene la convicción de que el envejecimiento de las poblaciones es un proceso inevitable (especialmente en la cúspide) que marca el grado de madurez demográfico de una población, ya que es el resultado de la evolución a la baja de los principales fenómenos demográficos (natalidad y mortalidad), que se conoce como "Transición Demográfica". Ambos tipos de descenso (el de la natalidad y el de la mortalidad) han estado relacionados con el incremento del nivel económico y cultural. En consecuencia, el envejecimiento es un proceso característico de los países más avanzados, que se concreta en el crecimiento relativo y absoluto de la población formado por los viejos. Esa fenomenología incide directamente en el problema de la protección a la vejez. Esta protección es de las más antiguas, y la más difícil, dentro de los sistemas de solidaridad social que traducen los sistemas de Seguridad Social.

En este marco protector adquiere una particular fisonomía la "dependencia" como nuevo riesgo efectivamente existente, y ya no simplemente emergente. Es la situación de aquellos sujetos que requieren de ayuda de otra persona para llevar a cabo las actividades básicas de la vida diaria. El fenómeno se acrecienta con el incremento de la esperanza de vida (el llamado "envejecimiento de la población") y la pérdida de autonomía (cuyo antónimo es la "dependencia"). Este nuevo riesgo exige la invención de nuevas formas de protección específica adaptadas a su diferente fisonomía.

Aunque "vejez" y "jubilación" no son dos conceptos idénticos en términos jurídicos, la protección frente a la primera se ha venido reconduciendo fundamental, aunque no exclusivamente, a través de la protección a la segunda; de ahí que la "jubilación" constituya una contingencia que ha gozado de una protección particular por el sistema jurídico desde los inicios de la Seguridad Social. Bastará aquí con recordar que la Ley de 27 de febrero de 1908 creó un seguro social voluntario y subsidiado (régimen de "libertad subsidiada"). Una década después aparecerá el seguro social obligatorio de "Retiro Obrero" (1919), que tras un largo y controvertido desarrollo histórico será sustituido por el subsidio de vejez (1939), que también contemplaba la "invalidez" -ejemplo de la confusión histórica, hoy rechazable social y jurídicamente, entre una contingencia y otra-. Con posterioridad se regulará conjuntamente el seguro de vejez e invalidez (1947), el famoso SOVI.

El sistema jurídico actual, fruto de muchas y profundas modificaciones legislativas, ya en el marco del TRLGSS, desde su originaria redacción en 1966, tiene su principal fundamento en el artículo 50 CE. Este precepto no sólo impone a los poderes públicos la misión de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la "tercera edad", sino que obliga a introducir en nuestro sistema, una

[9] Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 1, 2010, pp. 159 y ss. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes*, Murcia, Laborum, 2019.

protección plena e integral de este colectivo de ciudadanos (en referencia expresa al disfrute de derechos como salud, vivienda, cultura, etcétera)[10].

Por lo que aquí interesa, y en el ámbito de la legislación ordinaria, la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, encuentra actualmente su regulación básica en el Capítulo XIII del Título II del TRLGSS, artículos 204 y siguientes, conforme a la redacción dada por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de jubilación gradual y flexible. Por otro lado, en el Título VI, Capítulo II, Sección 2.ª, artículos 369 a 373, se disciplina la llamada modalidad no contributiva. A esta ordenación legal básica deben añadirse las disposiciones transitorias y adicionales del TRLGSS, la OM de 18 de enero de 1967, que establece normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social (OV), y el RD 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre[11].

Dentro de la protección contributiva -la que nos interesa a efectos del estudio-, la noción moderna de "jubilación" se desvincula de la situación de incapacidad para el trabajo al enlazar con el derecho subjetivo del trabajador a tener un descanso tras una larga vida laboral y con el mismo derecho al trabajo con el cual se combina de diversas formas (la secuencia trabajo-retiro. Y el nexo entre trabajo flexible o parcial y jubilación flexible o parcial). Ante el progresivo envejecimiento de la población, se está generalizando la predisposición de medidas de jubilación gradual y flexible[12].

Del artículo 204 TRLGSS se desprende que la contingencia de jubilación se configura jurídicamente como el derecho a percibir una pensión pública dirigida a sustituir, una vez producido el "retiro de la vida activa" al alcanzar una determinada edad, el defecto de ingresos económico-profesionales dejados de percibir por la persona jubilada. Esta fusión de sustitución es típica de la pensión de carácter contributivo: por ello, es inherente que la cuantía de la pensión mantenga un criterio de proporcionalidad con las rentas del período de vida activa. De esta delimitación legal se infieren tres elementos básicos: a) El cese (total o parcial) en el trabajo realizado por cuenta ajena con la consiguiente pérdida o reducción de la retribución. Esta vinculación con el trabajo profesional está ausente en la modalidad no contributiva. b) El cumplimiento de la edad pensionable, en cuanto factor causal determinante de cese en la actividad profesional. La jubilación supone el final de la vida activa profesional y la percepción de una pensión pública. c) Un período previo de cotización -carencia mínima-, que evidencia en sí una dedicación prolongada al ejercicio de actividades profesionales, y una aportación determinada al sistema[13].

El "riesgo" protegido es, pues, la vejez biológica con el deterioro progresivo natural que le acompaña. La jubilación, *ex* artículo 204 TRLGSS, es en sí la "contingencia" protegida, a cuyos efectos el legislador se desmarca respecto de la situación de "retiro" producida meramente por el cese efectivo de la actividad profesional del sujeto. Esta idea queda expresada en la referencia constitucional a los ciudadanos de la "tercera edad" (artículo 50 CE), entendida como una suerte de "último período de vida" de la persona, que provoca necesidades de diversa índole, tanto de

[10] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes*, Murcia, Laborum, 2019.

[11] Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "Aspectos jurídico-críticos de la jubilación anticipada", en *NET21*, núm. 3, 2021, recurso electrónico.

[12] Monereo Pérez, J.L.: "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuesta de mejora", en *Revista Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 2, 2018, pp. 173- 201.

[13] Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "Aspectos jurídico-críticos de la jubilación anticipada", en *NET21*, núm. 3, 2021, recurso electrónico.

naturaleza económica (cubiertas a través de las prestaciones contributivas y no contributivas), como social (atendidas mediante los servicios sociales y la asistencia social) y médica (asistencia sanitaria específica). De ahí el carácter especial o riesgo *sui generis* de la protección a la "vejez", que va más allá del derecho a una pensión de jubilación digna.

Además de esos rasgos básicos, y desde una perspectiva actual y de Derecho positivo, se ha de señalar la relevancia de otra nota definitoria del supuesto de hecho protegido: la voluntariedad del cese en el trabajo, como regla general. Así, la disposición final 4.ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, bajo la rúbrica de medidas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad, en su número 2, dio una nueva redacción a la disposición adicional 10.ª ET, indicando que se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas. Por tanto, desde julio de 2012, primaba el derecho al trabajo de los trabajadores de edad avanzada, frente a una limitación cuyos frutos en materia de empleo nunca se han corroborado. Sin embargo, el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, volvió a contemplar la jubilación forzosa en convenio colectivo. Los caracteres de la pensión contributiva de jubilación son[14]:

- Tiene un carácter vitalicio cuando concurran los requisitos y condiciones legales que dieron lugar a la adquisición del derecho de pensión -sin perjuicio de las vicisitudes que pueda experimentar de darse determinados presupuestos legalmente previstos-.
- La pensión contributiva de jubilación se trata de una pensión "única", con lo que se impide la percepción de una doble pensión contributiva de jubilación -lo que no queda alterado por la existencia de pensiones complementarias privadas-.
- Tiene carácter "pecuniario". Por tanto, se trata de una prestación económica (arts. 204 y ss del TRLGSS), que goza de las garantías jurídicas previstas legalmente para ese tipo de prestaciones (señaladamente, art. 44 TRLGSS, relativo a los "caracteres de las prestaciones: indisponibilidad, prohibición de retención o descuento, salvo ciertos supuestos: embargos, obligación de alimentos, IRPF).
- Tiene carácter "periódico". Característica coherente con su función político-jurídica sustitutiva de rentas de activo (art. 28 del Convenio n.º 102 OIT, sobre norma mínima).
- Se trata de una pensión "de edad". Por tanto, se exige como causa de derecho al alcanzar una edad determinada: la edad ordinaria de jubilación.
- Viene a cumplir con una función "sustitutiva" de las rentas. En cuanto prestación contributiva debe asegurar una renta de sustitución del salario dejado de percibir con el cese en el empleo. Ese mismo carácter estrictamente contributivo determina no sólo un importante esfuerzo de aportación previa -carencia mínima-, sino que,

[14] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la "jubilación forzosa"", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 18, 2019, pp. 13-25. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social: [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019*], Vol. 1, 2019, pp. 21-89. Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "Aspectos jurídico-críticos de la jubilación anticipada", en *NET21*, núm. 3, 2021, recurso electrónico.

además, su cuantía es variable en atención a este período de cotización y a la cuantía de las bases por las que se haya cotizado.

— Se trata de una pensión "incompatible" con todo trabajo profesional del pensionista. Ahora bien, se trata ya sólo de una "regla general" que admite importantes y crecientes excepciones como es el caso de la jubilación parcial (art. 213.1, párrafo 2.º, TRLGSS, en relación con el art. 215). La incompatibilidad será, pues, con el percibo del importe íntegro de la pensión.

— El derecho a la pensión de jubilación contributiva es "imprescriptible" (de conformidad con el art. 212 TRLGSS, el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, es imprescriptible). Esta previsión legal constituye una excepción a la regla general establecida en el artículo 53.1 TRLGSS, a cuyo tenor el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años (véase, al respecto, la STC 15/1994). Este rasgo de la imprescriptibilidad refleja el principio de preferencia del sistema jurídico por la pensión de jubilación, toda vez que supone apartarse de la que viene a ser la regla general, precisamente para reforzar su efectividad a pesar de la inactividad del titular. La imprescriptibilidad de la pensión mantiene la responsabilidad empresarial incluso cuando se ha producido la prescripción de las obligaciones de afiliación/alta y de cotización. Ahora bien, los efectos de reconocimiento de la pensión se encuentran sometidos, por el contrario, a un plazo de retracción limitada hasta los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, en los supuestos en que el jubilado se encuentre en situación de alta (art. 212 TRLGSS). La medida trata de reforzar la diligencia del sujeto y, al mismo par, facilitar el control público de la situación de cesación en el trabajo. No obstante, la jurisprudencia ha flexibilizado el plazo en cuestión en ciertos casos excepcionales.

De conformidad con la regulación actual, la pensión de jubilación se encuentra condicionada por la concurrencia de cuatro requisitos legales constitutivos: a) la condición del sujeto; b) la condición de la edad; c) la condición de cese en el trabajo; y d) la condición o el requisito de carencia previa de cotización. En ese sentido, antes de adentrarnos en la jubilación anticipada, tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en el RGSS que reúnan las siguientes condiciones[15]: haber cumplido sesenta y siete años de edad (de conformidad con el período transitorio y que está fechado para el año 2027), o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias. Para el cómputo de los años y meses de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o un mes las fracciones de los mismos (art. 205.1 TRLGSS). La disposición transitoria 7.ª TRLGSS, establece la aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización; acreditar un mínimo de cotización de quince años -carencia genérica-, al menos dos de los cuales deberán estar comprendidos dentro de los quince inmediatamente anteriores a causar el derecho -carencia específica-. Si se accede a la pensión desde una situación de alta o asimilada al alta, pero sin obligación de cotizar, este período de dos años deberá estar comprendido dentro de los quince anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar; estar en alta o en situación

[15] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El imparable camino hacia la "flexi jubilación" o la compatibilidad plena entre trabajo y pensión", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 9, 2016, pp. 13-20. Rodríguez Iniesta, G.: "La jubilación anticipada", en Álvarez Cortés, J.C. (Dir.) *et al*: *Trabajadores maduros y seguridad social*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 115-159. Rodríguez Iniesta, G.: "La jubilación anticipada", en García Romer, B. y López Aniorte, M.C. (Coords.) *et al*: *La reforma de la pensión de jubilación,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 187-233.

asimilada al alta (art. 165.1 TRLGSS). No obstante, es un requisito del que puede eximirse (art. 205.3 TRLGSS).

La edad es un requisito condicionante del derecho a la pensión de jubilación. En relación con ello, se ha de diferenciar entre un tope mínimo o inicial, que representa la "edad ordinaria" legal para acceder al derecho y, en hipótesis, un tope máximo, en que la edad fijada por convenio colectivo será la de jubilación forzosa (disp. adic. 10.ª ET).

Hay que tener en cuenta que la cuestión de la edad de jubilación está adquiriendo singular centralidad en la presente coyuntura de transformaciones estructurales y de crisis económica. En efecto, en la senda marcada por el Pacto de Toledo de 1995 y sus sucesivos desarrollos normativos, la edad jubilatoria fue la cuestión central del Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011, y de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre la actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social.

Por contraposición al Derecho precedente, en el que se establecía una edad ordinaria de jubilación (los sesenta y cinco años, reflejo de una larga tradición en nuestro sistema de pensiones), la Ley 27/2011 adoptó la decisión de fijar dos edades (art. 205.1 TRLGSS):

— Los sesenta y siete años, con una aplicación progresiva. En efecto, para los sesenta y siete años: un mes por año desde 2013 a 2018 y dos meses por año desde 2019 a 2027.

— Los sesenta y cinco años, si la persona acredita la autodenominada "carrera laboral completa", que se establece en treinta y ocho años y medio, la cual será, igualmente, de aplicación progresiva. Así, para los treinta y ocho años exigidos para la jubilación ordinaria a los sesenta y cinco: tres meses por año desde 2013 a 2026.

Esta revisión del modelo legal supone que la edad de jubilación normal será, en la práctica, como regla general, la de los sesenta y siete años, desplazando gradualmente a la que hasta el momento era la norma ordinaria de sesenta y cinco años.

Aunque la edad "ordinaria" común legalmente prevista para tener derecho a la pensión pública de jubilación es sesenta y cinco años, en la práctica esta edad se ve rebajada al convivir con otras "edades especiales" o "extraordinarias" que permiten "anticipar" la jubilación. El recurso frecuente a estas medidas de "anticipación" de la edad de jubilación ha llevado a que en España la edad media de "retiro" se sitúe en sesenta y dos años. Nuestro Derecho prevé dos grupos diferenciados de supuestos de anticipación de jubilación:

— "Adelanto" o rebaja de la "edad ordinaria" de jubilación para colectivos concretos: se aplican coeficientes reductores sobre la edad.

— Jubilaciones anticipadas: coeficientes reductores sobre la cuantía.

Tras la reforma legislativa negociada se establecieron dos grandes modalidades de jubilación anticipada: una voluntaria y otra en la que el trabajador cesa en el trabajo por causa involuntaria o no imputable a la libre voluntad del trabajador afectado.

- *Jubilaciones anticipadas*[16]. Diferente es la situación de "jubilación anticipada". Por tal se entiende aquel supuesto que permite a un trabajador acceder a la jubilación antes de alcanzar la edad ordinaria prevista con carácter general (sesenta y siente o sesenta y cinco años), aunque

[16] Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la ley 21/2021, de 28 de diciembre", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 467, 2022, pp. 149-188. Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas como política de empleo", en Monereo

asumiendo un cierto coste por tal decisión anticipatoria a través de la aplicación de coeficientes reductores de la cuantía de la pensión. En consecuencia, aquí queda "penalizada" económicamente esta decisión. No obstante, y en coherencia con el carácter "flexible" que quiere asumir hoy la decisión individual de jubilación, la regulación vigente ha generalizado esta posibilidad de jubilación anticipada a todas las personas mayores de sesenta y tres años, siempre que reúnan determinados requisitos, y no ya sólo, como ocurría antes de la Ley 35/2002, a quienes hubieran cotizado antes del 1 de enero de 1967.

El TRLGSS establece dos modalidades de acceso a la jubilación anticipada: la que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador (art. 207 TRLGSS) y la que deriva de la voluntad del interesado (art. 208 TRLGSS).

a) Respecto de la derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador (artículo 207 TRLGSS)

Para el acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador se exigirán los siguientes requisitos:

a) Tener cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 205.1.a) sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refieren los artículos 206 y 206 bis.

b) Encontrarse inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación.

c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta y tres años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, o del servicio social femenino obligatorio, con el límite máximo de un año.

d) Que el cese en el trabajo se haya producido por alguna de las causas siguientes: 1.ª El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.2.ª El despido por causas objetivas conforme al artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. 3.ª La extinción del contrato por resolución judicial en los supuestos contemplados en el texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. 4.ª La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante. 5.ª La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el artículo 51.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. 6.ª La extinción del contrato por voluntad del trabajador por las causas previstas en los artículos 40.1, 41.3 y 50 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. 7.ª La extinción del contrato por voluntad de la trabajadora por ser víctima de la violencia de género prevista en el artículo 49.1.m) de la Ley del Estatuto de los

Pérez, J.L., López Insua, B.M. y Fernández Bernat, J.A. (Dirs.) *et al*: *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 1079-1086.

Trabajadores. En los supuestos contemplados en las causas 1.ª, 2.ª y 6.ª, para poder acceder a esta modalidad de jubilación anticipada, será necesario que el trabajador acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva. El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente.

En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este artículo, la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada mes o fracción de mes que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 205.1.a), de los coeficientes que resultan del siguiente cuadro en función del período de cotización acreditado y los meses de anticipación:

	Periodo cotizado: menos de 38 años y 6 meses	**Periodo cotizado: igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses**	**Periodo cotizado: igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses**	**Periodo cotizado: igual o superior a 44 años y 6 meses**
Meses que se adelanta la jubilación	**% reducción**	**% reducción**	**% reducción**	**% reducción**
48	30,00	28,00	26,00	24,00
47	29,38	27,42	25,46	23,50
46	28,75	26,83	24,92	23,00
45	28,13	26,25	24,38	22,50
44	27,50	25,67	23,83	22,00
43	26,88	25,08	23,29	21,50
42	26,25	24,50	22,75	21,00
41	25,63	23,92	22,21	20,50
40	25,00	23,33	21,67	20,00
39	24,38	22,75	21,13	19,50
38	23,75	22,17	20,58	19,00
37	23,13	21,58	20,04	18,50
36	22,50	21,00	19,50	18,00
35	21,88	20,42	18,96	17,50
34	21,25	19,83	18,42	17,00
33	20,63	19,25	17,88	16,50
32	20,00	18,67	17,33	16,00
31	19,38	18,08	16,79	15,50
30	18,75	17,50	16,25	15,00
29	18,13	16,92	15,71	14,50
28	17,50	16,33	15,17	14,00
27	16,88	15,75	14,63	13,50
26	16,25	15,17	14,08	13,00
25	15,63	14,58	13,54	12,50
24	15,00	14,00	13,00	12,00
23	14,38	13,42	12,46	11,50
22	13,75	12,83	11,92	11,00
21	12,57	12,00	11,38	10,00
20	11,00	10,50	10,00	9,20
19	9,78	9,33	8,89	8,40
18	8,80	8,40	8,00	7,60
17	8,00	7,64	7,27	6,91
16	7,33	7,00	6,67	6,33

	Periodo cotizado: menos de 38 años y 6 meses	Periodo cotizado: igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses	Periodo cotizado: igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses	Periodo cotizado: igual o superior a 44 años y 6 meses
Meses que se adelanta la jubilación	**% reducción**	**% reducción**	**% reducción**	**% reducción**
15	6,77	6,46	6,15	5,85
14	6,29	6,00	5,71	5,43
13	5,87	5,60	5,33	5,07
12	5,50	5,25	5,00	4,75
11	5,18	4,94	4,71	4,47
10	4,89	4,67	4,44	4,22
9	4,63	4,42	4,21	4,00
8	4,40	4,20	4,00	3,80
7	4,19	4,00	3,81	3,62
6	3,75	3,50	3,25	3,00
5	3,13	2,92	2,71	2,50
4	2,50	2,33	2,17	2,00
3	1,88	1,75	1,63	1,50
2	1,25	1,17	1,08	1,00
1	0,63	0,58	0,54	0,50

A los exclusivos efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 205.1.a).

Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán períodos completos, sin que se equipare a un período la fracción del mismo.

b) Respecto del acceso anticipado a la jubilación por voluntad del interesado (art. 208 TRLGSS)

El acceso a la jubilación anticipada por voluntad del interesado exigirá los siguientes requisitos: a) Tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 205.1.a), sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refieren los artículos 206 y 206 bis. b) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta y cinco años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, o del servicio social femenino obligatorio, con el límite máximo de un año. c) Una vez acreditados los requisitos generales y específicos de dicha modalidad de jubilación, el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los sesenta y cinco años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este artículo, la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada mes o fracción de mes que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación fijada en el artículo 205.1.a), de los coeficientes que resultan del siguiente cuadro en función del período de cotización acreditado y los meses de anticipación:

	Periodo cotizado: menos de 38 años y 6 meses	Periodo cotizado: igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses	Periodo cotizado: igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses	Periodo cotizado: igual o superior a 44 años y 6 meses
Meses que se adelanta la jubilación	% reducción	% reducción	% reducción	% reducción
24	21,00	19,00	17,00	13,00
23	17,60	16,50	15,00	12,00
22	14,67	14,00	13,33	11,00
21	12,57	12,00	11,43	10,00
20	11,00	10,50	10,00	9,20
19	9,78	9,33	8,89	8,40
18	8,80	8,40	8,00	7,60
17	8,00	7,64	7,27	6,91
16	7,33	7,00	6,67	6,33
15	6,77	6,46	6,15	5,85
14	6,29	6,00	5,71	5,43
13	5,87	5,60	5,33	5,07
12	5,50	5,25	5,00	4,75
11	5,18	4,94	4,71	4,47
10	4,89	4,67	4,44	4,22
9	4,63	4,42	4,21	4,00
8	4,40	4,20	4,00	3,80
7	4,19	4,00	3,81	3,62
6	4,00	3,82	3,64	3,45
5	3,83	3,65	3,48	3,30
4	3,67	3,50	3,33	3,17
3	3,52	3,36	3,20	3,04
2	3,38	3,23	3,08	2,92
1	3,26	3,11	2,96	2,81

A los exclusivos efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 205.1.a).

Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán períodos completos, sin que se equipare a un período la fracción del mismo.

Cuando en el momento de acogerse a esta modalidad de jubilación el trabajador esté percibiendo el subsidio por desempleo del artículo 274, y lo haya hecho durante al menos tres meses, serán de aplicación los coeficientes reductores previstos para la jubilación anticipada por causas no imputables al trabajador, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos del apartado 1 de este precepto.

- *Jubilación parcial*[17]. Una causa de jubilación anticipada especial es aquella en la que el trabajador accede a la llamada "jubilación parcial" (art. 215 TRLGSS, en relación con el art.

[17] Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "Aspectos jurídico-críticos de la jubilación anticipada", en *NET21*, núm. 3, 2021, recurso electrónico. Monereo Pérez, J.L. y Guindo Morales, S.: "El derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva de los trabajadores contratados a tiempo parcial: el coeficiente reductor de parcialidad", en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 228, 2020, pp. 285-316. Maldonado Molina, J.A.: "La acumulación de la jornada del jubilado parcialmente", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 418, 2018, pp. 43-66. López Insua, B.M.: "La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo", en *Trabajo y derecho: nueva*

12.6 ET). Se trata de una modalidad encaminada al fomento del empleo, pero su eficacia en esta perspectiva resulta muy limitada, porque el relevo no es necesariamente definitivo; puede ser temporal, manteniéndose hasta la jubilación total del trabajador. Ahora bien, su auténtica funcionalidad reside en su condición como técnica de jubilación no sólo flexible, sino gradual; de ahí su centralidad en los momentos actuales. Por tanto, es necesario diferenciar la figura de la jubilación anticipada respecto de otra figura, atípica desde el punto de vista legislativo, pero muy usada: las llamadas "prejubilaciones". La prejubilación constituye una situación jurídica intermedia -puente- entre la situación de desempleo y la jubilación conforme al sistema de Seguridad Social. Se concreta en el reconocimiento de una prestación económica "externa", con la finalidad de sustituir las rentas de activo dejadas de percibir. Con origen en los procesos "extraordinarios" de reconversión industrial, los "sistemas de prejubilación" se han venido generalizando en extremo también para los procesos de reestructuración empresarial "ordinaria" o normalizados (procedimientos de regulación de empleo). Un proceso que, sin embargo, plantea innumerables desajustes y desequilibrios al sistema de pensiones excesivamente condicionado por las exigencias de la racionalidad económica del mercado. En gran medida, estas disfuncionalidades -la media de edad se sitúa nada más y nada menos que entre cuarenta y ocho y cincuenta y cuatro años- han determinado un cambio radical en la política del Derecho, en el sentido de retrasar el cese en el trabajador por jubilación.

De conformidad con el artículo 215 TRLGSS, los trabajadores que hayan cumplido la edad a que se refiere el artículo 205.1.a) y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo del 25 por ciento y un máximo del 50 por ciento, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo. Los porcentajes indicados se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

Asimismo, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los siguientes requisitos: a) Tener cumplida en la fecha del hecho causante una edad de sesenta y cinco años, o de sesenta y tres cuando se acrediten treinta y seis años y seis meses de cotización, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado. b) Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo. c) Que la reducción de su jornada de trabajo se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 50 por ciento, o del 75 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida, siempre que se acrediten el resto de los requisitos. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. d) Acreditar un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, el período de cotización exigido será de veinticinco años.

revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 16, 2016, pp. 53-72. López Insua, B.M.: "La jubilación parcial", en VV.AA.: *La Pensión de Jubilación.: Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Granada, Comares, 2015, pp. 171-196.

e) Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial. f) Los contratos de relevo que se establezcan como consecuencia de una jubilación parcial tendrán, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a que se refiere el artículo 205.1 a). En los casos a que se refiere la letra c), en que el contrato de relevo sea de carácter indefinido y a tiempo completo, deberá mantenerse al menos durante una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a que se refiere el artículo 205.1.a). En el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante. En caso de incumplimiento por parte del empresario de las condiciones establecidas en el presente artículo en materia de contrato de relevo, será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial. g) Sin perjuicio de la reducción de jornada a que se refiere la letra c), durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando este a jornada completa.

El disfrute de la pensión de jubilación parcial en ambos supuestos será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial. Por último, podrán acogerse a la jubilación parcial regulada en este artículo los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, asimilados a trabajadores por cuenta ajena en los términos del artículo 14, que reduzcan su jornada y derechos económicos en las condiciones previstas en el artículo 12.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y cumplan los requisitos establecidos en el apartado 2 de este artículo, cuando la cooperativa concierte con un socio de duración determinada de la misma o con un desempleado la realización, en calidad de socio trabajador o de socio de trabajo, de la jornada dejada vacante por el socio que se jubila parcialmente, con las mismas condiciones establecidas para la celebración de un contrato de relevo en el artículo 12.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y conforme a lo previsto en este artículo.

4. Balance y perspectivas: conclusiones y propuestas sobre la jubilación anticipada

En el proceso permanente de reformas, realizamos una serie de aportaciones, desde la perspectiva *de lege ferenda* como *de lege data,* con las que creemos posible avanzar y mejorar en el sistema normativo de jubilación y, especialmente, en la modalidad de jubilación anticipada[18]:

1) Estamos de acuerdo en que, lo principal de todo, es el carácter absolutamente imprescindible de recuperar esa dinámica de consenso que siempre ha caracterizado al Pacto de Toledo evitando cualquier orientación política de encabezar o liderar cualquier reforma que no atienda a una lógica estrictamente jurídica. Dicho lo anterior, es el Pacto de Toledo el espacio donde debe quedar reflejado el compromiso "político" para la garantía efectiva del mantenimiento del sistema de pensiones, siendo el lugar correcto para la búsqueda de aquellos puntos de encuentro entre

[18] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social: [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019*], Vol. 1, 2019, pp. 77 y ss. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la "jubilación forzosa"", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 18, 2019, pp. 13-25. Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "Aspectos jurídico-críticos de la jubilación anticipada", en *NET21*, núm. 3, 2021, recurso electrónico.

las diferentes opciones sociales y políticas. Lógicamente, es ese el espacio adecuado en el que establecer esa planificación idónea que venga a poner de relieve las prioridades del rumbo a seguir. Y para ello, que mejor aspecto que el de comenzar con la finalidad, muy necesaria, de aumentar la confianza de los ciudadanos en la sostenibilidad del sistema y de la capacidad de éste para responder ante el reto de la garantía de las pensiones dignas, suficientes y adecuadas en ambos niveles: contributivo (lógica de sustitución) y no contributivo (lógica de compensación).

2) Asimismo, el proceso de reformas en el sistema de Seguridad Social no puede olvidar que el objetivo debe atender a la política de pleno empleo de calidad y decente o digno para la persona trabajadora. Lo cierto es que un modelo de relaciones laborales basado en un trabajo precario (el denominado "Empleo Low Cost") y sustentado en la competitividad por la reducción de costes, es manifiestamente incompatible con la viabilidad/sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y, por ende, con el subsistema de pensiones, siendo fundamental paliar aquellas consecuencias en la protección social de las carreras de seguro inestables, interrupciones existentes o rupturas de la actividad profesional.

3) Deben incrementarse medidas legales que impidan cualquier mínimo ápice de discriminación por razón de género. Lo que, puesto en plena vinculación con la materia a tratar, requiere de una estrategia en la que las mujeres no gocen de una menor cobertura que los hombres en las pensiones de jubilación.

4) El envejecimiento de la población es uno de los principales problemas con el que convive el sistema de pensiones de España. Para su superación, deben implantarse políticas públicas que opten por el favorecimiento decidido del nacimiento de personas, por tanto, una clara decisión sobre el favorecimiento de la natalidad en España.

5) Reducción y simplificación de un sistema legal muy complejo y apenas entendible por personas sin conocimientos técnicos. En efecto, aquel trabajador que comienza a pensar en su jubilación por encontrarse casi en el ocaso de su etapa profesional se enfrenta a una tesitura bastante difícil en la que tendrá que valorar y analizar múltiples posibilidades en relación al anticipo o no de la edad de jubilación con un amplio elenco de posibilidades que, además, son de difícil compresión. Asimismo, también deberá valorar si es posible y si le interesa compatibilizar el trabajo con la pensión o si, por el contrario, es mejor esperar a después de tener la pensión. Consecuentemente, también deberá analizar la posibilidad y el interés de que pueda optar por legislación anterior a la actualmente vigente, así como si podrá o no proseguir total o parcialmente su actividad o ejercer otra diferente.

6) En absoluto debe apostarse por retrasar, de manera obligatoria, la edad de jubilación. Retrasar la edad de jubilación no es realmente una solución correcta, ni tampoco deseable. Para ello es importante tener en cuenta la justicia social, la calidad de vida y el bienestar de la vejez. Cosa diferente sería la posibilidad de favorecer la jubilación voluntaria, pero no impuesta por vía legal, ni tampoco por negociación colectiva. Es evidente que prolongar la vida activa del trabajador va en contra de la naturaleza humana que, con el paso del tiempo procede al deterioro físico y psicológico de las personas. Además, no es justo prolongar una larga vida dedicada al trabajo productivo y necesario para sobrevivir. En definitiva, cualquier tipo de modificación en el sentido de prolongar la vida activa del trabajador debería ser siempre una opción voluntaria y no forzosa de la persona trabajadora; por ello sería razonable repensar la edad pensionable fijando una edad mínima a partir de la cual se pueda acceder a la jubilación siempre que se desee (lógicamente, afectándose al importe por la edad que se tenga en la jubilación).

7) Llegamos así al problema de las jubilaciones anticipadas. Lo cierto es que opera una falta importante entre la correspondencia que debiera existir entre la "vejez" y la "jubilación". Al hilo

de lo anterior, es lógico que cesar (por retiro) la vida activa no depende de la "vejez" en sí, sino de una decisión legal en la que se mezclan agentes sociales y empleadores. Lógicamente, debe tenerse en cuenta que se está produciendo un retraso en el envejecimiento biológico de la población, pues la esperanza de vida se está incrementando, pero ello no debe ser una circunstancia con la que proceder y justificar, legalmente, al incremento de la jubilación.

Dicho lo anterior, debe operarse un cambio respecto a lo que conocemos como jubilación anticipada. En este sentido, cuando el trabajador se jubila a la edad legal ordinaria de jubilación, no lo hace por ser "viejo", ni por quedar impedido física o psicológicamente. Aunque también es cierto que a veces depende de la aptitud, capacitación e incluso del nivel de exigencia inherente a la actividad que viene desarrollando. No obstante, debe resaltarse que la contingencia que verdaderamente pretende proteger la prestación no es la vejez en sentido biológico, sino el envejecimiento tasado por el elemento de que el trabajador se encuentra en una edad avanzada de su ciclo vital. Es lógico que a la "tercera edad" le sucede, en la actualidad, una "cuarta edad" vinculada a la pérdida de autonomía personal. En efecto, los ciclos vitales han venido comportando una mutación de las políticas de protección de las personas mayores o de edad avanzada[19].

Por otro lado, si se quiere fomentar la jubilación anticipada, los denominados coeficientes reductores han de ser equitativos para aquellas personas que posean largas carreras de cotización. En efecto, no debe "castigarse" a aquellas personas que se hayan acogido a la jubilación anticipada y que, sin embargo, poseen carreras profesionales especialmente largas y duraderas en el tiempo. Debe tenerse presente que, aunque ciertos trabajadores decidan jubilarse anticipadamente -atiéndase a la crisis que va a comenzar y que terminará por expulsar a muchos de estos trabajadores del actual mercado laboral-, no es razonable que, además, se le terminen penalizando después de desarrollar una carrera larga y de haber estado sosteniendo el sistema público durante tantos años. Tal vez, una técnica legislativa algo más justa podría apostar por aplicar los coeficientes reductores en los años previos de jubilación a la edad legal ordinaria para que, alcanzada la edad estipulada, el jubilado pudiera recibir el 100 % de su pensión. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier modificación legislativa debería ser tomada con absoluta cautela y con tiempo de reflexión suficiente para aquellos afectados por cualquier reforma o medida adoptada.

8) Respecto a la prolongación voluntaria de la vida laboral, creemos que es necesario desarrollar una política activa de empleo que permita a los trabajadores maduros o en edad avanzada que lo deseen continuar trabajando mientras se encuentren en plena actitud y capacidad para desarrollar sus servicios. Además, no hay garantía alguna de que, después de la jubilación del trabajador, su puesto de trabajo no quede amortizado.

En esa lógica de fomento de la permanencia en activo, tiene que ser objeto de penalización el uso de las jubilaciones forzosas por convenio colectivo. Al respecto, traigamos a colación la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, en la que se establece que, "en aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) La persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) La medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al

[19] Monereo Pérez, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *RMTAS*, núm. extraordinario, 2008, pp. 49 y ss.

relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora".

A pesar de que la reforma laboral de 2021 ha endurecido el marco legal y lo ha condicionado a la sustitución de ese trabajador por otro, tal vez habría que valorar la supresión de dicha habilitación legal para realizar una jubilación forzosa vía negociación colectiva. Al hilo de lo anterior, interesa recordar que en nuestro sistema jurídico la jubilación es, ante todo, un derecho subjetivo del trabajador; por tanto, nos encontramos ante un modelo de jubilación voluntaria cuando el trabajador cesa en el trabajo.

9) En relación a la contribución del trabajador y a las cotizaciones realizadas a lo largo de toda su vida laboral en activo, tal vez sería interesante una proporción directa entre lo cotizado y la pensión. En otros términos, una relación proporcional entre la prestación reconocida y el esfuerzo de cotización que la persona ha realizado durante su vida laboral (y es que, no es lo mismo cotizar desde los 24 años, que empezar a cotizar desde los 40 años).

10) La realidad del mercado laboral nos señala que los trabajadores en edad madura sufren mayores dificultades para encontrar un nuevo empleo; por tanto, debe de continuarse y favorecerse esa predisposición de incentivos para el mantenimiento y la contratación de trabajadores en edad avanzada.

11) Deben localizarse vías estrechas de conexión entre las políticas de empleo y las políticas de Seguridad Social en el sentido de que la edad de jubilación real debe equipararse a la edad ordinaria legal de jubilación. Por tanto, sería conveniente alargar la vida laboral, siempre de manera voluntaria, con determinados incentivos verdaderamente eficientes para el cumplimiento de dicho objetivo.

12) Por último, es evidente que la sociedad está en plena transformación -y siempre lo va a estar- por lo que debemos adaptarnos a una Seguridad Social cambiante. Por ello, se debe atender a los cambios vitales de la sociedad y ser coherentes con la idea de que la Seguridad Social se encuentra en constante reforma y transformación, pero, lógicamente, con modificaciones que apuesten por una misma idea de protección de las personas -especialmente las que nos encontramos tratando en este texto, las de edad avanzada o madura- y, lógicamente, de racionalización del equilibrio social y económico, pues ambos deben coexistir y nutrirse el uno del otro.

Ocurre que, en materia de Seguridad Social, no sólo hay que acudir al cálculo económico, sino que hay que atender a criterios redistributivos y de justicia que inspiran las normas de protección social, teniendo en cuenta que los análisis que se efectúan se encuentran, en buena medida, condicionados por los referentes ideológicos de quienes lo llevan a cabo y por los intereses que defienden los órganos que los auspician, siendo realidad que las predicciones a plazos excesivamente largos son pocos fiables[20]. Y lo único verdaderamente fiable es que, de todos los riesgos existentes, si hay uno especialmente inevitable, ese es la vejez. Por ello, lo que no debe perderse de vista cuando se trata el futuro de nuestras pensiones, es que las mismas constituyen el eje fundamental de la política de bienestar. No puede utilizarse este discurso y el lenguaje empleado para recortar derechos sociales tan costosamente conseguidos. Y debemos tener cuidado para no terminar por relacionar la vejez con la pobreza.

Es necesario que el sistema de pensiones se acomode a la evolución del ciclo vital de las personas y de las transformaciones existentes y de futuro. El problema es que los sistemas de Seguridad Social están construidos en un modelo de vida activa de tipo fordista: el de un

[20] Galiana Moreno, J.M.: "Hitos, condicionantes y tendencias en la evolución de las prestaciones de vejez en España", en VV.AA.: *La reforma de la pensión de* jubilación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 38.

trabajador varón que trabaja a tiempo completo y se hace cargo de la familia. En este modelo, no todos los trabajadores llegaban a la edad de jubilación y aquéllos que la alcanzaban tenían una esperanza de vida, por lo general, breve (habitualmente de unos tres años después de jubilarse). El coste de las pensiones de este sistema fordista era escaso en comparación con las rentas de actividad. Ahora, es innegable que las dificultades de adaptación y de los desequilibrios del sistema de Seguridad Social derivan también de la prolongación de la esperanza de vida después de la jubilación, que ha pasado de ser entre tres y cinco años a entre veinticinco y treinta años, con una proyección aún superior hacia el futuro. Esta prolongación de la edad es un hecho social en sí vinculado al proceso de civilización de los países desarrollados y de los avances en el bienestar que determina una situación propiamente biológica: envejecimiento y fenómeno del envejecimiento del propio envejecimiento. Por tanto, es una etapa del ciclo vital de las personas mediatizada por las instituciones sociales[21].

Concluyendo, la Seguridad Social tiene que desarrollarse para satisfacer las necesidades cambiantes de cada generación. Para ello es necesario construir una política transversal que atraviese todos los sectores; y también integral para que incluya tanto a la población anciana de hoy como a la del mañana con propuestas que preparen a la población para su envejecimiento decente. La política de envejecimiento y vejez debe combinar acciones para el presente y, especialmente, para el futuro. Debe ser una política de corto, medio y largo plazo, articulando política de empleo con políticas de protección y seguridad social.

5. Bibliografía

Galiana Moreno, J.M.: "Hitos, condicionantes y tendencias en la evolución de las prestaciones de vejez en España", en VV.AA.: *La reforma de la pensión de* jubilación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Guindo Morales, S.: "Posibles reformas ante los presentes y futuros desafíos de la pensión de jubilación", en Barrios Baudor, G.L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.) *et al*: *Derecho vivo de la Seguridad Social: "V Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2020"*, Murcia, Laborum, 2021.

Guindo Morales, S.: "Pensión de jubilación y mujeres contratadas a tiempo parcial", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social: [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019]*, Vol. 1, Murcia, Laborum, 2019.

López Insua, B.M.: "La jubilación parcial", en VV.AA.: *La Pensión de Jubilación.: Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Granada, Comares, 2015

López Insua, B.M.: "La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo", en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 16, 2016.

Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas como política de empleo", en Monereo Pérez, J.L., López Insua, B. M. y Fernández Bernat, J.A. (Dirs.) *et al*: *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

[21] Monereo Pérez, J.L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global de proceso reformista", en VV.AA.: *La pensión de jubilación*, Granada, Comares, 2015, pp. 29 y 30.

Maldonado Molina, J.A.: "La acumulación de la jornada del jubilado parcialmente", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 418, 2018.

Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la ley 21/2021, de 28 de diciembre", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 467, 2022.

Monereo Pérez, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *RMTAS*, núm. extraordinario, 2008.

Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 1, 2010.

Monereo Pérez, J.L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global de proceso reformista", en VV.AA.: *La pensión de jubilación*, Granada, Comares, 2015.

Monereo Pérez, J.L.: "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuesta de mejora", en *Revista Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 2, 2018.

Monereo Pérez, J.L. y Guindo Morales, S.: "El derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva de los trabajadores contratados a tiempo parcial: el coeficiente reductor de parcialidad", en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 228, 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "Aspectos jurídico-críticos de la jubilación anticipada", en *NET21*, núm. 3, 2021, recurso electrónico.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El imparable camino hacia la "flexi jubilación" o la compatibilidad plena entre trabajo y pensión", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 9, 2016, pp. 13-20.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes*, Murcia, Laborum, 2019.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social: [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019*], Vol. 1, 2019.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la "jubilación forzosa"", en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 18, 2019.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022.

Ortega Lozano, P.G.: "Pensión de jubilación y esperanza de vida: el factor de sostenibilidad", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019]*, Vol. 1, Murcia, Laborum, 2019.

Rodríguez Iniesta, G.: "La jubilación anticipada", en García Romer, B. y López Aniorte, M.C. (Coords.) *et al*: *La reforma de la pensión de jubilación,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Rodríguez Iniesta, G.: "La jubilación anticipada", en Álvarez Cortés, J.C. (Dir.) *et al*: *Trabajadores maduros y seguridad social*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.

Suárez Corujo, B.: "Factor de sostenibilidad y cuantía de la prestación", en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, tomo I, Murcia, Laborum, 2017.

Tortuero Plaza, J.L.: "Las pensiones del futuro y la cotización de los robots: un apunte sobre el nuevo mecanismo de equidad intergeneracional", en López Cumpre, L. (Dir.) y Revuelta García, M. (Coord.) *et al*: *Efectos laborales, sindicales y de seguridad social de la digitalización*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2022.

Tortuero Plaza, J.L.: "Los espacios de reflexión y diálogo con la doctrina judicial en materia de jubilación como antesala de las reformas del sistema de pensiones", en Vila Tierno, F., Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.) y Gómez Salado, M.Á. (Coord.) *et al*: *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Comares.

Tortuero Plaza, J.L.: "Retos y reformas en materia de pensiones", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 467, 2022.

El Pacto de Toledo y la jubilación activa por cuenta propia[1]

Francisco Miguel Ortiz González-Conde
Prof. Contratado Doctor (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

1. El Pacto de Toledo y el envejecimiento activo

Desde su entrada en vigor en 2013, la modalidad de jubilación activa nació con la pretensión de permitir la compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo por cuenta ajena o actividad por cuenta propia, siempre y cuando se tratasen de grandes carreras de cotización. El informe del Pacto de Toledo, revisado en 2020, en su a recomendación 12ª, incorpora diversas previsiones dirigidas a acercar voluntariamente la edad efectiva a la edad ordinaria de jubilación. El presente trabajo trata de enmarcar la jubilación activa en el contexto de dichas reformas, con especial atención al trabajo por cuenta propia.

El envejecimiento de la población activa y sus consecuencias en el sistema de Seguridad social se instaló en el centro de la agenda política desde mediados de la década de 1990, cuando se vaticinó la quiebra financiera del sistema en un decenio. Desde entonces, y paulatinamente, a

[1] *El trabajo se enmarca en el Proyecto PID2019-104630RB-I00, sobre "El futuro del sistema español de protección social (VI): Soluciones jurídicas a los actuales retos demográficos", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, e incluido en la Convocatoria 2019 de Proyectos de I+D+ i - RTI Tipo B".*

nivel nacional, el Pacto de Toledo ha ido recogiendo entre sus recomendaciones la necesidad de articular medidas que corrijan el déficit en la tasa de sustitución entre cotizantes y pensionistas[2].

En 1995, con la primera edición del pacto, diversos informes proyectaban escenarios pesimistas con proyección en la época actual, tales como el informe de Herce y Perez sobre la reforma del sistema público de pensiones en España realizado para La Caixa (1995); el Informe Barea González Páramo para la Fundación BBVA (1996); el Informe del Círculo de Empresarios (1996). Sin llegar a términos tan catastróficos como recogían, lo cierto es que el desbalance entre ingresos y gastos, ha obligado a las sucesivas revisiones del pacto a tener en consideración medidas que retrasasen la jubilación, cuando directamente abogaran por compatibilizarla con la realización de trabajos o actividades por cuenta ajena o propia[3].

La recomendación 12ª del Informe de Evaluación de Reforma de Pacto de Toledo de 2011 abogaba por "*esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión* (…) *y una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral.*"

Y, en esa misma línea, a nivel europeo, en el libro verde de pensiones de 2010[4], la Comisión Europea preguntaba abiertamente sobre la mejor manera de conseguir edades de jubilación efectiva más avanzadas y la pertinencia de mecanismos de ajuste automático en relación con los cambios demográficos, a fin de equilibrar el tiempo de trabajo y el tiempo de jubilación, interrogantes a los que dos años más tarde daba respuesta en el Libro Blanco de pensiones[5], donde se alcanzaba la conclusión de que para reequilibrar el tiempo de vida laboral y el tiempo de jubilación, era necesario materializar 4 tipo de medidas:

- Vincular la edad de jubilación a los aumentos de esperanza de vida
- Restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada
- Favorecer la prolongación de la vida laboral
- Acabar con las diferencias entre hombres y mujeres en materia de pensiones.

Son estos los ejes sobre los que gravitaron las reformas de Seguridad Social de 2011 y 2013, cuyas medidas en esencia iniciaron la equiparación entre la edad efectiva y la edad legal de jubilación[6].

En concreto, el Libro Verde de la Comisión Europea sobre sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros, consideró necesario "*crear mejores oportunidades y condiciones de trabajo para la participación de los trabajadores de más edad en el mercado laboral*[7]" con

[2] En su primera edición de 1995, y en las renovaciones de 2003 (Resolución de 2 octubre de 2003 del Congreso de los Diputados) y en 2010 en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (Resolución de 29 diciembre de 2010 del Congreso de los Diputados).

[3] Sobre el contexto de las reformas, en este aspecto se incluyen cuatro medidas: la revisión de la jubilación anticipada tanto voluntaria como involuntaria y por razón de la actividad, la jubilación demorada, la jubilación activa y la jubilación forzosa.

[4] COM (2010) 365 final, Libro Verde "En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros", p. 12.

[5] COM (2012) 55 final, Libro Blanco "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles", p. 9-10.

[6] Cavas Martínez, F.: *"La reforma de la jubilación ordinaria: requisitos y modificaciones relacionadas con la cotización a la Seguridad Social*", en García Romero, B. y López Aniorte, M.C.: La reforma de la pensión de jubilación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 54.

[7] COM (2010) 365 final, Libro Verde…*Op. Cit.* p. 12.

el propósito de rendir sostenible el tiempo de trabajo y el de jubilación, es decir, favorecer el envejecimiento activo a consecuencia de la sensible ampliación de la esperanza de vida y el aumento del periodo de tiempo que los ciudadanos pasan jubilados antes de su defunción.

Con carácter más incisivo, el Libro Blanco instó a combinar el "*trabajo parcial con el cobro de pensiones parciales*[8]" y directamente, la Recomendación 2ª del Consejo Europeo de 10 julio de 2012, aconsejó a España la adopción de medidas dirigidas al fomento de la reincorporación de este grupo de trabajadores al mercado laboral.

Este cambio de *policy* contrasta con el enfoque tradicional seguido por la legislación española. La propia Ley de Bases de Seguridad Social, y el primer texto articulado de la Ley General de Seguridad Social de 1966, establecieron la incompatibilidad general entre trabajo y pensiones, a excepción de las salvedades que reglamentariamente se dispusieran (tales previsiones han sido mantenidas en los distintos textos refundidos posteriores). De dicho desarrollo se ocupó la OM 18 enero 1967, precepto que aclaró que la incompatibilidad sería respecto a la realización de actividades por cuenta ajena o propia que determinasen la inclusión del beneficiario alguno de los regímenes del sistema de Seguridad Social[9].

La revisión del Pacto de Toledo de 2020[10], nuevamente en su recomendación 12ª ha considerado que la edad de salida efectiva del mercado de trabajo debe aproximarse tanto como sea posible a la edad ordinaria de jubilación legalmente establecida, respetando los casos de jubilaciones anticipadas por actividad penosa y de personas con carreras de cotización precarias. Como medidas a adoptar para tal fin, se ha señalado la necesidad de reforzar 2 líneas básicas de actuación que entroncan con la modalidad de jubilación activa.

De un lado, fomentar la permanencia de los trabajadores en activo a través de la adaptación y mejora de los incentivos sociales, fiscales y laborales existentes. Así, se valoran positivamente los avances derivados de la modificación del régimen jurídico de la jubilación para conceder una mayor relevancia a la carrera de cotización del trabajador en la determinación de la cuantía de su pensión.

De otro lado, profundizar en la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación, siempre que dicha prolongación no esté motivada por una pensión insuficiente. Merece una valoración positiva la mejora del régimen de compatibilidad de la pensión con los ingresos provenientes de una actividad profesional, si bien son necesarias nuevas medidas que favorezcan esta compatibilidad, sin que ello produzca menoscabo de las cuentas del sistema.

2. La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta ajena o cuenta propia

En primer lugar, debe destacarse que el derecho al trabajo del art. 35.1 CE prima sobre cualquier otra medida legislativa, en el sentido que cualquier referencia a la incompatibilidad viene referida en realidad al percibo de la prestación económica, y no a la prohibición respecto

[8] COM (2012) 55 final, Libro Blanco…*Op. Cit.* p. 13.

[9] Uguina Mercader, J.R.: "Compatibilidad entre trabajo y pensión ordinaria (y completa) de jubilación, en Uguina mercader, j.r y Aragón Gomez, C.: *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 146, señala como la OM 18 enero 1967 supuso una regresión respecto al mutualismo laboral y la normativa SOVI.

[10] BOCG de 27 noviembre 2020, núm. 187, p. 57.

al trabajo, de modo que la compatibilidad ha de entenderse como una vía de suspensión de la pensión[11].

Para el trabajo por cuenta ajena, hasta la reformas de 2011 y 2013, eran dos las vías legales de excepción abiertas para la suspensión de la pensión: la jubilación parcial y la jubilación flexible. En la actualidad, si bien ambas continúan coexistiendo, responden a ontologías diversas, una, al reparto del reparto del empleo entre generaciones[12], la otra, a la continuidad en el trabajo por la inconsistencia de dicho remplazo. En las reformas sucesivas ha primado la opción por el mantenimiento del empleo del trabajador maduro frente al de fomento del empleo[13], de ahí los esfuerzos para la contención de una y la promoción de la otra[14].

Para el trabajo por cuenta propia, la compatibilidad ha sido sometida a un régimen con mayor peculiaridades. En un principio, la Orden de 18 enero 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el RGSS exceptuaba, en su artículo 16, de la incompatibilidad general prevista para RGSS y RETA a los trabajadores incluidos en una Mutualidad Laboral. De tal manera que el colectivo de personas trabajadoras actividad por cuenta propia como profesionales colegiados quedaba en una situación de compatibilidad más ventajosa que el resto de los trabajadores autónomos[15].

La Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados, estableció en su único artículo la incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo del pensionista al ejercer una actividad profesional por cuenta propia exento de causar alta en autónomos, conforme ocurría con el art. 16 de la OM 18 enero 1967. Esta nueva incompatibilidad, también dispuso excepciones más restringidas: aquellos que viniesen ya compatibilizando con anterioridad a su entrada en vigor o quienes, sin serlo, hubieran alcanzado la edad de 65 años[16].

Aunque surgieron dudas acerca de la legalidad de la Orden como instrumento adecuado para los fines que perseguía[17], tales dudas fueron resueltas por la STS (contencioso-administrativo) de 6 junio de 2012 (rec. 295/2011) al entender que no vulnera ninguna norma de rango superior y es coherente con el régimen general de incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el desarrollo de una actividad por cuenta propia aun cuando el profesional colegiado hubiera optado por incorporarse a una mutualidad alternativa.

La DA 31ª de la Ley 27/2011 no dejó pasar la oportunidad para pronunciarse al respecto sobre este tema, incorporando un apartado 4 al entonces art. 165 LGSS-1994 permitiendo la compatibilidad de la pensión de jubilación con la realización de trabajos por cuenta propia siempre y cuando los ingresos anuales no superasen el SMI en cómputo anual.

---

[11] STS de 11de Julio de 1995 (rec. 3137/1993)

[12] Tortuero Plaza, J.L. y Del Águila Cazorla, O.: "Art. 166. Jubilación Parcial", en VV.AA.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social,* Laborum, Murcia, 2003, p. 863.

[13] Rodríguez Cardo, I.: *Jubilación parcial tras la reforma de 2013,* LexNova, Valladolid, 2013, p. 375.

[14] Aparicio Tovar, J. y Olmo Gascón, A.M.: *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Editorial Bormazo, Albacete, 2007, p. 188.

[15] López Aniorte, M.C.: "El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: un proceso inacabado", *Foro de Seguridad Social,* núm. 20, junio 2008, p. 68-81.

[16] Disposición Adicional Única Orden TIN/1362/2011, de 23 mayo.

[17] Tortuero Plaza, J.L.: *La reforma de la jubilación (marco de referencia y ley 27/2011, de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 129.

La DA 37ª recoge textualmente que se mantendría el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, es decir, se dejaba sin efecto su aplicación, y por ende, los profesionales colegiados podían compatibilizar la pensión y trabajo siempre que dicha actividad diera lugar a su inclusión en una Mutualidad y no se estuviera de alta en el RETA.

Poco tiempo después, el RD- Ley 5/2013, de 15 de marzo, establece en su artículo 1.2, la aplicabilidad sin perjuicio de su régimen jurídico con otras modalidades de compatibilidad, es decir, entre otras la prevista por la DA 37ª LGSS, una forma de permitir la compatibilidad causando alta en una mutualidad alternativa sin necesidad de mencionar la Orden TIN/1362/2011. Dicha DA 37ª encomendaba al Gobierno un proyecto de ley que regulase la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional, la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades.

Finalmente, con la refundición del texto normativo de Seguridad Social en el RD-Legislativo 872015, de 8 octubre, se ha ubicado en los arts. 213 y 214 LGSS las previsiones de compatibilidad y envejecimiento activo, de manera que, por un lado se encuentra la compatibilidad mediante jubilación activa (algo más selecta, dados los requisitos que exige) y por otro lado, la compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación fruto de la D.A. 31 Ley 27/2011 (para el grueso de trabajadores autónomos).

Esta compatibilidad basada en la complementariedad de ingreso con la pensión de jubilación para todos los regímenes, cuando los ingresos totales anuales sean inferiores a la cuantía del SMI anual, quedando exentos de cotización y por ende de generación de nuevos derechos (no sólo en materia de pensiones, sino en subsidios contributivos), lo que directamente supone la legalización de muchas actividades que hasta la entrada en vigor eran irregulares por afectarles la incompatibilidad[18], e indirectamente un tímido reconocimiento al baremo económico como cuantificador del requisito de habitualidad, aunque con multitud de lagunas en su proceder[19].

Al igual que sucede con todas las cuestiones de política social, la DA 37ª Ley 27/2011, puede entenderse, o bien, como un desincentivo a las políticas de prolongación de la vida laboral[20], o bien, como una equiparación en las condiciones legales entre beneficiarios del sistema de Seguridad Social[21].

3. Dinámicas e incompatibilidades de la jubilación activa

El actual art. 214 LGSS da espacio en la normativa de Seguridad Social a la modalidad de jubilación establecida por el RD-Ley 5/2013, el cual, a su vez, respondía al mandato de la DA 37ª Ley 27/2011, dónde se instaba al Ejecutivo a presentar un proyecto de ley que regulase la compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades.

[18] Fernández Orrico, F.J.: "El porvenir en la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados y su provisional compatibilidad con la pensión de jubilación de la Seguridad Social", *Economía Española y Protección Social*, núm. III, 2011, p. 110

[19] López Aniorte, M.C.: "Hacia el envejecimiento activo…*Op. Cit.*, p. 68 la LGSS no precisa que ejercicio fiscal ha de tenerse en cuenta a efectos de verificación, ni el computo de los ingresos del año anterior, o la reversibilidad de la situación

[20] López Gandía, J. y Toscani Giménez, D.: *La reforma de la jubilación, Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 agosto,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 52.

[21] López Aniorte, M.C.: "Hacia el envejecimiento activo: Análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 164, 2014, p. 52.

Esta modalidad de compatibilización entre trabajo y jubilación fue prevista, ya desde sus orígenes, tanto para el trabajo por cuenta propia y ajena. Desde el año 2013, casi con una década en funcionamiento, el disfrute de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva ha permitido compatibilizar cualquier trabajo, tanto si se trata de mantener la relación laboral que tenía con su empresa, como de iniciar una nueva actividad por cuenta ajena o propia, con la pensión causada.

Sin embargo, como suele ocurrir en Derecho de la Seguridad Social, nada es permanente, y las disposiciones normativas se han visto sometidas a criterios jurisprudenciales que resolvieran cuestiones poco pacíficas de las previsiones legales, así como 2 reformas normativas sobre su régimen jurídico. La primera, operada por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, y la segunda, mediante la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

Inicialmente eran las siguientes condiciones las exigidas para el acceso a la jubilación activa[22]:

- El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar una vez cumplida la edad que en cada caso resulte de aplicación, *ex.* art. 205.1.a) LGSS, sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado[23].
- El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 %.
- El trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial.

El apartado 2 del art. 214 LGSS, como línea general, ha seguido manteniendo que la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 % del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista[24]. En este sentido, la pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. No obstante, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 %.

En cuanto a las reformas que han incidido sobre la jubilación activa, el primer bloque de ellas ha sido a través de la disposición final 5.1 de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, al reformar en profundidad la situación del colectivo de personas trabajadoras por cuenta propia, estableció tres incisos bastante relevantes:

En primer lugar, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 %.

---

[22] En relación a la progresividad del incremento de la edad requerida, véase la Disposición transitoria vigésima de la LGSS hasta el año 2027

[23] Selma Penalva, A.: "Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo", *Aranzadi Social*, núm. 3, 2013. Para la autora debe descartarse el acceso a esta forma de compatibilidad por parte de otros sujetos respecto a los cuales se prevea una edad ordinaria de jubilación inferior a la prevista en el art. 205.1.a LGSS que realicen actividades penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres.

[24] La fecha en vigor del nuevo criterio fue del 26 octubre 2016 y retroactividad de 3 meses.

En segundo lugar, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 %, excepto en el supuesto de realización de trabajos por cuenta propia en los términos requeridos. En cualquier caso, ni antes, ni ahora, el pensionista tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo, aunque el art. 214.4 LGSS se encarga de remarcar que el beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos.

En tercer lugar, finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación. El restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia cuando no se dieran las circunstancias requeridas.

El otro bloque de reformas operado recientemente por el art. 1.9 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha venido a modificar dos aspectos sustanciales. Según el preámbulo de esta norma, "atendiendo a las consideraciones contenidas en la citada Recomendación 12 del Pacto de Toledo, referentes a la conveniencia de fomentar la permanencia de los trabajadores en activo a través de la adaptación y mejora de los incentivos sociales, fiscales y laborales existentes, así como a la valoración positiva que en la misma se realiza de la mejora del régimen de compatibilidad de la pensión con los ingresos provenientes de una actividad profesional, la reforma llevada a cabo por la presente norma se extiende a ambas situaciones".

En concreto, la Ley 21/2021 ha incidido sobre el art. 214.1.a) LGSS respecto al acceso a la pensión, pues desde la entrada en vigor de la norma, deberá haber tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación (de nuevo, sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado).

En segundo lugar, sobre la relación entre jubilación y contratos de trabajo, tanto del pensionista como de la empresa y sus decisiones extintivas, la Ley 21/2021 ha eliminado literalmente el requisito de las empresas en las que se compatibilice la prestación de servicios con el disfrute de la pensión de jubilación de no haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los 6 meses anteriores a la compatibilidad. A la empresa se le venía exigiendo el mantenimiento del nivel de empleo existente en la misma antes del inicio de la compatibilidad, durante la vigencia del contrato de trabajo del pensionista de jubilación[25].

Como señala el preámbulo de la Ley 21/2021, la reforma atiende "a las consideraciones contenidas en la citada Recomendación 12ª del Pacto de Toledo, referentes a la conveniencia de fomentar la permanencia de los trabajadores en activo a través de la adaptación y mejora de los incentivos sociales, fiscales y laborales existentes, así como a la valoración positiva que en la misma se realiza de la mejora del régimen de compatibilidad de la pensión con los ingresos provenientes de una actividad profesional".

En este sentido, durante el periodo de compatibilización, el art. 309 LGSS en redacción dada por la LPGE 2021, ha revisado las previsiones de cotización específicas. Sigue en vigor la obligación de cotización únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales,

[25] Como referencia el promedio diario de trabajadores de alta en la empresa en el periodo de los noventa días anteriores a la compatibilidad, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa la suma de los trabajadores que estuvieran en alta en la empresa en los noventa días inmediatamente anteriores a su inicio. No se considerarán incumplidas la obligaciones de mantenimiento del empleo anteriores cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

a la cual, hay que sumar, desde el 1 enero 2021 una cotización especial de solidaridad del 9 %[26], no computable para las prestaciones, que en los regímenes de trabajadores por cuenta ajena se distribuye entre empresario y trabajador[27].

En definitiva, la gran aportación de la jubilación activa ha sido inaugurar la compatibilidad sin cese del trabajador, ni la suspensión de la pensión sino una reducción de su cuantía, al tiempo que coexiste con otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo[28].

La relación entre jubilación activa con la jubilación flexible y la jubilación parcial es armoniosa[29]. Sobre la primera, permitiría ampliar el abanico de opciones para las personas beneficiarias en el hipotético supuesto de una persona jubilada al 100 % de su base reguladora que decida iniciar un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, puede optar a diversas reducciones de jornada distintas y cuantía. Sobre la segunda, puede convertirse en una alternativa (para seguir realizando una actividad por cuenta ajena) para quienes no alcancen los altos requisitos de la jubilación activa.

4. La contratación de una persona trabajadora por cuenta ajena como vía para un envejecimiento activo responsable socialmente

La reforma del trabajo autónomo del 2017 que permitió la compatibilización al 100 % de las pensiones de jubilación con la realización de actividades o trabajos por cuenta propia, siempre y cuando, se contratase a una persona trabajadora por cuenta ajena, ha dado lugar a situaciones discutidas y discutibles, pues el art. 214.2 LGSS no contiene mayores especificaciones al respecto, ni siquiera una remisión parcial, o cuanto menos impropia, a la figura del relevista del art. 12 ET. Entre las situaciones críticas pueden destacarse las siguientes:

En primer lugar, en una época en la que se busca el ahorro y la contención del gasto, puede cuestionarse si resulta contraproducente permitir una compatibilidad del total de la pensión, habida cuenta que se trata de pensiones de cuantía elevada, pues entre los requisitos de esta modalidad de se encuentra el presentar largas carreas de cotización.

En segundo lugar, el hecho de que se trate de una previsión que únicamente comporta para trabajos por cuenta propia, hace pensar si sería posible y deseable extenderlo a trabajos por cuenta ajen. De ser así, la atención pasaría a cómo pasarían a relacionarse entonces las modalidades de jubilación parcial o flexible.

En tercer lugar, sobre la parte contratada, nada establece la norma sobre el tipo de requisitos subjetivos u objetivos a cumplir por la persona contratada. Así, la persona trabajadora por cuenta ajena, puede serlo tanto a tiempo parcial como a tiempo completo, e incluso a través

[26] Con anterioridad era del 8 %.

[27] La cotización adicional también es aplicable para actividades encuadradas en el RETA.

[28] Uguina Mercader, J.R.: "¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad?: El RDL 5/2013 y el valor interpretativo del oficio de Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 octubre de 2013", *Revista de información laboral,* núm. 1, 2014, p. 249; Rodríguez Piñero, M. Valdés Dal-Re, F. y Casas Baamonde, M.E.: "La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2013, p. 10.

[29] Rodríguez Cardo, I.A.: "La compatibilidad de las pensiones de Seguridad Social con el trabajo", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2015, núm. 119, p. 186. Selma Penalva, A.: "Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo", *Aranzadi Social*, núm. 3, 2013. Incluso para la propia

de un contrato fijo discontinuo[30], un presupuesto sumamente importante habida cuenta de la importancia de esta figura tras el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

Siguiendo esta misma línea, más problemática se presenta la cuestión de la conexión entre la actividad inicial de la persona jubilada y la actividad a desarrollar por la persona jubilada. Dejando a un lado los paralelismo que se pudieran levantar sobre la jubilación parcial, hasta el Criterio de 27 de julio de 2018, cualquier tipo de contratación era válida, incluida la de personas empleadas de hogar. En cambio, a partir de dicho criterio, la entidad gestora comenzó a solicitar que fuera la contratación obedeciese al desempeño de un puesto de trabajo relacionado con la actividad que había dado lugar al alta en el RETA tras el reconocimiento de la jubilación activa como trabajador autónomo.

Este cambio de interpretación fue avalado por la doctrina judicial[31], al entender que el segundo párrafo del art. 214.2 LGSS únicamente se entiende cumplido si la persona trabajadora por cuenta ajena es contratada para la actividad a la que se dedica el pensionista, descartando, en consecuencia, que sea válida la contratación de un empleado de hogar[32].

Más en detalle, como recoge la STSJ Islas Baleares núm. 271/2021 de 14 julio (rec. 123/2021), en un principio, con fecha 22 de noviembre de 2017 se emitió por la Subdirección General de Ordenación Jurídica de la Seguridad Social, Dirección General de Ordenación, Secretaría de Estado, Nota Interior conteniendo criterio de interpretación del art. 214 LGSS, de acuerdo con la redacción dada por la Disposición Final 5ª de la Ley 6/2017. Esta acción administrativa tuvo que venir sortear la inacción legislativa[33].

En aquel entonces se entendió que "la contratación de al menos, a un trabajador por cuenta ajena, solo puede ser acreditado por el pensionista de jubilación que, actuando como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del RETA en virtud del apartado 1 del art. 305 LGSS , fijando que el contrato de trabajo por cuenta ajena cuya acreditación se exige, podrá ser celebrado a jornada completa o parcial, dado que el precepto legal no establece limitación alguna al respecto, pudiendo efectuarse la contratación del trabajador por cuenta ajena en cualquiera de las actividades realizadas por el trabajador autónomo, en el supuesto de que este realice simultáneamente dos o más actividades que den lugar a su inclusión en este Régimen Especial, dado que su alta en el mismo es única, entendiéndose cumplido este requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo que dé lugar a la inclusión del trabajador por cuenta ajena en el Sistema Especial de Empleados de Hogar".

---

[30] Según la Consulta INSS 14/2017 de 3 agosto 2017, la compatibilidad se produce durante la vigencia del contrato, con independencia de los periodos de actividad.

[31] SSTSJ Cataluña de 16 de julio de 2021, (rec.1706/2021), de 30 de junio de 2020 (rec. 275/2020), de 9 de julio de 2020, (rec. 1173/2020), de 13 de octubre 2020 (rec.1955/2020), de 23 de noviembre de 2020 (rec. 3019/2020); STSJ Cantabria, de 29 mayo 2020 (rec. 411/2020). STSJ Castilla y León-Burgos de 19 junio 2019 (rec. 347/2019); STSJ Islas Baleares de 11 mayo 2020, núm. 152 (rec. 7/2020); STSJ Aragón, núm. de 4 diciembre 2019, núm. 653 (rec. 588/2019); STSJ Navarra de 23 mayo 2019, núm. 175 (rec. 167/2019)

[32] La STSJ Madrid de 22 julio 2021, núm. 702 (rec. 392/2021) al no reconocer la compatibilidad al 100 %, obliga a la devolución de lo percibido indebidamente, señalando que la revisión de oficio de la Entidad Gestora no es la revisión del reconocimiento de un derecho, sino la revisión del porcentaje de la cuantía de la pensión inicial.

[33] Romero Rodenas, M.J.: "Luces y sombras de la pensión de jubilación activa y su compatibilidad con el trabajo: ¿jubilación y compatibilidad con el trabajo por cuenta propia de autónomo societario? A propósito de la STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019", *Revista de derecho de la seguridad Social*, núm. 22, 2020, p. 161.

Sin embargo, tras la revisión de este criterio en 2018, en cuanto a lo referente a empleados de hogar, se abogó que "únicamente se entenderá cumplido este último requisito, si el trabajador autónomo acredita la formalización como empleador de un contrato de trabajo para el desempeño de un puesto de trabajo relacionado con la actividad por la que haya dado lugar a su alta en el Sistema de Seguridad Social como trabajador autónomo".

De esta manera, se dota de mayor coherencia la interpretación del precepto, como así han apuntado distintas sentencias:

Para la STSJ de Navarra de 15 de octubre de 2019 "si la finalidad de la jubilación activa es favorecer el alargamiento de la vida activa, aprovechando en mayor medida los conocimientos y experiencia de los trabajadores mayores, reforzando la sostenibilidad del sistema" tales objetivos no se logran si se admite la interpretación a favor de dicha contratación.

Para la STSJ Cataluña núm. 5869/2021 de 15 noviembre (rec. 5189/2021) si bien es cierto que la exigencia de contratar a un trabajador por cuenta ajena "sin precisar más, deja abierta la posibilidad a que el trabajador contratado pueda ser un empleado de hogar y ello, sin duda, porque (…) al desarrollar el demandante su actividad por cuenta propia en su propio domicilio, es coherente contar con una colaboradora que le asista, tanto en la limpieza del lugar destinado al trabajo, como a la atención del teléfono o la recepción de clientes, cuando sea necesario, así como a ocuparse de las tareas del hogar, descargando de las mismas al autónomo para que pueda dedicarse a su trabajo, no puede llevarse al extremo dicha interpretación". Para dar respuesta a esa nueva pregunta se emplea en la STSJ de Madrid 31 de enero de 2020 (rec. 804/2019)"

Para el juzgador de la sala de lo social de Madrid "cualquier otra interpretación acerca de cuál fue la *voluntas legislatoris* al establecer esta excepción a la regla general de compatibilidad entre el 50 % de la pensión de jubilación -modalidad activa -, de un lado, y la prestación de servicios como trabajador autónomo, de otro, conduciría a situaciones ciertamente absurdas (...) si el recurrente precisa el concurso de un Empleado o Empleada de hogar para atender las tareas domésticas de su domicilio e, incluso, del despacho que pudiese haber instalado en él, la actualización de esta necesidad habría supuesto en todo caso la contratación de un trabajador o trabajadora para llevar a cabo tales menesteres, más esto no incide en la actividad económica que dio lugar a su alta fiscal y, a su vez, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de constante cita, que, precisamente, es la que le autoriza a compatibilizar la pensión de jubilación activa con el trabajo por cuenta propia".

En síntesis, la STSJ de Madrid 31 de enero de 2020 (rec. 804/2019) concluye que "cualquier otra exégesis del precepto legal discutido llevaría (afirma la Sala de Madrid apartándose del criterio sustentado en su sentencia de 19 de diciembre de 2019) a situaciones que mal pudo querer el Legislador. No se trata simplemente de contratar a un trabajador por cuenta ajena, lo que, haciendo abstracción de que se encuentre en activo o esté jubilado, es obligado cuando concurran los presupuestos para ello".

En cuarto lugar, sobre la parte contratante, el colectivo de trabajadores por cuenta propia es muy amplio, por lo que cabe cuestionarse si el art. 214.2. 2º párrafo hace referencia a la totalidad del art. 305 LGSS. La respuesta debe ser negativa. Según el Criterio INSS de 23 noviembre 2017, núm. 26/2017 solo cabe la compatibilidad al 100 % cuando se trate de personas físicas incluidas como tales en el RETA o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, de tal manera, que se excluye a las personas en alguna de las situaciones contempladas en art. 305.2. b) a e) LGSS:

— Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad

de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella

- Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias a los que se refiere el artículo 1.2.a) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.
- Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común, a los que se refiere el artículo 1.2.b) de la Ley 20/2007, de 11 de julio.
- Los socios trabajadores de las sociedades laborales cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivan alcance, al menos, el 50 por ciento, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares.
- A ellos habrá de sumarse a los familiares colaboradores, a pesar de ser personas físicas[34].

En relación con las personas trabajadoras autónomas que ocupan cargos de consejeros o administradores de una sociedad capitalista, la STS de 23 julio 2021, núm. 846 (rec. 1515/2020) ha declarado que el colectivo de autónomos societarios carece del derecho a percibir el 100 % de la jubilación activa, poniendo fin a una cuestión nada pacífica[35]. Para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la razón radica en la diferencias en el grado de responsabilidad patrimonial que existen entre el autónomo societario y el autónomo persona física, sin ir más lejos, reconocida por el propio Estatuto del Trabajo Autónomo y su preámbulo.

Mientras las personas trabajadoras por cuenta propia al responder de sus deudas y deudas salariales con los trabajadores contratados y las cotizaciones a la Seguridad Social, con todos sus bienes presentes y futuros, *ex.* art. 1911 del Código Civil, adquieren con carácter personal el riesgo y ventura de la actividad empresarial. En cambio, para el consejero o administrador de una sociedad mercantil para existe una limitación de la responsabilidad societaria, que excluye el patrimonio personal, pues la responsabilidad en la contratación de personas trabajadoras por cuenta ajena es adquirida por la sociedad y no personalmente por la persona, ya que esta no responderá de las deudas salariales y obras obligaciones de Seguridad Social.

De esta manera, para los primeros, la prolongación de la vida activa comporta un riesgo empresarial personal que conlleva que la contratación de una persona trabajadora por cuenta ajena permita una compatibilidad absoluta, a diferencia de los segundos, que salvo que desarrollen una cuenta propia actuando como persona física, no podrán disfrutar de tal grado de compatibilidad

La STS de 23 julio 2021 apila en dos grandes argumentos el hecho de que los autónomos societarios no cobren el 100 % de la pensión de jubilación:

Desde un punto de visa hermenéutico, casa mejor con el espíritu de la Ley 6/2017, plasmada en su Preámbulo, pues la jubilación de este colectivo no incide directamente en el mantenimiento

[34] El Criterio INSS núm. 7/2018 declaró que la compatibilidad del 100 % de la pensión cuando la contratación no se acredita realizada por la entidad con personalidad jurídica sino por el propio trabajador autónomo, comprendido entre alguno de los supuestos anteriores, actuando como empresario

[35] SSTS de 23 de julio de 2021 (rec.2956/2019, rec. 4416/2019; rec. 1328/2020; rec.1459/2020; rec. 1515/2020; rec. 1702/2020) y STS de 21 de septiembre de 2021 (rec. 1539/2020).

de empleo o en su creación, lo que significa que la contratación de un trabajador por la sociedad no constituye, en el caso de los autónomos societarios, una medida de fomento de empleo[36].

Desde un punto de vista legal, en tanto que solamente puede ser acreditado por el pensionista de jubilación que, actuando como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del RETA en virtud de lo establecido en el art. 305.1º del TRLGSS ya que solamente en estos casos ocurre que el trabajador por cuenta ajena es contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación[37].

Recuerda la STS de 23 julio 2021, núm. 846 (rec. 1515/2020), que no puede invocarse el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución entre los autónomos societarios y los autónomos que no han constituido una sociedad porque no son términos de comparación homogéneos. Ni la jubilación del actor, que es autónomo societario, afecta al empleo; ni ostenta la condición de empleador, que tiene la mercantil; ni responde con su patrimonio personal de las deudas salariales y de Seguridad Social derivadas de los trabajadores contratados por la empresa; a diferencia de lo que sucede con los autónomos que desarrollan su actividad actuando como persona física.

De esta manera, puede verse que las recomendaciones (internacionales, europeas y nacionales) que instan a posibilitar que las personas perceptoras de jubilación puedan continuar con una actividad profesional "son meras recomendaciones o invitaciones que no permiten eludir la normativa vigente en la actualidad, la cual impide que los trabajadores autónomos que ocupan cargos de consejeros o administradores de una sociedad capitalista puedan continuar desempeñando dicha actividad en iguales términos antes y después de su jubilación, sin efectuar ellos mismos contratación alguna por cuenta ajena, ni aplicar ninguna otra fórmula de fomento de empleo, y percibir el 100 % de su pensión de jubilación activa".

Así pues, en tanto que la normativa actual y sus recientes actualizaciones en la Ley 21/2021 no contemplan nada en sentido contrario, ha de atenerse a dicha doctrina.

Igualmente, para las contrataciones realizadas a través de comunidades de bienes, la jurisprudencia reciente ha optado por negar la compatibilidad máxima, y permitir únicamente la compatibilidad al 50 %. Las STS de 8 febrero 2022, núm. 3087, (rec. 119/2022) descarta la solución aportada por la sentencia recurrida[38], la cual equiparaba la contratación directa con la contratación a través de una comunidad de bienes.

Para esta sentencia, aunque el artículo 305.1 LGSS define al trabajador autónomo que actúa laboralmente como persona física y en el apartado 2 de dicho precepto se recogen otras actividades que llevan al encuadramiento en el RETA, incluyendo en el apartado d) a los comuneros de las comunidades de bienes. No obstante, "esta Sala entiende que debe rechazarse el recurso en este caso concreto en el que la actora es miembro de una comunidad de bienes, dado que ésta, a diferencia de otras modalidades de sociedad civil o mercantil, no tienen personalidad jurídica distinta a la de los comuneros y no limitan la responsabilidad societaria a su patrimonio, sino que la responsabilidad económica y laboral que pudiera imputarse a las comunidades de bienes alcanza a las personas físicas de los comuneros, lo que obliga a que los componentes de dichas".

[36] Ballester Pastor, I.: "El autónomo societario encuadrado en el RETA que compatibilice trabajo y pensión de jubilación no puede ser beneficiario de la jubilación activa con un porcentaje del 100 %", Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 8, 2021, p. 7.

[37] Ballester Pastor, I.: El autónomo societario…*Op. Cit.* p. 7 en relación con la STSJ de la Comunidad valenciana (Sala de lo Social) de 4 de marzo de 2021.

[38] En contra de la compatibilidad STSJ Murcia de 16 de junio de 2020 (rec. 677/2019). A favor de la compatibilidad STSJ Madrid de 19 diciembre 2019, núm. 1004 (rec. 577/2019).

En este caso, la actora cumple el primer requisito ya que realiza una actividad por cuenta propia -es autónoma farmacéutica-pero no cumple el segundo ya que no tiene contratado a ningún trabajador por cuenta ajena. Los trabajadores figuran contratados por la comunidad de bienes de la que la actora forma parte junto con otro u otros comuneros, pero no por la actora, en relación con el art. 1.2 ET.

Así pues, la propia sentencia, incluso lejos de soslayar la cuestión sobre la que se reflexiona en esta obra, el Pacto de Toledo, entra de lleno en él, pues el objetivo de esta figura es la promoción del envejecimiento activo recogida en la Recomendación 25 de enero de 2011 de la Comisión de Seguimiento del Pacto de Toledo y asegurar que, el acceso a la compatibilidad del 100 % de la pensión de jubilación garantice la contratación de, al menos, un trabajador por cuenta ajena o, en su defecto, el mantenimiento de uno de los contratos existentes.

5. Conclusiones

A raíz del informe del Pacto de Toledo de 2020, como indica la Ley 21/2021, se hace necesario la adopción de medidas para preservar el equilibrio y la equidad entre generaciones, dada la dimensión intergeneracional del sistema de pensiones y la carga excepcional que para su equilibrio va a suponer la jubilación de la llamada generación del *baby boom.*

Una de estas medidas es la compatibilidad entre trabajo y pensión, en tanto que atañe a los equilibrios de población activa y pasiva, o, dicho de otro modo, las partidas de ingresos y gastos del sistema. La recomendación 12 del Pacto de Toledo que, en el marco de un modelo de jubilación flexible, prioriza el reforzamiento de los instrumentos de incentivo y desincentivo, cuestión que se ha trasladado también a la jubilación activa, exigiendo como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Esta impronta del Pacto de Toledo se deja notar en la STS de 8 febrero 2022, núm. 3087 que deniega el acceso a la compatibilidad al 100 % de la pensión de jubilación cuando la contratación se produzca mediante una comunidad de bienes. Se entiende que al negar dicho acceso se salvaguarda y equilibra el esfuerzo de la sociedad para posibilitar efectivamente la jubilación activa con una compatibilidad del 100 % de la pensión de jubilación, siempre que la actividad del jubilado activo sea por cuenta propia y, que su jubilación asegure, al menos, la contratación de un trabajador por cuenta ajena o, en su defecto, el mantenimiento de un contrato de trabajo ya existente, cuyos costes corren exclusivamente por parte del jubilado, quien contribuye, con la prolongación de su vida activa, a paliar el grave problema de desempleo existente en nuestro país, así como a generar riqueza productiva.

Ahora bien, por loable que pudiera parecer el objetivo de contener el gasto en pensiones y concordar con lo dispuesto en el Informe del Pacto de Toledo de 2021, no deben pasarse por alto el resto de las disposiciones normativas. En este caso, no debe pasarse por alto que la falta de personalidad jurídica de la comunidad de bienes no comporta la exoneración de cualquier otro tipo de obligaciones. Los comuneros que conforman la comunidades de bienes responden frente a terceros de manera ilimitada con todos sus bienes, presentes y futuros, lo cual los coloca en igualdad de condiciones a si la contratación hubiera sido realizada directamente como personas físicas. De esta manera, a igual responsabilidad, igual cotización y prestación.

Compatibilidad de pensión de jubilación y derechos de propiedad intelectual: jubilados y escritores de libros

Raquel Yolanda Quintanilla Navarro
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción

La presente comunicación analiza la evolución normativa reguladora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con los derechos de propiedad intelectual percibidos por los profesionales que realizan creaciones artísticas, en concreto, los escritores de libros.

En este sentido, la relevancia de la labor social que llevan a cabo los creadores, como es el caso de los escritores de libros, que se acrecienta con la edad y experiencia, contrasta con su frecuente necesidad de compaginar esa labor con un trabajo que les permita sustentarse mientras consiguen el éxito de ventas. Para cuando ese éxito llega, los creadores artísticos pueden haber alcanzado la edad de jubilación.

En la presente comunicación se toma como punto de partida la regulación del régimen especial de protección social de los escritores de libros para, haciendo referencia obligada a las políticas sobre envejecimiento activo en la Unión Europea, realizar el recorrido histórico-legislativo que dichas políticas europeas han propiciado de cara a la regulación en nuestro Ordenamiento jurídico interno de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y la prestación de trabajos por cuenta ajena o por cuenta propia para el colectivo mencionado.

En este tema se ha experimentado una notable evolución legislativa, desde el originario Régimen Especial de los escritores de libros, aprobado mediante el Decreto 3262/1970, de 29 de octubre, por el que se establece y regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Escritores de Libros, y hasta nuestros días, con el RD 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, pasando por el hito que supone al respecto la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y su desarrollo mediante Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

Esta regulación se ha visto alterada también por la nueva redacción del artículo 214 del TRLGSS 2015, en virtud de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

Asimismo, ha sido afectada por el Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo.

2. Decreto 3262/1970, de 29 de octubre, por el que se establece y regula el régimen de la Seguridad Social de los escritores de libros[1]

En virtud del Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social[2], se estableció el Régimen General de la Seguridad Social, como núcleo básico de cobertura del sistema de protección social. Junto al Régimen General, los regímenes especiales se proyectaban sobre determinados colectivos de profesionales o trabajadores específicos (art. 10.2 Decreto 907/1966), en atención a sus peculiares condiciones de tiempo y lugar de trabajo o por el tipo de proceso productivo que llevasen a cabo.

Por otro lado, se habilitaba al Ministerio de Trabajo, para el establecimiento de otros regímenes especiales distintos de los que estaban enumerados en dicho texto normativo (art. 10.3 Decreto 907/1966). De conformidad con la habilitación prevista, se aprobó el Decreto 3262/1970, de 29 de octubre, por el que se establecía y regulaba el Régimen Especial de Escritores de libros, lo que se justificaba por la relevante función que los escritores de libros cumplen en la sociedad.

El ámbito subjetivo de aplicación del Decreto 3262/1970 regulador del Régimen Especial de escritores de libros, previsto en su art. 2. 1, incluía a "los escritores profesionales de libros publicados por cuenta ajena, de nacionalidad española, cualquiera que sea su sexo y estado civil, que residan y ejerzan normalmente su actividad en territorio nacional y se encuentren incorporados a alguna de las entidades asociativas profesionales que se indican en el art. 3 del decreto"[3] (art. 2.1 Decreto 3262/1970).

El escritor protegido por dicho régimen especial había de ser un escritor profesional. El propio Decreto definía la profesionalidad del escritor, como aquella determinada "por la publicación por cuenta ajena y en ediciones comerciales españolas de cinco libros distintos o alternativamente, que haya percibido de una o más empresas editoriales españolas, en concepto de liquidación de

[1] BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1970.

[2] BOE núm. 96, de 22 de abril de 1966.

[3] En concreto, la Agrupación Sindical de Escritores, la Sociedad General de Autores de España, la Asociación Colegial de Escritores, la Asociación de Escritores y Artistas.

derechos de autor, o en el de premio, una suma no inferior a 150.000 pesetas". La profesionalidad del escritor era una cualidad variable para su calificación como tal, en el sentido de que se acreditaba siempre y cuando, durante un período ininterrumpido de cinco años, el escritor hubiese publicado al menos dos libros distintos o alternativamente, hubiese percibido de una o más empresas editoriales, en concepto de liquidación de derechos de autor o en el de premio, una suma de 100.000 pesetas como mínimo. De este modo, quedaban amparados dentro del ámbito subjetivo de protección del Régimen Especial mencionado los escritores habituales, que pudiesen acreditar que subsistían gracias a los ingresos obtenidos por las ventas de sus libros.

Con posterioridad, se aprobó el Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integraban en el Régimen General los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas, al mismo tiempo que se procedió a la integración del Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. De este modo, el único régimen especial que no fue incorporado al Régimen General de la Seguridad Social fue el relativo a los escritores de libros, pasando a incorporarlo al RETA[4]. Por tanto, los escritores profesionales, por su habitualidad acreditada, quedaban incluidos en el RETA.

Las normas reguladoras del ámbito subjetivo de aplicación del régimen especial de escritores de libros (arts. 2 y 3) se mantienen vigentes, en virtud del RD 2621/1986 en su Disp. Final 1ª.3, que establece que "las disposiciones sobre ámbito de aplicación contenidas en las normas derogadas conservarán plena eficacia en orden a determinar la nueva extensión de las correspondientes a los Regímenes General y Especial de Trabajadores Autónomos como consecuencia de la integración en ellos de los Regímenes desaparecidos o de la inclusión de nuevas categorías y grupos profesionales"[5].

Aquellos escritores que combinaban su labor creadora con la realización de trabajos por cuenta ajena o propia distintos de aquélla y por los que cotizaban hasta poder acceder, en su momento, a la pensión de jubilación, no presentaban dificultades para percibir esta última, puesto que resultaba jurídicamente compatible la percepción de dicha pensión con los derechos de autor y con actividades artísticas remuneradas, con la condición de que no precisasen darse de alta en la Seguridad Social.

El panorama jurídico se modifica con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social[6], y su desarrollo mediante Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

[4] Como se ha referido en Quintanilla Navarro, R.Y.: "La incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo de los escritores de libros", *NREDT* nº 188, 2016, pp. 79-101, "Hubiese sido más razonable desde el punto de vista jurídico que, ante la duda sobre integrarlos en el Régimen General de la Seguridad Social o en el RETA, se les hubiese incorporado en uno de ellos, pero conservando las particularidades y excepciones respecto de dichos Regímenes, previstas en el extinto Decreto 3262/1970, para que no se perdiese la coherencia ni la cohesión jurídica entre la norma que se les aplica a partir de su integración, y las peculiaridades de los sujetos afectados por dicha norma jurídica".

[5] Una posición crítica sobre la eficacia real de estas normas en la actualidad, en Aradilla Marqués, M.J.: "Jubilación, Trabajo y Escritores de Libros. La compatibilidad entre pensión y trabajo: una reforma pendiente", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales* nº 9, octubre 2017, pp. 914.

[6] Un estudio completo sobre dicha norma legal, en VV.AA. (A.V. Sempere y F.J. Fernández Orrico, Dirs.): *Reforma y Modernización de la Seguridad Social, Análisis de la Ley 27/2011*, Aranzadi, Navarra, 2012.

3. Las políticas de envejecimiento activo en el ámbito de la Unión Europea

La Organización Mundial de la Salud define el envejecimiento activo[7] como el proceso en el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen[8].

Hasta no hace mucho tiempo, resultaba frecuente que las personas mayores fueran expulsadas del mercado laboral, reduciendo su vida profesional por razón del cumplimiento de una edad fijada en virtud de convenio colectivo, o por medio de jubilaciones anticipadas. Esta tendencia ha dado paso a otra en la que se tratan de garantizar los derechos laborales de las personas mayores, con especial atención a la no discriminación por razón de la edad. Al mismo tiempo, se promueve la formación permanente, y se garantiza el envejecimiento activo. Todo ello en aras del respeto a su dignidad y a su participación en la vida social y cultural, con las que alejar el riesgo de exclusión social de este colectivo vulnerable.

La importancia creciente que están adquiriendo en el ámbito de la Unión Europea el desafío del envejecimiento y la sostenibilidad de los sistemas de protección social, se pone de manifiesto en una serie de normas garantizadoras del incremento de la edad de jubilación, la prolongación de la vida activa y el incremento de la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad.

En este sentido, encontramos desde la Directiva 2000/78/CE, de 7 de noviembre, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (arts. 2.2 y 6)[9] y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 21 y 25)[10], hasta un avance mayor en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 18 de marzo de 2002, relativa a la respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial, presentada en la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento (Madrid, 8-12 abril 2002), titulada "Promover el progreso económico y social en un mundo en proceso de envejecimiento (COM 2002, 143 final)[11]. En este último documento europeo se aportan ideas relativas a la incentivación de la progresiva elevación de la edad de jubilación voluntaria, mediante una jubilación gradual y flexible, al tiempo que se estimula la participación activa de los mayores en la vida social, política y cultural.

Asimismo, destacamos la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de noviembre de 2010, titulada "Retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones"[12], en la que se pide que el envejecimiento activo se convierta en una de las prioridades de los Estados miembros en los

[7] El concepto de envejecimiento activo fue utilizado por primera vez por Havighurst , quien en 1961 lo definió en términos de felicidad y satisfacción vital. Según este autor, el envejecimiento activo se puede entender como una adhesión continua a las actividades y a las actitudes de las personas de mediana edad, como alternativa a la sustitución de los roles que se han perdido debido a la edad, a fin de mantener un sentido positivo de uno mismo. El autor citado tiene en consideración las diferentes connotaciones individuales, haciendo referencia al sentimiento interno de felicidad y a la satisfacción vital presente y pasada. *Vid*. Havighurst, R.J.: "Successful aging". Revista *The Gerontologist*, 1 (1961), pp. 8-13. Un estudio centrado en este concepto, en Petrettoa, D.R., Pilib, R., Gavianoa, L., Matos Lópeza, C., Zuddas, C.: "Envejecimiento activo y de éxito o saludable: una breve historia de modelos conceptuales", *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, Vol. 51. Núm. 4, pp. 229-241 (Julio - Agosto 2016).

[8] World Health Organization. Health and ageing: a discussion paper. World Health Organization, (2002).
World Health Organization. Global health and aging. World Health Organization, (2012).

[9] DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

[10] DOUE núm. 2010/C 83/02, de 30 de marzo de 2010.

[11] https://ec.europa.eu/employment_social/social_situation/docs/com2002_0143_en.pdf

[12] Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de noviembre de 2010, sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones (2010/2027(INI)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2010-0400_ES.pdf

años siguientes. La Decisión 2010/707/UE, del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros[13], por su parte, insta a que los Estados miembros incrementen la empleabilidad de los trabajadores de edad avanzada mediante el aprendizaje permanente y las políticas de inclusión activa, así como potenciar los sistemas de protección social.

Dentro de la Estrategia Europea para el Empleo, destaca[14] la Decisión Nº 940/2011/UE del Parlamento y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012)[15]. Los objetivos de este último son los siguientes:

- Sensibilizar a la sociedad en general sobre el valor del envejecimiento activo y sus distintas dimensiones.
- Estimular el debate y el intercambio de información, y desarrollar el aprendizaje mutuo entre todos los sujetos implicados.
- Ofrecer un marco para asumir compromisos y realizar acciones concretas que permitan impulsar el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones.
- Promover actividades que sirvan para luchar contra la discriminación por razón de la edad, superar los estereotipos relacionados con la edad y eliminar barreras, en particular por lo que respecta a la empleabilidad positiva de las personas mayores (art. 2 Decisión Nº 940/2011/UE).

Sin perjuicio de estas importantes iniciativas comunitarias, se trata de medidas políticas de orientación y coordinación de los esfuerzos de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros para afrontar el reto del envejecimiento y su impacto sobre los sistemas de protección social.

4. Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social

Uno de los primeros avances destacables en nuestro país en línea con los planteamientos de la Unión Europea en materia de envejecimiento activo y sostenibilidad del sistema de pensiones, es el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, suscrito en fecha 2 de febrero de 2011 entre el Gobierno y los interlocutores sociales, y las orientaciones contenidas en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011.

[13] DOUE 2010/707/UE, de 24 de noviembre de 2010.

[14] No dejamos, sin embargo, de mencionar el Consejo Europeo de Gotemburgo, de fechas 15 y 16 de junio de 2001, en el que se aporta la propuesta de dar un enfoque global de cara a afrontar el reto del envejecimiento de la sociedad europea, así como el Consejo Europeo de Barcelona, los días 15 y 16 de marzo de 2002, destacando la relevancia de llevar a cabo reformas de los sistemas de pensiones de los Estados miembros para favorecer una jubilación gradual y flexible.
Otras aportaciones a la política europea sobre envejecimiento activo son la Comunicación de la Comisión, Libro Verde "Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones", de 2005; la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 29 de abril de 2009 "Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión (Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico) y la Comunicación "Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", de 3 de marzo de 2010. Para un análisis profundo de todos los textos comunitarios mencionados, nos remitimos a Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2020.

[15] Decisión Nº 940/2011/UE. DOUE» núm. 246, de 23 de septiembre de 2011.

Parte de sus planteamientos se plasmaron en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social[16], que se completó con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, que aprobó la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más), por la que se establece el marco general de las políticas que se dirijan a favorecer el empleo de las personas de más edad.

La Ley 27/2011 mencionada, y su desarrollo mediante Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo[17], suponen un cambio relevante respecto de la regulación previa en este tema.

En efecto, la Disposición adicional 31ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, introdujo un apartado nuevo, el 4º, en el art. 165 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En ese nuevo apartado se estableció que el percibo de la pensión de jubilación sería compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superasen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Quienes realizasen estas actividades económicas no estarían obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social. La percepción de la pensión de jubilación era incompatible con la realización de cualquier actividad cuyos ingresos superasen el salario mínimo interprofesional en cómputo anual.

5. La pensión de jubilación y su compatibilidad con la realización de un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia

La vigente regulación legal en el tema de compatibilidad entre la pensión de jubilación y la realización de un trabajo viene recogida en los arts. 213 y 214 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS 2015)[18].

El punto de partida es la pensión de jubilación regulada en el art. 204 y siguientes del TRLGSS 2015, que consiste en una prestación en forma de pensión, única, con carácter vitalicio, ante una determinada edad cumplida y a causa del cese en el trabajo.

La percepción de la pensión de jubilación es incompatible con la realización de un trabajo, por cuenta ajena o por cuenta propia, regla de incompatibilidad prevista en el art. 213.1 TRLGSS 2015, donde se matiza que esta regla general será aplicable "con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen".

Los arts. 213-214 TRLGSS 2015 regulan el disfrute de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, con la compatibilidad de la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, a tiempo completo o a tiempo parcial. En concreto, el art. 213.4 TRLGSS 2015 establece que "El percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social".

Sensu contrario, la percepción de la pensión de jubilación era incompatible con la realización de cualquier actividad cuyos ingresos superasen el salario mínimo interprofesional en cómputo

[16] Un estudio completo sobre dicha norma legal, en VV.AA.: *Reforma y Modernización de la Seguridad Social, Análisis de la Ley 27/2011* (Sempere Navarro. A.V. y Fernández Orrico, F.J., Dirs.), Navarra, Aranzadi, 2012.

[17] BOE núm. 65, de 16/03/2013.

[18] BOE núm. 261, de 31/10/2015.

anual, regla que en la práctica impactó negativamente sobre el colectivo de jubilados escritores de libros, en la medida en que, tras la entrada en vigor del TRLGSS 2015, se reclamaron cuotas de Seguridad Social del RETA a todos aquellos escritores que con esa actividad creativa, aunque fuese una segunda actividad, obtuvieran liquidaciones anuales por encima del salario mínimo interprofesional.

No obstante, el artículo 214 de la LGSS ha sido modificado en virtud de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, como veremos más adelante.

6. Real Decreto-Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía[19]

El legislador, sensible a las reivindicaciones del colectivo de escritores de libros, adoptó el Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía.

En su Disposición final segunda titulada "Compatibilidad de la pensión de jubilación y la actividad de creación artística", el Real Decreto-ley mencionado indicaba que el Gobierno disponía de un plazo máximo de 6 meses desde la publicación del Real Decreto-ley 26/2018, para aprobar una norma reglamentaria que, en desarrollo del artículo 213 TRLGSS 2015, regulase la compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividades de aquellos profesionales dedicados a la creación artística que percibiesen por esa actividad derechos de propiedad intelectual.

7. Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística[20]

A continuación, se publicó el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, en desarrollo de esa disposición final segunda del Real Decreto-ley 26/2018 citado.

El ámbito personal de aplicación del Decreto 302/2019, está previsto en el art. 2, en sentido positivo y negativo. En el primer sentido, se afirma que afecta, en concreto, a los beneficiarios de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social que, con posterioridad a la fecha de reconocimiento de dicha pensión, desempeñen una actividad de creación artística por la que perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual, incluidos los generados por su transmisión a terceros, con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas.

En sentido negativo, quedan fuera del ámbito personal de aplicación del citado Decreto y su régimen de compatibilidad, "el beneficiario de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social que, además de desarrollar la actividad a la que se refiere el párrafo anterior, realice cualquier otro trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social".

Una vez determinados los beneficiarios de este régimen de compatibilidad, el art. 3.1 Decreto 302/2019 establece que la actividad de creación artística será compatible con el 100 por ciento del

[19] BOE núm. 314, de 29/12/2018.

[20] BOE núm. 102, de 29/04/2019.

importe que corresponda percibir o, en su caso, viniera percibiendo el beneficiario por la pensión contributiva de jubilación. Se añade que el beneficiario tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con la actividad de creación artística, siempre que reúna los requisitos establecidos para ello; y que el beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos (arts. 3.2 y 3.3 Decreto 302/2019). Ese reconocimiento de compatibilidad lleva aparejada una cotización de solidaridad del 8 por ciento, que, en caso de tratarse de trabajadores por cuenta ajena, será a cargo del empresario el 6 por ciento y del trabajador el 2 por ciento (art. 6 RD 302/2019).

Sin duda, el RD 203/2019 ha supuesto una excelente noticia para los escritores de libros en concreto, y, para la actividad creativa en nuestro país, en general, impulsándola y poniéndola al nivel de las legislaciones europeas al respecto.

De este modo, se protege la actividad creativa de los escritores de libros. En la propia Exposición de Motivos del RD 302/2019, se pone de manifiesto la relevancia de la actividad artística y creativa, "sin que una sociedad moderna pueda prescindir del capital intelectual que aportan creadores y artistas, particularmente en su etapa de madurez, cuando la experiencia acumulada puede favorecer la producción de obras o actuaciones más completas; debiendo destacarse que la actividad creativa constituye una aportación personal, única e irrepetible, al imaginario cultural, de la cual se beneficia el conjunto de la sociedad". En este sentido, la finalidad de esta norma reglamentaria es "evitar que el creador deba elegir entre percibir su pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social o continuar con su actividad de creación artística".

8. Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones

El artículo 214 de la LGSS ha sido recientemente modificado en virtud de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

De la nueva redacción del art. 214 LGSS, destacan los siguientes aspectos:

1. El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación que resulte de aplicación en cada caso, en virtud del art. 205.1.a) LGSS[21].

2. Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena -a tiempo completo o a tiempo parcial- o por cuenta propia, en los distintos regímenes del sistema de la Seguridad Social[22], compatibilidad que atenderá a lo dispuesto en los arts. 213 y 214 de la LGSS[23].

3. Para determinar la cuantía de la pensión causada, el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora ha de alcanzar el 100 %.

4. La cuantía será equivalente al 50 % del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo,

[21] A tales efectos, no se admiten jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.

[22] Excepto al Régimen de Clases Pasivas del Estado.

[23] *Vid.* Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G.: *La Pensión de Jubilación*, Ed. Laborum, Murcia, 2020, pp. 62 y ss.

excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista.

5. La pensión se revalorizará en su integridad en los términos previstos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. Pero, mientras esté llevando a cabo el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 %.

6. El pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo.

7. El beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos.

8. Finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación. Igual restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia cuando no se dieran las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del apartado 2 (esto es, si no se cumple la circunstancia de que la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena[24]).

9. La regulación contenida en este artículo se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente. En este punto, entra en juego el RD 302/2019 de creación artística, ya analizado.

10. Durante la realización de un trabajo por cuenta ajena compatible con la pensión de jubilación, en los términos establecidos en el art. 214 de la LGSS, los empresarios y los trabajadores cotizarán al Régimen General únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, según la normativa reguladora de dicho régimen, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 9 por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que se distribuirá entre ellos, corriendo a cargo del empresario el 7 por ciento y del trabajador el 2 por ciento (art. 153 de la LGSS en redacción aportada por D.F. 38.ª de la LPGE 2021).

9. Real Decreto-Ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo[25]

Aún más cercano en el tiempo, en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el componente 24 («Revalorización de la industria cultural») y la reforma 1, relativa precisamente al desarrollo del Estatuto del Artista, vuelven a hacer hincapié en que el sector adolece de una serie de características estructurales que le han impedido desarrollar todo su potencial, además de haberse visto muy afectado por la pandemia. Asimismo, se señala la necesidad de adecuar el régimen regulatorio a la realidad actual para que su actividad creadora y artística pueda ser desarrollada adecuadamente, en atención a la diversidad y peculiaridad que presenta el colectivo al que se dirige.

Como recuerda la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas

[24] Contenido incorporado en virtud de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.

[25] BOE núm. 70, de 23/03/2022.

a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, "Para dar cumplimiento a las recomendaciones del informe de la Subcomisión para la Elaboración del Estatuto del Artista, y dotar a este colectivo de un marco jurídico estable adaptado a las particularidades del desempeño artístico con el objetivo de contribuir a impulsar la transformación y a incrementar la resiliencia de las personas trabajadoras en el sector cultural, mediante el Real Decreto 639/2021, de 27 de julio, se creó y reguló la Comisión Interministerial para el desarrollo del Estatuto del Artista, como órgano colegiado, con participación de todos los departamentos con competencias en la materia, a fin de lograr el impulso y coordinación de las actuaciones precisas para satisfacer las peticiones parlamentarias".

Por otra parte, en el Real Decreto-ley 5/2022, se prevén ciertas medidas en materia de Seguridad Social. En primer lugar, se prevé el desarrollo normativo de un tratamiento singular a efectos de cotización para los artistas (desempeño de la actividad artística por los colectivos afectados -entre ellos, actores, escritores, cineastas, compositores, bailarines, etc.-) con ingresos anuales inferiores a 3.000 euros, con la idea de reforzar la protección social de este colectivo, acomodando estas medidas a las peculiaridades del sector.

En este sentido, en la Disp. Adic. 1ª Real Decreto-ley 5/2022 se contempla la adaptación reglamentaria de la cotización en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. En la Disp. Adic. 1ª se establece la aplicación de una cotización reducida en los términos que se fijen en la norma correspondiente, y de acuerdo con la disposición adicional segunda del mencionado Real Decreto-ley 5/2022, a los artistas con rendimientos anuales inferiores a 3.000 euros que se encuentren dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. A este respecto, la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo estableció en 2020 que la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones exige que, de manera gradual, y acomodándose a la gran variedad de situaciones del colectivo, se promuevan, en el marco del diálogo social, medidas para aproximar las bases de cotización de los trabajadores autónomos a sus ingresos reales, de manera que no se vean perjudicados los elementales principios de contributividad y de solidaridad en los que se fundamenta el sistema. Este nuevo sistema ha de repercutir en la mejora del grado de suficiencia de sus prestaciones futuras, si tenemos en cuenta que se trata de un colectivo con bajas cotizaciones, lo que conlleva pensiones reducidas.

Asimismo, el Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia prevé la puesta en marcha, de manera gradual, de un nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos basado en los rendimientos por la actividad económica desempeñada de acuerdo con la información fiscal facilitada por las autoridades tributarias.

10. Últimas novedades

Con posterioridad al Real Decreto-ley 5/2022, en la página web del Ministerio de Cultura y Deporte se ha anunciado[26] lo siguiente:

— Se dispone de un borrador de texto normativo que recoge el acuerdo alcanzado con el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para actualizar y completar la normativa de 2019 que regula la compatibilidad de las pensiones de jubilación con el ejercicio de la actividad artística y la percepción de derechos de propiedad intelectual.

[26] https://www.culturaydeporte.gob.es/actualidad/2022/06/220624-estatuto-artista.html

— Fruto de los trabajos de la Comisión Interministerial del Estatuto del Artista, antes de fin de año se publicará la norma que también extiende la compatibilidad a los perceptores de pensiones no contributivas con un tope máximo, alcanzando la medida a los sectores más vulnerables.

11. Bibliografía y webgrafía

Alonso Olea, M.: "Lección 2.ª Características comunes y clasificación de los regímenes especiales", en Bayón Chacón, G. *et al.*: *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la seguridad social*, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1972.

Aradilla Marqués, M.J.: "Jubilación, Trabajo y Escritores de Libros. La compatibilidad entre pensión y trabajo: una reforma pendiente", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales* nº 9, octubre 2017, pp. 903-916.

Cabezali García, M., Aparicio Tovar, J.: "Lección 15. Régimen Especial de escritores de libros", en Bayón Chacón, G. *et al.*: *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la seguridad social*, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1972.

Fernández Collados, M.B.: "Formulación y evolución de la regla principal", en Sánchez Trigueros, C. (Dir.): *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2016, pp. 321-330.

Fernández Orrico, F.J.: "Pensión de jubilación pura", en Sánchez Trigueros, C. (Dir.): *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2016, pp. 331-346.

López Aniorte, M.C.: "Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación", en *NREDT* 2014, nº 164.

Mercader Uguina, J. (Dir.): *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, "Cap. IV: Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de jubilación", Valladolid, Lex Nova, 2013, pp. 122-132.

Monereo Pérez, J.L.: *La protección sociolaboral de los trabajadores de edad avanzada*, Albacete, Bomarzo, 2019.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2020.

Muñoz Viadas, C.: "La jubilación y los escritores", *Revista queleerdigital*, 13 abril, 2016 http://que-leer.com/2016/04/13/la-jubilación-los-escritores/

Muñoz Viadas, C.: "La situación de los escritores frente a la Seguridad Social", *Noticias Asesoría Jurídica 14*, octubre-noviembre, 2015 Redacción ACE, http://acescritores.com/la-situacion-de-los-escritores-frente-a-la-seguridad-social/

Pérez Águlla, S.: *El trabajo autónomo. Régimen jurídico de la prestación de servicios*. Colección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Teoría y práctica. Madrid, Juruá, 2013.

Pérez Gómez, J.M.: "Compatibilidad entre pensión de jubilación y actividad como escritor profesional". http://hayderecho.com/2016/02/15/compatibilidad-entre-pension-de-jubilación-y-actividad-como-escritor-profesional/ Compatibilidad entre pensión de jubilación y actividad como escritor profesional. 15 febrero, 2016.

Quintanilla Navarro, R.Y.: "La incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo de los escritores de libros", *NREDT* nº 188, 2016, pp. 79-101.

Rodríguez Iniesta, G.: "Jubilación activa", en Sánchez Trigueros, C. (Dir.): *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 399-412.

Sánchez-Urán Azaña, Y., Gil Plana, J.*: Pensión de jubilación: últimas reformas legales*. Civitas, Navarra, 2014.

Sempere Navarro. A.V.: "El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 2013, nº 9 (versión digital).

Sempere Navarro. A.V., Quintanilla Navarro, R.Y. (Dirs.): *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Madrid, CES, Colección Estudios nº 223, 2009.

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", *Revista de Seguridad Social* nº 31, 1986, pp. 59-92.

Vivero Serrano, J.B.: "La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo", *Revista Documentación Laboral* nº 103, 2015, pp. 128.

VV.AA.: *Reforma y Modernización de la Seguridad Social, Análisis de la Ley 27/2011* (Sempere Navarro. A.V. y Fernández Orrico, F.J., Dirs.), Navarra, Aranzadi, 2012.

Puntos críticos en la regulación de la jubilación anticipada por discapacidad: una medida necesitada de reforma

José Antonio Rueda Monroy
Investigador postdoctoral contratado (Margarita Salas)
Universidad de Málaga

1. Introducción

La discriminación que sufren las personas con discapacidad en el mundo del trabajo[1] tiene su efecto directo, dada la configuración de nuestro sistema de Seguridad Social, en la vertiente prestacional. La exclusión en ambos ámbitos está estrechamente interrelacionada y afecta a la participación social y, en definitiva, a la llevanza de una vida en igualdad de condiciones que las demás personas.

En este trabajo nos centraremos en la segunda de las esferas señaladas, en la prestacional, y concretamente en disposiciones que pretenden, con la premisa de la protección de la vejez biológica, conformar una salida del mercado laboral al colectivo -por finalización de la vida activa

[1] Lo que se traduce en una muy baja participación en el empleo y bajo unas condiciones de mayor precariedad que la media cuando este derecho se ejercita. Según informe del INE con datos del año 2020 la tasa de actividad del colectivo era 41,8 puntos inferior a la de la población sin discapacidad y la de paro 6,8 puntos superior a la de la población sin discapacidad. *Vid.* INE, *El Empleo de las personas con discapacidad. Año 2019*, Instituto Nacional de Estadística, 2021. Se ha señalado por parte de la doctrina que "la discapacidad incide sobre las oportunidades para obtenerlo o mantenerlo y sobre su mayor o menor calidad", *Vid.* Pérez Bueno, L.C. y Álvarez Ramírez, G.: "Derechos: prestaciones y obligaciones de los poderes públicos", VV.AA.: *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, De Lorenzo García, R. y Pérez Bueno, L.C. (Dirs.), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 333-379, p. 342

profesional- en condiciones de igualdad de acuerdo a su realidad psicofísica. Se hace referencia a la posibilidad existente en nuestro ordenamiento jurídico de adelantar la edad de jubilación a personas con un determinado grado de discapacidad reconocido, previsión que acoge hoy el artículo 206 bis del *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (LGSS, en adelante).

Resulta que reducida legalmente la edad pensionable en los términos que posteriormente se desarrollará se viene poniendo de manifiesto la ineficiencia de la medida. En una década únicamente 2.675 personas con discapacidad han adelantado su edad de jubilación por esta vía, 345 de ellas en el año 2015[2]. Estos desastrosos datos se pretenden paliar a razón de lo previsto en una reciente norma que modifica algunos esquemas legales de la jubilación: la *Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*[3]. La disposición adicional cuarta insta al Gobierno a remitir a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo informe sobre la protección social del colectivo y los acuerdos recogidos al respecto en el Pacto de Toledo, fecha a partir de la cual se apertura un plazo de tres meses para la reforma del marco normativo que nos ocupa en este trabajo y que analizaremos en el epígrafe que sigue.

En el tiempo en el que "presumiblemente" se encuentra en ciernes la reforma, abordamos el estudio de esta medida con sentido crítico y desde una óptica internacional, tomando como referencia la concepción de la discapacidad consolidada jurídicamente en la *Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad* proclamada en el año 2006, en la ciudad de Nueva York, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (CIDPD, en adelante), de la que daremos cuenta en el tercer epígrafe de este trabajo. Y es que, a nuestro juicio, las discordancias que presenta este mecanismo de jubilación con el modelo de discapacidad consolidado en la precitada Convención tienen mucho que ver en la falta de efectividad de la medida. Esta confrontación la realizaremos en el cuarto de los apartados. Finalizaremos el presente estudio con una breve recapitulación final.

2. Un acercamiento a la jubilación anticipada en caso de discapacidad

El artículo 206 bis LGSS acoge la regulación básica de una fórmula de jubilación específica para el colectivo de personas con discapacidad. El precepto prevé dos modalidades: una *general*, para toda persona que posea un grado de discapacidad reconocido en porcentaje igual o superior al 65 %, la cual podrá acceder a la jubilación a una edad más temprana que de forma ordinaria en función de lo que resulte de aplicar unos coeficientes determinados; y otra modalidad *especial*, para supuestos de "discapacidades reglamentariamente determinadas" de las que existan evidencias que determinan una reducción significativa de la esperanza de vida, siempre y cuando la persona beneficiaria tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 45 %, pudiéndose jubilar, en este caso, a los cincuenta y seis años.

2.1. Naturaleza y marco normativo

Pese a que la regulación que apenas se ha expuesto se presenta bajo el título "jubilación anticipada en caso de discapacidad", según la doctrina más cualificada, no se ha de considerar a este mecanismo como una jubilación anticipada *stricto sensu,* ni tampoco, como se justificará

[2] Datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones recogidos por Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm 467, 2022, p. 184.

[3] Aunque en lo que respecta al régimen de la jubilación anticipada la reforma ha sido calificada como "selectiva, casi quirúrgica". *Ibidem.* p. 155.

ya avanzado este estudio, la acotación subjetiva efectuada por la norma para determinar el sujeto titular de este derecho es totalmente coincidente con el concepto jurídico de persona con discapacidad vigente en nuestro ordenamiento.

Focalizando en esta aproximación general sobre el primero de los aspectos, *id est*, la naturaleza de esta especial formula de jubilación desde una perspectiva prestacional, se ha de partir de la idea de que la misma lo que posibilita es un adelanto temporal de la edad de jubilación. Ahora bien, estos efectos también lo producen otros mecanismos similares que, conviviendo con la jubilación ordinaria, regulan "edades especiales" o "extraordinarias" de retiro[4], cuestión que ha conllevado a que la edad media de retiro en nuestro país se encuentre en sesenta y dos años[5]. Con características muy similares a la medida que nos ocupa se contemplan supuestos de jubilación anticipada por razón de actividad en artículo 206 LGSS[6] para "grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad". También se encuentran vigentes los supuestos de jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador o por voluntad del interesado regulados en los artículos 207 y 208 LGSS respectivamente. Sin embargo, existen diferencias que aconsejan distinguir entre los mecanismos que reducen la edad de jubilación por motivo de "las especiales condiciones del sector o bien en las características psicofísicas del trabajador[7]", de otros que posibilitan la anticipación con base en la extinción del vinculo contractual por causas no imputables a la persona trabajadora, o por la concurrencia de unos requisitos legales de edad (dos menos, como máximo, de la edad ordinaria de jubilación) y de periodo de cotización (treinta y cinco años). Estos últimos sí reúnen las características propias de las denominadas "jubilaciones anticipadas", mientras que los primeros son en realidad opciones de anticipación de la edad ordinaria de jubilación[8] tal y como a continuación se tratará de detallar.

El mecanismo protagonista de este estudio posibilita al beneficiario el acceso a la jubilación desde una edad inferior a la prevista en el régimen general, es decir, se habilita una disminución de la edad pensionable a las "personas con discapacidad" en el acceso a la jubilación, lo que ha venido a denominarse como "edad ordinaria especial[9]" ya que se ha de entender que no se esta anticipando nada "porque esa es su edad" de jubilación[10]. En los casos de jubilación anticipada *stricto sensu* la edad ordinaria prevista se rebaja, pero a costa de una perdida económica que se materializa con la aplicación de unos coeficientes reductores de la cuantía de la pensión, lo que no ocurre en estos casos. Es por ello por lo que se ha venido a esgrimir por parte de la doctrina que la media que nos ocupa "no es más que el establecimiento de una distinta edad de jubilación inferior a la ordinaria para determinados colectivos[11]", es decir, una reducción de la edad

[4] La edad ordinaria de jubilación se sitúa en el año 2022 en los 66 años y dos meses o en los 65 si se tiene 37 años y seis meses o más cotizados de acuerdo con lo establecido en el artículo 205.1.a) LGSS en relación con la Disposición transitoria séptima de la misma norma.

[5] Monereo Pérez, J.L. *et al.*: *Manual de Seguridad Social*, Decimoséptima edición, Madrid, 2021, p. 327.

[6] Fórmula que convivía en el mismo precepto con la jubilación anticipada por motivos de discapacidad antes de la entrada en vigor de la *Ley 21/2021, de 28 de diciembre*. Esta separación se considera acertada por parte de Maldonado Molina tanto porque las causas en sendos supuestos son distintas como por razones procedimentales introducidas por la reforma de la jubilación anticipada por la actividad realizada. *Vid.* Maldonado Molina, J.A.: *Las jubilaciones anticipadas… Op. Cit.* p. 174.

[7] Ordóñez Casado, I.: "La salud de los trabajadores con discapacidad y su incidencia en la edad de jubilación", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 231, 2020 [Online].

[8] Gala Durán, C.: "La jubilación anticipada de las personas con discapacidad", *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 7, 2020, p. 56.

[9] Monereo Pérez, J.L. *et al.*: *Manual... Op. Cit.* p. 328.

[10] En este sentido Maldonado Molina, J.A.: *Las jubilaciones anticipadas… Op. Cit.* p. 175.

[11] Ordóñez Casado, I.: *La salud… Op. Cit.*

ordinaria de jubilación más que una anticipación de la jubilación. En palabras de MALDONADO MOLINA: "el Ordenamiento establece una *fictio iuris* mediante la cual se entiende cumplida la edad ordinaria de jubilación antes de los 65 años[12]".

En cuanto al marco normativo, el precitado artículo 206 bis LGSS se complementa con las previsiones reglamentarias de desarrollo que se contienen en dos Reales Decretos, uno por cada modalidad: por un lado, el *Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía,* y de otro, el *Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento*. Ambos instrumentos delimitan el ámbito subjetivo de actuación de la medida y fijan una edad mínima de jubilación[13], aunque esto último se efectúa con distinto mecanismo en cada caso. Mientras que para las personas con discapacidad reconocida en porcentaje igual o superior al sesenta y cinco por ciento el artículo 3 del Real Decreto 1539/2003 establece un par de coeficientes reductores de la edad de jubilación dependiendo de si la persona con discapacidad acredita la necesidad de otra persona para los actos esenciales de la vida, en el Real Decreto 1851/2009, aplicable a las que tengan un grado de discapacidad igual o superior al 45 % y unas de las discapacidades listadas, se opta por fijar -en el artículo 3- una edad mínima estándar, la de cincuenta y seis años. Seguidamente se descenderá sobre cada uno de estos aspectos regulatorios.

2.2. La delimitación subjetiva de la medida

Ya se ha adelantado que para ser destinatario de esta medida se exige un determinado grado de discapacidad que variará según la vía de acceso a la misma[14]. La medida general exige únicamente el reconocimiento de un porcentaje administrativo determinado, aunque elevado, de discapacidad, y la vía de acceso especial requiere un grado menor pero adicionalmente se ha de presentar algunas de las patologías listadas. Se exige, a su vez, como también se ha manifestado, el haber alcanzado una determinada edad y una cotización mínima. Se divide este apartado en cada una de las posibilidades de acceso.

2.2.1. Acceso a la jubilación anticipada por acreditar un grado importante de discapacidad

A) Aplicación a cualquier régimen de Seguridad Social

Pese a que el artículo primero del RD 1539/2003 limita su ámbito de actuación a "trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes General y Especiales Agrario, de Trabajadores del Mar y de la Minería del Carbón", esta previsión ha de ser complementada con lo dispuesto en su artículo sexto, que amplia la aplicación a cualquier otro régimen de Seguridad Social cuando los trabajadores hayan estado comprendidos en el ámbito de aplicación del mencionado Real Decreto. Además, en lo que respecta al trabajo autónomo, esta cuestión se encuentra reforzada

[12] Maldonado Molina, J.A.: "La jubilación a edades reducidas por la actividad o discapacidad", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A.: *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011, p. 217.

[13] Es por ello por lo que se ha manifestado respecto a estos reglamentos que "no son un mero desarrollo normativo, sino que cierran a modo de piedra angular un marco normativo de mayor envergadura". *Vid.* Ortiz González-Conde, F.M.: "La pensión de jubilación de las personas con discapacidad", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 236, 2020 [Online].

[14] El mismo habrá que determinarse conforme al procedimiento reglado en el *Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.*

con lo previsto en el artículo 318 d) LGSS, que contempla la aplicación del artículo 206 bis a este régimen especial.

B) Periodo de cotización mínimo de 15 años

Pese a que en la regulación específica de este régimen no se concreta nada respecto al periodo de cotización exigido, en la medida en que estamos ante un mecanismo de anticipación que se proyecta sobre la edad de acceso, hemos de considerar aplicable el periodo general de quince años contemplado en el artículo 205.1 b) LGSS. En el computo de este tiempo no se descontarán las faltas al trabajo por motivo de baja médica por enfermedad común o profesional, o accidente; por la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, acogimiento o riesgo durante el embarazo; o las autorizadas en las correspondientes disposiciones laborales con derecho a retribución.

C) Grado de discapacidad igual o superior al 65 %

En esta vía, que se ha denominado en este estudio como general y que ha sido la original[15] y única hasta el año 2009[16], es requisito el reconocimiento administrativo de grado de discapacidad en porcentaje igual o superior al 65 % que habrá que acreditarse con certificado emitido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las distintas Comunidades Autónomas cuando tengan estas asumidas las correspondientes competencias[17], todo ello de acuerdo con el artículo 2 del RD 1539/2003.

Poca virtualidad tiene hoy en día la equiparación a este grado de discapacidad efectuada por la Disposición adicional vigésima quinta LGSS con quienes hayan sido declarados incapaces tras la reforma producida en la legislación civil por la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. La imposibilidad actual de trazar esta asimilación pretende solucionarse a razón de lo dispuesto en la Disposición adicional quinta de la *Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones,* que ordena al Gobierno a que en un plazo -ya incumplido- de seis meses adecue tal asimilación.

2.2.2. Acceso a la jubilación anticipada por discapacidad reglamentada

A) Aplicación a cualquier régimen de Seguridad Social

La norma reglamentaria en este supuesto es clara al indicar que se aplicará su regulación tanto a trabajadores por cuenta ajena como propia incluidos en cualquiera de los regímenes que integra el sistema de Seguridad Social.

B) Periodo de cotización mínimo de 15 años

Explícitamente exige en este supuesto el artículo 1 del RD 1851/2009 el periodo mínimo de cotización para poder acceder a la pensión de jubilación, es decir, actualmente el general de

[15] Cobró vigencia en virtud de la Disposición Adicional Primera de la *Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible* que se materializó con el desarrollo reglamentario que nos ocupa.

[16] Pese a que se introdujo en nuestra norma de Seguridad Social con la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social* quedo pendiente de desarrollo reglamentario hasta la llegada del RD 1851/2009.

[17] Actualmente tienen asumidas dichas competencias todas las CCAA, excepto las ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

quince años. Nuevamente no se tienen en cuenta las faltas al trabajo por los motivos relacionados en el anterior régimen: bajas médicas, algunos supuestos de suspensión del contrato y ausencias con derecho a retribución.

C) Discapacidad reglamentada

Más compleja resulta la aplicación de esta segunda vía de acceso en la que además de un determinado grado de discapacidad se exige, según el tenor literal del propio artículo 206.1 bis LGSS, que "se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida[18]". A estos efectos el artículo 2 del RD 1851/2009 configura un listado de afecciones que han de ser acogidas como un *numerus clausus* en atención a la remisión legal. Las mismas son las siguientes:

> *"a) Discapacidad intelectual (antes retraso mental).*
> *b) Parálisis cerebral.*
> *c) Anomalías genéticas: 1.º Síndrome de Down; 2.º Síndrome de Prader Willi; 3.º Síndrome X frágil; 4.º Osteogénesis imperfecta; 5.º Acondroplasia; 6.º Fibrosis Quística; 7.º Enfermedad de Wilson.*
> *d) Trastornos del espectro autista.*
> *e) Anomalías congénitas secundarias a Talidomida.*
> *f) Secuelas de polio*[19] *o síndrome postpolio.*
> *g) Daño cerebral (adquirido): 1.º Traumatismo craneoencefálico; 2.º Secuelas de tumores del SNC, infecciones o intoxicaciones.*
> *h) Enfermedad mental: 1.º Esquizofrenia; 2.º Trastorno bipolar.*
> *i) Enfermedad neurológica: 1.º Esclerosis Lateral Amiotrófica; 2.º Esclerosis múltiple; 3.º Leucodistrofias; 4.º Síndrome de Tourette; 5.º Lesión medular traumática."*

D) Grado de discapacidad igual o superior al 45 %

El artículo primero del RD 1851/2009 exige que durante el periodo exigido de cotización se ha de haber estado afectado por alguna de las discapacidades señaladas en el apartado y haber determinado *durante todo ese tiempo* un grado de discapacidad igual o superior al cuarenta y cinco por ciento. Obsérvese que, respecto a este particular (la permanencia del grado de discapacidad durante el periodo mínimo de cotización) no hay referencia alguna en la norma legal, que exige únicamente la existencia del grado y que admitiría, por ende, la interpretación de que se pudiera acceder a esta vía reuniéndose los requisitos cuantitativos y cualitativos en un momento concreto, al final de la carrera profesional, por ejemplo, y no durante los quince años. Estamos ante otro ejemplo de delegación legislativa en aspectos trascendentales en el funcionamiento de la medida. La remisión al reglamento es excesiva, disponiendo el gobierno de amplísimos márgenes de configuración tanto en el ámbito subjetivo como material.

En este supuesto, conforme al artículo 5 del RD 1851/2009, tanto el grado como el tipo de discapacidad ha de ser acreditado mediante certificación administrativa emitida por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las distintas Comunidades Autónomas al igual que en el supuesto anterior.

---

[18] Hemos de advertir de un cambio en la redacción de este inciso con la entrada en vigor de la Ley 21/2021 de la que, eso sí, no atisbamos a día de hoy consecuencias prácticas. Donde ahora se dice evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada" antes se decía "evidencias de que determinan de forma generalizada y apreciable".

[19] Añadida en virtud de la disposición final 2 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

La doble condición para el acceso a la jubilación anticipada por esta vía relacionada con la discapacidad, es decir, grado y tipo, ha evidenciado una problemática no resuelta por la norma que es la relativa a si el grado exigido ha de acreditarse íntegramente con alguno de los tipos de discapacidades listadas, o si, por el contrario, se puede alcanzar con la suma de otras. Ya en el año 2017 nuestro Tribunal Supremo salió al paso en sentencia de 27 de septiembre[20] para interpretar que no es necesario que el grado de discapacidad se deba exclusivamente a una de las tipologías listadas siempre y cuando la misma sea preferente a las otras patologías[21], solución razonable si atendemos a que "la discapacidad, dada su diversidad, no se manifiesta ni única, ni lineal, ni inmutable en el tiempo[22]". Lo normal será que el interesado presente en un momento concreto más de una dolencia en la valoración de la discapacidad, pero -se insiste- si esta alcanzó los 45 puntos y la más relevante a la hora de alcanzar dicho grado es una de las listadas en el reglamento (aunque individualmente no alcance esta cifra)[23] habrá de admitirse el acceso a la jubilación por esta vía que comentamos.

2.3. El ámbito material de la medida: las fórmulas de adelanto de la edad de jubilación

Este mecanismo de jubilación que nos ocupa se proyecta sobre la edad de jubilación para anticiparla cuando concurran los requisitos que se han comentado en el apartado anterior. La formula o el mecanismo de anticipación es distinto en cada una de las vías de acceso a la medida. En efecto, mientras que la vía de la gran discapacidad, para quienes tengan un grado igual o superior al 65 %, introduce una serie de coeficientes reductores de la edad de jubilación, en el caso de discapacidades reglamentadas se establece una edad fija inferior a la ordinaria.

2.3.1. La aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación en el caso de grandes discapacidades

En el primero de los casos, cuando se cumpla con las premisas del RD 1539/2003, se verá reducida la edad ordinaria de jubilación[24] por aplicación de unos coeficientes que se relacionan con el tiempo efectivo de trabajo en situación de discapacidad. El artículo 3 del precitado Real Decreto distingue entre quienes tengan reconocido el grado de discapacidad igual o superior al 65 %, a los que será de aplicación un coeficiente del 0,25, y entre quienes, teniendo reconocido el referido grado de discapacidad, acrediten "la necesidad del concurso de otra persona para la

[20] STS núm. 729/2017 de 27 septiembre (RJ 2017\4300).

[21] Se justifica por el TS tal interpretación indicando que "si la intención del Gobierno hubiera sido la de exceptuar, a los efectos indicados, del grado de discapacidad del 45 %, todo tipo de dolencias distintas de las vinculadas a la reducción de la esperanza de vida, de forma que no fuese suficiente con padecer esa patología, sino que la misma determinase, por sí sola, ese porcentaje de discapacidad, así lo habría consignado de manera explícita, utilizando cualquiera de la fórmulas posibles, y al no haberlo hecho así no cabe admitir la exclusión de las citadas dolencias..."

[22] Ortiz González-Conde, F.M.: *La pensión de jubilación… Op. Cit.*

[23] Se requiere, eso sí, que la dolencia listada tenga grado igual o superior al 33 % según la doctrina del Tribunal Supremo antes mencionada que establece que habrá de poseerse una dolencia listada, que además es la preferente y en un grado en modo alguno irrelevante, sino muy superior al 33 %, y otra secundaria en su caso a la listada, o susceptible de agravarla administrativa…". Esta interpretación es la que acoge la Administración en el Criterio del INSS de 16 de septiembre de 2019 (criterio de gestión 18/2019): "Que por lo menos una de las dolencias reflejadas en el certificado de discapacidad sea una de las relacionadas en el artículo 2 del Real Decreto 1851/2009 y que el porcentaje de discapacidad alcanzado por esta o estas discapacidades relacionadas en el citado artículo suponga al menos el 33 % del total del grado de discapacidad acreditado". Esta doctrina ha sido aplicada en numerosas ocasiones por distintos Tribunales Superiores de Justicia, en este sentido, véase recientemente la STSJ Madrid, sentencia núm. 245/2021, de 12 marzo (JUR 2021\180787). Véase, pese a ser un supuesto en el que se desestima el recurso de casación por unificación de doctrina por falta de contradicción, la argumentación contenida en la STS núm. 66/2018 de 25 enero (RJ 2018\463) en un supuesto donde la patología listada era inferior al referido 33 %.

[24] Véase la nota al pie nº 4.

realización de los actos esenciales de la vida ordinaria", siendo de aplicación en este supuesto un coeficiente del 0,5 al tiempo efectivamente trabajado mientras se estaba en posesión de dicho reconocimiento. Se establece un límite en cuanto a la aplicación de los referidos coeficientes, sin que ningún caso de su aplicación se pueda derivar una edad de jubilación inferior a la de cincuenta y dos años.

En cuanto a la acreditación de la necesidad de concurso de una tercera persona para la realización de los actos esenciales de la vida, que conllevaría la aplicación del coeficiente del 0,5 al tiempo trabajado, se precisa, al igual que con respecto al grado de discapacidad, que conste en la certificación administrativa conforme a la regulación dada en el artículo 2 y 3.b) del RD 1539/2003, careciendo de entidad la valoración realizada en este sentido por el Juzgado, o por el INSS sobre esta necesidad por, precisamente, no constar en el expediente administrativo correspondiente, "quedando estos órganos sometidos y condicionados a la decisión del competente en valorar la discapacidad[25]".

2.3.2. La reducción automática en discapacidades reglamentadas

Para el supuesto de discapacidades reglamentadas y porcentaje igual o superior al 45, el artículo 3 del RD 1851/2009 estipula que la edad mínima de jubilación en estos casos es la de 56 años[26].

Dicho esto, es importante tener presente que el interesado tiene el derecho de opción en caso de reunir las condiciones para el acceso por ambas vías según lo dispuesto en la D.A. primera del RD 1851/2009[27].

Como se viene aduciendo, en este tipo de jubilación -en ambas submodalidades- no se aplican coeficiente alguno que perjudique los derechos económicos por el adelanto de la edad de jubilación, al contrario, el tiempo que resta para la edad ordinaria se computa como cotizado[28]. Nos encontramos ante un beneficio no contemplado en los regímenes de jubilación anticipada y de ahí, como con anterioridad se manifestó, la necesidad de disociar este mecanismo de anticipación de la edad de jubilación de la antedicha categoría jurídica.

[25] STS de 18 febrero 2015 (RJ 2015\1398). Pese a que una interpretación integradora del reglamento de aplicación nos llevaría a la misma conclusión que el TS, lo cierto es que la norma reglamentaria no es del todo clara en cuanto a la acreditación de la valoración de esta necesidad, ya que no se contempla expresamente en el artículo 2 del citado RD. Una literalidad en los términos del actual artículo 354 LGSS respecto a la prestación por hijo a cargo en la que expresamente se incluye la formula para la valoración de tal necesidad mejoraría a nuestro juicio la norma en la esfera interpretativa. Véase en el mismo sentido la STSJ Cataluña núm. 4511/2017, de 7 julio (JUR 2017\261728) y la STSJ La Rioja, núm. 209/2018, de 8 noviembre (JUR 2019\38117).

[26] Fue la ya citada Ley 27/2011 la que fijo esta edad, reduciendo los 58 años iniciales que se contemplaban en el primigenio art. 3 RD 1851/2009. Disposición legal que curiosamente es la encargada de introducir a su vez incrementos sustanciales en la edad ordinaria de jubilación de nuestro país.

[27] Establece este precepto que "los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para acogerse a lo establecido en este real decreto y en el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía, podrán optar por la aplicación del que les resulte más favorable".

[28] Artículos 5 y 7, respectivamente, de los RD 1539/2003 y 1851/2009 que, con idéntico tenor literal, establecen que "el período de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador […] se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de jubilación".

3. Un acercamiento a la protección jurídica de la discapacidad

3.1. La conceptualización de la discapacidad y su protección internacional

Afortunadamente la concepción de la discapacidad ha ido evolucionando a lo largo de la historia habiendo sido este proceso, que se puede reconocer como de humanización del colectivo[29], acotado temporalmente por parte de la doctrina en distintos modelos o paradigmas teóricos[30]. Estos modelos tratan de explicar la evolución histórica de esta problemática desde etapas en las que la practica habitual frente al colectivo era la eugenésica, hasta la consideración de la persona con discapacidad como sujeto de derechos que encuentra discriminación por causas originadas socialmente. La perspectiva con la que se estudia la cuestión de la discapacidad ha ido desplazándose desde un eje estrictamente individual en la que se veía a la misma como una anomalía individual hacia otro en el que se considera -cada vez más- el papel que ha jugado la sociedad en su configuración con la creación y estructuración de distintas barreras que impiden la llevanza de una vida plena en igualdad de condiciones que las demás.

Un hito en el reconocimiento jurídico de estos avances se produce con un instrumento internacional señalado en sede introductoria: la CIDPD de 2006. Esta Convención ha elevado la discapacidad a una cuestión de Derechos Humanos. Y, resulta trascendental en lo que al objeto de este estudio se refiere dos cuestiones al respecto: en primer lugar, que este instrumento ha sido ratificado por España entrando en vigor en nuestro país en el año 2008[31]; y, en segundo termino la definición que en él se contiene sobre la discapacidad. El artículo primero define a la persona con discapacidad en el siguiente sentido:

> *Las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

Se consolida así el cambio de perspectiva al que antes se aludía, indicándose ya en el preámbulo[32] de la CIDPD el reconocimiento de los Estados de que la discapacidad "resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Esta consagración del concepto de persona con discapacidad ha de ser clave en la determinación en las distintas normativas nacionales del sujeto de los distintos derechos reconocidos a los mismos.

Por otro lado, en lo que se refiere a los derechos, la propia CIDPD incorpora un importante elenco de estos, cuya garantía asumen los propios Estados partes. En lo que al objeto de este estudio se refiere, destacan los artículos 27 y 28. El primer precepto se refiere al "trabajo y empleo",

[29] *Vid.* Seoane Rodríguez, J.A.: "La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos", en VV.AA.: *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana,* Blázquez Peinado M.D. y Biel Portero I. (Dirs.) Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 11 y ss.

[30] Véase, a modo ejemplificativo, Palacios Rizzo, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.

[31] Fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 junto a su Protocolo Facultativo, sin reservas ni declaración interpretativa alguna, entrando en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008. Nuestro país se encuentra vinculado a la Convención por una doble vía, ya que la misma fue también ratificada por la UE el 26 de noviembre de 2009 (Decisión del Consejo [2010/48/CE], DOUE 27-1-2010, Serie L 23/35).

[32] Apartado e).

diferenciándose claramente una serie de medidas de corte antidiscriminatorio[33] y la posibilidad -incluso podríamos decir, con ánimo de fomento- de la adopción de medidas de acción positiva para salvaguardar y promover el derecho al trabajo[34]. Por otro lado, el artículo 28 se centra en el "nivel de vida adecuado y protección social" para nuevamente afianzar estos derechos desde una doble vertiente: la antidiscriminatoria y mediante la acción positiva[35]. Específicamente, la letra h del apartado llama a los Estados partes a "asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación", dimensión en la que tendría encaje la medida que en este estudio nos ocupa.

En el ámbito europeo se ha venido haciendo expresa la prohibición de cualquier discriminación por razón de la discapacidad en distintos instrumentos como el Tratado de Ámsterdam (1997) o la Carta de los Derechos Fundamentales (2000). Carta, esta última, que recoge en su artículo 21 la discriminación por motivos de discapacidad y posibilita, en virtud del artículo 26, el establecimiento de medidas de acción positiva por parte de los Estados en favor del colectivo. Lo propio también se efectúa en la posterior Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, norma de derecho derivado primordial que incluye a la discapacidad dentro de los motivos de protección contemplados en su artículo primero. Y en este contexto, la Unión Europea ratificó la Convención en el año 2009, haciéndola parte de su propio ordenamiento jurídico, por lo que se convirtió en guía exegética para la aplicación de la normativa sobre discapacidad comunitaria[36].

3.2. El marco jurídico interno

En lo que respecta a las normas jurídicas producidas entre nuestras fronteras[37] relacionadas con la discapacidad encontramos un vasto y abigarrado conjunto de instrumentos que impregnan todos los tradicionales campos de la ciencia del Derecho y que, por ende, resulta de imposible tratamiento en un estudio de esta índole. Mencionaremos aquí los preceptos más tocantes con el ámbito de este estudio tanto desde una perspectiva constitucional como de legalidad ordinaria.

De nuestra norma suprema han de ser destacados diversos preceptos por su incidencia en la protección social de la discapacidad. Siguiendo el orden constitucional, tiene vital importancia en esta materia la propia configuración político-jurídica de nuestro país en un Estado social y democrático de derecho, que se consagra en el artículo 1.1 y que convierte al Estado en protagonista en la consecución de la igualdad real y efectiva. Ulteriormente se encuentran otros pasajes constitucionales que garantizan la igualdad tanto en una vertiente material, obligando a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2), como formal, prohibiendo la discriminación (art. 14). Ubicados dentro de los principios rectores de la política social y económica (capítulo 3º del Título 1º de la CE) destacan en atención a lo

[33] Concretándose en el "derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás" o en la prohibición de "la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables".

[34] Verbigracia la letra h) del artículo 27.1 que contiene la obligación de promover "el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, *que pueden* incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas".

[35] El artículo 28.2 procura la protección social "y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad" y seguidamente ordena a los Estados a la adopción de "las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho".

[36] Véase nota el pie nº 31.

[37] La precitada CIDPD ha de considerarse que forma parte de nuestro ordenamiento interno *ex* artículo 96.1 CE.

que nos ocupa el artículo 41 referido a un sistema público de Seguridad Social ante situaciones de necesidad, y el artículo 49, configurador de un radio integrador específico y en exclusiva para las personas con discapacidad. Se puede apreciar de esta relación de preceptos la intención del constituyente de superar un tratamiento asistencial de la discapacidad[38] tal y como se realiza en viejos modelos, cuestión que hoy día queda fuera de dudas con la vigencia de la CIDPD que sirve de guía interpretativa de nuestro texto constitucional *ex* artículo 10.2 CE.

Descendiendo ahora a la legalidad ordinaria, el eje básico en cuanto al tratamiento jurídico de la discapacidad lo conforma el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (en adelante LGDPD), que vino a integrar y actualizar la normativa española a la CIDPD[39]. Resulta capital de esta norma varios aspectos en relación con este estudio. Empezando por la definición de discapacidad, que aparece en el artículo 2.a) en términos casi idénticos al reconocido en la CIDPD, la misma se desvirtúa, -a nuestro juicio-, si atendemos al reconocimiento de la titularidad de los derechos previsto en el artículo 4 en el que se añade -como tradicionalmente se venia efectuando- el grado de discapacidad reconocido administrativamente y que de facto reconoce tres niveles de protección al colectivo[40]. Por otro lado, la protección social también tiene su hueco en este texto en el que se contempla en el artículo 48 el derecho a unos servicios y prestaciones sociales "que atiendan con garantías de suficiencia y sostenibilidad sus necesidades". Por último, resulta de interés la definición de las medidas de acción positiva que se recoge en el artículo 2.g), categoría en la que se incluye -como posteriormente se justificará- el mecanismo de jubilación que nos ocupa. Se dice en el precitado precepto que "son aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad".

Como se ha referido, la discapacidad, por su carácter transversal, impregna gran parte de nuestro ordenamiento jurídico por lo que son innumerables las fuentes formales que regulan instituciones o reglan cuestiones relativas a la misma. Ejemplo de ello es la propia LGSS cuyo artículo 206 bis se analiza. Con todo, basta el esquema general presentado para confrontar el modelo de discapacidad vigente en la actualidad con el mecanismo de anticipación de la jubilación previsto para las personas con discapacidad, asunto que copará las siguientes líneas.

4. Una confrontación entre ambos niveles

4.1. Sobre la naturaleza de la medida y la justificación de su razonabilidad

Nos encontramos ante una medida que proporciona un trato diferenciado a un colectivo concreto tradicionalmente discriminado en el mundo del empleo. Tanto la doctrina judicial como la científica ha reconocido en la misma las características de una medida de acción positiva[41]. Pues bien, como viene exigiendo el TC la vigencia de este tipo de medidas han de superar el *test de*

[38] De Asís Roig, R.: "Discapacidad y Constitución", *Derechos y Libertades*, núm. 29, Época II, 2013, p. 48.

[39] Esta norma refunde dos normas que habían sido cruciales en el tratamiento de la discapacidad en nuestro país: por un lado, la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con minusvalía;* y por otro la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.*

[40] Sobre esta cuestión nos pronunciamos en Rueda Monroy, J.A.: "Descifrando la delimitación subjetiva de la LGDPD. Especial referencia al ámbito socio laboral del derecho" *Revista Jurídica Del Trabajo*, vol. 2, núm. 4, 2021, pp. 573 a 604.

[41] Así las cataloga, entre otros, Ortiz González-Conde, F.M.: *La pensión de jubilación… Op. Cit.* En estos términos también se pronuncia la STC núm. 172/2021 de 7 octubre (RTC 2021\172), resolución que posteriormente se comentará.

constitucionalidad que exige esencialmente la razonabilidad y la proporcionalidad de la misma[42]. En relación con la primera de las premisas, la norma reguladora de la medida de anticipación de la jubilación es clara en ambas vías de acceso a la hora de centrar su justificación, aunque el fundamento difiere en una y otra.

Atendiendo en primer termino a la justificación contenida en el Real Decreto 1539/2003 para el adelanto de la edad de jubilación a personas con grado de discapacidad igual o superior al 65 %, la misma se sitúa expresamente en "el mayor esfuerzo y la penosidad que ocasiona para un trabajador minusválido la realización de una actividad profesional". Obsérvese que lo que pretende protegerse o compensar es una mayor dificultad en la prestación del trabajo debido a un único elemento, la discapacidad, y es que, como advierte ORDOÑEZ CASADO, I. "frente a un mismo trabajo, una persona con discapacidad sufre mas el envejecimiento[43]". Téngase presente que este mayor esfuerzo en la prestación de los servicios podría ser causante o coadyuvante en la aparición de nuevas patologías, o "segundas discapacidades", a las que también contribuirán los efectos del envejecimiento y puede tener especial incidencia en una mayor dependencia.

Por el contrario, en el caso de la vía prevista para las discapacidades regladas y grado igual o superior al 45 %, la motivación de la medida en el Real Decreto 1851/2009 se centra "no solo en el mayor esfuerzo y la penosidad que el desarrollo de una actividad profesional comporta para un trabajador con discapacidad", sino, además, en la exigencia de que en las personas con discapacidad con respecto a las que se establezca la anticipación de la edad de jubilación concurran evidencias de reducción de su esperanza de vida. Esta declaración nos permite realizar varías afirmaciones: En primer lugar, se reconoce en la última norma reglamentaria citada que todo trabajador con discapacidad está sujeto en el desarrollo de una actividad profesional a un mayor esfuerzo y penosidad; en segundo término, que en el supuesto de las discapacidades regladas existe además una evidente reducción de la esperanza de vida de estos trabajadores; y, por último, porque así se dice expresamente, que esta última cuestión motiva "el establecimiento de una edad fija de acceso a la jubilación anticipada en lugar de la fijación de coeficientes reductores de la edad de jubilación". Estas cuestiones implican en la práctica que "una buena parte de los trabajadores afectos a estas discapacidades «de riesgo» no alcanzarán la edad ordinaria para la jubilación o, si lo hacen, no percibirán la prestación durante el periodo de tiempo que resulte acorde con las cotizaciones efectuadas[44]", de ahí la necesidad de la medida -junto con la mayor penosidad en el trabajo[45]-. Con todo se aprecia que en el texto del RD 1851/2009 gana importancia en el afán justificativo la reducción de la esperanza de vida de la persona con discapacidad, aspecto que no se vincula a una posible relación con el desempeño laboral. El esfuerzo y la penosidad en la actividad se valora y se tiene en cuenta en exclusiva en la otra vía de acceso (para personas con un grado del 65 % o más), en esta -se reitera- lo importante es que determinadas patologías reducen la esperanza de vida de las personas, siendo por ello por lo que se exige un menor grado

[42] A título ejemplificativo la STC 34/1981, de 10 de noviembre (FJ. 3) (RTC 1981\34) que indica lo siguiente: "la apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.2) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9.1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria".

[43] Ordóñez Casado, I.: *La salud… Op. Cit.*

[44] Valdés Alonso, A.: "Discapacidad y jubilación: el real decreto 1851/2009 sobre anticipación de la jubilación de los trabajadores discapacitados", *Documentación Laboral*, núm. 88, 2010, p. 129.

[45] Resulta interesante lo que apunta el autor señalado en la nota anterior, y es que esta justificación relativa al "mayor esfuerzo" coincide con la otorgada a la prestación de Incapacidad Permanente Parcial. *Vid. Ibidem*, p. 128.

de discapacidad a quienes la poseen y, a su vez, por lo que la edad de jubilación en este caso es fija e independiente a los años de desempeño laboral (siempre y cuando se cumpla el periodo de carencia exigido).

Lo que sí resulta llamativo e interesante es comprobar como la justificación de la medida en uno y otro supuesto pivota sobre condiciones personales del trabajador,[46] sin hacer referencia alguna a las existencias de barreras de diversas tipologías en el entorno que afectan e influyen en esa prestación de servicios, nudo gordiano del concepto de discapacidad. Desde luego que hoy día debemos entender que la mayor penosidad en el trabajo es debida a la existencia de tales barreras, sin embargo, esta perspectiva de la discapacidad no encontraría buen encaje con la justificación de la disminución de la esperanza de vida. En estos supuestos los sujetos protegidos se circunscriben a determinadas patologías lo que nos llevaría a la reflexión -aunque de carácter dogmática y sin incidencia práctica- de si en realidad, tanto desde un punto de vista material como subjetivo, debemos de dejar de calificar a esta medida como de acción positiva prevista para el colectivo de personas con discapacidad.

4.2. Sobre el "ticket" de acceso a la medida

Otras de las dificultades que se plantean de la actual configuración de la medida de anticipación es la relativa a la delimitación de los sujetos que tienen acceso a la misma. Se ha podido comprobar que existen dos modalidades de acceso y que en ambas se requiere un determinado grado de discapacidad reconocido administrativamente y en una, además, una patología concreta. Pues bien, la existencia de estos condicionantes nos lleva a admitir que este mecanismo de anticipación de la edad de jubilación no esta previsto para todas las personas con discapacidad, sino que se limita atendiendo al grado y al tipo de discapacidad. En efecto, si comparamos esta acotación con la definición de persona con discapacidad que nos aporta la propia CIDPD, esa noción causal que relaciona déficits de salud de carácter permanente con barreras sociales, es fácil apreciar la lejanía de una y otra[47].

Estamos ante una cuestión que no es baladí cuando hablamos de una medida de trato diferenciado, y ello en tanto y en cuanto este tipo de medidas "solo deberán favorecer a aquellos sujetos colocados en posición social más desventajosa (principio de la diferencia, elemento social para la consecución del estado social)[48]". Una medida de tal calibre solo superaría el "test de constitucionalidad", al que antes se hizo mención, si es justa, correcta, o razonable -además de proporcional-, para lo que ha de incluirse en su ámbito subjetivo en exclusiva -tanto por defecto como por exceso- a las personas que sufren la situación protegida[49]. Es en este punto en el que encontramos desconexión entre el ámbito subjetivo y la doble justificación de la medida y, con ello, separación con las supuestas consecuencias normativamente pretendidas.

En la primera modalidad se vincula un grado de discapacidad elevado a una mayor dificultad en el desempeño de la actividad laboral, sin embargo, en el preámbulo de las dos normas

[46] En este sentido, García Jiménez, M.: "La prestación de jubilación anticipada y la acreditación del grado de discapacidad", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 5, 2015, p. 151.

[47] Distancia que se aumenta si nos percatamos de los déficits en cuanto al sistema de reconocimiento de la discapacidad en nuestro país en relación con el modelo consolidado en la CIDPD, en el que apenas se tiene en cuenta los aspectos sociales de la discapacidad. Sobre esta concreta cuestión: Martínez-Pujalte, A.L. y Fernández Orrico, F.J.: "El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas", *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 1, 2016, p. 16, o Pérez Pérez, J.: "La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas", *Estudios de Relaciones Laborales*, Diputación de Barcelona, 2017, p. 28.

[48] Álvarez De La Rosa, M.: *El valor de la igualdad y el derecho al trabajo*, Comares, Granada, 2020, p. 11.

[49] Un encaje perfecto del predicado fáctico y los sujetos a proteger es quizás imposible, pero en el caso que nos ocupa podría desviarse más de lo recomendable tal y como se expresa a continuación.

reglamentarias que principalmente nos ocupa se destaca el "mayor esfuerzo y la penosidad" en este ejercicio para las personas con discapacidad en general. Si se admite esta tesis, *id est*, que todas las personas con discapacidad sufren este mayor esfuerzo (lo que sería lógico atendiendo a las barreras a las que se enfrentan en su día a día), faltaría por justificar el por qué se pone la frontera en el 65 % y no en otro índice. O, lo que es lo mismo, justificar o exponer las razones de un mayor esfuerzo o penosidad en el trabajo del colectivo al que va dirigida la medida, lo que no se produce en modo alguno. Como esto no se produce, hemos de asumir que toda persona con discapacidad, independientemente del grado administrativo reconocido, se enfrenta en su día a día y en el trabajo a estas barreras que dificultan su quehacer productivo y sin embargo no encuentran normativamente medidas que incidan en la jubilación contributiva. De la misma forma, dependiendo la actividad o el sector en el que efectivamente se desempeñe el trabajador con discapacidad, encontrará éste un grado de dificultad distinto, aspecto que tampoco es tenido cuenta en esta medida en orden de la aplicación de los coeficientes.

Las dificultades que presenta la vía contemplada en el RD 1851/2009 son aún mayores. La restricción de acceso a discapacidades regladas se justifica en que las mismas tienen una menor esperanza de vida, sin embargo, pese a establecerse un régimen extraordinario de jubilación para el colectivo, ni si quiera se reseña en que medida esto es así. Tampoco se dispone de estadística, que es la forma más natural y objetiva de conocer cual es la reducción de vida exacta en cada una de estas patologías y si, existiendo esta, es en la misma proporción para cada una de ellas. Como lo más razonable es que no sea así[50], es decir, que cada una de estas patologías reduzcan la esperanza de vida en un índice determinado -menor o mayor-, podemos argumentar que la medida tiene distinta potencialidad dependiendo del tipo de discapacidad reglada que padezca la persona trabajadora con discapacidad.

Como ha apuntado ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, el carácter tasado de esta modalidad "provoca asimetrías" al existir discapacidades que reducen la esperanza de vida y no aparecen recogidas como las auditivas o las llamadas enfermedades raras, provocando el mecanismo actual "que un 70 % de jubilaciones anticipadas provengan del mismo origen[51]" lo que evidencia, como exponemos, la necesidad de perfección del ámbito subjetivo.

4.3. Sobre los mecanismos de reducción de la edad de jubilación

Se ha puesto de relieve como la medida de adelanto de la edad de jubilación por motivos de discapacidad incide mediante dos mecanismos distintos únicamente sobre este elemento, la edad, reduciéndola según el caso, mediante la aplicación de unos coeficientes, o a una edad fija, en la segunda de las modalidades estudiadas, que se sitúa hoy en los 56 años.

La primera cuestión sobre la que se puede considerar es la posibilidad de que esta medida actuara a su vez sobre los requisitos de acceso a la prestación. Si partimos de la premisa -como así lo hace la regulación que se maneja en este trabajo- de que las personas con discapacidad hacen un mayor esfuerzo en el desempeño de su actividad laboral, no es descabellado plantear la rebaja

[50] Para Maldonado Molina "lo cierto es que a la vista del listado no siempre hay una correlación entre la discapacidad en particular y una reducción de la esperanza de vida". *Vid.* Maldonado Molina, J.A.: *La jubilación a edades reducidas… Op. Cit.* p. 234.

[51] *Vid.* Ortiz González-Conde, F.M.: *La pensión de jubilación… Op. Cit.* Como recoge el autor, según respuesta del Gobierno al Congreso recogida en la precitada STS de 27 septiembre 2017 son reconocidas en su mayoría a quienes sufren secuelas de poliomielitis o secuelas post-polio.

de los años de cotización exigidos para acceder a la pensión de jubilación con base a la relación existente entre ese esfuerzo y la discapacidad tenida en cuenta de forma individualizada[52].

Centrando las miras ahora en la actual regulación de la medida hay que puntualizar algunos defectos que en la práctica parece que acarrea la vía de acceso general. Recuérdese que esta posibilita la anticipación de la edad de jubilación por aplicación de unos coeficientes al tiempo trabajado mientras se es considerada persona con discapacidad con grado reconocido igual o superior al 65 %, eso sí, con un límite en la aplicación de estos coeficientes reductores: los 52 años. Pues bien, resulta de la práctica, como indica MALDONADO MOLINA, que con el coeficiente del 0,25 previsto para personas con discapacidad que no acrediten el concurso de una tercera persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria "es matemáticamente imposible reducir la edad hasta los 52[53]". Únicamente podrán, por tanto, llegar a esta edad mínima de jubilación quienes acrediten el grado de discapacidad señalado y la necesidad de una tercera persona, siendo de aplicación en este supuesto el coeficiente del 0,5. Estamos ante un coeficiente que duplica el general y viene a reducir la edad de jubilación un año por cada dos trabajados. Con todo, si lo comparamos con el general, nos resulta controvertida la diferencia ya que nuevamente no se atisba relación entre la mayor dificultad en el trabajo con la necesidad de una tercera persona. Evidentemente esta persona presumiblemente estará afecta de una discapacidad más severa, pero la introducción de este elemento enturbia la justificación normativa debiéndose haber optado, a nuestro juicio, por contemplar un grado de discapacidad mayor y descartar la mención a dicha necesidad de concurrencia de otra persona[54].

Atendiendo a la posibilidad que otorga actuar sobre los requisitos de acceso, concretamente los años de cotización exigidos, considerando además que está justificado incidir sobre este elemento (los años trabajados) ya que el problema que nos ocupa se justifica en el mayor esfuerzo en el trabajo, esta opción podría complementar la reducción de la edad, aunque teniendo presente la dificultad de alcanzar el límite de los 52 años para jubilaciones de personas con discapacidad con grado igual o superior al 65 %, parece oportuno seguir actuando primordialmente sobre este elemento.

4.4. Otros escollos en la aplicación de la medida

Todas las disfunciones de la medida que se han señalado en este apartado plantean en el terreno práctico problemas adicionales, de entre los cuales algunos han sido resueltos por nuestros tribunales con -a nuestro juicio- buen criterio, apreciando e interpretando la normativa interna en su contexto y teniendo en consideración su espíritu.

[52] La forma más fácil atendiendo a la regulación de la jubilación y de la discapacidad sería una reducción de este periodo en consideración del tipo y grado de discapacidad como se propone en Ortiz González-Conde, F.M.: *La pensión de jubilación… Op. Cit.*

[53] Maldonado Molina, J.A.: *Las jubilaciones anticipadas… Op. Cit.* p. 183. Recuérdese, no obstante, que este régimen es optativo para quien además del grado de discapacidad en porcentaje igual o superior al 65 reúna una de las discapacidades listadas en el RD 1851/2019.

[54] Todo ello asumiendo que no existe una relación directa entre grado de discapacidad y mayor penosidad en el trabajo. Pero es que menos relación encontramos -bajo nuestro punto de vista- entre el grado y la necesidad de una persona para los actos esenciales de la vida. Piénsese que esa tercera persona -asistente personal, por ejemplo, o preparador laboral- podría estar presente en el desarrollo de la actividad productiva, por lo que la dificultad en el trabajo de esta persona será menor que a la que queda sometida una persona con discapacidad sin tales apoyos.

4.4.1. Personas con discapacidad sin certificado administrativo de grado de discapacidad o sin actualizar

Entre los requisitos subjetivos para acceder a la medida se encuentra el certificado administrativo de grado de discapacidad. Es este certificado un elemento constitutivo del derecho que va a determinar además la vía de acceso y la formula aplicable a la anticipación de la edad de jubilación. Pues bien, en este sentido hay que tener presente la conocida reticencia de las personas con discapacidad a solicitar el reconocimiento administrativo de su situación, aspecto que viene siendo apuntando por la doctrina[55] e incluso por la Organización Internacional del Trabajo[56]. Esta circunstancia podría venir motivada por una creencia inducida por una incidencia social negativa o peyorativa respecto a la discapacidad y, con ella, la interiorización de esa imagen negativa, así como por el miedo al rechazo, y los prejuicios y las consecuencias que pueda acarrear[57]. Y si en este sentido traemos a colación lo arriba apuntado sobre el concepto de discapacidad de la CIDPD, o del propio artículo 4.1 LGDPD, normas en las que no se exigen reconocimiento administrativo alguno, la decisión de desestimación de la medida a una persona con discapacidad severa pero sin certificado, podría alejarse de criterios elementales de justicia material. Dicho esto, como apunta WADDINGTON, L. en lo que respecta a medidas de acción positiva se ha de tener criterios distintos que ante medidas antidiscriminatorias, ya que para su aplicación en cierta forma se han de pasar filtros para que evidencien que estén "formalmente reconocidas y registradas como discapacitadas, lo que requiere una definición formalizada y un procedimiento de evaluación[58]". Ahora bien, como *supra* se tuvo ocasión de señalar, el procedimiento español, dista mucho de cumplir los estándares de la CIDPD[59].

4.4.2. El mantenimiento del 45 % durante el periodo de cotización exigido

En cierta relación con la problemática anterior y derivado de la interpretación del RD 1851/2009 han resuelto recientemente nuestros Tribunales sobre la necesidad del mantenimiento del 45 % de grado de discapacidad en casos en los que no había sido renovado el certificado administrativo y la discapacidad había sido valorada sobre el procedimiento de 1981[60]. Estamos

[55] En este sentido O´reilly, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidad*, Ginebra, OIT, 2007, p. 73.

[56] Véase OIT: *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidad a través de la legislación*, Segunda edición, Ginebra, OIT, 2014, p. 54: "el estigma asociado con el sistema de registro puede repercutir negativamente en su autoestima y la imagen de sí mismos. El registro conlleva situar al individuo al margen del sistema «normal» de contratación y subraya las características que lo hacen «diferente»"

[57] En este sentido Foster, D.: "Legal obligation or personal lottery? Employee experiences of disability and the negotiation of adjustments in the public sector workplace", *Work, Employment & Society*, núm. 21, 2007, p. 80.

[58] Waddington, L.: "The Relationship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes: A Comparison between Common Law and Civil Law Jurisdictions in Europe Forthcoming, en VV.AA.: *Anti-Discrimination Law in Civil Jurisdictions*, Havelková, B. y Möschel, M. (Edits.), TBD, 2018, p. 23 (Accesible en: https://ssrn.com/abstract=3246883).

[59] A mayor abundamiento Pérez Pérez, J.: *La discapacidad y el empleo… Op. Cit.* p. 28, señala lo siguiente; "Se aprecia perfectamente que la estructura de este real decreto responde claramente a un modelo médico de discapacidad, ya que el reconocimiento de esta se basa específicamente en la determinación de la presencia de deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales y no en las barreras que tales circunstancias pueden generar y en la intensidad con que se presenta la necesidad de actuar para paliar las dificultades que esas barreras representan para estas personas" En el mismo sentido, ha criticado el actual baremo el Comité Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad: *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*, aprobadas por el Comité en su 21er período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019) (CRPD/C/ESP/CO/2- 3), p. 2. En nuestro país el CERMI viene reclamando una reforma del baremo desde tiempo atrás para adaptarlo al "modelo social". Véase, CERMI: *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2010*, Madrid, Cinca, 2011, p. 12 y 111.

[60] Contenido en el *Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido* y su normativa de desarrollo.

ante supuestos de personas con discapacidad que, por desidia, en la creencia de que no le va a ser más beneficioso, o por desconocimiento, no adaptaron su grado de discapacidad a una regulación de la valoración posterior y han estado trabajando durante el periodo de 15 años exigidos bajo un grado de discapacidad igual o superior al 33 % pero menor al 45 % denegando la Administración la prestación cuando si tenemos en cuenta el baremo último -el de 1999- las patologías que reunía esa persona -sin cambio alguno- se valoran con un porcentaje superior a este último. Varías Sentencias del Tribunal Supremo analizan esta casuística[61]ante la denegación por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social de la prestación por no reconocer el periodo trabajado con discapacidad. El TS entiende que sí procede reconocer la jubilación en estos casos de actualización de baremos, aunque la resolución de "actualización" se efectúe a posteriori[62]. En palabras textuales del Tribunal: "en el presente caso, no nos encontramos ante una revisión, sino una actualización del baremo, por lo que el periodo total cotizado por el actor lo ha sido habiendo trabajado con un grado de discapacidad superior al 45 %, en concreto del 75 %, que ha de surtir a efectos de la pensión de jubilación anticipada por discapacidad, plenos efectos desde la fecha de la solicitud".

Esta interpretación nos resulta de gran interés en la medida en que se acerca a la justicia dejando a un lado una lectura excesivamente literal del derecho positivo para apreciar el contexto de la misma y su *ratio legis* original.

4.4.3. Reconocimiento de incapacidad permanente tras jubilación anticipada por razón de discapacidad

Ejemplo de la falta de sistematización normativa es la controversia resuelta recientemente por nuestro TC en la Sentencia 172/2021 de 7 de octubre de 2021[63] acaecida de la interpretación del artículo 195.1 LGSS que revoca la doctrina del TS que impedía el acceso a la Incapacidad Permanente tras jubilación anticipada por razón de discapacidad.

El Tribunal Supremo venia entendiendo que la jubilación del actual artículo 206 bis hay que asimilarla a la ordinaria[64] y que por ende la referencia del artículo 195.1 LGSS que establece que "no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el artículo 205.1.a)" había que relacionarla en los casos de jubilaciones anticipadas por motivos de discapacidad a la prevista en su norma reguladora, ya que en esos casos estamos ante la edad ordinaria para quienes se beneficien de la medida. Como se ha adelantado, el TC rectifica esta doctrina al entender vulnerado el principio de no discriminación que contempla el artículo

[61] Por todas, las SSTS núm. 1014/2017 de 19 diciembre (RJ 2017\6124), o la núm. 630/2018, de 13 junio (RJ 2018\3423).

[62] Resulta de aplicación a estos efectos la Disposición Transitoria única del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía que dispone que: "quienes, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto, hubieran sido declarados minusválidos en un grado igual o superior al 33 % con arreglo al procedimiento establecido en el Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, y disposiciones de desarrollo, incluidos los supuestos de reconocimiento de grado por homologación de las situaciones de invalidez declarados por la Seguridad Social, no precisarán de un nuevo reconocimiento. Ello sin perjuicio de las posibles revisiones que, de oficio o a instancia de parte, sea procedente realizar posteriormente". En aplicación de esta norma, véase, por todas, la STS de 6 abril 2004 (RJ 2004\2672).

[63] (RTC 2021\172) posteriormente reiterada en SSTC núm. 192/2021, de 17 diciembre (RTC 2021\192), núm. 5/2022, de 24 enero (RTC 2022\5) y núm. 52/2022, de 4 abril (RTC 2022\52).

[64] En palabras del propio Tribunal Supremo en Sentencia núm. 709/2021, de 1 julio (RJ 2021\3967) "la jubilación ordinaria no solo es la que establece el art. 205 sino que, junto a ella, hay otras que merecen igual calificativo al constituirse como jubilaciones propias y autónomas, como son las del art. 206 de la LGSS".

14 CE[65]. A este respecto consideramos que la legalidad ordinaria contiene mimbres suficientes para resolver la cuestión litigiosa en el mismo sentido que lo hace el TC, independientemente de su lógica[66], ya que el artículo 195.1 LGSS se remite expresamente a la edad prevista en el 205.1.a) y no a la edad ordinaria de jubilación, por lo que no había por aplicar esta regla extensivamente al entonces artículo 206 LGSS.

5. Breve recapitulación final

Se ha expuesto a lo largo de este trabajo la regulación de un mecanismo de anticipación de la edad de jubilación concebido para personas con discapacidad. Estamos ante una medida de acción positiva que resulta esencial en la garantía de la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos en el nivel contributivo de la Seguridad Social. De no existir la misma, abocaría a estas personas a mantener en el tiempo trabajos que pudieran perjudicar su estado psicofísico, o a acudir al nivel no contributivo para adquirir una pensión de subsistencia.

Se ha podido comprobar como en realidad el artículo 206 bis LGSS contiene dos regímenes distintos, dependiendo del grado de discapacidad, y de si nos encontramos ante una discapacidad contenida en el listado reglamentario o no. Y, también, que estas dos vías difieren tanto en contenido como en justificación. Ambas, eso sí, atienden tanto en su ámbito subjetivo como material a criterios estrictamente relacionados con la persona, sin atender a aspectos de la actividad, pese a que esta puede tener notable relevancia tanto en la penosidad en el desarrollo de la actividad, como en la esperanza de vida del individuo. Estamos en la posición de tachar de descoordinada esta dualidad de regímenes, los cuales ni siquiera satisfacen a todo el colectivo de personas con discapacidad de acuerdo a la concepción de la misma aportada con la CIDPD.

Además de esta insuficiencia en cuanto al rango protector de la medida se ha observado en estos estudios importantes deficiencias normativas que han tenido que ser solventadas vía jurisprudencial mediante una interpretación flexible y contextualizadora. Estos déficits merecen ser depurados.

La nueva reforma sobre la medida analizada que se anuncia en la reciente Ley 21/2021 constituye una oportunidad inmejorable de corregir todos los escollos de fondo puestos de relieve en el funcionamiento de la medida, así como los déficits técnico-legislativos expuestos.

6. Bibliografía

Álvarez De La Rosa, M.: *El valor de la igualdad y el derecho al trabajo*, Comares, Granada, 2020.

CERMI: *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2010*, Madrid, Cinca, 2011.

De Asís Roig, R.: "Discapacidad y Constitución", *Derechos y Libertades*, núm. 29, Época II, 2013.

Esteban Legarreta, R.: "Anticipación de la edad de jubilación por discapacidad: más allá de las enfermedades «listadas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* Centro de Estudios Financieros, núm. 418, 2018.

[65] Comentamos esta sentencia en Rueda Monroy, J.A.: "Reconocimiento de incapacidad permanente tras jubilación anticipada por razón de discapacidad: STC 172/2021 de 7 octubre", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, pp. 338-349.

[66] En contra de la interpretación que se le da al precepto tras la doctrina del TC, Maldonado Molina, J.A.: *Las jubilaciones anticipadas… Op. Cit.* p. 175.

Foster, D.: "Legal obligation or personal lottery? Employee experiences of disability and the negotiation of adjustments in the public sector workplace", *Work, Employment & Society*, núm. 21, 2007.

Gala Durán, C.: "La jubilación anticipada de las personas con discapacidad", *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 7, 2020.

García Jiménez, M.: "La prestación de jubilación anticipada y la acreditación del grado de discapacidad", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 5, 2015.

Maldonado Molina, J.A.: "La jubilación a edades reducidas por la actividad o discapacidad", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A.: *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011.

Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm 467, 2022.

Martínez-Pujalte, A.L. y Fernández Orrico, F.J.: "El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas", *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 1, 2016.

Monereo Pérez, J.L. *et al.*: *Manual de Seguridad Social*, Decimoséptima edición, Madrid, 2021.

Ordóñez Casado, I.: "La salud de los trabajadores con discapacidad y su incidencia en la edad de jubilación", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 231, 2020.

O´reilly, A.: *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidad*, Ginebra, OIT, 2007.

Ortiz González-Conde, F.M.: "La pensión de jubilación de las personas con discapacidad", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 236, 2020.

Palacios Rizzo, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.

Pérez Bueno, L.C. y Álvarez Ramírez, G.: "Derechos: prestaciones y obligaciones de los poderes públicos", en VV.AA.: *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, De Lorenzo García, R. y Pérez Bueno, L.C. (Dirs.), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 333-379.

Pérez Pérez, J.: "La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas", *Estudios de Relaciones Laborales*, Diputación de Barcelona, 2017.

Rueda Monroy, J.A.: "Descifrando la delimitación subjetiva de la LGDPD. Especial referencia al ámbito socio laboral del derecho" *Revista Jurídica Del Trabajo*, vol. 2, núm. 4, 2021.

Rueda Monroy, J.A.: "Reconocimiento de incapacidad permanente tras jubilación anticipada por razón de discapacidad: STC 172/2021 de 7 octubre", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022.

Seoane Rodríguez, J.A.: "La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos", en VV.AA.: *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana,* Blázquez Peinado M. D. y Biel Portero I. (Dirs.) Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Valdés Alonso, A.: "Discapacidad y jubilación: el real decreto 1851/2009 sobre anticipación de la jubilación de los trabajadores discapacitados", *Documentación Laboral*, núm. 88, 2010.

Waddington, L.: "The Relationship between Disability Non-Discrimination Law and Quota Schemes: A Comparison between Common Law and Civil Law Jurisdictions in Europe Forthcoming, en VV.AA.: *Anti-Discrimination Law in Civil Jurisdictions*, Havelková, B. y Möschel, M. (Edits.), TBD, 2018 (Accesible en: https://ssrn.com/abstract=3246883).

La jubilación forzosa: análisis de su evolución histórico-normativa[1]

José Enrique Ruiz Saura
Investigador Contratado Predoctoral-FPU de Derecho del Trabajo y de la Seg. Social
Universidad de Murcia

1. Introducción

En la función pública, la jubilación forzosa es una institución jurídica tradicional. Muestra de ello es que, la primera jubilación forzosa regulada legalmente en España, data de finales del siglo XIX[2] y vino establecida por medio del Real Decreto de 12 de marzo de 1889[3], donde se establecía una jubilación forzosa a los 65 años de edad en las relaciones funcionariales desarrolladas en Correos y Telégrafos.

Podría afirmarse que esta realidad ha venido sustentándose en la presunción de una relativa ineptitud para la prestación de servicios en determinados ámbitos del sector público, la cual se consideraría sobrevenida al cumplir a una cierta edad[4]. *V. gr.*, el reciente pronunciamiento del

[1] El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "LA ACTIVIDAD SINDICAL Y DERECHOS COLECTIVOS EN LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI", realizado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia con la financiación del Ministerio de Universidades (FPU 19/02487).

[2] Barceló Fernández, J.: "La modificación de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Análisis de una nueva situación", Temas Laborales, Núm. 121, 2013, p. 108.

[3] Gaceta de Madrid de 19 de noviembre de 1890, pp. 582 a 583.

[4] Esteve Segarra, A.: "Le enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", Labos, Núm. Extraordinario "La reforma laboral de 2021", 2022, p. 163.

TC, que por medio de su auto de 11 de mayo de 2022[5], recurre a esta presunción para convalidar la jubilación forzosa de los controladores civiles de tránsito aéreo, incluso al margen de no contar con la cotización necesaria para acceder a la pensión máxima de jubilación. Así lo señala en su FJ 2[6]:

> *"El alto nivel de estrés, la rotación de turnos y la extrema responsabilidad sobre las operaciones aéreas que controlan justifican una medida legislativa que tiene como finalidad evitar las consecuencias negativas que pudieran derivarse de la incidencia de los factores descritos sobre el interés general.*
>
> *…/…*
>
> *(…) no solo la edad de jubilación, sino que las demás condiciones laborales también se apartan de las del resto de trabajadores, por la singularidad de esta profesión y su trascendencia para la seguridad aérea.*
>
> *Por consiguiente, existe una finalidad objetiva y razonable que justifica la imposición por ley de una edad de jubilación forzosa a los controladores de tránsito aéreo, que no resulta desproporcionada".*

Sin embargo, en el ámbito privado, esta figura ha alternado periodos de vigencia con otros en los que se ha optado por eliminarla del ordenamiento jurídico. Además, cuando la jubilación forzosa ha estado vigente, los términos legales dados a la misma tampoco han sido similares en todas las épocas. No en vano, en determinadas ocasiones, la misma ha sido establecida en base a una norma de derecho necesario absoluto y, en otras, mediante una norma dispositiva que remitía a la negociación colectiva para la concreción de sus términos. En este último caso, la DA 10ª ET ha sido el lugar previsto en las últimas décadas para habilitar legalmente a los agentes sociales para el establecimiento, dentro de unos determinados parámetros, de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos.

En la actualidad, es previsible que un progresivo aumento de la edad legal de jubilación incida en la jubilación forzosa relegándola a un papel más testimonial a medio y largo plazo. No en vano, antes de la aprobación de la Ley 21/2021[7], sólo una de cada tres personas trabajadoras se encontraban incluidas dentro del ámbito de aplicación de un convenio colectivo que incluyese alguna cláusula de jubilación forzosa[8].

En cualquier caso, esta nueva ley alberga medidas novedosas que buscan revestir de mayor utilidad a la jubilación forzosa como herramienta ambivalente de política social. Todo ello, motiva el análisis que se expondrá en las líneas siguientes.

---

[5] Cuestión de inconstitucionalidad 910/2022.

[6] Este criterio expuesto por el TC es coincidente con el mantenido por el TS en los años inmediatamente precedentes. *Vid.* SSTS de 18 de febrero de 2020 (969/2018), de 21 de febrero de 2020 (rec. 114/2018), y de 25 de noviembre de 2020 (rec. 154/2018).

[7] Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (BOE de 29 de diciembre de 2021).

[8] Maldonado Molina, J.A.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021", Temas Laborales, Núm. 161, 2022, p. 430.

2. La jubilación forzosa en nuestro ordenamiento jurídico desde sus inicios hasta la ley 21/2021

Antes de la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores de 1980[9], la jubilación tenía un carácter fundamentalmente voluntario en el sistema de relaciones laborales español. No obstante, como excepción a esta norma general, en las décadas de 1940 y 1950, ya habían aparecido a nivel sectorial y empresarial determinados preceptos legales de cese forzoso de la relación laboral por cumplimiento de la edad máxima fijada al efecto o por imposibilidad física apreciada por la empresa[10]. En este sentido, es destacable que la Reglamentación de Trabajo de RENFE en 1944[11], articuló tres modalidades distintas:

> *"a) por edad (68, 64 o 60 años), según las actividades*
>
> *b) por invalidez, con 15 años de servicios*
>
> *c) por enfermedades con 15 años de servicios también en la Red, computándose la excedencia forzosa a los que llevaran 10 años de servicios".*

Así mismo, el Reglamento Nacional de Trabajo en la compañía Tabacalera, S.A. de 1946[12], preveía en su art. 51.2 la jubilación forzosa a las edades de 70 y 67 años, dependiendo del grupo profesional en que estuviese encuadrada la persona trabajadora. Incluso, para los puestos de trabajo de mecanografía, esta edad se rebajaba a los 65 años. En el sector de la industria resinera, la Orden de 14 julio de 1947[13], fija en su artículo 53 la obligatoriedad de acceder a la jubilación a los 65 años (salvo que haya de adelantarse esta edad por "inutilidad para la función que tuviese asignada").

Por su parte, el art. 12 del Reglamento especial de la caja de pensiones de los empleados del Banco de España (1958)[14], preveía dos supuestos distintos de jubilación forzosa para aquellas personas trabajadoras que contasen con más de 10 años de servicio en la institución:

> *"1°) Si no se concede prórroga por el Consejo General del Banco a los empleados que hayan cumplido setenta años de edad para continuar en el servicio activo.*
>
> *2°) Por causa de inutilidad física no alegada por el interesado, pero real a juicio del Jefe de la Oficina y de los Directores Generales, previo informe de la Junta Administradora".*

Incluso, en las décadas siguientes, aparecieron leyes como el Decreto 2525/1967, de 20 de octubre[15], que introdujo en el ordenamiento jurídico la jubilación forzosa para el personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares. En este caso, señala en su art. 62 que "El personal causará baja forzosa, pasando a la situación legal de vejez al cumplir los 70 años, si no lo hubiera sido con anterioridad voluntaria (*sic*) y por falta de aptitud". Sin embargo, paralelamente

[9] Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 14 de marzo de 1980).

[10] Maldonado Molina, J.A.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021", Temas Laborales, cit., p. 408.

[11] Disponible en: https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/5091/2073100_449.pdf (última revisión en fecha de 15/07/2022).

[12] Viene recogido en la Orden de 28 de junio de 1946 (BOE de 4 de julio 1946).

[13] BOE de 5 de agosto de 1947.

[14] Disponible en: https://repositorio.bde.es/handle/123456789/2829 (última revisión en fecha de 18/07/2022).

[15] BOE de 25 de octubre de 1967.

a lo anterior, el TS señaló en sus sentencias de 13 de octubre y 22 de diciembre 1967 la prohibición de pactar cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos[16].

Como se ha reseñado, el ET de 1980 trajo consigo la primera instauración legal de la jubilación forzosa con eficacia general para el conjunto de nuestro sistema de relaciones laborales. Curiosamente, se dio la particularidad de que este hecho tuvo lugar sólo unos meses antes de que entrara en escena la Recomendación núm. 162 de la OIT, sobre trabajadores de edad (1980)[17], la cual abogaba por no establecer límites máximos de edad para el trabajo.

Concretamente, en la DA 5ª ET, se señaló que "la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación". Así mismo, este precepto no operaba con carácter de derecho necesario absoluto, sino relativo, ya que también facultaba al Gobierno central y a la negociación colectiva para fijar alternativamente otra edad a efectos de jubilación forzosa, siempre que no superase el referido límite de 69 años.

Tras la aprobación de esta disposición normativa, la misma fue sometida al examen del TC en su sentencia 22/1981, de 22 de julio[18]. De partida, esta resolución determinó que era inconstitucional que el Gobierno pudiera fijar una edad tope para dejar de trabajar "de forma directa e incondicionada". Aunque precisó que, siempre cuando llevara aparejado el cumplimiento de unos determinados requisitos, la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo por medio de una ley o de un convenio colectivo, no conculcaba la CE[19]. Las circunstancias referidas consistían, por un lado, en que la jubilación forzosa no lesionara los derechos de las personas trabajadoras a sus correspondientes prestaciones en materia de Seguridad Social y, además, que la misma asegurase una oportunidad de trabajo a la población en desempleo[20]. Posteriormente, las SSTC 58/1985, de 30 de abril[21] y 95/1985, de 29 de julio[22], se reafirmaron en la constitucionalidad de esta medida y en la validez legal de que la negociación colectiva incorporase cláusulas de jubilación forzosa[23].

Más tarde, con la aprobación del ET de 1995[24], el legislador suprimió el antedicho límite legal de edad máxima prevista para el trabajo, lo cual supuso que la edad para la jubilación forzosa quedaba únicamente circunscrita, por un lado, a lo que estableciese en cada momento el Gobierno central en el ejercicio de las facultades para las que venía estando habilitado desde la

[16] Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas laborales", Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Núm. 27, 2022, p. 59.

[17] Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R162 (última revisión en fecha de 1/08/2022)

[18] Cuestión de inconstitucionalidad 223/1980.

[19] Constitución Española de 1978 (BOE de 29 de diciembre de 1978).

[20] A sensu contrario, la STC 22/1981, de 2 de julio, declaró la inconstitucionalidad de una jubilación forzosa aplicada de forma directa e incondicionada, por su afectación al derecho al trabajo en su vertiente individual.

[21] Cuestión de inconstitucionalidad 170/1983.

[22] Rec. 139/1983.

[23] Cabe destacar que, a día de hoy, la jurisprudencia comunitaria también avala la vigencia de la jubilación forzosa en ordenamiento laboral de la Unión Europea. Así, en las SSTJUE de 16 de octubre de 2007 (Caso Félix Palacios de la Villa) y de 12 de octubre de 2010 (Caso Rosenbladt), determinaron que la normativa comunitaria era compatible con la misma cuando, en el ámbito normativo de cada Estado miembro, cada cláusula de jubilación forzosa estuviera justificada de forma objetiva y razonable. Como se señalará más adelante, el legislador comunitario dio cabida a este criterio en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre.

[24] 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 (BOE de 29 de marzo de 1995).

entrada en vigor del ET de 1980, o bien, a la negociación colectiva. Esta nueva redacción quedó reubicada en la DA 10ª.

No obstante, 6 años después, esta disposición adicional fue derogada por medio del RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad[25]. Todo ello, respondió a los compromisos adoptados dentro del Pacto de Toledo de fomentar el retraso de la edad real de jubilación. De hecho, en la exposición de motivos de la mencionada ley, la jubilación forzosa era catalogada como un "instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales".

Sin embargo, la desaparición de la jubilación forzosa de nuestro sistema de relaciones laborales no fue absoluta. No en vano, unos años las SSTS de 9 de marzo de 2004[26] determinaron que, pese a la derogación de los preceptos normativos habilitantes de la jubilación forzosa, las cláusulas de los convenios vigentes con anterioridad a ese cambio normativo y sus sucesivas prórrogas (incluso las tácitas, pero no las novaciones de convenio), debían continuar aplicándose. En base a ello, la STS de 31 de enero de 2006[27], convalidó la jubilación forzosa de los controladores aéreos.

Nuevamente, el legislador decidió restaurar la figura de la jubilación forzosa 4 años después de su desaparición formal del ordenamiento jurídico, aunque no lo hizo de forma íntegra. Concretamente, con la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad de jubilación[28]. Este cambio supuso que la jubilación forzosa quedase circunscrita a que, los agentes sociales en el ejercicio de su autonomía colectiva, suscribiesen acuerdos en los cuales se incorporasen "cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social". Aunque esta nueva posibilidad debía quedar ineludiblemente vinculada a objetivos coherentes de política de empleo. Para ello, a efectos orientativos, señalaba los siguientes: "la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo". Años más tarde, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social[29], introdujo un requisito adicional: que la persona jubilada forzosamente tuviera garantizada una pensión de, al menos, el 80 % al cesar en su trabajo.

En febrero de 2012, la reforma laboral impulsada por el gobierno de Mariano Rajoy[30], modificó de nuevo la DA 10ª ET para declarar "nulas y sin efecto" las cláusulas convencionales que contemplasen la jubilación forzosa de las personas trabajadoras al cumplir la ordinaria de jubilación. Sin embargo, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, suscrito por los agentes sociales el 5 de julio de 2018, demandó el retorno a la situación anterior, esto es, que la negociación colectiva volviera a tener potestad para establecer cláusulas de jubilación forzosa como políticas de empleo y relevo generacional, sobre todo, con miras a la reducción del

[25] BOE de 3 de marzo de 2001.

[26] Rec. 765/2003 y rec. 2913/2003.

[27] Rec. 656/2004.

[28] BOE de 2 de julio de 2005.

[29] BOE de 2 de agosto de 2011.

[30] Inicialmente, a través del RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero de 2012) y, después, por medio de la Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE de 7 de julio de 2012).

desempleo juvenil[31]. Estas aspiraciones se vieron cumplidas por medio de la DF 1ª del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y empleo[32]. No obstante, este precepto dio una nueva vuelta de tuerca a los requisitos legales previstos para la jubilación forzosa, de manera que pasó a exigirse que la persona jubilada estuviese en disposición de obtener una pensión equivalente al 100 % de la base reguladora (antes se exigía solamente el 100 %).

3. La jubilación forzosa en la ley 21/2021: utilidad social y política

Esta nueva reforma de la DA 10ª ET da cabida a una serie de novedades que tienen la finalidad de alcanzar un equilibrio entre tres objetivos distintos: política de empleo, sostenibilidad del sistema público e igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo. De hecho, los dos primeros ya venían estando presentes en el ET de 1980 cuando, en su DA 5ª, facultaba al Gobierno para señalar una edad laboral máxima en el conjunto del país "en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo".

Como se ha señalado anteriormente, a lo largo de los últimos cuarenta años, la instauración normativa de la jubilación forzosa, en ocasiones, ha sido admitida por el legislador por ser vista como una política de empleo útil que contribuía a un relevo generacional en el mercado de trabajo. Y a su vez, en otros momentos, ha sido desechada por considerarse perjudicial para la sostenibilidad del sistema público de pensiones, ya que era percibida como un obstáculo para la mejoría del Índice de Envejecimiento Activo en España, esto es, para el alargamiento de la edad real de jubilación.

Para hacer compatible ambas sensibilidades, la Ley 21/2021 ha plasmado el primer acuerdo social que, sin dejar de facultar a la autonomía colectiva para establecer una edad en la que haya de efectuarse el relevo generacional de un puesto de trabajo, también restringe esa posibilidad a casos de personas trabajadoras que hubieran retrasado el cese de actividad, lo cual también redunda en la necesaria sostenibilidad del sistema de pensiones.

Además, se ha abierto la puerta a la perspectiva de género, pasando a ser un elemento novedoso de mucho peso. No en vano, el fomento del empleo femenino y, específicamente, la contratación indefinida de mujeres para acometer trabajos con reducida presencia femenina, es actualmente la única justificación que hace posible que un convenio colectivo contemple una jubilación forzosa a una edad inferior a los 68 años, concretamente, se admite que la negociación colectiva tenga el margen de rebajar el límite hasta la edad ordinaria de jubilación.

3.1. Como política de empleo

En el año 1995, en la nueva redacción dada en ese momento al ET, el legislador ya puso de relieve que la jubilación forzosa también era considerada un "instrumento para realizar una política de empleo".

No en vano, la limitación que supone al ejercicio del derecho al trabajo por parte de grupos de personas trabajadoras mayor edad no es caprichosa, sino que obedece a la intención de facilitar el acceso al empleo a colectivos como, *v. gr.*, las personas menores de 25 años, que soportan un nivel desempleo estructural y superior al que se atisba en el conjunto de la población[33]. Tanto es así

[31] Al final del segundo trimestre de ese año (2018), el Instituto Nacional de Estadística situaba el paro de las personas menores de 25 años en el 34,68 %.

[32] BOE de 29 de diciembre de 2018.

[33] Morales Vállez, C.E., *Jubilación forzosa y negociación colectiva*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 21.

que, ya en 1980, la tasa de paro juvenil superaba el 30 %, mientras que la tasa de paro general se situaba en el 14 %, siendo ésta una tendencia que se mantiene actualmente en parecidos valores.

Sin embargo, desde sectores reacios a esta medida, la misma ha sido criticada por considerarse de poca eficacia para ayudar a las personas jóvenes a lograr un empleo y, a su vez, por entenderla perjudicial por provocar la pérdida de talento, experiencia y conocimiento en el seno de la empresa[34].

Anteriormente, el TC señaló en su sentencia de 2 de julio de 1981[35] que, como norma general, la jubilación tenía un carácter voluntario para la persona trabajadora. Por ello, como queda expuesto en anteriores párrafos, para establecer convencionalmente supuestos obligatorios de acceso a la jubilación, se hacía necesario que los mismos estuviesen estrictamente justificados por objetivos de reparto de empleo. De hecho, el TC señaló que el establecimiento de la jubilación forzosa como fundamento de una determinada política de empleo, es la expresión de una concepción del valor general de solidaridad que se proyecta en el ámbito colectivo de las relaciones laborales[36].

Esta sentencia adquirió mucha relevancia, convirtiéndose su criterio en un referente para posteriores pronunciamientos judiciales, como fueron las SSTS de 28 de marzo de 1983, de 11 de mayo de 1983, de 30 de mayo de 1983, de 11 de julio de 1985, de 12 de julio de 1985, de 2 de junio de 1986 y de 9 de diciembre de 1986, que también se hicieron eco de la misma fundamentación.

Sin embargo, en el corto plazo, la jurisprudencia del TC iría modulando o, directamente, desviándose de esta doctrina. De hecho, las SSTC 58/1985, de 30 de abril[37]; 95/1985, de 29 de julio[38]; o 136/1985, de 11 de octubre[39], entre otras, obviaron la necesidad de dar cumplimiento a requisito alguno (más allá del acceso a la pensión de jubilación contributiva) para que la jubilación forzosa derivada de la negociación colectiva fuera considerada acorde con la CE. Concretamente, en el FJ 7 *in fine* de la primera de las sentencias mencionadas en este párrafo, se dispuso lo siguiente:

> *"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 el 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".*

Así mismo, el TS y, en general, el conjunto de los operadores jurídicos, fueron progresivamente flexibilizando su exigencia en la aplicación de esta doctrina. Y esta tendencia se mantuvo hasta finales de siglo. De tal manera que, el concepto de política de empleo, pese a ser un elemento central para la viabilidad de la jubilación forzosa, pasó a una situación de ambigüedad e indeterminación y, por ende, su carácter preceptivo se fue relativizando. Tanto fue así que, para entender cumplidos los objetivos de redistribución de empleo, terminó admitiéndose el mero

---

[34] Barceló Fernández, J.: "La edad de jubilación como política de empleo y como posible medida antidiscriminatoria", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Núm. 39, 2014, p. 101.

[35] Cuestión de inconstitucionalidad 223/1980.

[36] Esteve Segarra, A.: "Le enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", *Labos*, cit., 2022, pp. 159-160.

[37] Cuestión de inconstitucionalidad 170/1983.

[38] Rec. 139/1983.

[39] Rec. 844/1983.

hecho de que la persona jubilada tuviera derecho a percibir su pensión, al margen de que su puesto fuera cubierto posteriormente o amortizado[40].

En este sentido, la STS de 2 de marzo de 1983, determinó incluso que era ajustado a derecho llevar a cabo jubilaciones forzosas en contextos de reducción de plantilla. En el FJ 3 de esta resolución, al Alto Tribunal precisó que las razones de política de empleo en ese caso quedaban comprendidas en la necesidad de amortizar puestos de trabajo para superar una situación de crisis empresarial.

También destaca la STS de 2 de junio de 1986, que convalidó la jubilación forzosa de un trabajador de Radio Nacional de España en base a la mera presunción de que la misma, por venir recogida en el convenio aplicable, cumplía el objetivo de política de empleo (FJ 1):

> *"El citado precepto (art. 36 del III Convenio Colectivo del Ente Público RTVE, RNE, S.A. y RCE, S.A.) dispone que «a partir de 1 de enero de 1984 se establece en 65 años la edad de jubilación forzosa para el personal de RTVE y de sus sociedades (...), siempre que al cumplir dicha edad los afectados tuvieran derecho al 100 % de la correspondiente pensión de la Seguridad Social» (…).*
>
> *…/…*
>
> *En el supuesto que se examina, el artículo 23 del Convenio garantiza plenamente los derechos de Seguridad Social de los trabajadores y, en cuanto al objetivo de redistribución del empleo, aunque hubiese sido conveniente su constancia expresa, debe presumirse en un convenio colectivo (…)".*

Más adelante, el TS estableció expresamente en sus sentencias de 27 de octubre de 1987, 18 de diciembre de 1989 y 27 de diciembre de 1993, 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". Además, incidió en "que es constitucional el 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".

Posteriormente, las SSTS de 8 de marzo[41] y de 14 de julio de 2000[42], se reafirmaron en que "la bondad de la jubilación acordada en base a lo dispuesto en un Convenio Colectivo se halla condicionada exclusivamente al hecho de que el afectado reúna los requisitos para causar derecho a prestaciones por jubilación".

La anterior tendencia comenzó a revertirse una vez entrado el nuevo siglo. No en vano, las SSTC 280/2006, de 9 de octubre[43], y 341/2006, de 11 de diciembre[44], retomaron el criterio sostenido inicialmente por este órgano en la antedicha resolución de 2 de julio de 1981. Concretamente, se señaló lo siguiente:

> *"las precondiciones que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado son, con arreglo a nuestra doctrina (SSTC 22/1981, de 2 de Julio; y 58/1995, de 30 de Abril), las siguientes:*

[40] Ibid.

[41] Rec. 2436/1999.

[42] Rec. 3428/1999.

[43] Rec. 43/2003.

[44] Rec. 750/2004.

> *1) El cese forzoso por esa causa sólo es posible si (...) procede la percepción de pensión de jubilación (...).*
>
> *2) La fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se garantizara una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo".*

Así mismo, en los últimos años, se aprecia en los tribunales un esfuerzo por dotar de mayor rigor y concreción la determinación de los objetivos de política de empleo para la jubilación forzosa en los convenios colectivos. Inicialmente, la STS de 22 de diciembre de 2008[45], estableció la literalidad siguiente:

> *"para legitimar la validez de las cláusulas de cese forzoso por edad no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que la norma enumera (…), ni tampoco es suficiente que se haga una mera reproducción de su abstracta expresión legal, sin una concreta especificación alejada de hueca retórica, sino que el obligado acatamiento a aquellos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (…), por fuerza llevan a sostener que entre el sacrificio (individual) que comporta el cese forzoso y la explicitada contrapartida (colectiva) de una beneficiosa política de empleo, ha de mediar un razonable y proporcionado equilibrio justificativo".*

Esta concreta fundamentación fue reiterada durante los años inmediatamente posteriores por parte del Alto Tribunal, así consta en sus sentencias de 12 de mayo de 2009[46], 10 de noviembre de 2009[47], 24 de noviembre de 2011[48], 4 de julio de 2012[49], 11 de julio de 2012[50], y 20 de noviembre de 2012[51].

Además, más recientemente, las SSTS de 12 de noviembre de 2014[52], de 4 de febrero de 2015[53], de 9 de marzo de 2015[54], de 30 de junio de 2015[55], de 28 de abril de 2016[56] y de 4 de mayo de 2017[57], ha incidido y complementado el criterio anterior de que la jubilación forzosa, ineludiblemente, debe llevar aparejada la puesta en marcha de forma efectiva de medidas vinculadas directamente con políticas de empleo en el seno de la empresa. En las referidas sentencias, como podrá observarse a continuación, este criterio más reciente ha sido planteado en unos términos que suponen un giro copernicano con respecto a lo fundamentado en su día por la STS de 2 de junio de 1986:

[45] Rec. 3460/2006.

[46] Rec. 2153/2007.

[47] Rec. 2514/2008.

[48] Rec. 4011/2010.

[49] Rec. 2776/2011.

[50] Rec. 4157/2011.

[51] Rec. 4229/2011.

[52] Rec. 3245/2013.

[53] Rec. 233/2014.

[54] Rec. 651/2014.

[55] Rec. 2533/2014.

[56] Rec. 3062/2014.

[57] Rec. 2238/2015.

> *"no basta la mera expresión de tales objetivos -de política de empleo- en el Convenio Colectivo, sino que para que los mismos justifiquen (con arreglo a la ya derogada DA 10ª ET) los ceses forzosos por razón de edad, es además preciso que esa contrapartida colectiva se haya materializado o esté en trance de su efectiva materialización a través de las correspondientes actuaciones empresariales. Sólo el real cumplimiento de lo colectivamente pactado (…) puede amparar la limitación de los derechos individuales de que tratamos (…)".*

Ante todo estos antecedentes de inseguridad jurídica, la nueva redacción de la DA 10ª ET permite disponer de una mayor precisión y claridad sobre los objetivos de política de empleo, que se sintetizan en la obligatoriedad de contratar a una persona trabajadora con carácter indefinido y a tiempo completo como requisito previo a la jubilación forzosa. Concretamente, el referido precepto legal señala que la jubilación forzosa "deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora". De esta forma, la Ley 21/2021 trata de establecer una garantía tangible del relevo generacional regulado en convenio, lo cual se considera inédito en las cláusulas de jubilación obligatoria[58].

Consecuentemente, el articulado de muchos convenios que albergan preceptos referidos a la jubilación forzosa, pasan a tener una vigencia transitoria[59]. De tal forma que, en la negociación colectiva posterior a diciembre de 2021, medidas como la transformación de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo, de contratos temporales en indefinidos o suscripción de contratos de relevo, no serán un eximente para que la empresa asuma su obligación de celebrar un contrato indefinido a tiempo completo cuando se produzca una jubilación forzosa.

3.2. Para reforzar la sostenibilidad del sistema público de pensiones

Como señala la Ley 21/2021 en el segundo apartado de su exposición de motivos, la problemática de la sostenibilidad del sistema público de pensiones, viene abordándose desde hace décadas por parte de los operadores legislativos y de los agentes sociales. No en vano, la capacidad de la Seguridad Social para dispensar pensiones completas y suficientes a medio y largo plazo, depende ineludiblemente de una configuración sostenible.

Actualmente, se identifican tres condicionantes con alta incidencia en esta pretendida sostenibilidad. Por un lado, nos encontramos con que el sistema presenta un déficit persistente desde 2011[60]. En segundo lugar, en el supuesto de mantenerse una edad de jubilación similar a la actual, el aumento de la esperanza de vida en España implicaría que la percepción de la pensión de jubilación abarque un periodo de tiempo más largo. Y además, en los próximos años se prevé un gran aumento del número de pensiones a raíz del acceso a la jubilación de los integrantes de la generación del *baby boom*. Concretamente, este aumento iría, desde los 9,6 millones actuales, hasta los 15 millones a mediados de siglo[61], lo cual supone un impacto presupuestario de gran calado para un sistema que, como ocurre en el caso español, se basa en el compromiso intergeneracional de los cotizantes. Y es que, si bien a finales del siglo pasado y principios del actual, el posible

[58] Maldonado Molina, J.A.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021", *Temas Laborales*, cit., pp. 419-420.

[59] Podrán mantenerse hasta un máximo de tres años desde la finalización de la vigencia inicial prevista para el convenio en cuestión (DT 9ª ET).

[60] Disponible en: https://revista.seg-social.es/-/sostenibilidad-y-revalorizaci%C3%B3n-de-las-pensiones (última revisión en fecha de 27/07/2022).

[61] *Ibid.*

desequilibrio entre los ingresos y gastos del sistema quedaba solventado por el rol de cotizante de los llamados *baby boomers* (además de por la incidencia de la incorporación de población migrante a nuestro mercado de trabajo), en la actualidad, el cambio al rol de pensionista de gran parte de los miembros de esta generación supone que se inviertan las tornas.

Partiendo de la necesidad de reforzar el sistema para dar respuesta a los retos de índole laboral y económica señalados, se produjo la firma del Acuerdo Social de 1 de julio de 2021, por parte del Gobierno central, las patronales CEOE y CEPYME, y las organizaciones sindicales CCOO y UGT, el cual ya incluyó en su ordinal 6º (con el título "Jubilación forzosa") una medida similar a la recogida en la nueva DA 10ª ET.

En ese acuerdo, que posteriormente ha sido incorporado a por la Ley 21/2021, dicha medida tenía como razón de ser la de favorecer el acercamiento voluntario entre la edad real y la efectiva de jubilación. De hecho, en la redacción dada *a posteriori* en el cuerpo normativo, esta iniciativa es puesta en relación con la necesidad de incentivar el "envejecimiento activo", eufemismo referido al alargamiento de la vida laboral. No en vano, la revisión del Pacto de Toledo llevada a cabo en 2020[62], ya se fijaba como objetivo limitar al máximo "el abandono prematuro de la vida laboral y la protección ante los despidos colectivos". Además, como prioridad de las políticas activas de empleo, destacó "la recolocación de las personas de más edad y su mantenimiento activo".

En esta ocasión, si bien se ha optado por preservar la posibilidad de fijar en los convenios colectivos una extinción de la relación laboral por razones de la edad de la persona trabajadora, no es menos cierto que ello ha quedado supeditado férreamente al previo cumplimiento de una edad mínima de 68 años, es decir, superior a la edad legal de jubilación ordinaria vigente. Por tanto, la edad en la que la persona trabajadora pueda acceder a la jubilación ordinaria voluntariamente si reúne la cotización necesaria, es diferente (y también menor) a la edad en la que pueda verse obligada a ello por venir dispuesto en la negociación colectiva

Así mismo, también es destacable que, paralelamente a la anterior medida, se ha establecido otra que busca hacer atractiva al empleador la continuidad en la empresa de aquellos trabajadores cuya edad sea próxima a la de jubilación ordinaria. Se trata de una modificación del art. 144.4 LGSS[63], para implantar una reducción del 75 % de las cuotas patronales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante el periodo de incapacidad temporal en los casos de aquellos trabajadores con una edad mínima de 62 años.

3.3. Para la igualdad e integración social y económica de las mujeres trabajadoras

Como es sabido, el art. 11.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres[64], prevé la implantación legal de medidas de acción positiva "con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad" y "a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres".

De igual forma, esta ley está en total consonancia con la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre[65], que abre la puerta a que una normativa nacional establezca un trato diferencial a determinados sectores o colectivos de población si se dan dos requisitos:

[62] Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de noviembre de 2020.

[63] Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (BOE de 31 de octubre de 2015).

[64] BOE de 23 de marzo de 2007.

[65] DOCE de 2 de diciembre de 2000.

a) que se trate de discriminaciones justificadas de forma razonable y objetiva por una finalidad legítima (uno de estos supuestos admitidos es llevar a cabo políticas de empleo)

b) que se empleen medios adecuados y necesarios para la consecución del fin[66].

Pues bien, tras la entrada en vigor de la Ley 21/2021, la nueva redacción de la DA 10ª ET en su apartado segundo, va en esta línea. Literalmente, señala que su objetivo consiste en "alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género".

Para ello, este nuevo precepto incorpora una medida dirigida a incentivar la contratación laboral de mujeres en aquellos sectores de actividad que presenten una tasa de ocupación femenina significativamente baja. Concretamente, se entenderá producida esta circunstancia cuando, dentro del ámbito fucional de un convenio, la proporción de mujeres que ocupen un puesto de trabajo no alcance el 20 %. Así mismo, el referente temporal para verificar el cumplimiento de este requisito es la fecha de efectos de la decisión extintiva.

En este supuesto, se posibilita que cualquier convenio colectivo introduzca una cláusula de jubilación forzosa hasta, como máximo, la edad de jubilación (no a los 68 años de edad, como en el resto de casos), aunque ello está condicionado a la referida contratación de una trabajadora. En consecuencia, puede afirmarse que el legislador ha hecho extensiva la perspectiva de género a la jubilición forzosa, priorizando el fomento del empleo femenino sobre otros objetivos de alargamiento de la vida activa de las personas trabjadoras.

Como señala la Memoria del análisis de impacto de normativo del Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[67], la intención concreta y manifiesta del legislador con esta medida es que, en las actividades económicas reflejadas en la tabla siguiente,

[66] Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas laborales", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 50.

[67] Disponible en: https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV44L0-20212601&lang=es&fcAct=2021-11-04T23:48:55.568Z (última revisión en fecha de 15/07/2022). Ver páginas 110 y 111.

"si alguna persona trabajadora decide prorrogar su vida laboral en alguna de estas actividades y no hay acuerdo con el empleador, este tendrá la obligación de contratar a una mujer".

CNAE-2009	CNAE-2010 Descripción	Hombres	Mujeres	Total	% mujeres
2	Silvicultura y explotación forestal	27149	3744	30893	12,12
3	Pesca y acuicultura	20575	1516	22091	6,86
5	Extracción de antracita, hulla y lignito	894	84	978	8,59
6	Extracción de crudo de petróleo y gas natural	223	35	258	13,57
7	Extracción de minerales metálicos	2755	480	3235	14,84
8	Otras industrias extractivas	13000	1407	14407	9,77
16	Industria de la madera y del corcho, excepto muebles; cestería y espartería	41130	7272	48402	15,02
19	Coquerías y refino de petróleo	6618	1578	8196	19,25
23	Fabricación de otros productos minerales no metálicos	77648	14481	92129	15,72
24	Metalurgia; fabricación de productos de hierro, acero y ferroaleaciones	62760	7829	70589	11,09
25	Fabricación de productos metálicos, excepto maquinaria y equipo	192512	32037	224549	14,27
28	Fabricación de maquinaria y equipo no clasificado en otra parte	95627	18411	114038	16,14
30	Fabricación de otro material de transporte	43071	8682	51753	16,78
31	Fabricación de muebles	42514	10217	52731	19,38
33	Reparación e instalación de maquinaria y equipo	69767	10608	80375	13,2
37	Recogida y tratamiento de aguas residuales	4587	961	5548	17,32
38	Recogida, tratamiento y eliminación de residuos; valorización	77251	18516	95767	19,33
41	Construcción de edificios	309863	45318	355181	12,76
42	Ingeniería civil	42679	4897	47576	10,29
43	Actividades de construcción especializada	446777	51886	498663	10,41
45	Venta y reparación de vehículos de motor y motocicletas	201267	40098	241365	16,61
49	Transporte terrestre y por tubería	360785	54065	414850	13,03
50	Transporte marítimo y por vías navegables interiores	9926	2286	12212	18,72
80	Actividades de seguridad e investigación	107591	24240	131831	18,39
	TOTAL	2.256.969	360.648	2.617.617	

Fuente: Memoria del análisis de impacto de normativo del Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (pp. 111 y ss.).

Para entender esta medida, hay que recordar que la segregación de género es hoy en día un pesado lastre en nuestro mercado laboral, ya que actualmente es mucho más frecuente encontrarse con profesiones y sectores productivos ocupados en su mayoría por hombres que por mujeres. Generalmente, la población ocupada femenina se concentra mayoritariamente en sectores como la educación y la sanidad, teniendo una presencia muy reducida en sectores masculinizados como los referidos en la tabla anterior.

Por su parte, existe lo que se ha denominado "mistificación"[68] de determinadas ocupaciones masculinizadas, lo cual se basa en una visión estereotipada de género que asigna o reparte distintas competencias a hombres y mujeres. Así, mientras que los varones se les supone la fuerza física o la destreza en el manejo de herramientas, maquinaria y tecnología, la mujer queda encasillada en competencias tales como los cuidados, el buen trato con las personas, la meticulosidad y la limpieza.

Además, es frecuente que, las ocupaciones reservadas al sector femenino, conlleven una menor valoración social y económica. Incluso, en el caso de la mujer, se da un mayor nivel de desempleo, temporalidad en la contratación y de trabajo enmarcado en la economía sumergida. En la práctica, todo ello supone menores alternativas de empleo y de desarrollo de una carrera profesional para la población femenina.

Dada la complejidad de esta problemática, merece una grata acogida esta iniciativa para vincular la jubilación forzosa con el fomento del empleo femenino en sectores de actividad con infrarrepresentación de la mujer. Sobre todo, a la vista de que esta medida es planteada como prioritaria y preferente sobre el derecho al trabajo en términos generales y, en particular, sobre el fomento del retraso en la edad de jubilación hasta los 68 años para el resto de casos.

4. Conclusiones finales

La jubilación forzosa, tanto por vía legal como a través de la negociación colectiva, ha tenido una vigencia intermitente en el ordenamiento laboral a lo largo de los últimos cuarenta años. Además, periódicamente, ha estado sujeta a numerosas reformas legislativas con distinto calado, así como a cambios doctrinales que hacían que su aplicación fuera más flexible o más restrictiva, según los casos y el contexto particular.

En esta línea, es destacable la situación que estuvo dándose durante algunos años tras la aprobación de la Ley 12/2001, que si bien suponía que la negociación colectiva quedaba despojada de habilitación legal para establecer nuevas cláusulas de jubilación forzosa, la jurisprudencia avaló que continuaran vigentes aquellas que figuraban en los convenios con carácter previo a que la DA 10ª ET perdiese su vigencia. Incluso, en los casos en que las referidas cláusulas eran prorrogadas tácitamente.

En la actualidad, la Ley 21/2021 ha introducido una nueva reforma de la jubilación forzosa que tiene lugar en un momento en el que, a la necesidad de afrontar los daños a nivel socioeconómico provocado por la pandemia del COVID-19, se le suma la creciente preocupación generada por la sucesiva minoración del fondo de reserva de la Seguridad Social en los últimos años[69].

Además, el sistema público de pensiones se está viendo en la tesitura de tener que afrontar amenzas a su sostenibilidad derivadas del incremento en el gasto en pensiones, la minoración en las cotizaciones sociales y las presiones demográficas.

En esta reforma, se ha tratado de compatibilizar la posibilidad de implantar vía convenio colectivo una edad máxima para el acceso a la jubilación y, paralelamente, incentivar la permanencia en el mercado de trabajo más allá de la edad de jubilación ordinaria. Por tanto, a diferencia de otra reformas llevadas a cabo por gobiernos de orientación conservadora, en ésta no

[68] Ballesteros Doncel, E. y Maira Vidal, M.M.: "Explorando las barreras de la segregación ocupacional. Un estudio comparativo entre mujeres maquinistas de tren y mecánicas de vehículos de automoción", Cuadernos de Relaciones Laborales, Núm. 37, 2019, p. 117.

[69] Disponible en: https://www.elconfidencial.com/economia/2017-12-09/veinte-anos-hucha-pensiones-millones-pesetas-deuda_1489939/ (última revisión en fecha de 27/07/2022).

se opta por la eliminación de la jubilación forzosa, pero sí se hace un esfuerzo por que la misma quede sujeta a unos requisitos más estrictos y exigibles de política de empleo.

También se trata de una medida que, por medio de incentivos que ayuden a demorar el acceso a la jubilación, está destinada a dar equilibrio presupuestario al sistema público de pensiones ante una situación actual compleja, como es la resultante del aumento significativo de pensionistas al adquirir esta condición un ingente número de antiguos cotizantes pertenecientes a la generación del *baby boom*.

Por último, la reseñada reforma también trata de abordar una disfunción que nuestro mercado de trabajo viene arrastrando desde antaño, como es la segregación de las ocupaciones motivada por el sexo de las personas y por el rol social que se atribuye a hombres y mujeres en nuestra sociedad. Esta realidad tiene consecuencias muy negativas para las mujeres en el acceso al empleo y al desarrollo de su carrera profesional, siendo el desencadenante de situaciones como una mayor precariedad vital, un menor poder adquisitivo, pensiones más bajas, etc.

Por todo ello, merece una valoración positiva que, además de los fines clásicamente atribuidos a la jubilación forzosa, el legislador haya introducido este cambio de paradigma incorporando a la misma como herramienta para la igualdad de género en el acceso al empleo y, en definitiva, para hacer frente a la actual brecha de género en materia laboral y de pensiones. Sin duda, se trata de una de las partes más innovadoras de la nueva ley.

5. Bibliografía

Ballesteros Doncel, E. y Maira Vidal, M.M.: "Explorando las barreras de la segregación ocupacional. Un estudio comparativo entre mujeres maquinistas de tren y mecánicas de vehículos de automoción", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Núm. 37, 2019, pp. 113-133.

Barceló Fernández, J.: "La modificación de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Análisis de una nueva situación", *Temas Laborales*, Núm. 121, 2013, pp. 107-139.

Barceló Fernández, J.: "La edad de jubilación como política de empleo y como posible medida antidiscriminatoria", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Núm. 39, 2014, pp. 83-142.

Esteve Segarra, A.: "Le enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", *Labos*, Núm. Extraordinario "La reforma laboral de 2021", 2022, pp. 156-166.

Maldonado Molina, J.A.: "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021", *Temas Laborales,* Núm. 161, 2022, pp. 407-430.

Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas laborales", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Núm. 27, 2022, pp. 45-71.

Morales Vállez, C.E., *Jubilación forzosa y negociación colectiva*, Aranzadi, Pamplona, 2022.

Análisis de las modificaciones normativas contenidas en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre en materia de jubilación anticipada y por edad reducida

Catalina Smintinica
Profa. Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
UCLM

1. Introducción: antecedentes y situación actual de las jubilaciones anticipadas tras la reforma del sistema de pensiones de 2021

La discusión doctrinal sobre la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, pivota en torno a la idea conforme a la cual ésta reporta el grupo de pensionistas más voluminoso o el grueso del sistema de Seguridad Social que requiere mayor volumen económico de atención y plantea mayores problemas de financiación. Por pensión de jubilación contributiva entendemos el derecho a percibir una renta vitalicia, que sustituye y compensa la pérdida de ingresos profesionales de una persona, cuando cesa en su vida laboral, a consecuencia del cumplimiento de una determinada edad[1]. Sus dos notas fundamentales, cese en el trabajo y el cumplimiento de una determinada edad, cada vez más, se tornan flexibles debido a la dinámica legislativa y orientaciones político-sociales que hacen posible la compatibilidad del trabajo con la percepción de la pensión de jubilación[2] y la posibilidad de acceder a la misma tanto desde una edad temprana

[1] Tarancón Pérez, E. y Romero Rodenas, M.J.: *Manual de prestaciones básicas del Régimen General de la Seguridad Social,* Albacete, Bomarzo, Edición 2021, p. 173.

[2] Baylos Grau, A. "A propósito del envejecimiento activo", *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2019, pp. 17-38; Romero Rodenas, M.J.: *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social,* Albacete, Bomarzo, 2019, pp. 40-71. El art. 213. 1 LGSS\2015, establece como regla general la incompatibilidad con el trabajo del pensionista, con

o adelantada a la edad ordinaria de jubilación como prolongar la vida activa más allá de dicha edad ordinaria.

Las pensiones públicas de jubilación constituyen un elemento esencial de la convivencia, elemento articulado a través del consenso social mediante la cobertura y asistencia que se proporciona a las personas en su vejez[3] o retiro de la vida activa. Indudablemente se trata de una conquista social cuya lucha ha permitido la generación de un derecho al descanso tras una larga vida laboral[4] con el mantenimiento de unos ingresos económicos que aseguren de forma suficiente una vida digna.

El incremento de la esperanza de vida (que, sin duda alguna es una buena señal para la civilización humana), la baja tasa de natalidad, el empleo precario y el envejecimiento de la población constituyen unos de los principales factores que influyen, aunque de forma exógena, en la sostenibilidad futura del sistema de Seguridad Social[5] y, por extensión, del sistema o subsistema de pensiones. Se convierten en un particular reto para el sistema de pensiones lo cual requiere de reformas para adecuarlo o adaptarlo a las nuevas realidades sociales.

En esta línea de reforma de las pensiones se inscribe la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[6], (en adelante Ley 21/2021). En términos de la propia Exposición de Motivos se realza la recuperación de la senda del "consenso político" en esta materia y la nueva normativa representa el reflejo legislativo del acuerdo alcanzado entre Gobierno y las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales más representativas[7], con base en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, de 19 de noviembre de

las salvedades y en los términos que reglamentariamente se determinen. Si bien esta regla general de incompatibilidad, que se mantiene en el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE-A-2013-2874), responde a la finalidad de la prestación que es de sustituir la pérdida de recursos económicos de la persona jubilada, no es menos cierto que existen razones políticas desde la Unión Europea que vienen alentando el denominado envejecimiento activo mediante recomendaciones a las cuales el ordenamiento jurídico español es receptor. De esa manera, se incorporan excepciones a la regla general de incompatibilidad que permiten simultanear la pensión de jubilación con el desarrollo de cualquier actividad, ya sea por cuenta ajena o propia.

[3] Gallego Losada, R.: *Las pensiones en la economía digital. Retos y reformas,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 65.

[4] Aunque la referencia se realiza fundamentalmente a la modalidad contributiva del sistema de Seguridad Social, en especial, el sistema o subsistema de pensiones, no podemos obviar la modalidad no contributiva de jubilación, cuyos requisitos de acceso a la misma son haber cumplido la edad de 65 años, residir en territorio español durante 10 años, entre los 16 años y el devengo de la pensión, de los cuales 2 deben ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud y carecer de recursos propios suficientes. Baylos Grau, A.: "La jubilación forzosa y la negociación colectiva", *Documentación Laboral*, núm. 78, 2006, pp. 9-26.

[5] García Murcia, J.: *La Seguridad Social en España y la idea de solidaridad,* Oviedo, KRK Ediciones, 2017, pp. 11 y 23. En el preludio de su obra, el autor señala que: "La seguridad social probablemente sea una de las mejores creaciones humanas, y, desde luego, uno de los mayores exponentes del denominado «Estado del bienestar»" y más adelante afirma que: "La seguridad social es, en definitiva, un proyecto de toda la sociedad. No es una cuestión ajena, ni mucho menos un problema exclusivo de los responsables políticos. Es un asunto de todos, en el que la totalidad de la población (debiera estar) ineludiblemente implicada".

[6] Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, BOE-A-2021-21652.

[7] Acuerdo social sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Se puede acceder al mismo en el siguiente enlace: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Documents/2021/070721-acuerdo_pensiones.pdf (Ultimo acceso el 13 de julio de 2022).

2020[8]. La nueva orientación político-social contenida en la reforma de pensiones de 2021 se aleja de la opción relativa a la contracción del gasto y a la reducción de la acción protectora para la ciudadanía, inclinándose hacia una operación de reajuste sustentada sobre dos pilares esenciales, en concreto, la garantía de la suficiencia de las pensiones y la redimensión de las bases que permiten asegurar su sostenibilidad en el futuro[9].

La Ley 21/2021 modifica el marco legislativo del sistema público de pensiones, fundamentalmente la pensión de jubilación, dado que el 90 % de los preceptos legislativos modificados están relacionados con ésta[10]. La nueva norma, con carácter general, pretende lograr tres objetivos: primero, asegurar el poder adquisitivo de las pensiones a través de la revalorización de estas; segundo, reforzar la sostenibilidad financiera y social del sistema de pensiones y, tercero, conseguir un mejor ajuste entre la edad real de jubilación y la edad ordinaria, debido al progresivo envejecimiento de la población y su impacto en el sistema[11]. En materia de jubilación, la reforma de 2021 de igual manera opera en tres direcciones. En concreto y, en primer lugar, favorece la permanencia en el mercado de trabajo a las personas que han cumplido la edad legal de jubilación; en segundo lugar, desincentiva las jubilaciones anticipadas y, en tercer lugar, vincula la jubilación forzosa a políticas activas de empleo dirigidas al colectivo femenino. Todo ello, sin perjuicio del ajuste para garantizar la suficiencia de las pensiones e incrementar las pensiones bajas o las percibidas por personas con largos periodos de cotización[12].

Los preceptos legales modificados por la Ley 21/2021, que cambian la dinámica de la pensión de jubilación son los arts. 152, 206, 206 bis, 207, 208, 210, 214, 318, DA 32ª, DT 4ª, DT 11ª de la LGSS\2015, así como la DA 10ª y DT 9ª del Estatuto de Trabajadores (ET), y la incorporación de nuevas medidas por las DA 1ª, 2ª, 4ª y DF 2ª y 6ª por la propia ley[13]. Dada la amplitud de la modificación legislativa, el presente trabajo se limitará al análisis de las nuevas pautas legislativas en materia de jubilación anticipada y por edad reducida, incluido el reconocimiento del nuevo complemento económico a favor de las personas que se han jubilado de forma anticipada con largas carreras de cotización.

La jubilación anticipada es una modalidad configurada por referencia a la edad de jubilación ordinaria y ello implica que, cuando se producen cambios en ésta, automáticamente afecta el momento que permite el adelanto de la edad de jubilación, salvo que se establezca un régimen transitorio al respecto[14]. Por tanto, quienes se jubilan antes de la edad ordinaria de jubilación se convierten en personas jubiladas de forma anticipada. La determinación de la fecha a partir de la cual una persona puede acceder a la edad de jubilación ha sido y constituye una cuestión de gran interés tanto para la población activa como para el sistema de Seguridad Social dado que la edad de jubilación es una variable básica para los planteamientos financieros del sistema de

[8] Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, de 19 de noviembre de 2020, aprobado por el Congreso de los Diputados y publicado el 10 de noviembre en el BOCG. Puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF (Último acceso el 13 de julio de 2022).

[9] Ramos Quintana, M.I.: "Reforma de la Seguridad Social y digitalización", en VV.AA.: *XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022, (Ed). Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 123.

[10] Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación"*, Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2022, BIB 2022\552, p. 43.

[11] Ramos Quintana, M.I.: "Reforma de la Seguridad Social y digitalización", *Op. Cit.*, p. 123.

[12] Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación"*, Op. Cit.,* p. 43.

[13] *Ibidem*, BIB 2022\552, p. 2.

[14] López Gandía, J.: "La jubilación anticipada ante nuevas reformas", *NET21*, núm. 3, mayo 2021, p. 1. También véase Ramos Quintana, M.I.: "Reforma de la Seguridad Social y digitalización", *Op. Cit.*, p. 133.

pensiones[15]. Sin embargo, a partir de los años ´80, debido a los cambios habidos en la regulación de la edad de jubilación[16], la jubilación adquiere una nueva dimensión que es la de regulación del trabajo[17]. Fundamentalmente, las jubilaciones anticipadas se han utilizado como herramienta para hacer frente, de forma menos traumática, a las situaciones de reestructuración de plantillas, producidas en la transformación en curso del sistema productivo. Dicho, en otros términos, la jubilación anticipada se ha convertido en un instrumento de política de empleo[18].

Sin embargo, a finales del siglo XX, una nueva realidad social se dejó entrever y con el tiempo cambió la perspectiva acerca de la modalidad de jubilación anticipada y, con ello, la regulación de la pensión de jubilación. Por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea empezó a promoverse a partir del Consejo Europeo de Niza celebrado en 2000, el denominado "envejecimiento activo", que consiste en la prolongación de la vida laboral y el retraso en la edad real de jubilación[19]. La idea de fondo de esa promoción no es otra que asegurar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones mediante el otorgamiento de una mayor relevancia al periodo de cotización para favorecer la aproximación de la edad real de jubilación a la edad legal de acceso. A través del "envejecimiento activo" se crean mejores oportunidades para que las personas de edad avanzada puedan participar en el mercado laboral, adaptar a este fin las condiciones laborales, hacer frente a los estereotipos negativos relacionados con la edad y actuar contra la discriminación por razón de edad[20].

En nuestro ordenamiento interno también empezó a recomendarse la prolongación de la vida activa[21], aunque las normas que han venido dando teórico cumplimiento a las recomendaciones del Pacto de Toledo de 1995 - las Leyes 35/2002, de 12 de julio, 40/2007, de 4 de diciembre

[15] Martín Valverde, A.: "Las pensiones de la Seguridad Social: su dimensión jurídica", en VV.AA.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales,* (Ed.) Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, p. 34.

[16] Desde el año 1919, la edad de jubilación ordinaria ha sido 65 años, sin perjuicio de que a partir de los años ´80 se permita la posibilidad de cese anticipado a los 64 años, posibilidad establecida legalmente si existía un reemplazo en el puesto de trabajo correspondiente. Se permite al mismo tiempo, de forma legal mediante la reforma del Estatuto de Trabajadores, la jubilación parcial, que es una modalidad de jubilación progresiva, en la que se conecta la utilización doble de un puesto de trabajo por una persona joven y por una persona en trámite de jubilación de forma que se repartan el trabajo. También se permitían las jubilaciones anticipadas, pero la novedad del Estatuto de Trabajadores en su redacción de 1980 lo constituía la denominada jubilación forzosa, esto es, que la jubilación puede convertirse en rígida, a partir de 65 años, por determinación del convenio colectivo. Martín Valverde, A.: "Las pensiones de la Seguridad Social: su dimensión jurídica", *Op. Cit.*, pp. 36 y ss.

[17] "La jubilación, además de una función protectora, además de una función social, por decirlo así, está adquiriendo en medida apreciable una función económica secundaria de regulación del mercado de trabajo". *Ibidem*, p. 39.

[18] López Cumpre, L.: "Jubilaciones anticipadas en extinción"*, Documentación Laboral*, núm. 99, 2013, p. 81.

[19] Para un estudio más amplio sobre la estrategia de envejecimiento activo promovido en el ámbito de la Unión Europea véase Ojeda Avilés, A.: "La dimensión comunitaria de la jubilación", en *Tratado de jubilación: homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación,* López Cumpre, L. (Coord.) *Iustel*, 2007, pp. 615-644.

[20] Baylos Grau, A.: "Protección jurídica de las personas mayores. Tutela del empleo y envejecimiento activo", VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de la Salud y Seguridad Social: Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019, Vol. 2, Ediciones Laborum, 2019, pp. 11-27.

[21] El espíritu de esta recomendación encuentra su origen en la Recomendación 10ª del Pacto de Toledo de 1995 que establece al respecto: "*La edad de jubilación debe ser flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad. Del mismo modo, el acceso a la pensión de jubilación no debe impedir una presencia social activa del pensionista. En tal sentido y sin perjuicio de mantener la edad ordinaria de jubilación en los 65 años, resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen. A tal efecto, cabe regular la exoneración total o parcial, en función de la jornada, de la obligación de cotizar en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo con suspensión proporcional del percibo de la pensión. De igual modo, se mantendrán los sistemas de jubilación anticipada ligadas a los contratos de relevo y de sustitución ya previstos en la legislación vigente*".

y 27/2011, de 1 de agosto-, han legislado en paralelo disposiciones que favorecen el retraso en la edad de jubilación con otras que amplían el ámbito de las jubilaciones anticipadas. Una importante reforma del sistema público de pensiones en las directrices marcadas por la Unión Europea se produjo a través del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. A través de la misma, se introdujo en el ordenamiento jurídico español la llamada "jubilación activa", que permite compatibilizar la pensión con cualquier trabajo. Si bien, antes del citado RD-Ley 5/2013, las posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación y trabajo se reducían a dos supuestos: jubilación parcial y la compatibilidad de la pensión con la realización de trabajos, exclusivamente por cuenta propia, siempre que los ingresos anuales no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional. Sin duda, la promoción del envejecimiento activo conlleva incentivos o bonificaciones en materia de seguridad social, mientras que se racionalizan los planes de jubilación anticipada a través del endurecimiento de los requisitos de acceso como la penalización de la cuantía mediante la ampliación de los coeficientes reductores a aplicar.

La consecución del ajuste entre la edad real de jubilación y la edad ordinaria se reitera en la Recomendación 12 del Pacto de Toledo de 2020. A juicio de la Comisión "*la edad de salida efectiva del mercado de trabajo debe aproximarse tanto como sea posible a la edad ordinaria de jubilación legalmente establecida*"[22]. Una vez más, el clima generado en torno a las pensiones ha avivado el debate sobre la edad de jubilación y los interrogantes acerca de la necesidad de retrasar la misma y sus consecuencias en los órdenes económico-social y jurídico. En esta tónica, es necesario recordar que la reforma de la edad de jubilación se encuentra vigente desde el año 2013, pero aún se encuentra en periodo transitorio para el incremento de la edad que, como resulta conocido, queda fijada, con carácter general, en 67 años (art. 205.1 a) de la LGSS\2015)[23]. Sin embargo, y pese a la reforma acerca de la edad de jubilación, no se trata de una cuestión cerrada y ello se debe a que, por una parte, no ha culminado la fase de transición para el incremento de la edad y, por otra, la existencia de una brecha entre la edad de jubilación legal y la edad de jubilación real[24], aunque este último motivo en opinión de una parte de la doctrina iuslaboralista[25] es discutible. Si bien, tras la reforma de pensiones de 2011 se aprecia un aumento de la edad real de jubilación "hasta situarla por encima de la media europea"[26], cuya total implementación se espera incrementarlo aún más, no es menos cierto que el leve incremento tiene una clara brecha de género[27].

---

[22] Recomendación 12 "edad de jubilación" del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, de 19 de noviembre de 2020, aprobado por el Congreso de los Diputados y publicado el 10 de noviembre en el BOCG, p. 67.

[23] Con carácter general, la edad de 67 años sólo será exigible a partir de 2027, cuando culmine el periodo transitorio que se concreta en la DT 7ª de la LGSS\2015/2015. Para 2022 queda establecida en 66 años y 2 meses para los que acrediten menos de 37 años y 6 meses cotizados.

[24] Ortiz de Solórzano Aurusa, C.: "Las recomendaciones del Pacto de Toledo sobre la edad de jubilación en un sistema abierto y flexible de acceso a la pensión", en VV.AA.: *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo" (2020)*, Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 522 y 523.

[25] López Gandía, J.: "La jubilación anticipada ante nuevas reformas", *NET21*, núm. 3, mayo 2021, p. 2. Señala el autor que la edad media ordinaria y la edad efectiva de jubilación no están tan distanciadas (que ha pasado desde los 63´5 en 2006 a los 64´2 en 2018 y a los 64´6 en 2019, con lo que el gap con la nueva edad ordinaria es de sólo 1´4 años) y cuestiona la necesidad de introducir reformas penalizadoras de la jubilación anticipada.

[26] Dato reconocido en la Directriz 10, punto 30 relativo a la "sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo", recogido en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, p. 55. Puede consultarse en el siguiente enlace: plan_de_recuperacion.pdf (mineco.gob.es). (Último acceso el 13 de julio de 2022).

[27] Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 467, 2022, p. 152.

La reforma del sistema de pensiones por medio de la Ley 21/2021, sigue la senda de adoptar medidas que favorecen la permanencia de los trabajadores en activo y penaliza la jubilación anticipada voluntaria sin perjudicar los supuestos de jubilación anticipada involuntaria y los colectivos que por razón de actividad o por circunstancias de la salud no deben prolongar la vida laboral más allá de lo establecido por el legislador. Por consiguiente, a continuación, se analizarán las principales novedades incorporadas por la Ley 21/2021 en materia de jubilación anticipada y por edad reducida.

2. La jubilación anticipada

La configuración jurídica actual de la pensión de jubilación permite el acceso a la misma a través de varias modalidades. Con carácter general, existe la modalidad ordinaria, cuya edad y periodo de cotización definidos en el art. 205 de la LGSS\2015 están actualmente sometidos a un régimen transitorio y de carácter progresivo establecido en la Ley 27/2011, de 1 de agosto[28], en concreto, la actual DT 7ª. Una segunda modalidad de acceso a la pensión de jubilación es por medio de la denominada "edad reducida", actualmente regulada en los arts. 206 y 206 bis de la LGSS\2015, tras la nueva redacción contenida en el Art. 1 apartados cuatro y cinco de la Ley 21/2021, según la cual, bien por razón de la actividad en la que se trabaja o por padecer algún tipo de discapacidad legalmente establecida, operan mecanismos específicos que permiten su adelanto, aunque como se verá más adelante, en realidad no se trata de jubilación anticipada sino que, para las personas beneficiarias se rebaja la edad de acceso a la jubilación que es previa a la edad ordinaria de jubilación, sin aplicación de coeficientes correctores[29].

Existe también la jubilación anticipada en sentido estricto, es decir, aquella en que antes de cumplir la edad de jubilación ordinaria o estándar se puede llegar a producir, bien por causas involuntarias o ajenas a la decisión de la persona trabajadora, que se encuentra actualmente recogida en el art. 207 en la redacción dada por el Art. 1 apartado seis de la Ley 21/2021, o bien por su propia voluntad, recogida en el art. 208 tras la nueva redacción dada por el Art. 1 apartado siete de la Ley 21/2021. Por otro lado, hay que mencionar, aunque sólo a esos efectos, la jubilación parcial, regulada en el art. 215 LGSS\2015, la cual puede ser anticipada[30], aunque no necesariamente. Por último, otra modalidad de acceso a la pensión de jubilación deriva de las políticas de envejecimiento activo y es conocida bien como jubilación "demorada", gradual o flexible[31].

La atención de este trabajo se centrará en el análisis de las novedades legislativas introducidas por la Ley 21/2021, en relación con las jubilaciones anticipadas por edad reducida o adelanto de la edad de jubilación, jubilación anticipada en sentido estricto (involuntaria y voluntaria) y la jubilación anticipada transitoria, prevista por la DT 4ª, sin entrar, por tanto, en el análisis de la jubilación parcial anticipada. Asimismo, se acometerá el nuevo complemento económico para personas en jubilación anticipada con largas carreras de seguro, regulado en la DA 1ª de la Ley 21/2021. El análisis que se realizará a continuación parte de la premisa de que el régimen

[28] Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, BOE-A-2011-13242.

[29] Romero Rodenas, M.J.: "Las jubilaciones anticipadas voluntarias e involuntarias tras la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *NET21*, núm. 11, mayo 2022, p. 2.

[30] Moreno Romero, F. y Chabannes M.: "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", VV.AA.: *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones,* Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dir.), Editorial Comares, 2020, pp. 133, 142-158. En relación con la jubilación parcial anticipada, el centro de debate se ha venido concretando en relación con la vinculación al contrato de relevo y el cumplimiento de los requisitos.

[31] Ramos Quintana, M.I.: "Reforma de la Seguridad Social y digitalización", *Op. Cit.*, p. 134.

jurídico de la edad de jubilación ordinaria o estándar configurado por la Ley 27/2011, no ha sido modificado por la reforma de pensiones de 2021, resultando ser que el aumento progresivo de la edad de jubilación hasta los 67 años y un periodo de cotización de 38 años y 6 meses continúan siendo el doble umbral de referencia que habrá de ser alcanzado en el año 2027[32].

2.1. Notas preliminares de las jubilaciones por edad reducida

Abordar el análisis de las jubilaciones por edad reducida junto con la jubilación anticipada obedece sencillamente a la razón de que las mismas se encuentran ubicadas legalmente bajo la calificación de "jubilación anticipada", aunque a nuestro juicio, se trata de una equivocación de *nomen iuris* dado que consideramos que se trata de supuestos distintos[33], al no significar lo mismo el adelanto de la edad (o edad reducida) y edad anticipada de la edad ordinaria de jubilación. Aunque resulte paradójico, no siempre que se adelanta la edad de jubilación respecto de la ordinaria se está ante un supuesto de jubilación anticipada. La anticipación implica un término de comparación entre la que sería la edad estándar de jubilación para ese sujeto y la edad en la que efectivamente se jubila que es anterior a la primera[34]. Por consiguiente, la jubilación anticipada, que es una decisión extraordinaria en cuanto no es la estándar u ordinaria, se somete a requisitos relacionados con la propia edad (un máximo de años de anticipación), con el periodo de cotización exigido y con el cálculo de la pensión resultante, habitualmente penalizada mediante la aplicación de coeficientes reductores. En cambio, no sucede lo mismo con el adelanto de la edad de jubilación en cuanto que se trata de una situación diferente en la cual la edad ordinaria de jubilación para el sujeto es precisamente ésa, aunque sea previa a la estándar para los demás trabajadores. Dicho de otro modo, los coeficientes reductores no se aplican sobre la cuantía de la pensión sino sobre la edad ordinaria de jubilación. En suma, si el trabajador se jubila a su edad, en el adelanto de la edad de jubilación cobra relevancia ciertas condiciones relacionadas con el trabajo o con la condición subjetiva del interesado, pero no requiere de una carrera de seguro más amplia en comparación con la jubilación ordinaria, ni tampoco la cuantía es objeto de penalización[35]. Se ha puesto de manifiesto por la doctrina[36], la pérdida de oportunidad de

[32] Se han planteado dos interpretaciones en relación con la reforma de la edad estándar de jubilación por medio de la Ley 27/2011: o bien se trata de fijar dos edades ordinarias alternativas (67 y 65 años) o bien que realmente la edad sea una, la de 67 años, admitiendo una edad reducida, la de 65 años, con carácter excepcional. La segunda interpretación representa una mayor corrección técnica y más razonable. López Cumpre, L.: "Jubilaciones anticipadas en extinción", *Op. Cit.*, p. 85.

[33] Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Op. Cit.,* p. 174.

[34] González Ortega, S.: "La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2013, BIB 2013\699, p. 3.

[35] *Ibidem*, p. 4.

[36] Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Op. Cit.,* p. 175. Un vocablo y sistemática errónea de la jubilación anticipada por razón de edad y a causa de discapacidad ha llevado a un debate judicial entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, cuyas interpretaciones diferentes del régimen legal de la jubilación anticipada y la jubilación reducida, distorsionan la realidad y llevan a soluciones paradójicas. El Tribunal Supremo consideró que la modalidad de jubilación anticipada por motivo de discapacidad no son jubilaciones anticipadas, sino que junto a la jubilación ordinaria (art. 205 LGSS\2015/2015), existen otras que "*merecen igual calificativo de constituirse como jubilaciones propias y autónomas, como son las del art. 206 de la LGSS\2015 y sin conste en la protección*" (STS 541/2020, de 29 de junio, rec. 1062/2018). En definitiva, se considera que no se adelanta la edad de jubilación, sino que la misma es la que corresponde, aunque sea previa a la edad estándar. No obstante, el Tribunal Constitucional declaró nula la sentencia del Tribunal Supremo y con una interpretación sistemática entiende que al estar englobados estos supuestos en la LGSS\2015 bajo la denominación de "jubilación anticipada", es irrelevante el motivo o la causa que produce un adelantamiento de la edad de jubilación establecida, de modo que "en este marco sistemático, la jubilación "anticipada" solo puede interpretarse como lo que su propia denominación indica, una jubilación que se anticipa a la prevista" (STC 172/2021, de 7 de octubre).

corregir esa incorrecta denominación por medio de la Ley 21/2021, lo cual conlleva en la práctica a situaciones paradójicas como la dada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2021, de 7 de octubre[37], que permitió a una persona anticipadamente jubilada por motivo de la situación de discapacidad, acceder a la incapacidad permanente en su grado de gran invalidez.

Antes de la reforma operada por la Ley 21/2021, el régimen jurídico del adelanto de la edad ordinaria por razón de la actividad y por padecer discapacidad se contemplaba conjuntamente en el art. 206 de la LGSS\2015, bajo la rúbrica "Jubilación anticipada por razón de la actividad o en caso de discapacidad". Tras la ley 21/2021, el mencionado artículo se desdibuja en dos supuestos: se mantiene el art. 206 para el adelanto de la jubilación por motivo de la actividad y se añade un art. 206 bis para englobar el régimen jurídico de la jubilación anticipada por motivos de discapacidad. La opción por una regulación separada se considera acertada, dado que, por una parte, la anterior legislación era compleja y confusa, y con la presente se aporta una cierta claridad. Y, de otra parte, desde un punto de vista procedimental, en tanto que con la reciente reforma se introducen reglas novedosas con aplicación concreta para los supuestos de rebaja de la edad por razón de la actividad realizada, pero de inaplicación para los supuestos generados a causa de discapacidad. Hubiese convenido incluir un artículo dedicado a "reglas comunes para supuestos de reducción de la edad ordinaria" para evitar que el legislador sea reiterativo[38].

En concreto, resultan reiterativo los arts. 206.6 y 206.bis. 2 LGSS\2015 que señalan que la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará lugar a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años. Y, los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el art. 210.2 y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

La modificación tanto del art. 206 como la incorporación del art. 206 bis por el Art. 1 apartados cuatro y cinco de la Ley 21/2021, se enmarcan en la Recomendación 12 del Pacto de Toledo, donde la Comisión insta a "atender las situaciones de vulnerabilidad que esta tendencia a la prolongación de la vida laboral puede generar en determinados colectivos".

2.1.1. Jubilación anticipada por razón de la actividad

Esta modalidad de jubilación, regulada en el art. 206. 1 LGSS\2015, consiste en la posibilidad de rebajar la edad estándar de jubilación a las personas a las que se refiere el art. 205. 1, a) LGSS\2015, que trabajan en "*aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de movilidad o mortalidad*", esto es, trabajos mineros, personal de vuelo, trabajadores ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, bomberos, policías autonómicos y locales[39].

---

[37] Un comentario excelente de la sentencia núm. 172/2021, de 7 de octubre, del Tribunal Constitucional, véase Romero Rodenas, M.J.: "Igualdad en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social y prohibición de discriminación por razón de discapacidad. A propósito de la STC 172/2021, de 7 de octubre", *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2021, pp. 151-165. Hay que añadir que el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 379/2022, de 27 de abril, rec. 184/2019, rectifica su doctrina en la misma tónica que la del Tribunal Constitucional y declara el derecho de acceso a la incapacidad permanente desde una jubilación anticipada por discapacidad.

[38] Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Op. Cit.,* p. 174.

[39] Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación", *Op. Cit.,* p. 17. Pese a la anterior enumeración, hay que señalar, de conformidad con lo sostenido por Maldonado Molina, J.A., que nuestro sistema de Seguridad Social no incluye a todos aquellos colectivos, sectores o actividades, aunque sus condiciones de trabajo entrañan peligrosidad, toxicidad, penosidad, insalubridad o elevados índices de morbilidad o mortalidad en el trabajo. El autor relaciona esa falta de desatención con la estructura del ámbito subjetivo del sistema y pone de manifiesto

Un aspecto modificado del art. 206.1, párrafo segundo, por la Ley 21/2021 es de carácter procedimental, que establece que mediante una disposición reglamentaria se determinará el procedimiento general[40] para establecer los coeficientes reductores que permitan anticipar la edad de jubilación[41], manteniéndose la previsión de que sólo será posible la aplicación de coeficientes reductores "*cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo*". Además, establece que, dichos coeficientes reductores no serán tenidos en consideración para acreditar la carencia exigida para acceder a la jubilación parcial o cualquier otra modalidad de jubilación anticipada, ni para el reconocimiento de un porcentaje adicional de pensión. Al respecto, se establece que los sujetos que podrán iniciar el procedimiento[42] han de hacerlo conjuntamente con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, cuando el colectivo afectado sea de trabajadores por cuenta ajena, o bien por asociaciones representativas de trabajadores autónomos y organizaciones sindicales y empresariales más representativas, cuando el colectivo afectado sea de trabajadores por cuenta propia, y sí el grupo afectado es personal de las administraciones públicas, la iniciativa corresponderá conjuntamente a las organizaciones sindicales más representativas y a la administración de la que dependa el colectivo, (art. 206.2 nueva redacción según Ley 21/2021).

Y, por último, se regula el procedimiento de solicitud, cuya tramitación será por medios telemáticos. La solicitud deberá ir acompañada de una serie de datos: a) identificación de la actividad mediante CNAE y subgrupo CNAE secundario; b) identificación de la ocupación o grupo profesional; c) especificaciones de las funciones concretas desarrolladas. Se creará una Comisión integrada por varios ministerios[43], que, junto con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal, se encargará de evaluar y, en su caso, instar la aprobación de los correspondientes reales decretos de reconocimiento de coeficientes reductores, (art. 206.3 nueva redacción según Ley 21/2021).

Otro aspecto modificado del nuevo art. 206 es el apartado 4 de la LGSS\2015, relativo a la regla de equilibrio financiero. El cambio consiste en la eliminación de que el establecimiento de coeficientes reductores "*conllevará los ajustes necesarios en la cotización para garantizar el equilibrio financiero*", siendo sustituida por el incremento en la cotización, en relación con el colectivo, sector y actividad que se delimiten en la norma correspondiente y en los términos y condiciones que reglamentariamente se establecerán. El incremento consistirá en un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto a cargo de la empresa como del trabajador. Si bien, para determinar cómo queda completado el marco jurídico de esta modalidad de jubilación a edad reducida por razón de actividad hay que esperar

que la edad reducida se les asigna a aquellos colectivos privilegiados que son o han sido un régimen especial y eso no responde a una simple coincidencia. Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Op. Cit.,* p. 176.

[40] Es necesario hacer referencia a que el procedimiento general se aprobó mediante el RD 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. Pero, este procedimiento ha resultado inviable y frustrante en la práctica dado que contiene un procedimiento complejo. *Ibidem*, pp. 177 y ss.

[41] "*…que incluirá, entre otras, la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector, penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones del trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral de los trabajadores y los requerimientos físicos o psíquicos exigidos para continuar con el desarrollo de la actividad a partir de una determinada edad*" Art. 206.1, párrafo segundo LGSS\2015.

[42] La Ley 21/2021, recoge de forma expresa la legitimidad para iniciar el procedimiento. Con ello zanja el debate que generaba al respecto el RD 1698 /2011. Sobre el debate generado relativo a la legitimidad véase Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Op. Cit.,* p. 180- 182.

[43] Se trata, en concreto, de los ministerios de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Trabajo y Economía Social y Hacienda y Función Pública.

al desarrollo reglamentario anunciado[44], no es menos llamativo que se establezca un incremento de cotización para los supuestos de jubilación anticipada por razón de la actividad, toda vez que la Recomendación 12 del Pacto de Toledo claramente indicaba que debían respetarse "los casos de jubilaciones anticipadas por actividad penosa", aun cuando solo sea la relativa a "contingencias comunes", ya que supondrá un mayor coste de Seguridad Social tanto para empresas como para trabajadores[45].

Considerando que las circunstancias pueden variar sustancialmente, especialmente, en relación con la evolución de las cuentas de la Seguridad Social y los índices de peligrosidad y morbilidad, se ha previsto una revisión del cuadro de coeficientes reductores cada diez años, sin que sus efectos afecten "*a la situación de los trabajadores que, con anterioridad a la misma, hubiesen desarrollado su actividad y por los períodos de ejercicio de aquella*", según nueva redacción del art. 206.5 LGSS\2015.

2.1.2. Jubilación anticipada en caso de discapacidad

Esta modalidad de jubilación fue introducida mediante la Ley 35/2002, de 12 de julio, que hasta entonces sólo contemplaba la reducción de la edad ordinaria de jubilación por motivos de la actividad realizada[46]. Su finalidad pretende paliar el mayor esfuerzo y la penosidad que ocasiona para una persona trabajadora con discapacidad la realización de una actividad profesional, situación que, en función del grado de discapacidad, puede posibilitar la reducción de la edad ordinaria de jubilación.

El grado de discapacidad que permite acceder a la pensión de jubilación a una edad reducida ha de ser en grado igual o superior al 65 %, en los términos que puedan preverse en futura norma reglamentaria, o bien en un grado igual o superior al 45 %, siempre y cuando se trate discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias "*contrastadas*" que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida[47]. La reforma de la Ley 21/2021, incorporó a la LGSS\2015 un precepto específico, el art. 206 bis, que recoge el régimen jurídico de la jubilación anticipada en caso de discapacidad. El contenido del mismo es, en esencia, idéntico al anterior art. 206 LGSS\2015, con la excepción de los supuestos de discapacidad cuyo grado es igual o superior al 45 %, ya que no se exige que las evidencias determinen de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida,

---

[44] Ramos Quintana, M.I.: "Reforma de la Seguridad Social y digitalización", *Op. Cit.*, p. 135. La nueva escala de coeficientes reductores por edad en función del tiempo de adelanto y el periodo cotizado se aplicará de forma gradual a partir de 1 de enero de 2024, según nueva redacción de la DT 34ª LGSS\2015.

[45] Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación", *Op. Cit.,* p. 20.

[46] Fue introducida mediante la DA 1ª Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, titulada "jubilación de trabajadores minusválidos", que sólo recogía el supuesto de las personas con discapacidad cuyo grado de discapacidad era igual o superior al 65 %. Pero, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, añadió el supuesto de las personas con discapacidad con un grado igual o superior al 45 %, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurran evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

[47] Mientras no se cumpla la exigencia incorporada en la DA 4ª de la Ley 21/2021, de emisión de informe para impulsar la reforma del marco regulador de la jubilación anticipada por discapacidad, sigue vigente la normativa siguiente: el RD 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acrediten un grado importante de minusvalía, RD de aplicación para los trabajadores que acrediten un grado de discapacidad del 65 %; y, el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 %. *Ibidem*, p. 22.

sino que sean evidencias "contrastadas" que determinen de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida.

Este nuevo precepto, 206 bis LGSS\2015, constituye una mejora de técnica legislativa[48] al separar los supuestos de jubilación anticipada por sectores de actividad de la jubilación anticipada por motivo de discapacidad. Sin embargo, un análisis más profundo de éste ha de ser pospuesto a la aprobación de la norma reglamentaria que desarrolle con mayor precisión la discapacidad como elemento determinante del acceso a la pensión de jubilación a una edad temprana a la edad estándar de jubilación. Se ha de dar cumplimiento a la DA 4ª de la Ley 21/2021, para reformar el marco regulador del acceso a la pensión de jubilación de las personas con discapacidad, mientras tanto seguirá vigente el marco regulador de la jubilación anticipada de trabajadores con discapacidad establecido en el RD 1539/2003, de 5 de diciembre, que establece coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado de discapacidad igual o superior al 65 % y el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, que fija una edad de acceso a la jubilación anticipada para trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 %[49], en lugar de la fijación de coeficientes reductores de la edad de jubilación. Hay que señalar que con el nuevo art. 206 bis LGSS\2015 se deroga el art. 3 del RD 1851/2009, de 4 de diciembre, que establecía que la edad mínima de jubilación será la de 56 años, pasando a ser la de 52 años.

En relación con el apartado 2 del art. 206. Bis LGSS\2015, hay que señalar que se trata de una regla común, según la cual rigen iguales limitaciones que en la anterior circunstancia analizada, a la cual nos remitimos para no reiterarnos en excesivo.

2.2. Jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora o "involuntaria"

La modalidad de jubilación anticipada involuntaria, esto es, la "*derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador*", halla su origen normativo en la Ley 35/2002, de 12 de julio[50], actualmente regulado en el art. 207 LGSS\2015. Dicho precepto legal fue objeto de modificación por medio de lo dispuesto en el Art. 1, seis de la Ley 21/2021 que afecta fundamentalmente dos aspectos: los coeficientes aplicables y los supuestos que se consideran como causa no imputable a la persona trabajadora.

Se mantienen los requisitos de acceso a esta modalidad y estos son los que a continuación se exponen: a) tener la condición de persona trabajadora por cuenta ajena; b) tener cumplida una edad que sea inferior en 4 años, como máximo, a la edad ordinaria de jubilación, sin que resulten

[48] Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación", *Op. Cit.,* pp. 21-23.

[49] Moreno Romero, F. y Chabannes M.: "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", *Op. Cit.,* pp. 138-140. Los autores ponen de manifiesto en relación con la acreditación de la discapacidad, el debate judicial sobre si el grado de discapacidad igual o superior al 45 % exigido para el acceso a la jubilación anticipada, al amparo de lo dispuesto en el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, ha de acreditarse íntegramente en alguna de las causas de discapacidad relacionadas en su art. 2 o si, por el contrario, puede ser el resultado de la suma de los porcentajes alcanzados en diferentes dolencias o si puede alcanzarse con la suma del porcentaje de "factores sociales complementarios" reconocido en su caso. La doctrina sentada en la STS 729/2017, de 27 de septiembre, rec. 4233/2015, exige a la persona trabajadora con discapacidad acreditar conjuntamente tanto el grado de discapacidad total igual o superior al 45 %, según certificación emitida por el organismo correspondiente, teniendo en cuenta la suma de los porcentajes de discapacidad alcanzados en las diferentes dolencias que figuren en el certificado, así como el de los "factores sociales complementarios", de ser el caso, como que por lo menos una de las dolencias reflejadas en el certificado de discapacidad sea una de las relacionadas en el art. 2 del RD 1851/2009, y que el porcentaje de discapacidad alcanzado por esta o estas discapacidades en el citado artículo suponga al menos el 33 % del total del grado de discapacidad acreditado.

[50] Un repaso legislativo de la jubilación anticipada involuntaria puede consultarse en Romero Rodenas, M.J.: "Las jubilaciones anticipadas voluntarias e involuntarias tras la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Op. Cit.,* pp. 2-3.

de aplicación los coeficientes reductores de los arts. 206 y 206 bis de la LGSS\2015, siendo esto último una modificación formal del art. 207.1 a) por medio de la Ley 21/2021, que armoniza el texto legislativo; c) estar inscrito como demandante de empleo, al menos, seis meses anteriores al momento de la solicitud[51]; d) acreditar un periodo de carencia mínimo de 33 años, sin cómputo de la parte proporcional de pagas extraordinarias, aunque con cómputo del periodo del servicio militar obligatorio y, como novedad, también del servicio social femenino obligatorio, con el límite máximo de un año[52]; e) involuntariedad del cese en el trabajo. En concreto, los actuales supuestos que posibilitan el acceso a esta modalidad de jubilación son: el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme art. 51 ET; el despido por causas objetivas de acuerdo con el art. 52 ET; la extinción del contrato por resolución judicial en las situaciones recogidas en el texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el RD-Legislativo 1/2020, de 5 de mayo; la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44 del ET, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante; la extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el art. 51.7 del ET; la extinción del contrato por voluntad de la persona trabajadora por las causas previstas en los arts. 40.1 (movilidad geográfica), 41.3 (modificación sustancial de las condiciones de trabajo) y 50 (incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario) del ET; y la extinción del contrato por voluntad de la persona trabajadora por ser víctima de la violencia de género prevista en el art. 49.1 m) del ET.

Con la nueva redacción introducida por la Ley 21/2021 ya no se alude a la necesidad de que el cese en el trabajo sea "*consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral*", limitándose a exigir que ese cese en el trabajo se produzca por alguna de las causas de extinción enumerados por el precepto legal. Dichas causas de extinción son una lista cerrada de carácter restrictivo o *numerus clausus* de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo[53]. Los nuevos supuestos habilitantes por medio de la Ley 21/2021 para solicitar la pensión anticipada involuntaria se reducen a dos: el primero consiste en la ampliación de las causas de despido objetivo recogidas en el art. 52 del ET y no sólo la prevista en el art. 52.c) del ET y, en segundo lugar, se añade la extinción del contrato por voluntad del trabajador por las causas previstas en los arts. 40.1, 41.3 y 50 del ET, y la extinción del contrato por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género[54].

Por último, f) se mantiene la necesidad de acreditar la percepción de indemnización, mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente, y haber impugnado el despido cuando se trate de despido colectivo, por causas objetivas y debido a la extinción del contrato por las causas previstas en los art. 40.1, 41.3 y 50 del ET. La exigencia de acreditar el percibo de la indemnización por parte de la persona trabajadora es requerida aun cuando la causa extintiva invocada es de naturaleza económica, en la cual no es necesario que la empresa ponga a disposición la indemnización correspondiente, aunque sí cabe su posterior

[51] Una interpretación literal del art. 207.1 b) LGSS\2015 excluye el acceso a la jubilación anticipada involuntaria a quienes en los meses inmediatamente anteriores hubieran realizado una actividad laboral, por mínima que fuera, al resultar incompatible con permanecer inscrito como demandante de empleo. *Ibidem*, p. 3.

[52] Por primera vez, la LGSS\2015 incluye la prestación social sustitutoria o el servicio social obligatorio de la mujer dentro de su normativa, equiparándolo al servicio militar obligatorio. Se trata de una decisión legislativa que se hace eco del pronunciamiento del Tribunal Supremo en su STS 115/2020, de 6 de febrero, rec. 3801/2017. Ramos Quintana, M.I.: "Reforma de la Seguridad Social y digitalización", *Op. Cit.*, p. 137.

[53] La nueva redacción del art. 207.1 d) dada por la Ley 21/2021 rectifica lo establecido en la STS 183/2021, de 10 de febrero, (rec. 3370/2018), que subrayo que las causas de extinción contempladas por el precepto legal son tasadas y no equipara involuntariedad a cualquier supuesto de desempleo.

[54] Gala Durán, C.: "Pensiones. Las novedades del Proyecto de Ley de Reforma de Pensiones de 2021. Jubilación", *La Administración Práctica* núm. 11, 202, Aranzadi, BIB 2021\5212, p. 5.

reclamación. En cambio, cuando la extinción del contrato se ha realizado por el cauce del despido colectivo y en el marco de un procedimiento concursal, no es exigible el requisito de haber percibido la indemnización o su reclamación, bastando con que la administración concursal certifique que la persona solicitante ha quedado incluida en la masa pasiva del concurso. Asimismo, se considera acreditado el percibo de la indemnización cuando su importe corresponde con el valor de un bien propiedad de la empresa que se transmite a la persona despedida mediante dación en pago[55], pero no se considera indemnización legal la renta mensual que percibe el trabajador a través de una póliza de seguro de vida acordada por la empresa con el trabajador[56].

Otra modificación legislativa trascendente por medio de la Ley 21/2021 del art. 207 LGSS\2015 está relacionada con su apartado 2, que afecta a la fórmula de cálculo de la pensión, al modificarse el sistema de coeficientes reductores de aplicación. Para determinar la cuantía de la pensión, el cálculo se efectúa como si se tratara de una jubilación ordinaria, esto es, se tiene en cuenta la base reguladora que corresponda a la persona trabajadora y el porcentaje aplicable en función de los años y meses cotizados. La cuantía resultante será objeto de reducción mediante la aplicación de los coeficientes reductores previstos en la escala del art. 207.2 LGSS\2015[57], en función de los meses o fracción de los mismos que resten al beneficiario para acceder a la pensión de jubilación anticipada involuntaria. Los coeficientes reductores se aplican atendiendo a dos variables: en primer lugar, a los meses en que se adelanta la jubilación, que se limita a 48 meses anteriores a la edad estándar de jubilación, de acuerdo con el art. 205.1 a) LGSS\2015. En segundo lugar, se aplicarán coeficientes reductores en función del tiempo cotizado, estableciéndose al respecto cuatro periodos de cotización: menos de 38 meses y 6 meses; igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses; igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses y, por último, igual o superior a 44 años y 6 meses. En la nueva redacción, la penalización pasa a tener un carácter mensual, aunque en esta modalidad de jubilación los coeficientes reductores se han visto suavizados en comparación con los que se aplican a la jubilación anticipada voluntaria, sin perjuicio de que la penalización se vea incrementada cuando la jubilación se solicite sin haber cumplido un periodo concreto de cotización.

Una vez aplicados los coeficientes reductores, el art. 210.4 LGSS\2015 establece determinados límites al prever que "*…el importe resultante de la pensión no podrá ser superior a la cuantía que resulte de reducir el tope máximo de pensión en un 0,50 por ciento por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación…*".

2.3. Jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada o "voluntaria"

Esta modalidad de jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada encuentra su régimen jurídico en el art. 208 LGSS\2015, que ha sido objeto de reforma por el Art. 1, ocho de la

[55] Romero Rodenas, M.J.: "Las jubilaciones anticipadas voluntarias e involuntarias tras la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Op. Cit.,* p. 5.

[56] Reitera doctrina la STS 775/2019, de 13 de noviembre de 2019 (rec. 2875/2017), en su FJ 3º donde manifiesta que la finalidad del art. 207.1 d) ET es eliminar toda sombra de fraude y por esa razón exige "*la aportación de la prueba del pago de la indemnización mediante un instrumento que resulte inmune a la eventual simulación*", siendo inadecuado aquel instrumento que "*únicamente consigne la manifestación de voluntad de las partes de saldar el débito indemnizatorio de la empresa en favor del trabajador",* lo cual es necesario que todo ello efectivamente se realice *"de forma tal que no pueda dudarse de la realidad de la propia extinción del contrato por las causas legales".* Por consiguiente, de lo que se trata no es de acreditar que la empresa haya abonado al trabajador una determinada cantidad (directa o mediante una póliza de seguros), sino que la naturaleza jurídica de lo pagado obedezca realmente a una indemnización por extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a la voluntad del trabajador.

[57] Véase el art. 207.2 LGSS\2015, que puede ser consultado en el siguiente enlace: BOE.es - BOE-A-2015-11724 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ley 21/2021. A diferencia de la anterior modalidad de jubilación, la ley no establece situaciones legales para acceder a esta modalidad de jubilación, pero sí los requisitos de acceso. Tras la Ley 21/2021, se mantienen los siguientes requisitos para acceder de forma voluntaria a la jubilación anticipada: a) tener una edad inferior en 2 años, como máximo, a la edad ordinaria de jubilación, sin que a estos efectos sean de aplicación los coeficientes reductores a los que se refieren los arts. 206 y 206 bis; b) acreditar un periodo mínimo de cotización de 35 años, sin que a tal efecto se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias, aunque sí computan el periodo del servicio militar obligatorio y, como novedad, también del servicio social femenino obligatorio, con el límite máximo de un año; c) que el importe de la pensión sea superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. Este último requisito responde a la lógica de que quien decide voluntariamente jubilarse de forma anticipada lo debe hacer con todas las consecuencias, fundamentalmente, asumiendo el importe que le corresponda, sin recurrir con posterioridad a la mejora de su pensión vía complementos por mínimos.

Se modifica el art. 208.2 LGSS\2015 por la Ley 21/2021, que afecta la forma de cálculo de los coeficientes reductores que pasan a ser de cómputo mensual. En este sentido, en primer lugar, se determinará la cuantía de esta modalidad en los mismos términos que la jubilación ordinaria, por lo que será de aplicación las reglas sobre determinación de la base reguladora y el porcentaje aplicable a dicha base. Una vez determinada la cuantía, el importe de la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada mes o fracción de mes que le falte a la persona interesada para cumplir la edad estándar de jubilación, de los coeficientes establecidos al respecto en la escala del art. 208.2 LGSS\2015, en función del periodo de cotización acreditado. Dichos coeficientes reductores se aplican sobre la pensión inicialmente calculada, pero con una salvedad significativa a la cual se refiere el art. 210.3 LGSS\2015: "*…en el supuesto de que la base reguladora de la pensión calculada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 resultase superior al límite de la cuantía inicial de las pensiones, establecido en el artículo 57, los coeficientes reductores por edad se aplicarán sobre el indicado límite*". Se trata de un modo que pretende desincentivar la jubilación anticipada voluntaria en el caso de personas que han cotizado por bases máximas, si bien para suavizar el impacto desfavorable, se incorpora una nueva DT 34ª en la Ley 21/2021, que contiene ciertas previsiones para la aplicación gradual de coeficientes reductores de la edad de jubilación, cuando la pensión supere el límite máximo establecido anualmente. Y, prevé que la entrada en vigor del art. 210.3, párrafo segundo LGSS\2015 será a partir de 1 de enero de 2024 y se hará de forma gradual en un plazo de 10 años, mientras tanto siendo de aplicación la normativa vigente hasta 2021.

Teniendo en cuenta la legislación en materia de cálculo de la cuantía de jubilación anticipada voluntaria procede diferenciar entre aquellos supuestos en los que la base reguladora es inferior a la pensión máxima, en cuyo caso los coeficientes reductores se aplican sobre el importe obtenido en función del porcentaje correspondiente a los años de cotización y a la base reguladora de la pensión, de aquellos otros casos en los que por superar la base reguladora a la pensión máxima anual, dicho coeficientes de aplican sobre el importe de dicha pensión máxima[58]. Finalmente, también opera sobre la cuantía máxima de la pensión de jubilación voluntaria anticipada el límite establecido en el art. 210.4 LGSS\2015, esto es, la pensión no puede exceder de la cuantía que resulte de reducir el tope máximo de pensión en un 0,50 % por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación.

[58] Romero Rodenas, M.J.: "Las jubilaciones anticipadas voluntarias e involuntarias tras la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Op. Cit.,* p. 7.

Otra novedad legislativa la constituye el art. 208.3 LGSS\2015 que establece que, en el momento de acceder a esta modalidad de jubilación anticipada, si la persona interesada está percibiendo un subsidio por desempleo (no prestación contributiva de desempleo) del art. 274 LGSS\2015, y lo ha hecho durante al menos tres meses, se le aplicaran los coeficientes reductores previstos para la jubilación anticipada involuntaria, sin perjuicio del cumplimiento del resto de los requisitos anteriormente vistos.

Esta modalidad de jubilación anticipada voluntaria se configura como un derecho subjetivo de las personas, que estando en situación de alta o asimilada al alta y reuniendo el resto de requisitos previstos en el art. 208 LGSS\2015, podrán acceder a la misma. No obstante, se trata de una modalidad que se desincentiva desde un punto de vista legal, con el fin de que se ajuste al objetivo fijado por la Recomendación 12 del Pacto de Toledo, que promueve la prolongación de la vida activa de las personas trabajadoras de mayor edad.

2.4. Reglas transitorias sobre jubilaciones anticipadas

2.4.1. Jubilación anticipada en extinción: el Mutualismo Laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967

En su origen, la jubilación anticipada clásica respondía al mantenimiento de un derecho histórico[59]. De conformidad con la DT 4ª LGSS\2015, las personas trabajadoras que pertenecieron al Mutualismo Laboral antes del 1 de enero de 1967 podrán causar derecho a la pensión de jubilación a partir de los 60 años, siempre y cuando reúnan los requisitos generales de acceso a la misma, salvo la edad. En tales casos, la cuantía de la pensión se verá reducida en un 8 % por cada año de anticipación a la edad de 65 años. Esta disposición ha sido objeto de modificación por el Art. 1, diecinueve de la Ley 21/2021, para incorporar en el último párrafo del apartado 1 las medidas que contempla respecto a los coeficientes reductores de la edad de jubilación referidos en los arts. 206 y 206 bis. Sin embargo, esta modalidad de jubilación nos limitamos a mencionarla, dado que en la actualidad no existen personas trabajadoras que accedan a la misma, por resultar casi imposible acreditar cotizaciones al Mutualismo Laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967[60].

2.4.2. Aplicación de la legislación anterior a personas trabajadoras con relación extinguida antes del 1 de abril de 2013

Otra de las modificaciones realizadas por la Ley 21/2021 es en relación con el apartado 5 de la DT 4ª LGSS\2015, a través de su Art. 1, diecinueve. En el mismo se establece que seguirán siendo de aplicación las legislaciones anteriores para causar derecho a la pensión de jubilación, vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en los siguientes supuestos: a) personas con relación laboral extinguida antes del 1 de abril de 2013 que no se incluyeran posteriormente en ningún régimen de la Seguridad Social; b) personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo o por medio de convenios/acuerdos colectivos, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad a 1 de abril de 2013. Añade que, para el reconocimiento del derecho a la pensión de las personas anteriormente mencionadas, la entidad gestora aplicará la legislación que esté vigente en la fecha

[59] Tortuero Plaza, J.L.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (reforma y propuesta de capitalización parcial),* Madrid, Cuadernos Civitas, 2002, p. 81.

[60] Su desaparición se anunciaba a finales de 2018. López Cumpre, L.: "Jubilaciones anticipadas en extinción", *Op. Cit.*, p. 86.

del hecho causante de la misma, cuando resulte más favorable a dichas personas. El régimen transitorio consolidado con la reforma de la Ley 21/2021, permite la jubilación anticipada a las personas que cumplen los requisitos de transitoriedad, esto es, tener cumplida la edad de 61 años, haber sido inscritos como demandantes de empleo seis meses antes de la solicitud de jubilación, acreditar 30 años de cotización, sin que computen las pagas extraordinarias, aunque sí el servicio militar y han cesado involuntariamente en el trabajo.

El contexto de crisis económica y financiera que imperaba antes y durante (e incluso después) la aprobación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, hizo que en el marco del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones de 2 de febrero de 2011, bajo la denominación "jubilación anticipada" "en situación de crisis", se estableciera el mantenimiento de las reglas previas a la reforma acordada a las personas con la relación laboral suspendida o extinguida antes del Acuerdo. Las nuevas previsiones implementadas por la Ley 27/2011 en materia de jubilación, en respeto de lo acordado con los agentes sociales, no se aplicaron a todas las personas que se jubilasen tras su entrada en vigor, sino que fijó unas importantes reglas transitorias para la jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones. Además, a diferencia del Acuerdo Social de 2011, lo amplió a extinciones individuales y jubilaciones anticipadas parciales. De esta manera, se contemplaron tres supuestos en la DF 12 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, a los que se les aplicaban reglas transitorias : a) personas con relación laboral extinguida antes del 1 de abril de 2013 que no se incluyeran posteriormente en ningún régimen de la Seguridad Social; b) personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo o por medio de convenios/acuerdos colectivos y c) personas jubiladas parcialmente de forma anticipada o incluidos en planes de jubilación parcial antes de 1 de abril de 2013.

En los tres supuestos, el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, precisó que la pensión debía causarse antes de 2019. El RD-Ley 20/2018, de 7 de diciembre, ha prorrogado cuatro años la vigencia de la normativa anterior en caso de jubilaciones parciales anticipadas, pero para supuestos diferentes de los que estaban previstos por el RD-Ley 5/2013, tanto en requisitos exigidos como en campo de aplicación, dado que estaba enfocado para aquellos que accedieran a la jubilación parcial entre el 8 de diciembre de 2018 y el 31 de diciembre de 2022[61]. Esta norma pasó a regularse en el apartado 6 de la DT 4ª LGSS\2015, y daba un trato privilegiado a los trabajadores jubilados parcialmente frente al resto, en particular, a los del sector manufacturero[62]. El trato preferente se corrigió de forma parcial con el RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, entrando en vigor desde el 1 de enero de 2019, al establecer, por un parte, la prórroga en un año, hasta 2020, la vigencia de las reglas transitorias en materia de jubilación anticipada y, por otra, al quedar excluido el supuesto de jubilación parcial y planes de jubilación parcial acordados antes de 1 de abril de 2013 del apartado 5 de la citada disposición, habrá que estar a la regulación prevista en el apartado 6 de la DT 4ª LGSS\2015.

Expuestas las prórrogas de la legislación anterior a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en materia de jubilación anticipada, nos centramos en la novedad introducida por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, en el apartado 5 de la DT 4ª LGSS\2015, que consiste en la consolidación del régimen transitorio, esto es, se mantiene la legalidad anterior para las extinciones sobrevenidas antes del

[61] Maldonado Molina, J.A.: "Prórroga de las reglas transitorias sobre jubilación", VV.AA.: *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019,* Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., (Dirs.), Ediciones Laborum, 2019, p. 248.

[62] Sobre el caso de la industria manufacturera véase Chabannes, M.: "La jubilación parcial ¿a quién beneficia?: estudio a partir del caso de la industria manufacturera", VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible,* III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de la Salud y Seguridad Social: Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019, Vol. I, Ediciones Laborum, 2019, pp. 197-202.

1 de abril de 2013. Esta novedad legislativa es criticada por la doctrina al considerar que cobra carácter de estructural un régimen cuya razón de ser era de carácter coyuntural, pero, con la especial importancia de que no se trata de supuestos residuales como ocurría con las personas que tuvieran la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967, sino que afecta a un considerable número de personas que se jubilan anticipadamente bajo la legalidad anterior a la reforma. Hecho que, además, conduce a mantener vías de jubilación de primera y de segunda clase, generado inseguridad y diferencia de trato[63].

Para los supuestos recogidos en el apartado 5 de la DT 4ª LGSS\2015, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, mantenía con carácter imperativo la vigencia de la legalidad anterior. Ello implicaba que la persona interesada no tenía posibilidad de optar entre la aplicación de la legislación vigente o la anterior al acaecer el hecho causante, considerándose sin más que la legislación anterior sería más beneficiosa. No obstante, se ha constatado por parte de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social la incongruencia existente entre la finalidad de la norma, esto es, dar un trato preferente a un colectivo, y el sentido restrictivo que la propia norma desprendía al impedir acceder a la nueva normativa si esta fuese más favorable[64]. Con posterioridad, el RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, instauró de forma expresa el derecho de opción de las personas interesadas entre la aplicación de la legislación vigente en la fecha del hecho causante o la normativa vigente antes del 1 de abril de 2013. Otra novedad introducida por la Ley 21/2021 en el apartado 5 de la DT 4ª, consiste en la supresión del derecho de opción a favor de la persona interesada por la aplicación de oficio por parte de la entidad gestora de la legalidad anterior o la nueva, según sea más favorable.

3. Nuevo complemento para personas en jubilación anticipada con largas carreras de cotización

Entre las novedades impulsadas por la Ley 21/2021, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, encontramos la creación de un nuevo complemento en caso de jubilación anticipada de baja cuantía con más de 44 años y 6 meses de cotización.

Se recoge en la DA 1ª de la Ley 21/2021, bajo la denominación "Complemento económico para quienes hayan accedido a la jubilación de forma anticipada entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021 en determinados supuestos de largo periodo de cotización y, en su caso, baja cuantía". La razón de este nuevo complemento puede encontrarse en la Recomendación 12 del Pacto de Toledo, donde la Comisión consideró: "*…esencial, previa identificación del colectivo, analizar los costes financieros y la equidad actuarial de los coeficientes reductores que se aplican en los casos de jubilación anticipada, poniendo especial atención en la forma de acceso a la misma -voluntaria o forzada por las circunstancias-, los supuestos de carreras de cotización prolongadas y el sector de actividad en que se produzca la jubilación*", aunque también puede vincularse con la Recomendación 2 del Pacto de Toledo, relativo al mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones, con apoyo en el principio básico de suficiencia[65].

Para acceder al mismo se tienen que cumplir determinados requisitos válidos tanto para la jubilación anticipada involuntaria como voluntaria. Si las personas beneficiarias de la pensión

[63] Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Op. Cit.,* pp. 167-168.

[64] Criterio 92/2000, RJ 97/2014, el nueve de septiembre. También se puede consultar al respecto Maldonado Molina, J.A.: "Prórroga de las reglas transitorias sobre jubilación", *Op. Cit.,* p. 252.

[65] Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación", *Op. Cit.,* p. 40.

de jubilación causada entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021, han accedido a la misma de forma involuntaria o voluntaria tendrán derecho, con efecto de 1 de marzo de 2022, a un complemento económico siempre que reúnan los siguientes requisitos: a) acreditar al menos 44 años y 6 meses de cotización, o bien, si la cuantía de su pensión es inferior a 900 euros a 1 de enero de 2022, acreditar al menos 40 años de cotización; b) que la cuantía de la pensión inicial hubiera sido superior si se le hubieren aplicado los coeficientes reductores vigentes a 1 de enero de 2022.

La cuantía del complemento será equivalente a la diferencia entre la pensión reconocida y la pensión calculada conforme a los coeficientes reductores aplicables a la jubilación anticipada involuntaria o voluntaria. Se abonará en 14 mensualidades, podrá absorber el complemento a mínimos y se reconocerá de oficio por la entidad gestora a partir del 1 de marzo de 2022.

4. Conclusiones

Con carácter general, podemos afirmar que la reforma realizada por medio de la Ley 21/2021 en materia de jubilación puede catalogarse como selectiva al acotar determinados aspectos del régimen jurídico de la jubilación anticipada y por edad reducida, y que efectivamente pretende cumplir con el objetivo de "reforzar la equidad".

En relación con la jubilación anticipada por edad reducida poner de manifiesto el desacierto del legislador en no corregir el error sistemático introducido por la Ley 40//2007, calificando de jubilación anticipada algo que es reducción de la edad ordinaria sin penalización. Respecto de la jubilación por razón de actividad hay que decir que, aunque se incorpora un régimen más concreto del anterior, queda en manos del desarrollo reglamentario el núcleo de la regulación, encomendándose una profunda reforma del RD 1698/2011. Se aprecia la aclaración de los sujetos legitimados para instar el procedimiento y se establece una revisión decenal de los coeficientes reductores por actividad. Igualmente, consideramos acertada la regulación separada de la jubilación por edad reducida por actividad de la discapacidad que incorpora la Ley 21/2021, fundamentalmente porque se tratan de supuestos diferentes y, además, el procedimiento para solicitar la reducción no procede en los supuestos de discapacidad. En cuanto a la jubilación por edad reducida a causa de discapacidad, la Ley 21/2021 aporta un compromiso de impulsar una reforma que corrija la deficiente regulación actual.

Una de las importantes novedades de la Ley 21/2021 la constituye la adopción de unos nuevos coeficientes reductores cuyo computo transita de trimestral a mensual, lo cual permite un mayor ajuste a lo realmente cotizado, reforzando de forma considerable la contributividad de esta modalidad de pensión. Además, la aplicación de los coeficientes reductores en el caso de la jubilación anticipada voluntaria e involuntaria, se realiza sobre la cuantía de la pensión y no sobre su base reguladora. Si bien puede decirse que dichos coeficientes reductores resultan beneficios en términos generales, no es menos cierto que lo es menos respecto de quienes presentan carreras cortas de cotización y cuya anticipación lo es más alejada de la edad ordinaria de jubilación. En estos casos, se incrementa la penalización, estimulándose así la permanencia en activo en el mercado de trabajo por más tiempo. En lo que se refiere a los requisitos de acceso no se han apreciado modificaciones, salvo la ampliación de las causas legales que posibiliten la jubilación anticipada involuntaria. Sin embargo, la exigencia de periodos elevados de cotización (33/35 años) para acceder a la jubilación anticipada dificulta sobremanera el cumplimiento de este requisito por muchas de las personas que ha sufrido las elevadas tasas de paro registradas tras la crisis de 2008 y las medidas de austeridad. Además, la presión ejercida sobre las carreras cortas de cotización tiene y tendrá un impacto negativo sobre las carreras de cotización de las mujeres que han dedicado total o parcialmente su tiempo al cuidado de la familia o que han tenido contratos

a tiempo parcial de forma involuntaria, haciendo difícil por no decir imposible el acceso de las mujeres a la pensión de jubilación anticipada, con lo cual se intensifica la brecha de género en las pensiones. Todo ello pone de manifiesto que la nueva norma en materia de pensiones contiene profusos desincentivos de la jubilación anticipada.

Se consolidan las reglas transitorias para las personas que hubieran visto extinguido su contrato de trabajo antes de 1 de abril de 2013, reglas que venían prorrogándose cada año. Y, en muestra de solidaridad y de equidad, se aprobó un nuevo complemento económico para quienes se jubilaron anticipadamente entre 2002 y 2022 reuniendo un largo periodo de cotización y, en su caso, baja cuantía, lo cual implica en la práctica aplicar retroactivamente los nuevos coeficientes en caso de que beneficie a la persona asegurada, aunque la fecha de efectos económicos sea fijada el 1 de marzo de 2022.

5. Bibliografía

Baylos Grau, A.: "A propósito del envejecimiento activo", *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2019.

Baylos Grau, A.: "La jubilación forzosa y la negociación colectiva", *Documentación Laboral*, núm. 78, 2006.

Baylos Grau, A.: "Protección jurídica de las personas mayores. Tutela del empleo y envejecimiento activo", VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de la Salud y Seguridad Social: Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019, Vol. 2, Ediciones Laborum, 2019.

Cano Galán, Y.: "La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2022, BIB 2022\552.

Gala Durán, C.: "Pensiones. Las novedades del Proyecto de Ley de Reforma de Pensiones de 2021. Jubilación", *La Administración Práctica* núm. 11, 202, Aranzadi, BIB 2021\5212.

Gallego Losada, R.: *Las pensiones en la economía digital. Retos y reformas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

García Murcia, J.: *La Seguridad Social en España y la idea de solidaridad*, Oviedo, KRK Ediciones, 2017.

Chabannes, M.: "La jubilación parcial ¿a quién beneficia?: estudio a partir del caso de la industria manufacturera", VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de la Salud y Seguridad Social: Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019, Vol. I, Ediciones Laborum, 2019.

González Ortega, S.: "La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2013, BIB 2013\699.

López Cumpre, L.: "Jubilaciones anticipadas en extinción", *Documentación Laboral*, núm. 99, 2013.

López Gandía, J.: "La jubilación anticipada ante nuevas reformas", *NET21*, núm. 3, mayo 2021.

Maldonado Molina, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 467, 2022.

Maldonado Molina, J.A.: "Prórroga de las reglas transitorias sobre jubilación", VV.AA.*: Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019*, Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., (Dirs.), Ediciones Laborum, 2019.

Martín Valverde, A.: "Las pensiones de la Seguridad Social: su dimensión jurídica", en VV.AA.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, (Ed.) Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.

Moreno Romero, F. y Chabannes M.: "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", VV.AA.: *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dir.), Editorial Comares, 2020.

Ojeda Avilés, A.: "La dimensión comunitaria de la jubilación", en *Tratado de jubilación: homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, López Cumpre, L. (Coord.) Iustel, 2007.

Ortiz de Solórzano Aurusa, C.: "Las recomendaciones del Pacto de Toledo sobre la edad de jubilación en un sistema abierto y flexible de acceso a la pensión", en VV.AA.: *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo" (2020),* Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021.

Ramos Quintana, M.I.: "Reforma de la Seguridad Social y digitalización", en VV.AA.: *XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022*, (Ed). Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

Romero Rodenas, M.J.: *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2019.

Romero Rodenas, M.J.: "Igualdad en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social y prohibición de discriminación por razón de discapacidad. A propósito de la STC 172/2021, de 7 de octubre", *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2021.

Romero Rodenas, M.J.: "Las jubilaciones anticipadas voluntarias e involuntarias tras la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *NET21*, núm. 11, mayo 2022.

Tarancón Pérez, E. y Romero Rodenas, M.J.: *Manual de prestaciones básicas del Régimen General de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, Edición 2021.

Tortuero Plaza, J.L.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2002.

Situaciones de compatibilidad entre la pensión de jubilación y la prestación de servicios por cuenta propia y ajena. La jubilación parcial y flexible

Diego Velasco Fernández
Profesor interino del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0003-3852-6115

I. Introducción

La sociedad española se encuentra ante una coyuntura histórica de gran trascendencia, que afecta a la pensión de jubilación y, por ende, a gran parte de la población. Efectivamente son consabidos los datos del INE que vaticinan el progresivo envejecimiento de la población. Algunos indicadores que son muestra de ello son la reducción de la tasa de natalidad y el aumento del porcentaje de población mayor de 65 años. Al respecto de la tasa de natalidad, se encontraba en 9 nacidos por mil habitantes en 2015, mientras que se espera que se reduzca a 6,6 nacidos por cada mil habitantes en 2030 y siga cayendo hasta 5,6 en 2060. Por otra parte, la población mayor de 65 años que se situaba en un 18,7 % en 2020, será del 25,6 % en 2031 y hasta del 34,6 % en 2066[1]. Estos datos muestran la llegada a la tercera edad de la llamada generación del *"baby boom"* que corresponde a los nacidos entre 1950 y 1970 que coincide con la expansión demográfica y económica más fructífera de las últimas décadas.

[1] Antonio J. Pérez Martínez: "El sistema de pensiones en números", en VV.AA., Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Gómez Salado, M.Á. (Coord.), *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Comares, 2020, pp. 176-177.

La cuestión demográfica es trascendental para la pensión de jubilación pues afecta directamente a su sostenibilidad y financiación. Nuestro sistema de pensiones, basado en los artículos 41 y 50 de la Constitución Española, se ha venido desarrollando por la Ley General de la Seguridad Social como un sistema financiero de reparto, en oposición a los de capitalización, basado en el principio de solidaridad intergeneracional. Esto implica que los afiliados de hoy pagan las prestaciones de los pensionistas actuales, con la confianza de que los afiliados en un futuro paguen las suyas[2]. Este sistema para ser viable, está sufriendo ajustes como los introducidos por los factores de sostenibilidad que se implantan en otros países europeos o el reciente mecanismo de equidad intergeneracional. Hemos visto que prácticamente un tercio de la población española vivirá con el sustento de las pensiones de jubilación en las próximas décadas, esto tiene una implicación económica de grandes magnitudes, ya que la viabilidad de las pensiones supondrá mantener el consumo y la calidad de vida de uno de cada tres españoles.

Por otra parte, la magnitud económica no es el único aspecto que hace que las pensiones de jubilación sean de gran relevancia social. En las últimas décadas, la percepción del envejecimiento en la sociedad se ha ido transformando, de tener una concepción de esta etapa vital de declive y pérdida de autonomía, a entenderla a través de definiciones más positivas. Desde el ocio, al deporte o a la participación social en general, las personas jubiladas se han erguido como miembros activos de nuestra sociedad. En este contexto, la OMS, con el objetivo de promover un envejecimiento que desarrollara las perspectivas bio-psico-sociales de los individuos propuso el término "envejecimiento activo" definiéndolo como *"proceso de optimizar oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de promover la calidad de vida a medida que se envejece"*[3]. Como se puede deducir, esto no quiere decir que se refiera a que la persona deba estar activa laboralmente, sino que se promueva la participación continua en cuestiones económicas, sociales, culturales y cívicas[4].

Tanto el factor económico como este cambio de visión hacia un envejecimiento activo, han transformado la idea tradicional que se tenía de la jubilación como el cese completo de la actividad laboral. Las políticas de empleo y la regulación del mercado de trabajo han tenido en cuenta los factores financieros, sociales y demográficos para flexibilizar el concepto de la tradicional jubilación ordinaria. Así han surgido nuevas formas de jubilación, como son la jubilación parcial, la jubilación flexible y activa, como nuevas formas, en definitiva, que compatibilizan la percepción de la pensión de jubilación con la continuidad de la prestación de trabajo ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena. La distinción entre estos tipos de jubilación radica en la flexibilidad y gradualidad en la que se accede a la pensión. Si la finalidad es la reducción de gastos de la protección social y la promoción del empleo en edades elevadas nos encontramos con la jubilación flexible y activa. Mientras que si el objetivo es anticipar la edad de jubilación para lograr el mantenimiento y reparto del empleo nos encontramos con la jubilación parcial condicionada a un contrato de relevo[5].

La diferencia entre estos dos supuestos, que desarrollaremos a lo largo de este estudio, radica en el momento en que se acceda a la jubilación, en la jubilación parcial, nos referimos normalmente

[2] Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Quesada Segura, R. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Decimoséptima edición, Madrid, Tecnos, 2021, pp. 152-153.

[3] Rubio Rubio, L. y Rubio Herrera, R.: "Envejecimiento activo: su significado y fundamento actual. Teorías y estereotipos sobre el envejecimiento", en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, pp. 4-5.

[4] Maldonado Molina, J.A. "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral" en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, p. 520.

[5] López Gandía, J. "La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones", Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 7-9.

a la jubilación que se hace de forma anticipada a la edad ordinaria de jubilación, esto es, aquella que se lleva a cabo antes de que el trabajador haya comenzado a percibir la pensión completa de jubilación. Por otro lado, la jubilación flexible y la activa, son aquellas que se producen a partir de la edad ordinaria, cuando el trabajador vuelve al trabajo o comienza una nueva actividad de forma compatible con la pensión de jubilación. No obstante, como veremos, las jubilaciones flexible y activa no dejan de ser un supuesto de jubilación parcial en cuanto técnicamente compatibilizan la percepción de una parte de la pensión de jubilación con el trabajo parcial.

Previo al análisis de la situación actual de la jubilación parcial debemos tener en cuenta los antecedentes normativos que introdujeron en nuestro sistema estas figuras jurídicas. Fue la Ley 32/1984, de 2 de agosto, la que reformó el Estatuto de los Trabajadores de 1980 para instaurar el contrato parcial como una modalidad normal del contrato de trabajo, en vez de considerarlo una medida de fomento del empleo. En esta línea se introdujo el contrato de relevo para facilitar la jubilación parcial de los trabajadores que estuvieran cerca de su edad ordinaria de jubilación[6]. Los artículos 11 a 13 del RD 1991/1994, de 31 de octubre, establecen la configuración de esta novedosa jubilación parcial, para darle flexibilidad y facilitar el acceso a la pensión de jubilación en ulteriores reformas.[7]

Al respecto de la jubilación flexible, podemos establecer como punto de partida del estudio de sus antecedentes el RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. El objetivo, según el artículo 1 de esta ley era la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación (reducida proporcionalmente) con un trabajo a tiempo parcial. La principal diferencia entre esta jubilación flexible que se crea en este RD-Ley 16/2001 y la jubilación parcial que venía existiendo desde la Ley 32/1984 es que en la jubilación flexible ya se ha causado la pensión de jubilación, pero el pensionista desea reincorporarse o iniciar una nueva actividad laboral en la modalidad de tiempo parcial[8].

Finalmente, el régimen jurídico de la llamada "jubilación activa" se desarrolla en el artículo 214 LGSS, que fue modificado por el RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Como veremos, aunque con similitudes a la jubilación flexible, tiene sus diferencias y son dos figuras distintas.

Estas tres figuras suponen, en suma, excepciones a la regla general de la incompatibilidad entre pensión de jubilación y realización del trabajo del artículo 213.1 de la LGSS[9]. Esta es en definitiva la razón de ser de este estudio: analizar las excepciones en las que sí se contempla la posibilidad de compatibilizar la pensión y el trabajo y que se canalizan a través de las figuras que ya han sido introducidas, la jubilación parcial y la jubilación flexible y la activa.

II. La jubilación parcial

Una vez comprendida la utilidad de la flexibilización de la compatibilidad entre percepción de la pensión de jubilación y prestación de trabajo, debemos considerar en primer lugar, la figura

[6] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022 pp. 221-222.

[7] Reformas posteriores al contrato de relevo y la jubilación parcial se hicieron en el RD 144/1999, 29 de enero; RD 1131/2002, de 31 de octubre; Ley 40/2007, de 4 de diciembre; RD-ley 8/2010, de 20 de mayo; Ley 27/2011, de 1 de agosto y RD-ley 5/2013, de 15 de marzo. Véase Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022 pp. 223-227.

[8] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta Guillermo: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022 p. 247.

[9] "El disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen".

de la jubilación parcial. Se regula en los artículos 215 y disposición transitoria 10º de la LGSS, así como el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y el RD 1131/2002, de 31 de octubre. Consiste en una prolongación de la actividad laboral a pesar del acceso a la pensión de jubilación, ya sea tras la edad anticipada de jubilación o bien tras la edad ordinaria. Entre los objetivos de esta figura concreta encontramos el retiro del trabajo de una forma gradual, que prepara al trabajador psicológicamente para la nueva etapa de la vida de jubilado. También se justifica con la necesidad de ahorrar gasto en prestaciones cuando se produce después de la edad ordinaria de jubilación. Igualmente, es un instrumento para transmitir experiencia y saber profesional entre el trabajador jubilado a tiempo parcial y el relevista contratado para la sustitución parcial, en aquellos casos que es preceptivo[10].

La característica principal de la jubilación parcial es la voluntariedad, ya que no se puede imponer al trabajador ni al empresario. Puede darse una excepción a esta regla para el empresario en el caso de que exista convenio colectivo o pacto individual que establezca la obligatoriedad, ante esta situación, dicho convenio o pacto sí vinculará al empresario[11]. También hay que destacar que el jubilado parcial tiene la consideración de pensionista a los efectos de las prestaciones sanitarias y de los servicios sociales que le correspondan[12].

Las condiciones que se deben cumplir para poder acceder a la jubilación parcial pueden variar según la naturaleza de la relación laboral que se pretenda compatibilizar con la pensión, por ello debemos distinguir entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia:

Condiciones necesarias para acceder a la jubilación parcial y trabajo por cuenta ajena[13] *(artículo 12.7 del Estatuto de los Trabajadores)*[14]:

a) Cumplir los requisitos genéricos de afiliación y alta del artículo 165.1 LGSS en el régimen general o en regímenes especiales por cuenta ajena pertinentes;

b) Haber cumplido la edad mínima ordinaria de jubilación, la edad de 63 años, si acreditan 36 años y 6 meses cotizados[15], o bien 60 años para los mutualistas;

c) Acreditar un periodo de antigüedad en la empresa de al menos 6 años inmediatamente anteriores a la jubilación parcial. Computa la antigüedad en otra empresa si medió sucesión de empresas[16] o sucede de otra empresa del grupo; igualmente computan los contratos temporales sucesivos, aunque haya breves interrupciones temporales;

d) Se realice un contrato a tiempo parcial con jornada comprendida entre un 25 y 50 %, pudiendo llegar al 75 % si el relevista se contrata en jornada completa de forma indefinida;

e) Periodo mínimo de cotización de 33 años a la fecha del hecho causante de la jubilación parcial. Para el cómputo de este periodo de cotización computan todas

[10] López Gandía, J. "La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones", Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 17 a 19.

[11] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022, p. 228.

[12] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022, p. 242.

[13] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 229 a 239.

[14] Téngase en cuenta que para determinados colectivos de trabajadores de la industria manufacturera a tenor de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 4º LGSS por el artículo 1 RD-Ley 20/2018, de 7 de diciembre, cabe la posibilidad de acceso a la jubilación parcial siguiendo la regulación anterior a la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

[15] Deben tenerse en cuenta los periodos mínimos transitorios que establece la Disposición Transitoria 10º del ET.

[16] Según el mecanismo de transmisión del artículo 44 del ET.

las cotizaciones acreditadas en el sistema[17]. Con peculiaridades: para personas con discapacidad superior al 33 % el periodo de cotización será de 25 años; no cabrá el cómputo recíproco de cotizaciones entre el régimen general y el de Clases Pasivas del Estado;

f) Ante la situación de jubilación parcial, el empresario y el trabajador deben seguir cotizando la misma base de cotización que hubiera correspondido al trabajador de haber seguido a tiempo completo;

g) La empresa está obligada a contratar a un trabajador relevista que debe ser desempleado o un trabajador de la misma empresa en contratación de duración determinada. La duración de este contrato será lo que le falte al trabajador a jubilarse parcialmente para llegar a la edad ordinaria de jubilación[18]. Por el contrario, si el acceso a la jubilación parcial se ha producido una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, no será necesaria la contratación de un trabajador relevista.

El contrato del relevista podrá ser a tiempo completo o parcial, salvo si la reducción de jornada del jubilado parcial es del 75 %, en cuyo caso deberá ser contratado a tiempo completo. Se permite la pluriactividad del relevista. La duración de la jornada será como mínimo el porcentaje que tenga reducido en su jornada el jubilado parcial. Como veremos más adelante, la jurisprudencia ha permitido que la jornada parcial pueda acumularse en un único periodo anual.

Sobre la extinción del contrato de relevo se establecen algunas peculiaridades:

- La empresa no está obligada a contratar un segundo relevista tras el despido improcedente sin readmisión del primero que trabajaba a tiempo completo.
- En caso de cese del trabajador relevista antes de que el jubilado parcial alcance la edad de jubilación ordinaria, la empresa tiene dos opciones:
  a) Sustituir al trabajador cesado por otro relevista en las mismas circunstancias;
  b) Contratar al cesado nuevamente con contrato de relevo en un periodo de 15 días desde el cese, siendo la jornada, como mínimo, igual a la que realizaba el trabajador en el momento de extinción del contrato.
- Ante el despido improcedente del jubilado parcial antes de la edad ordinaria o anticipada de jubilación y si no fuera readmitido:
  a) La empresa debe ofrecer al trabajador relevista la ampliación de la jornada de trabajo;
  b) Si el relevista no aceptara la ampliación, la empresa deberá contratar a otro relevista para cubrir la ampliación.

[17] Téngase en cuenta que "sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, sólo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año." en Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Quesada Segura, R. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Decimoséptima edición, Madrid, Tecnos, 2021, p. 324.

[18] Artículo 205.1 a) LGSS.

Si el empresario incumple las obligaciones ligadas al contrato de relevo deberá abonar a la entidad gestora el importe de la jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria.

h) Debe haber correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y el jubilado parcial. La base de cotización del relevista no podrá ser inferior al 65 % del promedio de las bases de cotización de los últimos 6 meses del periodo de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

Condiciones necesarias para acceder a la jubilación parcial y trabajo por cuenta propia

Sobre la situación de jubilación parcial y trabajo por cuenta propia se reguló en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo[19]. También el artículo 318 d)de la LGSS dispone que la jubilación parcial será de aplicación a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores del Mar y de Trabajadores Autónomos en los términos que reglamentariamente se establezcan (igual que ya hacía la DA8º LGSS de 1991). No obstante, aún no ha habido desarrollo reglamentario y la normativa que regula esta materia ha sido varias veces aplazada[20].

El Real Decreto Ley 28/2018, de 28 de diciembre, aplaza en su disposición adicional segunda, al igual que venían haciendo las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, la entrada en vigor de varios artículos de la Ley 20/2007, de 11 de julio, en aquello que se refiere a la ejecución de la actividad a tiempo parcial por los trabajadores por cuenta propia. La motivación del legislador al respecto, según se recoge en la exposición de motivos del RD-ley 28/2018 es que aún *"no se han podido determinar, mediante los pertinentes estudios que están siendo realizados por la Administración, cuáles podrían ser las condiciones necesarias que permitan extender a tales trabajadores la normativa reguladora del trabajo a tiempo parcial, que por estar prevista para trabajadores por cuenta ajena, que dependen de un empresario, no es extensible directamente a los trabajadores por cuenta propia, por lo que la entrada en vigor de estos preceptos podría provocar graves problemas para su aplicación."*

Es necesario remarcar, por otro lado, que el artículo 215.5 de la LGSS extiende también la posibilidad de implementar la figura de la jubilación parcial a los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, asimilados a trabajadores por cuenta ajena, en los términos del artículo 14 de la LGSS[21]. De esta forma, según señala el precepto 215.5 LGSS, las condiciones que se deben dar para que estos trabajadores accedan a esta situación son:

a) Cumplir los requisitos generales del artículo 215.2 LGSS

b) Que el socio trabajador reduzca su jornada y los derechos económicos en los términos y condiciones del artículo 14 LGSS

[19] El artículo 26 de la Ley 20/2007, al establecer el régimen general de la acción protectora para el trabajo autónomo sostiene: "4. Los poderes públicos promoverán políticas que incentiven la continuidad en el ejercicio de la profesión, trabajo o actividad económica de los trabajadores por cuenta propia, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación. No obstante, en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida, y en los términos que reglamentariamente se establezcan, los trabajadores autónomos afectados que reúnan las condiciones establecidas para causar derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la relativa a la edad, podrán acceder a la jubilación anticipada, en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena."

[20] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Decimoséptima edición, Madrid, Tecnos, 2021, p. 322.

[21] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022, p. 228.

c) Que la cooperativa concierte con un socio o con un desempleado la realización de la jornada dejada vacante por el socio que se jubila parcialmente, en las mismas condiciones previstas en el artículo 12.7 ET

Sujetos excluidos de la posibilidad de acceso a la jubilación parcial

Para ciertos colectivos no se establece la posibilidad de disfrutar de la figura de la jubilación parcial[22].

a) Personal estatutario[23].

b) Trabajadores fijos discontinuos que prestan actividad en unas fechas determinadas[24]

c) Trabajadores por cuenta propia o autónomos mientras no se desarrolla la normativa legal que regula la jubilación parcial para ellos.

d) Funcionarios públicos.[25]

e) Representantes del comercio. En el RD 1438/1985, de 1 de agosto, que regula esta relación laboral especial, no se contempla la posibilidad de realizar actividad a tiempo parcial.

Cuantía y base reguladora de la pensión de la jubilación parcial

Una vez analizados los colectivos que pueden acceder a la jubilación parcial y su régimen jurídico, procedemos a conocer cómo se determina la cuantía de la pensión a percibir y su determinación.

Sobre la cuantía, como se podrá deducir de lo expuesto en el régimen jurídico, se calcula aplicando el porcentaje de la jornada que se haya reducido en la prestación del servicio al importe de la pensión que correspondería. Dependerá de los años de cotización que acredite el trabajador en la fecha del hecho causante, según las reglas generales del Régimen de la Seguridad Social que se trate. Hay un límite inferior al importe de la pensión; no podrá ser inferior a la pensión mínima vigente en cada momento para los jubilados mayores de 65 años.

Sobre la base reguladora de la pensión de jubilación parcial es necesario diferenciar dos matizaciones. Primero, cuando el acceso a la jubilación parcial se haga antes del cumplimiento de la edad ordinaria exigida. En esta situación no se aplicarán coeficientes reductores en función de la edad[26], esto quiere decir que la base reguladora de la pensión del jubilado parcial que accede a la jubilación completa se calcula teniendo en cuenta el incremento de las bases de cotización hasta el cien por cien, *"como si la relación hubiera transcurrido a tiempo completo"*[27]. En segundo lugar, para las situaciones en las que se aplique el incremento de coeficientes reductores de jornada por

[22] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022, p. 229.

[23] Por falta de desarrollo reglamentario de la norma que regula este colectivo. STS 22 julio 2019 (RJ 5532)

[24] Se entiende que no se dan los requisitos que configuran una relación a tiempo completo, por lo que no se puede acceder a la pensión de forma parcial. STS de 12 de abril 2011 (RJ 2011, 3829)

[25] En un principio se regulaba la figura de la jubilación parcial para los funcionarios públicos en el artículo 67.2 párrafo segundo y 4 de la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, hasta que fue derogado por la Disposición Derogatoria Única.4.c) del RD-ley 20/2012, de 13 de julio. Posteriormente, el art. 67 del RD-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, ya no recoge la posibilidad de la jubilación parcial, luego ha entenderse a este colectivo excluido del disfrute de esta figura.

[26] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022, p. 240 en relación al apartado 7.2 de la Circular 4/2003, de 8 de septiembre, del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

[27] Apartado 7.2 de la Circular 4/2003, de 8 de septiembre, del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

periodo anual, siempre que lo solicite el jubilado parcial y de conformidad con el empresario, se modificará la cuantía de la pensión. De esta forma, a la cuantía reconocida inicialmente, se le aplicará el porcentaje correspondiente según la nueva reducción de jornada. La pensión será revalorizada por las actualizaciones que se hayan sucedido desde que tuviera efectos la pensión inicial de jubilación parcial hasta los efectos del nuevo importe de pensión. En el caso de que haya ligado un contrato de relevo, la empresa debe ofrecer la ampliación de jornada al relevista. Si bien su jornada es ya superior a la del jubilado, la ampliación tendrá como límite la jornada completa ordinaria establecida en convenio colectivo, o en su defecto, la máxima legal. Si el relevista no acepta la ampliación de jornada, se deberá contratar por dicha jornada reducida a otro trabajador en la misma situación que el relevista.

Situaciones de extinción de la pensión de jubilación parcial.

Según los artículos 14 a 17 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, la pensión de jubilación parcial se extingue por:

a) Fallecimiento del pensionista

b) Reconocimiento de la jubilación plena, ordinaria o anticipada.

c) Reconocimiento de una incapacidad permanente que sea incompatible

d) Extinción del contrato de trabajo a tiempo parcial del jubilado parcial, salvo si tiene derecho a prestación por desempleo compatible con la jubilación parcial.

Sobre los efectos que producirá la extinción en la pensión se pronuncia el artículo 18 del RD 1131/2002, de forma que:

— Si durante la jubilación parcial se ha cotizado y había contrato de relevo, la base reguladora en caso de fallecimiento o alguna modalidad de incapacidad permanente incompatible se calculará con las bases de cotización del periodo en que el pensionista trabajó en la empresa incrementadas al cien por cien como si hubiera desarrollado la jornada de forma completa. Lo mismo se aplica para el cálculo de la base reguladora si el pensionista hubiera estado percibiendo la prestación de desempleo u otra prestación sustitutora.

— Si durante la jubilación parcial no hubo contrato de relevo, para el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente o prestaciones causadas por el fallecimiento computarán las bases de cotización que se hayan ingresado realmente durante la jubilación parcial.

Situaciones de compatibilidad con la jubilación parcial

Para finalizar la comprensión de las situaciones de compatibilidad de la jubilación parcial, podemos concluir que la jubilación parcial es compatible con el trabajo a tiempo parcial en la empresa una vez se ha superado la edad de jubilación; es compatible con el trabajo en aquella situación anterior a la edad de jubilación; pero también es compatible con el trabajo a tiempo parcial en la empresa y otros trabajos a tiempo parcial anteriores al acceso a la jubilación parcial, siempre que dicho acceso no implique un aumento de la jornada; igualmente será compatible con los trabajaos a tiempo parcial que se lleven a cabo con posterioridad a la jubilación parcial, en el caso de que hubieran cesado los trabajos iniciales que se venían desempeñando en otras empresas, igualmente en este caso la duración de la jornada trabajada no puede aumentar, sino se suspendería la percepción de la pensión por la jubilación parcial. Es necesario finalmente señalar, sin entrar en profundidad, que la jubilación a tiempo parcial también es compatible con otras

prestaciones con la Seguridad Social en ciertas situaciones como la incapacidad permanente total reconocida por trabajo distinto, la pensión de viudedad y desempleo, pero resulta incompatible con la gran invalidez, la incapacidad permanente absoluta y la total reconocida por la misma actividad que dio lugar a la jubilación parcial y también será incompatible con la jubilación reconocida por otra actividad[28].

III. La jubilación flexible

La necesidad de flexibilizar el acceso a la jubilación, facilitando la compatibilidad de su percepción con el trabajo, derivó en nuevas figuras como la jubilación flexible. Otras prestaciones públicas han experimentado el mismo proceso de flexibilización, como es el caso del desempleo[29]. Esta flexibilización, como ya se vio en la introducción tiene como objetivo el fomento de la ampliación de la edad mínima ordinaria de acceso a la pensión de jubilación de forma voluntaria, con el fin de aliviar los deberes financieros del sistema y favorecer la inserción activa de las personas jubiladas, así como evitar la dependencia del trabajador al sistema de pensiones. Lo que persigue el sistema de jubilación flexible es que, cada trabajador sea el que pueda decidir el momento adecuado para cesar en su actividad laboral, por motivos de edad y dentro de un margen razonable[30].

Esta necesidad dio lugar a dos situaciones en que se permite acceder a los ya jubilados al trabajo y compatibilizarlo con la percepción de su pensión. Son las llamadas "jubilación flexible" introducida en 2002 por el RDL 16/2001 y la "jubilación activa" introducida en 2013 por el RD-ley 5/2013. Este epígrafe lo dedicaremos a la primera.

La jubilación flexible se deduce del régimen de compatibilidades que se permiten con la pensión de jubilación en el artículo 213 LGSS. El artículo 213.1 párrafo segundo de la LGSS, específicamente, nos dice:

"las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable".

Por lo que podemos entender que técnicamente la jubilación flexible se configura como una modalidad de jubilación parcial del artículo 215 LGSS y por lo tanto se induce que en la jubilación flexible puede realizarse también trabajo a tiempo parcial. En suma, debemos entender la jubilación flexible como una modalidad de la jubilación parcial, su objetivo no es que el trabajador deje de trabajar de modo progresivo, sino, por el contrario, permitir que jubilados vuelvan a la vida laboral de forma parcial. El resultado final es el mismo, trabajar parte de la jornada por una parte de la pensión, pero con una finalidad diferente[31].

Como se ha indicado, el régimen jurídico de la jubilación flexible fue introducido por el RDL 16/2001, que es completado con las disposiciones vigentes del RD 1132/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial

[28] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022, p. 241 y 242.

[29] Artículo 296.4 LGSS.

[30] Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Quesada Segura, R. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Decimoséptima edición, Madrid, Tecnos, 2021, p. 325.

[31] Maldonado Molina, J.A. "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral" en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, p. 546.

y la jubilación flexible. En la Sección tercera del capítulo I del citado Real Decreto se regula la *"Jubilación flexible"* siendo definida por el artículo 5.1:

"Se considera como situación de jubilación flexible la derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada a que se refiere el artículo 12.6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con la consecuente minoración de aquélla en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable, en los términos señalados en el apartado 1 del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores antes mencionada."

Para perfilar esta definición hay que matizar qué se entiende por "trabajador a tiempo completo comparable". Se debe entender como *"trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, la jornada máxima legal"*[32].

En suma, podemos entender los siguientes como los rasgos definitorios de la jubilación flexible que se pueden extraer de los artículos que configuran su régimen jurídico[33]:

- La jubilación flexible es una modalidad de jubilación parcial, ya que implica la posibilidad de compatibilizarla con un trabajo a tiempo parcial, independientemente de si se celebra o no a la vez un contrato de relevo.
- La jubilación flexible es incentivada por la exoneración de cotizaciones por contingencias comunes[34].
- El trabajador que se acoge a la jubilación flexible tiene el deber de comunicación a la Entidad Gestora por el pensionista de su deseo de acogerse a la jubilación flexible. De esta forma la Entidad Gestora procederá a la reducción correspondiente de la pensión[35].
- La jubilación flexible es incompatible con las pensiones de incapacidad permanente. Aunque sí es compatible con incapacidad temporal y nacimiento y cuidado del menor[36].
- El cálculo de la pensión de jubilación completa, una vez cesado en el trabajo compatible con la jubilación flexible, se calculará conforme a lo establecido en el artículo 8 del RD 1132/2002.

Una vez analizado el régimen jurídico de la jubilación flexible, debemos conocer cómo afecta a la cuantía de la pensión de jubilación. Efectivamente, de forma similar a la jubilación parcial, el importe final de la pensión se reduce de forma inversamente proporcional a la reducción de jornada de trabajo realizada por el pensionista, siempre en relación a la jornada completa

[32] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022, p. 248.

[33] Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Quesada Segura, R. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Decimoséptima edición, Madrid, Tecnos, 2021, p. 325 - 326.

[34] Con las excepciones correspondientes a la incapacidad transitoria del artículo 152 LGSS y las cuotas por desempleo, FOGASA y Formación Profesional.

[35] Artículo 6 del RD 1132/2002.

[36] Artículo 7 del RD 1132/2002.

comparable como ya se vio anteriormente. Los aspectos más relevantes que inciden en la cuantía de la pensión de jubilación flexible son los siguientes[37]:

- Efectos desde el día en que comience la realización de actividades
- Importe de la pensión debe ser, como mínimo, equivalente a la pensión mínima correspondiente a los jubilados de esa edad, atendiendo a su situación familiar y económica.
- Durante la jubilación flexible no se disfrutará de los porcentajes adicionales de la pensión de jubilación que se hubieren podido obtener por prolongación de la vida activa laboral.
- El pensionista debe comunicar a la Entidad Gestora su contrato a tiempo parcial antes de iniciar las actividades. La falta de comunicación supone:
  - Carácter indebido de la prestación, en la cuantía que se perciba por la actividad a tiempo parcial, desde el inicio de las actividades.
  - Obligación de reintegro de lo indebidamente percibido y de pago de las sanciones que puedan corresponder.

Una vez analizado el régimen jurídico y las matizaciones al respecto de la cuantía, es objeto de estudio en esta comunicación conocer la compatibilidad e incompatibilidades que tiene la figura de la jubilación flexible[38]:

Incompatible
- Pensiones de incapacidad permanente derivadas de la actividad desarrollada posteriormente al reconocimiento de la pensión de jubilación. - Profesor asociado de Universidad Pública[39]. - Trabajo por cuenta propia. Sólo se permite el trabajo por cuenta ajena. El RETA, a falta del desarrollo de la normativa, no contempla aun la posibilidad de un alta a tiempo parcial[40].
Compatible
- Incapacidad temporal y Nacimiento y cuidado del menor derivadas de la actividad efectuada a tiempo parcial

Extinción de la jubilación flexible

Cuando se termine la prestación de la actividad a tiempo parcial, se extingue la obligación de seguir cotizando por dicha actividad. Esta situación debe ser comunicada a la Entidad Gestora que procederá a restablecer la cuantía íntegra de la pensión de jubilación. No obstante, la cuantía de la pensión tendrá en cuenta las siguientes consideraciones[41]:

- Las cotizaciones por la actividad realizada a tiempo parcial mejorarán la nueva cuantía.
- Se calculará una nueva base reguladora teniendo en cuenta las nuevas cotizaciones mediante las reglas vigentes en el momento del cese de la actividad. Si la aplicación

[37] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 250-251.

[38] Tabla 1. Elaboración propia a partir de Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022, p. 250

[39] STSJ Cataluña 8-1-2018 (JUR 2018, 95116) en interpretación del artículo 213.2 LGSS

[40] STS 15-7-2020 (rec. 2094/2018)

[41] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022, p. 251

de dichas reglas implicara la minoración de la base reguladora anterior, no se aplicará la nueva base reguladora y se mantendrá la anterior revalorizada.

- Las cotizaciones que se ha producido tras la minoración del importe de la pensión de jubilación
  - Modificarán el porcentaje aplicable a la base reguladora, en función del nuevo periodo de cotización.
  - Si hubiera un coeficiente reductor por jubilación anticipada o por mutualista, servirán para disminuirlo o eliminarlo.
  - Ante fallecimiento durante la jubilación flexible, para el cálculo de las prestaciones por muerte y supervivencia, los beneficiarios podrán optar por que se calculen a partir de la situación de activo o desde la de pensionista. En el último caso se tomará para el cálculo la base reguladora de la pensión de jubilación anterior a la actividad revalorizada.
- No cabe beneficio de elevación de bases de cotización al 100 % como en la jubilación parcial.

IV. La jubilación activa

El régimen jurídico de la jubilación activa se desarrolla en el artículo 214 LGSS, que fue modificado por el RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Dicho artículo se desvincula del artículo 213 LGSS, dando una regulación específica para esta figura. En primer lugar, establece los requisitos que deben darse para que la jubilación en su modalidad activa sea compatible con el trabajo:

a) "El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205.1.a), sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.

b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por ciento.

c) El trabajo compatible podrá realizarse por cuenta ajena, a tiempo completo o a tiempo parcial, o por cuenta propia.

La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista.

No obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento.

La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. No obstante, en tanto se mantenga el trabajo compatible,

el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento, excepto en el supuesto de realización de trabajos por cuenta propia en los términos señalados en el párrafo anterior.

El pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo. El beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos.

Finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación. Igual restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia cuando no se dieran las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del apartado 2".

La jubilación activa implica la cotización por incapacidad temporal y contingencias profesionales, así como una cuota de solidaridad del 8 %, no computable para las prestaciones, que en caso de que la actividad sea por cuenta ajena se distribuirá en un 6 % para el empresario y un 2 % para el trabajador. En la práctica el uso de esta figura es muy reducido, ciñéndose en la práctica a su uso prácticamente por autónomos[42].

A modo de resumen, con objeto de clarificar las diferencias entre la modalidad de jubilación activa y flexible, se presenta el siguiente esquema[43]:

	Jubilación flexible	**Jubilación activa**
Años cotizados	15	35
Edad	Incluye jubilaciones anticipadas	A partir de 65 o 67 años
Tipo de trabajo	Tiempo parcial	Tiempo parcial o a tiempo completo
Cuantía de la pensión	Parcial, en proporción a la jornada	Regla general: 50 % Autónomos con empleados: 100 %
Cotización	Por Incapacidad Temporal y Contingencias Profesionales	Cuota solidaria del 8 %
Efectos sobre la pensión	Puede mejorar la cuantía de la pensión	No altera la pensión

V. Situaciones de compatibilidad entre jubilación y trabajo excepcionales

Para completar el estudio de este trabajo, es necesario remarcar que el artículo 213 LGSS parte de la regla general de que el disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con el trabajo de pensionista. No obstante, como apunta Maldonado Molina, la prohibición de trabajar a los pensionistas no es tal, sino que el impedimento debe entenderse entre la percepción de la pensión con la retribución que reciba por realizar el trabajo[44]. Esto quiere decir, que la realización de una actividad no extingue la pensión de jubilación, sino que la suspende.

[42] Maldonado Molina, J.A. "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral" en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, pp. 548-549.

[43] Tabla extraída de Maldonado Molina, J.A. "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral" en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, p. 545.

[44] Maldonado Molina, J.A. "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral" en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *Envejecimiento activo y vida laboral,* Granada, Comares, 2019, p. 541.

Con la Ley 35/2002, de 12 de julio y el RD 1132/2002, de 31 de octubre se introduce la posibilidad, tal y como hemos visto, de compatibilizar el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial en la forma que se establezca en el reglamento. A falta de desarrollo reglamentario, el art. 213 LGSS nos sitúa ante una situación de diversos supuestos de compatibilidad que bien podrían encuadrarse dentro de la jubilación flexible, pero que es necesario analizar detenidamente[45]:

Los trabajos residuales. La Ley 27/2011 introdujo la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con los trabajos por cuenta propia que no superen en cómputo anual el salario mínimo interprofesional y no den lugar a su inclusión en ningún régimen de la seguridad social. Al no estar incluidos en ningún régimen no hay obligación de cotizar a la Seguridad Social y por lo tanto no se generarán nuevos derechos[46]. En la práctica esta situación suele generar inseguridad jurídica, ya que el trabajador no tiene forma de saber si la actividad realizada en algún supuesto puede superar el SMI, de forma de puede acabar en posibles sanciones y a devolución de ingresos indebidamente percibidos si efectivamente lo supera y no cotiza por ello[47].

Titularidad de un negocio. La pensión de jubilación debe entenderse compatible con la titularidad de un negocio. De forma que la jubilación del titular no implique el cierre o sucesión del negocio; ni tampoco implique la presunción de que el titular del establecimiento sea necesariamente trabajador por cuenta propia[48].

Actividad por cuenta propia del profesional colegiado. Los profesionales colegiados pueden optar por estar dados de alta en el RETA o en una mutua de previsión social de su colegio profesional[49]. A partir de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia con los profesionales colegiados, se estableció la incompatibilidad entre el trabajo y la percepción de la jubilación con los mutualistas. Aunque se mantenía la compatibilidad de aquellas pensiones que se hubieran causado anteriormente a la publicación de dicha Orden[50].

Profesores universitarios eméritos y personal licenciado sanitario emérito. Es compatible la pensión de jubilación con los trabajos realizados por estos trabajadores, ya que tales trabajos están excluidos del Régimen General de la Seguridad Social por el artículo 137 de la LGSS.

Escritores y artistas que perciban derechos de propiedad intelectual. Situación regulada en la Disposición Final 2º del RDL 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre creación artística y la cinematográfica, desarrollado por el reglamento RD 302/2019, de 26 de abril. A partir del análisis de estas normas podemos encontrarnos en tres situaciones:

---

[45] Maldonado Molina, J.A. "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral" en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, p. 542.

[46] Caballero Pérez, M.J. "La jubilación en el trabajo autónomo", en VV.AA., *La pensión de jubilación*. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma, Granada, Comares 2015, pp. 360 a 361.

[47] López Aniorte, M.C. "Acerca de la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia" *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 156. pp. 78-79.

[48] Caballero Pérez, M.J. "La jubilación en el trabajo autónomo", en VV.AA., *La pensión de jubilación*. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma, Granada, Comares 2015, p. 363.

[49] DA. 15º de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados

[50] Caballero Pérez, M.J. "La jubilación en el trabajo autónomo", en VV.AA., *La pensión de jubilación*. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma, Granada, Comares 2015, p. 361.

— Ingresos percibidos de una actividad por cuenta propia inferiores al SMI en cómputo anual. Esta situación ya hemos visto que es compatible con la pensión de jubilación.

— Ingresos percibidos por actividad por cuenta ajena o propia superiores al SMI en cómputo anual. Se permite la compatibilización de la pensión con dicha actividad cuando no se opte por otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo ni por suspender la percepción de la pensión. En este caso, el RD 302/2019 obliga a estar dado de alta y cotizar mientras dure la actividad por incapacidad temporal, contingencias profesionales y por la cotización especial de solidaridad del 8 %.

— Ingresos percibidos por esa actividad y además por otro trabajo por cuenta ajena o propia incluido en cualquier régimen de la seguridad social. No aplica el RD 302/2019 sino el régimen general de jubilación parcial, de manera que se mantiene la condición de pensionista, el 100 % de la jubilación, así como en su caso, el complemento de maternidad que huibiera percibido.

VI. Conclusiones jurídico-críticas

Problemáticas del régimen jurídico de la jubilación parcial.

Se han analizado los regímenes jurídicos y las casuísticas correspondientes a la determinación, cuantía y extinción que afectan a las principales figuras que permiten compatibilizar la percepción de la pensión de jubilación con la realización de prestación de servicios a tiempo parcial. Durante el análisis de estas figuras, puede no ser evidente la problemática que en algunas cuestiones suscitan. Como se ha explicado, su razón de ser es dar una mayor flexibilidad a los pensionistas para que accedan al trabajo cuando ya están percibiendo a la vez la pensión de jubilación. El ánimo detrás de estas figuras es aliviar la situación financiera del sistema de la seguridad y promover la jubilación activa de las personas, que les permita un desarrollo cultural, social y económico mayor en edades más tardías. No obstante, es el momento de resaltar ciertos aspectos que han tenido que ser revisados por la jurisprudencia.

Una primera cuestión que suscita la figura de la jubilación parcial, es sobre quién tiene potestad para exigir el nacimiento del derecho a acceder a dicha jubilación parcial. El artículo 12.6 ET establece que para poder trabajar a tiempo parcial la reducción de jornada y salario debe acordarse con la empresa, precepto que también aplica a la jubilación parcial. En esta línea el artículo 13 del RD 1331/2002, de 31 de octubre, también exige la necesidad de un contrato de trabajo a tiempo parcial para que se materialice el derecho a la jubilación parcial: *"no obstante, el reconocimiento del derecho quedará condicionado a la formalización del correspondiente contrato de trabajo a tiempo parcial y, de ser necesario, el de relevo*". La problemática aquí es si el derecho a la jubilación parcial nace con el cumplimiento de los requisitos que dan acceso a ella del artículo 215.2 LGSS o bien es necesario además la formalización del contrato a tiempo parcial[51]. La STS 6 de octubre de 2011 (Rec. 4410/2010) ya establece que *"el derecho a la jubilación parcial del trabajador que reúna los requisitos personales (…) establecidos en la LGSS como base para acceso a la pensión, no son suficientes para que de manera automática se materialice ese derecho, sino que se requiere, además, mediante acuerdo con la empresa, la suscripción de un contrato a tiempo parcial residual para el trabajador que se pretende jubilar"*[52]. Por lo que, en conclusión, para el

[51] Moreno Romero, F. y Chabannes, M. "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", en VV.AA., Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Gómez Salado, M.Á. (Coord.), *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Comares, 2020, p. 144.

[52] En la misma línea STS 26 de diciembre de 2011 (Rec. 4268/2010).

reconocimiento del derecho es necesario el acuerdo con la empresa, ya que el Tribunal Supremo entiende que el contrato a tiempo parcial es un elemento constitutivo de la propia existencia del derecho a la jubilación parcial, en este sentido, la citada sentencia continúa: *"Por esa razón, la solicitud que se formule a la Entidad Gestora para el acceso a la jubilación requiere que se complete con todos los pasos, los requisitos para su concesión, y si alguno de ellos no concurre (…) no cabe entender que exista un derecho subjetivo de quien pretende esta especial modalidad de jubilación, aunque se trate de conducta de tercero, como es el caso de la empresa que comete, voluntariamente o no, irregularidades en la contratación del relevista"*. No cabe, por lo tanto, que el trabajador imponga al empresario la posibilidad de jubilarse parcialmente[53]. Situación distinta es que venga reconocido en acuerdo de empresa en convenio colectivo, en cuyo casi sí cabe esta posibilidad, pero únicamente si la cláusula convencional es precisa en la hora, el alcance, intensidad y términos de dicha obligación[54].

Otra problemática respecto a la jubilación parcial consiste en el cómputo de la antigüedad en la empresa. Anteriormente a la reforma de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de seguridad social, no se exigía antigüedad alguna para el acceso a la jubilación parcial anticipada. Esto permitía a algunas empresas la contratación de trabajadores con la edad suficiente para que automáticamente pasasen a percibir la jubilación parcial[55]. Para evitar esta situación, el artículo 215.2.b) LGSS añadió la acreditación del periodo mínimo de antigüedad de 6 años inmediatamente anteriores a la jubilación parcial en la empresa. No obstante, la redacción de este requisito implicó ciertas problemáticas. En primer lugar, no se exige que ese periodo de antigüedad sea a tiempo completo[56] y no se indica si computa también la antigüedad del trabajador asimilado al alta por cuenta ajena en el Régimen General, como finalmente así lo entendió la jurisprudencia[57]. Por otra parte, también se planteó la situación sobre si los seis años de antigüedad han de se ininterrumpidos. Algunas sentencias, como la STSJ del País Vasco de 7 de marzo de 2017 (Rec. 555/2017) reconocen el derecho a la jubilación parcial a pesar de haber habido una breve interrupción durante el periodo de los seis años anteriores a la solicitud de la jubilación parcial.

La siguiente cuestión que se ha generado en torno a la jubilación parcial ha sido la acreditación del periodo de cotización previo[58]. Como ya se analizó en el régimen jurídico de la jubilación parcial, la parte proporcional de las pagas extras no computa a efectos de calcular el periodo mínimo de carencia genérica necesario para causar derecho a la pensión. Sin embargo, sí computará el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria con el límite máximo de un año. Con respecto a las cotizaciones en el Régimen de Clases Pasivas, la jurisprudencia no permite computar las cotizaciones en el Régimen de Clases

[53] En la misma situación se encuentra el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado. Véanse STS de 22 de junio de 2010 (Rec. 3046/2009), de 6 de julio de 2010 (Rec. 3888/2009) y 29 de octubre de 2014 (Rec. 31/2014).

[54] STS de 25 de junio de 2020 (Rec. 665/2018).

[55] Moreno Romero, F. y Chabannes, M. "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", en VV.AA., Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Gómez Salado, M.Á. (Coord.), *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Comares, 2020, p. 145.

[56] Así lo confirma la STS 5 de marzo de 2013 (Rec. 1443/2012).

[57] STS de 19 de noviembre de 2014 (Rec. 3323/13).

[58] Moreno Romero, F. y Chabannes, M. "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", en VV.AA., Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Gómez Salado, M.Á. (Coord.), *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Comares, 2020, p. 147.

Pasivas a través del mecanismo de cómputo recíproco de cotizaciones, cuando las acreditadas en el régimen general no son suficientes[59].

La reducción y acumulación de la jornada de trabajo de aquellos que proceden a percibir la jubilación parcial supone otra cuestión necesaria de ser revisada. Como hemos visto, los porcentajes de reducción de jornada son entre el 25 y el 50 %, aunque puede alcanzar el 75 % si el trabajador relevista es contratado a tiempo completo. Estos porcentajes se redujeron con la reforma de la Ley 40/2007 y el RD-ley 5/2013 con el fin de evitar fraude en el uso de la jubilación parcial por excesiva amplitud en la reducción de la jornada[60]. No obstante, la cuestión reside en si es posible acumular todas las horas de trabajo del jubilado parcial para ser realizas en los meses siguientes al acceso de la jubilación. La jurisprudencia, de un lado, consideró esta práctica fraudulenta al suponer una jubilación parcial anticipada encubierta. Pero fue la STS 19 de enero de 2015 (Rec. 627/2014)[61] la que zanjó el asunto. Mantuvo, el Tribunal Supremo, que dicha práctica no implica fraude si se mantiene la retribución, el alta en la seguridad social y la cotización. Los argumentos del Tribunal Supremo fueron: que no existe una dependencia entre los contratos del jubilado parcial y el relevista; el objetivo de la jubilación parcial es el mantenimiento del empleo y favorecer los ingresos de la seguridad social y esta práctica no está orientada en contra de ninguno de los dos; aunque no hay redacción expresa de que la acumulación de las horas sea posible, la ausencia de redacción no implica ilegalidad en virtud de la libertad de pacto del artículo1255 CC; finalmente, el único objetivo que se transgredido en esta práctica es el acceso paulatino a la jubilación, pero como se entiende que es un pacto que se realiza entre el jubilado parcial y el empresario, el jubilado consiente la acumulación de horas.

Al respecto del contrato de relevo también surgen diversas cuestiones que han venido siendo objeto de estudio jurisprudencial. La jurisprudencia[62] zanjó la cuestión sobre si el puesto de trabajo a cubrir por el relevista debía ser el mismo o podía ser un puesto equivalente en la misma categoría profesional como exige el artículo 12.7.d) ET. El Tribunal Supremo resolvió entendiendo que para ser válido el contrato de relevo debía cumplirse la correspondencia de bases de cotización entre el relevado y el relevista en virtud de lo dispuesto en el artículo 215.2.e) LGSS de forma que se garantice la financiación del sistema, ya que las cotizaciones dejadas de ingresar por el jubilado parcial serán ingresadas por el relevista.

Por otra parte, también resolvió la jurisprudencia la cuestión sobre si la jubilación anticipada del trabajador jubilado parcialmente extinguía el contrato de relevo. La STS de 14 de marzo de 2017 (Rec. 2714/2015) entendió que no, ya que la duración del contrato de relevo debe ser, como mínimo, igual al tiempo que falte al jubilado parcial para acceder a la jubilación ordinaria, no anticipada, según dispone el artículo 12.7.b) ET.

Al respecto de la extinción de la jubilación parcial, una cuestión que se presentó a los tribunales fue si la extinción del contrato a tiempo parcial del jubilado parcial en una empresa para concertar otro nuevo a tiempo parcial en empresa distinta, con la misma duración de jornada, es causa o no de extinción de la jubilación parcial. Las STS 5 de noviembre de 2012 (Rec. 411/2012) y de 27 de marzo de 2013 (Rec. 2297/2012) resuelven diciendo que depende de

[59] STS de 31 de mayo de 2012 (Rec. 104/2011), 11 de marzo de 2013 (Rec. 1572/2012) y 15 de diciembre de 2014 (Rec. 279/2014).

[60] Moreno Romero, F. y Chabannes, M. "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", en VV.AA., Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Gómez Salado, M.Á. (Coord.), *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Comares, 2020, p. 148.

[61] En el mismo sentido STS de 29 de marzo de 2017 (Rec. 2142/2015) y STS de 31 de enero de 201 (Rec. 619/2016).

[62] STS 13 de febrero de 2019 (Rec. 1219/2017).

la prestación de desempleo. Como vimos anteriormente dicha prestación sí es compatible con la jubilación parcial, de forma que una vez extinguido el primer contrato a tiempo parcial el jubilado parcial percibirá la prestación por desempleo, y la pensión de jubilación se mantendrá vigente. Si en el periodo en que percibe la prestación por desempleo no realiza otro contrato a tiempo parcial, entonces será al agotarse la prestación de desempleo cuando efectivamente se extinga la jubilación parcial. La suscripción de un nuevo contrato con una nueva empresa no es causa de extinción según lo dispuesto en el RD 1131/2012, ni desvirtúa la naturaleza de la figura de la jubilación parcial[63].

Estas problemáticas, en su mayoría resueltas por la jurisprudencia, no suponen las únicas fuentes de conflicto de estas figuras. En otros aspectos también se ha hecho patente la necesidad de regular la jubilación parcial. Uno de ellos es, al respecto de la contratación del relevista. Hemos visto, que se exige al relevista que sea un trabajador desempleado o contratado por tiempo determinado en la misma empresa. Nada se dice sobre la celebración del contrato de relevo entre trabajadores integrados en el mismo grupo de empresa. El criterio del INSS ante estas situaciones ha sido la de permitir que el relevista y el jubilado parcial pertenezcan al mismo grupo de empresa y permitir la movilidad funcional de los dos trabajadores dentro del grupo empresarial siempre que los dos estén en la misma empresa del grupo[64].

Valoración sobre la real implantación de las figuras que compatibilizan empleo y la pensión de jubilación.

Finalmente, para terminar con una valoración sobre estas figuras que compatibilizan la jubilación con el trabajo es necesario resaltar que, en realidad, la tasa de empleo de los trabajadores de avanzada edad en España es muy baja. Las motivaciones son varias, para el profesor Molina Navarrete, pese a la insistencia institucional por promover la jubilación activa, la población prefiere jubilarse ordinariamente, sin compatibilizarlo con la vida activa[65]. Para otros autores, la aspiración de los trabajadores es dejar de trabajar lo antes posible, como se ha materializado históricamente en las reivindicaciones sindicales de adelanto de la edad de jubilación[66]. No obstante, el discurso de la jubilación parcial y flexible, de la actividad en la edad avanzada ha ido calando y a nivel legislativo lo que prima es el desarrollo de figuras que flexibilicen el trabajo y la jubilación[67].

Pese a las reformas sobre estas figuras, lo cierto es que la edad de jubilación no se ha elevado, que es uno de los objetivos que ayudaría a aliviar la presión financiera del sistema. Por otra parte, según datos de Eurostat, en 2015, la tasa de actividad de los trabajadores mayores de 65 años en España era de las más bajas de la Unión Europea: 18,7 % es la media europea, mientras que en España es de un 6,3 %. Otros países como Francia y Bélgica se encuentran en el 8,7 %, mientras que Estonia (42,4 %), Portugal (37,8 %), Rumanía (32,8 %) y Suecia (31,5 %) son de las más

[63] Moreno Romero, F. y Chabannes, M. "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", en VV.AA., Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Gómez Salado, M.Á. (Coord.), *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Granada, Comares, 2020, p. 159.

[64] Criterio de 30-06-2005 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

[65] Molina Navarrete, C. "Envejecimiento activo" y jubilación anticipada: ¿O el nuevo "Retablo de las Maravillas"?, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 412, julio 2017. p. 6.

[66] Deleek, H. "La edad de jubilación. Síntesis" en VV.AA. *La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social*, Anuario IESS, 1978-1980. Parte I, IELSS, MTSS, Madrid, 1984, p. 163.

[67] Maldonado Molina, J.A. "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral" en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) Envejecimiento activo y vida laboral, Granada, Comares, 2019, p. 521.

elevadas[68]. Por otra parte, la implantación de las figuras de jubilación parcial, tanto en su forma anticipada como la jubilación flexible, tienen un uso anecdótico a nivel estadístico en nuestro país[69]:

Porcentaje de personas jubiladas parcialmente de forma anticipada										
2007	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**
13,53	14,10	12,9	9,8	9,39	9,69	5,9	8,01	8,78	9,45	9,87
Porcentaje de personas jubiladas parcialmente a partir de los 65 años										
2007	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**
-	-	-	-	-	-	0,06	0,05	0,04	0,03	0,04

Hay, por lo tanto, una tendencia legislativa al incremento de la edad de jubilación y a penalizar las jubilaciones anticipadas que, no obstante, no se ve reflejada en los datos que sitúan a España entre los países con menor actividad entre los mayores de 65 y que no consigue adelantar su edad de jubilación. Además, vemos como el porcentaje de jubilados parciales es prácticamente anecdótico a nivel estadístico. Esto implica que, entre otros aspectos, las figuras que compatibilizan el trabajo con la pensión de jubilación deben ser revisadas, como ya ha sugerido el Acuerdo Social sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia", de 1 de julio de 2021. Esto es, el sistema de jubilación parcial debe subsistir en un equilibrio entre la aceptación social de cesar completamente la actividad laboral más tarde, con objeto de ayudar a su sostenimiento financiero, o entre el deseo de los trabajadores de jubilarse completamente cuanto antes. Situación que pone de relieve una confrontación de intereses, entre las aspiraciones del legislador por mantener un sistema de pensiones digno y las aspiraciones de los trabajadores por además, de adelantar la edad de jubilación.

VII. Bibliografía

Pérez Martínez, A.J.: "El sistema de pensiones en números", en VV.AA., Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Gómez Salado, M.Á. (Coord.), *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones,* Granada, Comares, 2020.

Caballero Pérez, M.J. "La jubilación en el trabajo autónomo", en VV.AA., *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Granada, Comares 2015.

Deleek, H. "La edad de jubilación. Síntesis" en VV.AA. *La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social*, Anuario IESS, 1978-1980. Parte I, IELSS, MTSS, Madrid, 1984.

Moreno Romero, F. y Chabannes, M. "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", en VV.AA., Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Gómez Salado, M.Á. (Coord.), *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones,* Granada, Comares, 2020.

[68] Maldonado Molina, J.A. "Trabajadores maduros y pensionistas … *Op. Cit.* p. 521.

[69] Maldonado Molina, J.A. "Trabajadores maduros y pensionistas … *Op. Cit.* p. 536. Tabla extraída de la referencia.

López Aniorte, M.C. "Acerca de la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia" *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 156.

López Gandía, J. *"La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones",* Albacete, Bomarzo, 2013.

Maldonado Molina, J.A. "Contrato de relevo: la problemática de un actor secundario" en *Las modalidades de contratación laboral*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2018.

Maldonado Molina, J.A. "La acumulación de la jornada del jubilado parcialmente", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* CEF, Madrid, 2018, núm, 418.

Maldonado Molina, J.A. "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral" en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *Envejecimiento activo y vida laboral,* Granada, Comares, 2019.

Mercader Uguina, J.R., De la Puebla Pinilla, A. y Muñoz Ruiz, A.B."Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de jubilación", en VV.AA. Mercader Uguina (Dir.) y Aragón Gómez (Coord.), *La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo,* Lex Nova-Thomson Reuters, 2013.

Molina Navarrete, C. "Envejecimiento activo" y jubilación anticipada: ¿O el nuevo "Retablo de las Maravillas"?, *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* CEF, núm. 412, julio 2017.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2022.

Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Quesada Segura, R. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Decimoséptima edición, Madrid, Tecnos, 2021.

Rubio Rubio, L. y Rubio Herrera, R.: "Envejecimiento activo: su significado y fundamento actual. Teorías y estereotipos sobre el envejecimiento", en VV.AA. Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.) *Envejecimiento activo y vida laboral,* Granada, Comares, 2019.

La compatibilidad total entre trabajo y jubilación en el derecho de la Seguridad Social de los Estados Unidos

Iván Vizcaíno Ramos
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de A Coruña

1. Las fuentes federales reguladoras del tema

En los Estados Unidos[1], al igual que en otros países, existe la compatibilidad total entre trabajo y jubilación, entendiendo por tal aquella situación en la que los ingresos percibidos por el trabajo del jubilado, cualesquiera que sean, no penalizan la cuantía de su pensión de jubilación. Dicho concreto tipo de compatibilidad se encuentra regulada en la sección 203(f)(8)(E) de la Ley norteamericana de Seguridad Social (*Social Security Act*) de 1935[2], recopilada -al tratarse de un precepto federal- en la sección 403(f)(8)(E) del Título 42 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*)[3]. Este último precepto afirma que «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado (D), no se efectuarán deducciones en las prestaciones [contributivas de jubilación], al amparo

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

[2] Sobre dicha ley, véase Arufe Varela, A., *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014), pp. 28 y ss.

[3] Sobre dicho Título del Código, véase Arufe Varela, A.: "Dos modelos contrastantes de codificación de la legislación de seguridad social: el continental europeo y el norteamericano», *Revista de Derecho Social*, núm. 44 (2008), pp. 121 y ss.

de la subsección (b), derivadas de los ingresos de una persona en cualquier mes, comenzando con el mes en que la persona cumpla la edad de jubilación (tal y como se define en la sección 416(l) de este título)»[4]. Como se ve, el tenor del precepto resulta bastante críptico, pareciéndole a cualquier lector razonable del mismo que está pidiendo a gritos una exégesis contextualizadora e iluminadora de sus claroscuros y de sus sombras. Es lo que intentaré efectuar en las páginas que siguen, teniendo en cuenta que el contexto en cuestión está representado, de un lado, por la gigantesca sección 403 del Título 42 del Código de los Estados Unidos (rotulada «Reducción de las prestaciones aseguradas [*Reduction of insurance benefits*]», que es justamente la situación antitética a la de compatibilidad total entre trabajo y jubilación), una de cuyas porciones -más bien minúscula- es justamente la norma cuya exégesis me propongo realizar, y que tiene a su vez, por supuesto, su propio contexto; y de otro lado, por el desarrollo reglamentario de dicho gigantesco precepto legal y de su peculiar contexto, que aparece contenido en la Subparte E de la Parte 404 del Título 20 del faraónico, más que meramente gigantesco, Código de Reglamentos Federales (*Code of Federal Regulations*) de los Estados Unidos[5].

2. Los objetivos perseguidos por el legislador federal al regular el tema

Ante todo, quizá convenga poner de relieve que dicha minúscula porción de la sección 403 del Título 42 del Código de los Estados Unidos fue añadida a este último por una ley federal, cuya iniciativa se debió al Presidente Bill CLINTON. Se trata, de acuerdo su denominación oficial breve, de la «Ley de libertad de trabajo de los ciudadanos mayores [*Senior Citizens' Freedom to Work Act*]»[6], orientada a modificar la Ley federal de Seguridad Social, con el doble objetivo formal de la «eliminación de la prueba de ingresos para personas que han alcanzado la edad de jubilación»[7], y de la «no aplicación de las reglas de cómputo de cantidades exentas para personas que han alcanzado la edad de jubilación»[8]. Por encima de estos fríos objetivos formales, la documentación generada por el Comité del Congreso de los Estados Unidos, actuante durante su tramitación parlamentaria[9], acredita que existía toda una multitud de objetivos reales, entre los cuales se cuentan los siguientes: 1) «la jubilación de los *baby boomers* y el envejecimiento de la mano de obra tienen graves implicaciones para la productividad, el crecimiento económico y las condiciones de vida futuras»[10]; 2) «dado que los mayores se han convertido en un segmento creciente de la población, debería dárseles oportunidades e incentivos adecuados para que permanezcan en la población activa, para que compartían sus habilidades y experiencia con los trabajadores más

[4] Textualmente, «*notwithstanding subparagraph (D), no deductions in benefits shall be made under subsection (b) with respect to the earnings of any individual in any month beginning with the month in which the individual attains retirement age (as defined in section 416(l) of this title*».

[5] Sobre dicho Código, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), pp. 12 y 25.

[6] Así lo dispone la sección de la Ley (rotulada «Título breve [*Short title*]»).

[7] Es la rúbrica de la sección 2 de la Ley. Textualmente, «*Elimination of earnings test for individuals who have attained retirement age*».

[8] Es la rúbrica de la sección 3 de la Ley. Textualmente, «*Nonapplication of rules for computation of exempt amount for individuals who have attained retirement age*».

[9] Más en concreto, me refiero a un informe presentado por el Comité de Vías y Medios (*Committee on Ways and Means*), fechado el 1 marzo 2000, que puede localizarse en el sitio oficial en Internet del Congreso de los Estados Unidos, ubicado en https://www.congress.gov (con acceso directo en https://www.congress.gov/106/crpt/hrp. 507/CRPT-106hrp. 507.pdf).

[10] P. 4 del informe. Textualmente, «*the retirement of the baby boomers and the aging of the workforce have serious implications for productivity, economic growth and future living standards*».

jóvenes y para que contribuyan al crecimiento de la economía»[11]; y 3) «dado que los mayores continúan disfrutando de una creciente longevidad y mejor salud, debería permitírseles trabajar mientras quieran hacerlo»[12], teniendo en cuenta que «esto es particularmente importante para muchos jubilados con rentas bajas y moderadas, que confían más intensamente en los ingresos derivados del trabajo que en ahorros y pensiones privadas»[13].

3. Los requisitos relativos a la pensión de jubilación totalmente compatible

A título de contexto general, los requisitos que debe cumplir cualquier trabajador norteamericano, asalariado o autónomo, para poder cobrar una pensión contributiva de jubilación aparecen fijados en la sección 402 del Título 42 del Código de los Estados Unidos, y son los tres siguientes: 1) ser «una persona completamente asegurada [*a fully insured individual*]»[14], lo que significa que el beneficiario en cuestión tiene que tener cubierto un período de cotización no inferior a cuarenta trimestres (esto es, al menos diez años)[15], aunque la base reguladora de su pensión se calculará computando sus treinta y cinco mejores años cotizados[16]; 2) ser una persona que «ha cumplido 62 años [*has attained age 62*]»[17]; y 3) ser una persona que «ha registrado la solicitud de prestaciones del seguro de vejez [*has filed application for old-age insurance benefits*]»[18], lo que en modo alguno implica cesar en el trabajo, pues en los Estados Unidos el cobro de la pensión de jubilación es compatible con el desempeño de un trabajo. Ahora bien, en estas condiciones la compatibilidad entre trabajo y pensión es sólo parcial, dado que al activo jubilado de al menos 62 años se le descuentan de su pensión de jubilación todas las cantidades que aparecen mencionadas en el subsección (b) de la sección 403 del Título 42 Código de los Estados Unidos, denominadas «deducciones por cuenta del trabajo [*deductions on account of work*]». Para que la compatibilidad sea total, sin que se le apliquen a la pensión de jubilación estos últimos descuentos [recuérdese, «no se efectuarán deducciones en las prestaciones, al amparo de la subsección (b)»], no le basta al jubilado con haber cumplido la edad de 62 años, sino que -como afirma la porción de la sección 403 del Título 42 del Código de los Estados Unidos, añadida a la misma por la citada Ley de 2000- tiene que tratarse de una persona que «cumpla la edad de jubilación (tal y como se define en la sección 416(l) de este título)», resultando que este último precepto se refiere a una «edad variable -de aumento progresivo-, en función de cuál sea la fecha de nacimiento del beneficiario potencial y establecida de conformidad con una escala, que comienza con el peldaño relativo a los "65 años de edad" (para los beneficiarios nacidos antes de 1 enero 1938) y que finaliza con el peldaño relativo a los "67 años de edad" (que regirá para los beneficiarios nacidos con posterioridad a 31 diciembre 1959)»[19], la cual se conoce reglamentariamente con el nombre de «edad de jubilación

[11] *Ibidem*. Textualmente, «*as seniors become an increasing share of the population, they should be given the appropriate opportunities and incentives to remain in the workforce, to share their skills and experience with younger workers and to contribute to growth in the economy*».

[12] *Ibidem*. Textualmente, «*as seniors continue to enjoy increased longevity and better health, they should be allowed to work as long as they are willing to do so*».

[13] *Ibidem*. Textualmente, «*this is particularly important to many lower and moderate-income retirees who rely more heavily on earnings from work rather than savings and pensions*».

[14] Subsección (a)(1).

[15] Cfr. sección 414(a)(2) del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

[16] Cfr., aunque con una redacción críptica, sección 404.211, subsecciones (e)(1) y (e)(2) del Título 20 del Código de Reglamentos Federales.

[17] Subsección (a)(2).

[18] Subsección (a)(3).

[19] Véase Martínez Girón, J., *La discriminación laboral por edad en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio crítico-comparativo desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo (A Coruña, 2014), p. 78.

plena [*full retirement age*]»[20]. Por supuesto, la compatibilidad total se activa en el mes en el que el solicitante de la pensión cumple la edad superior a 62 años que le corresponda, pero no antes. Esto explica la cláusula «sin perjuicio de» con la que comienza la porción del precepto que vengo analizando [recuérdese, «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado (D)»], para poner de relieve que los meses del año anteriores al cumplimiento de la «edad de jubilación plena» siguen estando sujetos a compatibilidad parcial, por aplicación de unas deducciones especiales, reguladas precisamente en dicho apartado (D)[21].

4. La inexistencia de requisitos relativos al trabajo totalmente compatible

Supuesto el cumplimiento de los requisitos relativos a la pensión de jubilación totalmente compatible, la Ley federal norteamericana de Seguridad Social no impone ningún requisito relativo al trabajo totalmente compatible con dicha pensión a desarrollar por el jubilado. Podría tratarse del mismo trabajo que venía prestando al mismo empresario antes de solicitar el cobro de su pensión, o tratarse de un trabajo distinto, por cuenta ajena o por cuenta propia. En lo tocante al trabajo asalariado, la norma más decisiva sobre el tema es la Ley federal de Discriminación en el Empleo por Edad (*Age Discrimination in Employment Act* o, en su acrónimo en inglés, ADEA) de 1967[22]. Esta ley suprimió en los Estados Unidos la jubilación forzosa (*mandatory retirement* o, también, *involuntary retirement*) del trabajador asalariado, con carácter general. Su precepto clave afirma que quedan protegidas (por ejemplo, frente a despidos) las «personas que tienen al menos 40 años de edad [*individuals who are at least 40 years of age*]»[23], pero sin que exista por arriba ningún tope de edad, pues el de 70 años existente hasta 1986 fue eliminado por una ley promulgada a iniciativa del Presidente Ronald REAGAN (que tenía 75 años de edad, cuando se promulgó dicha ley). Doctrinalmente, se ha puesto de relieve que «resultaba lógico que no pudiese mirar con simpatía una norma que dejaba de impedir la discriminación en el empleo (incluso público) por edad, una vez que se hubiesen cumplido los 70 años»[24]. De ahí, en la declaración efectuada al firmar las enmiendas de 1986 a esta Ley de 1967, que el Presidente REAGAN afirmase -entre otras varias cosas- que «con la firma de esta normativa damos otro paso importante, al asegurar que muchas personas de 70 años de edad y más, que tienen contribuciones valiosas que hacer, tendrán ahora la oportunidad de hacerlas»[25].

5. El caso *Hoesli v. Triplett, inc.* (2015)

Desde el punto de vista de la casuística judicial norteamericana relativa a la compatibilidad total entre trabajo y jubilación, quizá el caso más sobresaliente sea *Hoesli v. Triplett, Inc.*, resuelto por la Corte Suprema del Estado de Kansas el 20 noviembre 2015[26]. Su interés es doble, de un lado, porque interpreta el concreto precepto de la Ley federal de Seguridad Social que vengo analizando [recuérdese, la sección 403(f)(8)(E) del Título 42 del Código de los Estados Unidos]; y

[20] Con el lenguaje llano que suele caracterizar al Código de Reglamentos Federales, la sección 404.409 de su Título 20 se pregunta «¿qué es la edad de jubilación plena? [*what is full retirement age?*]», respondiendo que «edad de jubilación plena es la edad a la que se pueden recibir … prestaciones de vejez sin reducción [*full retirement age is the age at which you may receive unreduced old-age … benefits*]», y añadiendo un cuadro explicativo al respecto.

[21] Este apartado consta, a su vez, de hasta siete subapartados distintos.

[22] Esta Ley federal laboral aparece recopilada en las secciones 621 a 634 del Título 29 del Cósigo de los Estados Unidos.

[23] Cfr. sección 631(a) del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

[24] Véase Martínez Girón, J., *La discriminación laboral por edad en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio crítico-comparativo desde la perspectiva del Derecho español*, cit., p. 55.

[25] *Ibidem*.

[26] Referencia oficial 361 P.3d 504. Con cita de dicho caso, véase Williams, R.F.: "Can State Constitutions block the workers' compensation race to the bottom», *Rutgers University Law Review*, núm. 69 (2017), p. 1081 y nota 112.

de otro lado, porque pone de relieve que las cotizaciones sociales del trabajo totalmente compatible con su pensión de jubilación realizado por el jubilado son, con terminología europea, meras «cotizaciones de solidaridad»[27], carentes de efectos prestacionales[28]. El supuesto enjuiciado por dicho caso se refería a un trabajador que compatibilizaba totalmente su jubilación y su trabajo a tiempo completo en una empresa, habiendo sufrido en esta última un accidente de trabajo y pretendiendo compatibilizar su prestación por accidente de trabajo (por importe de 341,08 dólares semanales) con su pensión de jubilación (por importe de 420 dólares semanales)[29], a lo que se oponía la empresa, argumentando -por aplicación de la llamada «ley de compensación [*offset statute*]»- que el importe de las prestaciones por accidente de trabajo debía descontarse del importe de su pensión de jubilación[30]. Esta tesis patronal fue la confirmada por la Corte Suprema de Kansas, con invocación expresa de doctrina científica norteamericana[31]. Lo que dicha Corte razonó fue lo siguiente: 1) «el trabajador [que pasa a convertirse en beneficiario] está experimentando sólo una pérdida de salarios y, en cualquier sistema lógico, debería recibir solamente una prestación por pérdida de salarios»[32]; 2) «esta conclusión es inevitable, una vez que se reconoce que la protección por accidente de trabajo, la protección por desempleo, el seguro de enfermedad e incapacidad por riesgos comunes, y los seguros de vejez y supervivencia son todos parte de un sistema basado en un principio común»[33], esto es, el de compensar una única pérdida de salarios derivados de un único trabajo a tiempo completo; y 3) por todo ello, «sostenemos que las pensiones de jubilación de la seguridad social … no perdían su naturaleza esencial de prestaciones protectoras de los beneficiarios frente a la pérdida de salarios … simplemente

[27] Al respecto, véase Martínez Girón, J.: "La exclusión de las sociedades de capital patrimoniales del sistema de la Seguridad Social. Una evidencia corregible de capitalismo insolidario», *Revista de Derecho Social*, núm. 91 (2020), pp. 112 y ss.

[28] Acerca de que las cotizaciones de quien compatibiliza totalmente trabajo y jubilación no producen efectos prestacionales, véase la pedagógica entrada «Sus opciones: ¿trabajar, solicitar beneficios por jubilación, o ambos?», en el sitio oficial en Internet de la Administración federal norteamericana de Seguridad Social, ubicado en https://www.ssa.gov (con acceso directo en https://www.ssa.gov/espanol/beneficios/jubilación/matrix.html).

[29] El caso considera probado todo lo siguiente: «Douglas K. Hoesli, un trabajador de mantenimiento a tiempo completo de Triplett, Inc., se lesionó en un accidente en el lugar de trabajo, por el cual tenía derecho a prestaciones por accidente de trabajo. Con anterioridad a su lesión, Hoesli estaba recibiendo prestaciones de jubilación de seguridad social, y cobrando ingresos salariales adicionales sin reducción en su [pensión de] seguridad social, porque había cumplido la edad de jubilación plena. Véase sección 403(f)(8)(E) del [Titulo] 42 del C[ódigo de los] E[stados] U[nidos] (2012). Como consecuencia de su lesión laboral, la prestación por accidente de trabajo de Hoesli se fijo en 341,08 dólares semanales. El equivalente semanal de sus prestaciones de jubilación de seguridad social era 420 dólares» (p. 507). Textualmente, «*Douglas K. Hoesli, a full-time maintenance worker with Triplett, Inc., was injured in a workplace accident for which he is entitled to workers compensation. Prior to his injury, Hoesli was receiving social security retirement benefits and earning additional employment income without a reduction in his social security because he had reached full retirement age. See 42 U.S.C. § 403(f)(8)(E) (2012). As a result of his work-related injury, Hoesli's workers compensation was determined to be $341.08 a week. The weekly equivalent of his social security retirement benefits was $420*».

[30] Según el caso, «a nivel administrativo, hubo controversia acerca de si el Derecho del Estado federado exigía que las prestaciones por accidente de trabajo de Hoesli se redujesen con sus prestaciones de jubilación de seguridad social, por causa de la ley de compensación» (p. 507). Textualmente, «*at the administrative level, controversy ensued over whether state law required Hoesli's workers compensation to be reduced by his social security retirement benefits because of the offset statute*».

[31] Textualmente, «*14 Larson's Worker's Compensation Law § 157.01 (2015)*» (pp. 510 y 513), que se refiere a Larson, Arthur (Fundador), *Larson's Worker's Compensation Law*, M. Bender (New York, 2015). El profesor Arthur LARSON, además de Viceministro de Trabajo con el Presidente EISENHOWER, fue también catedrático de la Facultad de Derecho de la Duke University (Carolina del Norte), hasta su fallecimiento en 1993.

[32] P. 513. Textualmente, «*the worker is experiencing only one wage loss and, in any logical system, should receive only one wage-loss benefit*».

[33] Pp. 513-514. Textualmente, «*this conclusion is inevitable, once it is recognized that workers' compensation, unemployment compensation, nonoccupational sickness and disability insurance, and old age and survivors' insurance are all parts of a system based upon a common principle*».

porque las enmiendas de 2000 permiten a aquéllos … recibirlas, en su totalidad, mientras perciben todavía rentas salariales»[34]. Para concluir, hay que poner de relieve que este caso revocó la doctrina de otro anterior de la propia Corte Suprema de Kansas, en sentido contrario[35]. Como es lógico, la nueva doctrina viene siendo pacíficamente observada por las Cortes de Derecho común inferiores a la Suprema de dicho Estado[36].

[34] P. 514. Textualmente, «*we hold that social security retirement benefits … did not lose their essential character as benefits to protect recipients from the loss of wages … simply because the 2000 amendments permit those … to receive them, in full, while still earning wage income*».

[35] Se trata del caso *Dickens v. Pizza Company, Inc.*, fallado el 5 marzo 1999 (referencia oficial 974 P.2d 601).

[36] Por ejemplo, véase el caso *Hamilton v. Walmart*, fallado por Corte de Apelaciones de Kansas el 2 marzo 2018 (referencia oficial 413 P.3d 793).

Mesa Tercera

PONENCIAS

Las prestaciones de viudedad para las parejas de hecho

JOSÉ GUSTAVO QUIRÓS HIDALGO
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

I. La pareja de hecho supérstite como beneficiaria de la pensión de viudedad: de su reconocimiento legal a su regulación actual

La pensión de viudedad y, en general, las prestaciones dedicadas a la protección de la muerte y supervivencia del trabajador, tienen su origen en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, que contemplaba para el supuesto de "muerte del obrero" una indemnización en favor de "la viuda" y otros familiares, a sustituir a elección del "patrón" o "propietario del establecimiento" por una pensión vitalicia. Por lo tanto, su finalidad primigenia vino dada por reconocer una renta sustitutiva para el sostenimiento económico de la familia ante el fallecimiento de uno de los dos cónyuges -normalmente el marido- cuyos ingresos -también de ordinario- constituían la única fuente de ingresos en esa unidad familiar[1], determinando así una prestación de "derecho derivado"[2].

[1] "No obstante, en la sociedad actual donde la mujer está integrada en el mercado laboral y no depende del cónyuge para su sostenimiento, la finalidad de la pensión ya no es la misma, siendo más una prestación complementaria o indemnizatoria de los perjuicios económicos causados por la muerte de un miembro que sustitutiva de la renta", POQUET CATALÁ, R.: "El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. ¿Una realidad?", *Temas Laborales*, núm. 119, 2013, p. 158.

[2] "Esto es, el finado no obtiene prestación alguna, sino que son algunos de los familiares que le sobreviven los que las reciben", RODRÍGUEZ PASTOR, G.I.: "Pensión de viudedad de las parejas de hecho: la equiparación pendiente diez años después", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017, p. 89.

Desde entonces, ha ido ampliando su ámbito subjetivo para equiparar primero al "viudo" con la "viuda"[3] y, más tarde, a los matrimonios homosexuales con los heterosexuales tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio[4]; no obstante, y por cuanto ahora importa, en toda su posterior regulación hasta la versión original del art. 174 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social (en lo sucesivo, LGSS/1994), la pensión de viudedad estuvo exclusivamente prevista para los casos de muerte de uno de los cónyuges, exigiendo con ello la existencia de vínculo matrimonial en cualquiera de las formas legalmente admitidas entre el sujeto causante y el beneficiario y, por tanto, dejando fuera de su protección a cualquier otro tipo de unión o convivencia, como ocurría con las parejas de hecho.

Esa diferencia de trato fue avalada por el Tribunal Supremo, en muchos casos con ocasión de la discutida y denegada aplicación analógica de la DA 10.2 Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, por la que se reconocía excepcionalmente la pensión de viudedad al conviviente supérstite que no hubiera podido contraer matrimonio con el causante hasta la entrada en vigor de la norma por existencia de vínculo conyugal previo indisoluble con otra persona y habiendo tenido lugar el fallecimiento también con anterioridad[5].

Asimismo, el Tribunal Constitucional afirmó que "en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia"[6]

[3] La STCo 193/1983, de 22 de noviembre, declaró inconstitucional el art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, que establecía para los viudos requisitos más exigentes que para las viudas a la hora de reconocer su condición de beneficiarios de la pensión de viudedad, en tanto "el trato desigual en perjuicio del varón es un hecho indiscutible desde el momento en que en identidad de circunstancias el legislador atribuye secuelas distintas"; igualmente ocurrió con posterioridad mediante STCo 253/1988, de 20 de diciembre, en relación con el art. 3 Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, regulador del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

[4] Pues a pesar de la Resolución del Parlamento Europeo A-0028/84, de 8 de febrero de 1984, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea y de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, el Tribunal Constitucional llegaría a afirmar que "las prestaciones de muerte y supervivencia incluidas en los regímenes públicos de Seguridad Social no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, como lo confirma la propia Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de abril de 2008, Asunto C-267/2006, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*", STCo 41/2013, de 14 de febrero.

[5] No siendo aplicable, por tanto, a las parejas de hecho supérstites sin previo vínculo conyugal que no hubieran contraído matrimonio por decisión voluntaria, pues en tal caso no existía impedimento legal antes de la entrada en vigor de la norma para hacerlo, SSTS 20 mayo 1992 (recurso nº 1418/1991), 29 junio 1992 (recurso nº 1239/1991), 10 noviembre 1993 (recurso nº 2971/1992), 19 noviembre 1998 (recurso nº 53/1998) o, entre muchas otras, 15 diciembre 2004 (recurso nº 359/2004), 3 mayo 2007 (recurso nº 140/2006) o 29 de octubre 2007 (recurso nº 4744/2006).

[6] STCo 184/1990, de 15 de noviembre, en criterio reiterado luego por SSTCo 29, 30, 31, 35 o 38/1991, todas ellas de 14 de febrero; 77/1991, de 11 de abril; 39/1998, de 17 de febrero o 204/2003, de 16 de junio, entre muchas otras.

y, en general, para establecer un régimen jurídico diferenciado, las condiciones para su efectivo reconocimiento y las consecuencias, derechos y obligaciones derivados de su constitución[7].

Sin embargo, el propio intérprete de la Carta Magna -mucho tiempo antes de su efectivo reconocimiento- admitía ya la opción contraria, en tanto consideraba que nada impedía que por motivos de oportunidad o conveniencia "el legislador extendiera a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad"[8].

En este sentido, y aun cuando el art. 39.1 CE establece que los poderes públicos han de asegurar "la protección social, económica y jurídica de la familia", tal concepto no es definido por la propia Carta Magna por lo que en atención a la cambiante realidad social aquella puede ser entendida en sentido amplio como un núcleo estable de convivencia fundada en lazos de afectividad o parentesco como proyecto vital y que da lugar a una muy variada tipología de posibles familias, incluyendo desde el matrimonio civil o religioso -lo que constituye el estricto objeto del art. 32 CE, por lo que no necesariamente ha de ser identificado aquel con la "familia"- a las parejas de hecho, del mismo o distinto sexo, a las familias monoparentales, etc. De hecho, resulta patente el constante incremento de las uniones extramatrimoniales, pues si en el año 2001 las 500.000 parejas de hecho existentes no alcanzaban el 6 % del total[9], en el año 2020 llegaban a 1.286.000, suponiendo un 11,40 % de las 11.307.000 contabilizadas[10].

En definitiva, esa regulación de la pensión de viudedad, condicionada a la existencia de vínculo matrimonial, ajena a la realidad social y a las crecientes críticas y reivindicaciones -doctrinales y populares[11]-, así como por su desvinculación de situaciones de necesidad para convertirse en un complemento económico del superviviente, merecía sin duda la calificación de "prestación en crisis"[12].

En ese nuevo contexto, y sin perjuicio de otras reformas relativas a los requisitos y a la cuantía de la pensión de viudedad[13], dos han de ser los referentes legales sobre los que parar mientes: en primer lugar, el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social; y, más tarde, la reforma que sobre este extremo ha incluido la reciente Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

---

[7] STCo 93/2013, de 23 de abril.

[8] Aunque en muchas de esas sentencias, sobre todo las posteriores a la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, sugería otorgar esa protección mediante tal modalidad, entendiendo que "no tiene necesariamente que prestarse a través de la actual pensión de viudedad, la cual en su actual configuración no tiene por estricta finalidad atender una situación de real necesidad o de dependencia económica"; por todas, STCo77/1991, de 11 de abril.

[9] Rodríguez Pastor, G.I.: "Pensión de viudedad de las parejas de hecho: la equiparación pendiente diez años después", cit., p. 91.

[10] Datos obtenidos de la Encuesta Continua de Hogares (ECH) del INE, referidos al valor medio del año 2020 y en el apartado relativo a "Número nacional de parejas según tipo de unión y sexo de la pareja".

[11] Entre las primeras, por todos, Blanco Pérez Rubio, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid (Trivium), 1982, pp. 15 y ss.; Gutiérrez-Solar Calvo. B.: "Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial; un motivo más para una necesaria reforma del art. 174 LGSS", *Relaciones Laborales*, T. 1, 2005, pp. 651 y ss. o Panizo Robles, J.A.: "La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura pendiente", *Justicia Laboral*, núm. 24, 2005, pp. 11 y ss.

[12] Desdentado Daroca, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia* Albacete (Bomarzo), 2009, p. 16.

[13] Al respecto, Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, p. 21.

Así pues, la DA 54ª Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 -que a su vez derivaba del "Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social" de 13 de julio de 2006, suscrito en el seno de la "Declaración para el Diálogo Social" de 2004 por el Gobierno, las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales más representativas- ordenaba al Gobierno presentar al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley reformulando de manera global la pensión de viudedad, "dirigido a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento de fallecimiento del causante".

Fruto de tal encargo, la Ley 40/2007 supuso el primer hito legislativo reseñable en este repaso de la evolución legislativa de la pensión de viudedad y el esperado punto de inflexión para reconocer como beneficiaria de la misma a la pareja de hecho supérstite, "provocando con ello un desplazamiento del centro de gravedad desde el matrimonio hacia la familia"[14], constituyendo un paso más en el reconocimiento de efectos jurídicos a la convivencia no matrimonial dentro del proceso iniciado años atrás por otras leyes estatales y autonómicas que les venían ya extendiendo derechos tradicionalmente reservados al matrimonio[15].

No obstante, la norma no incorporaba una equiparación total entre matrimonio y parejas de hecho, pues el reconocimiento de la prestación en este segundo supuesto quedaba condicionado al cumplimiento de determinados requisitos no exigidos al cónyuge, lo cual redundaba "en un mayor impacto no discriminatorio pero sí claramente desigual en los convivientes *de facto*"[16].

En efecto, y como se verá en detalle en el siguiente apartado, la nueva redacción del art. 174 LGSS/1994 imponía al conviviente supérstite, además de cumplir las exigencias generales de alta y cotización, la necesidad de acreditar una relación de afectividad análoga a la conyugal, una convivencia estable y notoria por un periodo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, la constitución formal de la pareja de hecho con una antelación mínima de dos años al fallecimiento y, en fin, que la muerte causara un estado de necesidad o una carencia de rentas cuantificada de forma diversa en atención a la existencia o no de hijos comunes[17].

Como cabe observar, la nueva regulación amplió el ámbito subjetivo de la prestación pero al tiempo instauró una diferencia de trato evidente, no en vano la propia Exposición de Motivos de la Ley 40/2007 reconocía que teniendo en cuenta "la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación

[14] Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, cit., p. 13.

[15] Alarcón Castellano, M.M. y Roldán Martínez, A.: "Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF),* núm. 319, 2009, p. 99.

[16] "Contemplada esta novedad desde la situación normativa anterior, no cabe duda de que constituye un avance positivo y alentador en la protección de ciertas situaciones de necesidad provocadas por el hecho causante de la pensión de viudedad. Sin embargo, la valoración ha de ser necesariamente distinta si la reforma de los beneficiarios de la pensión se enjuicia desde las posibilidades que la Norma Fundamental ofrece tanto para una regulación homogénea del ámbito subjetivo de aquélla a partir de la doctrina constitucional, como desde la consideración de la pensión de viudedad como renta de sustitución de las situaciones de necesidad protegidas", Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, cit., pp. 13 y 46.

[17] La DF 3ª Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, modificó igualmente la pensión de viudedad regulada por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, reconociendo en su nuevo art. 38.4 el derecho a las parejas de hecho con el mismo tenor literal que el operado por la Ley 40/2007 en el Régimen General de la Seguridad Social, si bien aquel no ha sido modificado luego para introducir a la vez los posteriores cambios sufridos por los arts. 174.3 LGSS/1994 primero y el art. 221 LGSS después.

en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad", estableciendo así dos tipos o especies de situaciones protegibles[18] que, a la luz de la expuesta doctrina constitucional no suponían discriminación alguna a pesar del reconocimiento del beneficio bajo distintos parámetros para unas y otras[19].

En cualquier caso, además, quedaba institucionalizada una nueva modalidad híbrida de pareja, un *tertium genus* a medio camino entre la pareja de hecho y el matrimonio que ha venido siendo calificada -entre muchas otras denominaciones similares- como "pareja no matrimonial legalmente constituida"[20], "pareja de hecho registrada"[21], "pareja de derecho", "pareja regularizada"[22], etc. Con ello, y es lo importante, el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho solo era parcial[23], pues quedaban excluidas -y siguen quedando- las meras uniones alegales o parejas de hecho en sentido estricto, "realidades ajurídicas e injuridificables por su propia naturaleza"[24]. Obvios son los motivos de tal limitación, pues de un lado resulta necesario establecer criterios de seguridad jurídica para evitar el fraude en la constitución formal de parejas de hecho realmente inexistentes con el único objeto de generar pensiones de viudedad y, de otro, los limitados recursos requieren un mínimo ajuste y contención presupuestarios, pues no cabe olvidar que las de viudedad suponen casi una cuarta parte de las pensiones reconocidas por la Seguridad Social y algo más de un sexto de su gasto total en prestaciones, tan solo por detrás de la jubilación[25].

---

[18] Blasco Jover, C.: "La igualdad ante la exigencia de pensión compensatoria para lucrar viudedad en pareas de hecho", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014, p. 198.

[19] Analizando los pronunciamientos del Tribunal Constitucional anteriores a la Ley 40/2007, en relación con parejas de hecho tanto heterosexuales como homosexuales, Martínez Girón, J.: "Nuevas formas de familia y Derecho de Trabajo y Seguridad Social", en VV.AA. (Borrajo Dacruz, E., Coord): *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2004, pp. 7 a 15.

[20] Martínez Abascal, V.A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2010, p. 68.

[21] Cruz Villalón, J.: "La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor Josñe Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada (Comares), 2008, p. 893.

[22] Díaz Aznarte, M.T.: "Parejas de hecho «acreditadas» y pensión de viudedad. El triunfo del formalismo frente a la justicia material", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. Extra 1, 2016, pp. 167 y ss.

[23] Llegando por ello a afirmarse que se trató de "una reforma razonable, pero limitada, o si se prefiere, de una reforma que podría dejar de ser razonable por ser tan limitada", De Castro Mejuto, L.F.: "A propósito de la pensión de viudedad de las parejas de hecho", *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, núm. 12, 2008, p. 241.

[24] Admitiendo que el legislador, muy atento al anhelo planteado, hizo lo que pudo entre la equiparación absoluta y la total desequiparación, de tal forma que esa nueva "institución" ha sido dotada de régimen jurídico propio, distinto del matrimonio pero que requiere, como éste, actos jurídicos para su constitución y genera asimismo derechos y obligaciones", Rabanal Carbajo, P.F.: "La pensión de viudedad en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, p. 167; en similar sentido, San Martin Mazzuconi, C.: "Parejas de hecho y acceso a la pensión de viudedad: elementos de un modelo que convendría generalizar", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, p. 47.

[25] A 1 de junio de 2022, de las 9.936.182 pensiones en vigor, 2.350.353 eran de viudedad (un 23,65 %), con un importe medio de 778,73 € y estando el 91,66 % reconocidas a mujeres. En total, suponen un importe mensual de 1.830 millones de €, en segundo lugar después de la jubilación con 7.837 millones de los 10.832 totales de gasto; datos extraídos del Informe sobre número y cuantía de pensiones por sexo, régimen y clases, de junio de 2022, de la Subdirección General de Gestión Económico-Presupuestaria y Estudios Económicos del INSS, disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1eea7106-5aa9-49d6-ad47-5c117e8640a6/REG202206.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-1eea7106-5aa9-49d6-ad47-5c117e8640a6-o96QK.F

Por si duda hubiere, la referencia a la pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad contenida en la Ley 40/2007 se realiza con independencia del sexo de sus componentes, incluyendo tanto las heterosexuales como las homosexuales, en coherencia con la idéntica concepción del matrimonio introducida en el art. 44 CC por la Ley 13/2005. No obstante, el Tribunal Supremo había denegado ya el reconocimiento de la pensión de viudedad a quienes convivieron como pareja de hecho con una persona del mismo sexo y cuyo fallecimiento se produjo con anterioridad a su entrada en vigor (3 de julio de 2005) sin poder llegar a formalizar su matrimonio[26], criterio confirmado luego tanto por el Tribunal Constitucional[27] como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[28]

A diferencia del supuesto anterior, y a la vista de sus injustas consecuencias, la DA 3ª de la Ley 40/2007 sí abrió la posibilidad excepcional de reconocer el derecho a la pensión de viudedad a quienes, solicitándolo expresamente en el improrrogable plazo de los doce meses siguientes a su entrada en vigor (1 de enero de 2008), hubieran sobrevivido a su pareja de hecho fallecida antes de la misma sin generar por ello tal derecho conforme a la nueva norma, siempre y cuando acreditaran una convivencia con el causante de al menos seis años inmediatamente anteriores a la muerte -frente a los cinco de la nueva redacción del art. 174 LGSS/1994-[29], no tuvieran reconocida otra pensión contributiva de la Seguridad Social y hubieran tenido hijos comunes[30], requisito este último anulado por inconstitucional en tanto comportaba un trato desfavorable contrario al art. 14 CE toda vez que resultaba de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho homosexuales[31]. Aun cuando constituye un supuesto de hecho agotado, resultará conveniente tener en cuenta la doctrina y los criterios jurisprudenciales vertidos en su momento con ocasión del mismo, en tanto pudieran resultar aplicables a la muy similar disposición contenida en la última reforma de la Ley 21/2021.

Sea como fuere, el loable reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho introducido por el art. 174 LGSS/1994 fue luego incorporado al art. 221 del vigente Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, LGSS), conservando en esencia esa regulación inicial

[26] Por no contener expresamente la norma disposiciones transitorias al respecto, siendo además inaplicable analógicamente la DA 10ª de la Ley 30/1981, de 7 julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, STS 29 abril 2009 (recurso nº 577/2008); sobre la cuestión, Ruano Albertos, S.: "La especial conflictividad que ha venido presentando el reconocimiento de la pensión de viudedad a quine convivió como pareja de hecho con persona del mismo sexo, cuando el fallecimiento se produce con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 147, 2010, pp. 699 y ss.

[27] STCo 92/2014, de 10 de junio.

[28] STEDH 14 junio 2016 (Asunto *Tomás Aldeguer*), comentada en García Ortega, J.: "Pensión de viudedad: Improcedencia en caso superviviente de unión de hecho homosexual extinguida antes de la entrada en vigor de la ley 13/2005. (Situación no comparable a la de las parejas de hecho heterosexuales contemplada en la DA 10.2 de la Ley 30/1981)", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 10, 2016, pp. 193 y ss.

[29] Y sin exigir por tanto en estos casos el requisito de constitución de la pareja de hecho mediante inscripción en registro o documento público, SSTS de 26 septiembre 2011 (recurso nº 3702/2010) RJ 2011, 7302) y 6 noviembre 2012 (recurso nº 920/2012) RJ 2013, 164); al respecto, Cavas Martínez, F.: "Ajustes constitucionales recientes a la regulación sobre acceso de la pareja de hecho a la pensión de viudedad contenida en la Ley 40/2007", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2014, p. 187.

[30] Al respecto, sobre esta pensión "especial" de viudedad, Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, cit., pp. 59 y ss. o Moreno Gené, J.: "Pensión 'especial' de viudedad para parejas de hecho sin hijos comunes" y Cabeza Pereiro, J.: "Viudedad para las parejas de hecho por muertes anteriores a 2008: ¿importa la orientación sexual?", ambos en *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 2, 2013.

[31] STCo 41/2013, de 14 de febrero.

con ligeros retoques legislativos y con la incidencia de varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional -como luego se verá-, pero sin cumplir efectivamente la recomendación de la DA 25ª Ley 40/2007 orientada a una "reforma integral de la pensión de viudedad"[32].

Bajo tal perspectiva, los trabajos parlamentarios de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo quedaron plasmados en su Informe de evaluación y reforma de 27 de octubre de 2020[33], que en su Recomendación 13ª proponía entre otras cuestiones, con la finalidad de acomodarse a las nuevas realidades sociales y familiares y a las circunstancias socioeconómicas, mejorar las actuales pensiones de viudedad especialmente para los mayores de 65 años en situación de necesidad y sin otra fuente de ingresos, pero manteniendo el carácter contributivo de las prestaciones de muerte y supervivencia, sin que tal naturaleza se vea afectada por la adopción de medidas que introduzcan criterios basados en condiciones específicas para el acceso a las mismas como pueden ser la edad, la renta, la existencia de hijos en común, las compatibilidades con el trabajo y con otras prestaciones públicas, etc. Siendo notable la indirecta repercusión de tales previsiones con la pensión de viudedad de las parejas de hecho, el primer voto particular contenido en el Informe incide de lleno en el núcleo del asunto al afirmar que "siendo un hecho positivo que se reconozca la pensión de viudedad para las parejas de hecho, no compartimos las diferencias discriminatorias que se producen con relación al matrimonio (convivencia durante un amplio período y dependencia económica)".

En consecuencia, un año después vería la luz la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que aunque más preocupada en los problemas demográficos y económicos para el mantenimiento del sistema de Seguridad Social -siendo la jubilación la prestación más afectada[34]-, eliminó el tan criticado requisito de dependencia económica con el causante y, con ello, su carácter asistencial, eximió de acreditar la convivencia notoria y estable por cinco años cuando hubieran existido hijos en común, incluyó a la pareja de hecho como beneficiaria de la pensión temporal de viudedad o, en fin, reconoció el derecho a las uniones *more uxorio* formalizadas y posteriormente disueltas.

La nueva DA 40ª LGSS, introducida por el art. 1.17 Ley 21/2021, reconoce el derecho a la pensión de viudedad a cuantos, solicitándolo expresamente antes del 31 de diciembre de 2022[35] -y con efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a la petición-, hubieran

[32] Siendo el legislador plenamente consciente, por mucho tiempo, "que ese objetivo no se ha cumplido con las sucesivas reformas parciales de las prestaciones de muerte y supervivencia", Díaz Aznarte, M.T.: "Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 4, 2022, p. 107.

[33] BOCCGG 10 noviembre 2020.

[34] Recordando que la propia Exposición de Motivos de la norma alude expresamente a la generación *baby boom* y al impacto que tendrá su inminente llegada a la edad de jubilación, León Iglesias, J.: "Luces y sombras en relación al futuro de las prestaciones. A propósito de la Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones", *Iuslabor*, núm. 1/2022, p. 299.

[35] Con ocasión de la DA 3ª Ley 40/2007 se promovió cuestión de inconstitucionalidad por si el establecimiento de un plazo improrrogable de doce meses desde la entrada en vigor de la norma para solicitar la pensión extraordinaria pudiera carecer de justificación objetiva y razonable y suponer una discriminación indirecta por razón de sexo, pues con carácter general el derecho al reconocimiento de la pensión de viudedad es imprescriptible y, siendo las beneficiarias mayoritariamente mujeres serán las que soportarían el impacto negativo de su exigencia; no obstante, y en criterio que puede ser trasladado a la nueva DA 40ª LGSS, los AATCo 112 y 146/2015, de 23 de junio y 10 de septiembre, concluyeron que la misma "ni formal ni materialmente determina que las mujeres se encuentren en peor situación que los hombres para ejercer en ese plazo el derecho a solicitar la pensión de viudedad". Además, el Tribunal Supremo ya había resuelto que la solicitud en plazo era un presupuesto indispensable para el acceso a la prestación, SSTS 13 junio 2012 (recurso nº 3558/2011), 27 marzo, 26 septiembre y 29 octubre 2013 (recursos nº 2348, 3131 y 3189/2012, respectivamente).

sobrevivido a su pareja de hecho fallecida antes de la entrada en vigor de la norma el 1 de enero de 2022 y cumplieran determinados requisitos. Tratándose de un supuesto de reconocimiento excepcional todavía vigente, parece oportuno realizar algunas precisiones sobre su oportunidad y sobre las circunstancias cuya concurrencia exige, teniendo en cuenta a tal efecto las opiniones y los criterios que mereció la similar previsión contenida en la DA 3ª de la Ley 40/2007.

Una vez más, el legislador incorpora una aplicación retroactiva y excepcional de la nueva regulación de la pensión de viudedad, "opción legítima"[36] que de nuevo revela un implícito reconocimiento de la injusticia material provocada por una exigencia impuesta por la normativa precedente a las parejas de hecho pero no a los matrimonios, como era la de la situación de necesidad que ahora se deroga[37], permitiendo así acceder a quienes entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2021 no hubieran podido causar derecho a la prestación, lo que conforme al Criterio de Gestión del INSS 14/2022, de 4 de abril, incluye a quienes en su momento lo solicitaron y les fue denegado en vía administrativa o judicial[38], a cuantos no lo llegaron a pedir por no reunir los requisitos de ingresos -es decir, "no se exige una previa resolución desestimatoria"- y, también, a aquellos supérstites de pareja de hecho que sí adquirieron la condición de beneficiarios como supérstites de la pareja pero vieron luego suspendido su abono por superar el nivel de rentas mínimo[39].

A tal fin, resulta necesario acreditar que, a la fecha de la muerte del causante, además de concurrir los requisitos generales de alta y cotización existía pareja de hecho en los términos del nuevo art. 221.2 LGSS, por lo que de haber existido hijos en común no será necesario ya demostrar la convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años -excepción introducida por la propia Ley 21/2021-, sino solamente su efectiva constitución[40].

Adicionalmente, es necesario que "el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social", lo que otorga a la de viudedad un carácter subsidiario que se contradice con su general compatibilidad con las rentas obtenidas por el trabajo del beneficiario (art. 223.1 LGSS) y con el cobro de una jubilación o una incapacidad permanente de idéntica naturaleza (art. 217.1.c GSS); aun así, el Tribunal Supremo unificó doctrina en el sentido de admitir tal requisito y exigirlo no solo al momento del reconocimiento de la prestación sino también a lo largo del tiempo que dure su percepción, pudiendo optar en caso de concurrencia

[36] Pues no tiene tal obligación, pudiendo en tal caso realizarlo de forma limitada, Mella Méndez, L.: "El concepto de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2012.

[37] Y máxime cuando para apreciar la misma además se atendía al momento del hecho causante, sin tener en cuenta eventuales variaciones anteriores o posteriores en la situación económica del beneficiario, Díaz Aznarte, M.T.: "Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa", cit., pp. 126 y 127.

[38] Fernández Collados, M.B.: "El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, núm. 3, 2015, p. 3.

[39] En este último supuesto, que exige igualmente previa solicitud, se rehabilitará el pago "dando una retroactividad de 3 meses desde la nueva solicitud, con el límite de la fecha de entrada en vigor de la DA 40ª LGSS" (1 de enero de 2022).

[40] Como confirma el Criterio de Gestión del INSS 14/2022, de 4 de abril, pues "la DA 40ª y la nueva redacción del artículo 221 LGSS se aplican desde la entrada en vigor de la Ley 21/2021, esto es, desde el 1 de enero de 2022. La DA 40ª LGSS, al remitirse al apartado 2 del artículo 221, no señala que deba entenderse en su redacción anterior a la Ley 21/2021. Por consiguiente, la existencia de pareja de hecho, al que se refiere el apartado b) de la DA 40ª LGSS, se debe acreditar en los términos establecidos en el artículo 221.2 LGSS en la redacción dada por la Ley 21/2021".

por la más favorable[41], solución reiterada ahora por el Criterio de Gestión del INSS 14/2022, de 4 de abril[42].

En fin, y compartiendo una vez más soluciones alcanzadas con ocasión de la DA 3ª Ley 40/2007, "cuando el beneficiario de una pensión de viudedad reconocida en aplicación de lo dispuesto en la DA 40ª LGSS concurra con otros beneficiarios anteriores del mismo causante, al supérstite de la pareja de hecho que tenga ahora derecho se le reconocerá la parte de pensión que corresponda en proporción al tiempo convivido con el causante, sin que se revisen las pensiones de viudedad preexistentes de quienes hubieran sido cónyuges o huérfanos"[43].

II. Análisis crítico de los requisitos exigidos a la pareja de hecho supérstite para el acceso a la pensión de viudedad

Los requisitos exigidos por la Ley 40/2007 a la hora de reconocer el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho fueron objeto, desde entonces, de un abundante estudio doctrinal y de una acusada litigiosidad que dio lugar en múltiples ocasiones a la unificación de criterios por el Tribunal Supremo, todo lo cual ha ido moldeando su propia configuración.

En similar sentido, varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional han reiterado que las diferencias entre el matrimonio y la pareja de hecho en relación con las exigencias para acceder al derecho han sido adoptadas con respeto del principio de igualdad y no discriminación, depurando del ordenamiento otras puntuales previsiones legales que a su juicio sí lo vulneraban. Al tiempo, admitían la posibilidad de una regulación similar o coincidente con la prevista para las uniones conyugales en atención a la oportunidad y conveniencia social y económica y a la garantía de la debida seguridad jurídica, opción que el legislador asumió parcialmente a través de la Ley 21/2021 para flexibilizar los requisitos e, incluso, eliminar alguno de ellos.

En definitiva, en los siguientes epígrafes se analizan los requerimientos que han de concurrir para que la pareja de hecho resulte beneficiaria de esta clase de prestación por muerte y supervivencia, exponiendo la evolución de su regulación y su interpretación junto con un análisis crítico subjetivo que permita proponer un nuevo régimen jurídico, debiendo tener claro que en cualquier caso, antes y ahora, determinan un concepto propio de la pareja de hecho a los exclusivos efectos de la pensión de viudedad de Seguridad Social. Y aquellos vienen dados, en concreto, por una relación afectiva análoga a la conyugal, convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, inscripción en alguno de los registros específicos autonómicos o municipales del lugar de residencia o constitución mediante documento público con una antelación mínima de dos años y, en fin, ya desaparecido y relativo a la carencia de rentas del beneficiario para acreditar una situación de necesidad.

---

41 STS 23 febrero 2017 (recurso nº 2759/2015), con interesante voto particular; al respecto, Espejo Megías, P.: "La pensión de viudedad en la actualidad: especial atención a las parejas de hecho y a las mujeres víctimas de violencia de género", en VV.AA. (Gómez Salado, M.A., Dir.): *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Murcia (Laborum), 2019, pp. 236 y ss.

42 Concluyendo que "el supérstite de una pareja de hecho que ya sea beneficiario de otra pensión contributiva de la Seguridad Social, podrá solicitar la pensión de viudedad en aplicación de lo dispuesto en la DT 40ª LGSS y ejercitar el derecho de opción por la más beneficiosa. De esta manera, no se contraviene la finalidad última perseguida en la DA 40ª LGSS de que no se reconozcan dos pensiones contributivas, sin cercenar al interesado el derecho de optar por la que resulte más beneficiosa".

43 Criterio de Gestión del INSS 14/2022, de 4 de abril.

1. Relación de afectividad análoga a la conyugal

Tanto el art. 174.3 LGSS/1994 cono el art. 221.2 LGSS han venido exigiendo que el causante y el beneficiario de la pensión de viudedad, constituidos como pareja de hecho, mantuvieran una relación de afectividad análoga a la conyugal, lo que hace referencia a la *affectio maritalis*, concepto jurídico indeterminado, no definido legalmente y eminentemente subjetivo por pertenecer a la esfera íntima y personal del ser humano, de tal forma que la doctrina ha considerado con acierto que "no ha de ser acreditado de forma independiente, sino que se presume intrínseco a la pareja de hecho que cumpla el resto de los requerimientos previstos"[44].

En cualquier caso, dicha exigencia implica que la pareja de hecho no debe obedecer a motivos diferentes a los del matrimonio[45], sino constituir también -en los términos en los que aquel es definido por la RAE- una "comunidad de vida e intereses" entre dos personas vinculadas por una relación sentimental, por lo cual quedarían excluidas las relaciones de convivencia y/o afectividad basadas en razones de amistad, laborales o de mera conveniencia, interés o ayuda mutua entre las partes[46].

2. Inexistencia de vínculo matrimonial y de impedimento para contraerlo o de pareja de hecho

Junto al abstracto requisito anterior, de nuevo los arts. 174.3 LGSS/1994 y 221.2 LGSS imponían la doble condición de que los miembros de la pareja de hecho no estuvieran "impedidos para contraer matrimonio" y no tuvieran "vínculo matrimonial con otra persona"; aun cuando el segundo inciso parece innecesario por quedar incluido en el primero[47], la realidad y la interpretación judicial justifican su mención independiente, siendo a lo sumo una especie más dentro del género.

Así, y de un lado, la implícita remisión a los arts. 45 a 47 CC permiten identificar como impedimentos para contraer matrimonio -y, al tiempo, para considerar existente la pareja de hecho a efecto de la pensión de viudedad- no solo al de estar ya ligado por vínculo matrimonial, sino también los referidos a la falta de válido consentimiento -que incluiría, entre otros supuestos, los de incapacidad en los términos del art. 56 CC, pues no toda persona discapacitada o incapacitada civilmente se encuentra en tal situación-, la minoría de edad sin emancipación, el parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción o el colateral por consanguinidad hasta el tercer grado y la condena "por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal".

---

[44] Blázquez Agudo. E.M. y Presa García-López, R.: "Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014, p. 164. Dicho de otro modo, "la norma exige la prueba de la convivencia efectiva, no afectiva, que se presumirá como en el matrimonio", Menéndez Sebastián, P.: *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, Cizur Menor (Aranzadi-Thomson Reuters), 2020, p. 118.

[45] Poquet Catalá, R.: "El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. ¿Una realidad?", cit., p. 165.

[46] Como son las relaciones "convivenciales de ayuda mutua" reguladas por el art. 240 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Código Civil de Cataluña y definidas como la existente entre dos o más personas, unidas por lazos de parentesco, amistad o compañerismo "que conviven en una misma vivienda habitual y que comparten, sin contraprestación y con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas"; al respecto, aunque con ocasión de la precedente Ley 19/1998, de 28 de diciembre, Alarcón Castellano, M.M. y Roldán Martínez, A.: "Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho", cit., p. 101.

[47] "Pues si alguno o ambos estuvieran casados concurriría uno de los impedimentos para contraer matrimonio", Alarcón Castellano, M.M. y Roldán Martínez, A.: "Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho", cit., p. 102.

Siendo los dos últimos -colateralidad hasta el tercer grado y condena penal- objeto de eventual dispensa conforme a los arts. 48 CC y 81 y ss. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, lo que en su caso convalida desde su celebración el matrimonio cuya nulidad no hubiera sido instada por alguna de las partes, la doctrina se ha cuestionado si la pareja de hecho constituida existiendo tales impedimentos puede acceder a las prestaciones por viudedad. En este sentido, una opinión doctrinal niega tal posibilidad y considera que su concurrencia impide al supérstite adquirir la condición de beneficiario[48], mientras que otra encuentra más razonable por razones de igualdad y equidad entender lo contrario, pues "no tiene razón de ser que si hubieran podido contraer matrimonio con la debida dispensa se les niegue la pensión de viudedad como pareja de hecho en caso de concurrir tales circunstancias"[49].

Por su parte, y específicamente, la exigencia de no tener vínculo matrimonial con otra persona concurre cuando los miembros de la pareja de hecho no hubieran contraído matrimonio previamente o cuando, habiéndolo hecho, el mismo hubiera sido declarado nulo (art. 73 y ss. CC) o hubiera quedado disuelto por muerte, por declaración de fallecimiento o por divorcio (arts. 85 y ss. CC); requisito "antibigamia"[50] que ha superado el filtro de constitucionalidad por obedecer "al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social, evitando la concurrencia de títulos de reclamación que den lugar a un doble devengo de la pensión"[51].

En consecuencia, no concurre el requisito en los supuestos de separación del causante y/o del beneficiario con un tercero porque subsiste un previo vínculo matrimonial, por mucho que se acrediten los restantes requisitos de la pareja de hecho constituida con posterioridad. Cabe advertir que tal situación es factible en la práctica porque algunas Comunidades Autónomas permiten expresamente la inscripción como pareja de hecho en caso de separación judicial de alguno de sus miembros[52] y porque no cabe descartar en la práctica su formalización mediante escritura pública notarial[53].

Por tal motivo, no gozan de tal consideración a efectos de la Seguridad Social y no lucrarán derecho a la pensión de viudedad por el fallecimiento del conviviente *more uxorio*, pero sí podrán

[48] Pues tales dispensas no serían aplicables a la pareja de hecho, Desdentado Daroca, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia*, cit., p. 12, Alarcón Castellano, M.M. y Roldán Martínez, A.: "Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho", cit., p. 103 o Menéndez Sebastián, P.: *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, cit., pp. 124 y 125.

[49] Por todos, Mella Méndez, L.: "El concepto de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", cit., pp. 195 y ss. o Toscani Giménez, D.: "La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 302, 2008, p. 76.

[50] Poquet Catalá, R.: "El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. ¿Una realidad?", cit., pp. 157 y ss.

[51] Desechando una eventual vulneración del principio de igualdad entre "parejas de hecho constituidas por uno o dos miembros con vínculo matrimonial vigente (sin derecho a prestación) y parejas de hecho en las que los dos miembros carecen de vínculo matrimonial vigente por haberse disuelto por divorcio (con derecho a pensión)", STCo 44/2014, de 7 de abril. Sea como fuere, tal previsión impide tanto el devengo de la pensión por varios cónyuges o parejas de hecho por la muerte de un único causante como, a la inversa, el devengo de la pensión de un mismo beneficiario por cada una de las muertes de sus varios cónyuges o parejas de hecho, Taléns Visconti, E.E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 468, 2022, p. 173.

[52] En tal sentido, y a día de hoy, Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana o Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Región de Murcia. Las restantes, en general, contemplan como causa excluyente a tal fin tener vínculo matrimonial, con independencia por tanto de que exista o no separación de hecho o de derecho.

[53] Menéndez Sebastián, P.: *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, cit., p. 128.

generar el derecho por la muerte del cónyuge del que estaban separados de hecho o de derecho si, al amparo del art. 220 LGSS, resultaron acreedores de la pensión compensatoria del art. 97 CC y la misma quedara extinguida a la fecha del hecho causante o, en su defecto, entraran dentro de los supuestos previstos por la actual DT 13ª LGSS[54]. Ello puede llegar a provocar situaciones manifiestamente injustas, como la de un matrimonio de escasa duración separado judicialmente cuyos miembros rehacen su vida y formalizan sendas parejas de hecho durante décadas sin disolver el antiguo vínculo conyugal, pues el fallecimiento de uno de ellos determinará que su conviviente no tenga derecho a la pensión de viudedad pero pueda tenerlo quien fue su cónyuge. La solución pasaría por excepcionar tal requisito en estos casos de separación judicial, pero no resulta aconsejable porque haría depender el derecho al beneficio del territorio de residencia en función de si la normativa de la concreta comunidad autónoma permite o no la inscripción de pareja de hecho en caso de separación judicial, evidente vulneración del principio de igualdad como ya resolviera el Tribunal Constitucional respecto de la formalización de la unión *more uxorio*.

Adicionalmente, el Tribunal Supremo consideró en un primer momento que esa referencia legal en la descripción del requisito relativo a no tener vínculo matrimonial con "otra persona" sí permitía, en cambio, reconocer la pensión de viudedad al cónyuge supérstite como pareja de hecho, en un supuesto en el cual con posterioridad a la separación judicial sin pensión compensatoria tuvo lugar la reconciliación entre las partes únicamente documentada en escritura pública -sin la comunicación al Juzgado ni la inscripción en el Registro Civil exigidas por el art. 84 CC para dejar sin efecto la separación-, no resultando controvertida -a pesar del relato fáctico en contrario- la efectiva existencia de pareja de hecho. A tal fin, y en solución de justicia material, concluía el Alto Tribunal que "de la dicción literal del precepto no puede sino concluirse que el requisito viene referido a ambos componentes de la pareja al expresarse en plural ('no tengan...'), y la expresión 'otra persona', se refiere obviamente a un tercero ajeno a ambos, por lo cual, como no podía ser de otra manera, nada impide la existencia de vínculo matrimonial entre ambos, que a los fines pretendidos no puede constituir un obstáculo -sino al contrario- para lucrar la pensión de viudedad", pues lo contrario determinaría "la diabólica situación de que el INSS niega la pensión de viudedad desde la situación matrimonial por no reunir los requisitos, pero también desde la situación de pareja de hecho por haber contraído matrimonio"[55].

No obstante, otros pronunciamientos más recientes han venido a corregir la doctrina expuesta, pues el propio Tribunal Supremo venía sosteniendo con ocasión del art. 174.2 LGSS/1994 que la separación judicial con posterior reconciliación pero sin las debidas comunicación al Juzgado e inscripción en el Registro Civil (art. 84 CC) no generaba derecho pleno a la pensión de viudedad como cónyuge supérstite sino solo en proporción al tiempo de convivencia hasta la sentencia, afirmando que en tales casos "se está ante una reanudación de hecho de la convivencia, que, si bien puede tener efectos ante los cónyuges, no produce efectos ante terceros, condición que tiene obviamente la Entidad Gestora de la Seguridad Social"[56]. Retomando tal razonamiento,

[54] En el mismo sentido, Blázquez Agudo. E.M. y Presa García-López, R.: "Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial", cit., p. 171 o Desdentado Daroca, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia*, cit., p. 100.

[55] "Lo que significa que, en puridad, pueden tener vínculo matrimonial entre ellos", STS 4 marzo 2014 (recurso nº 1593/2013), comentada en Panizo Robles, J.A.: "De nuevo el Tribunal Supremo nos sorprende: la convivencia matrimonial se asimila a una pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *CEF Laboral Social*, junio 2014.

[56] En supuestos en los cuales, por su fecha anterior a la Ley 40/2007, no se reconocía como beneficiario de la pensión de viudedad al supérstite de pareja de hecho y, para cónyuges separados o divorciados, el precepto todavía no exigía la pensión compensatoria como requisito de acceso, pero en criterio igualmente aplicable con posterioridad si la misma hubiera existido y se hubiera extinguido con el fallecimiento, SSTS 15 diciembre 2004 (recurso nº 359/2004), 2 y 23 febrero 2005 (recursos nº 761/2004 y 6086/2003), respectivamente), 28 febrero 2006 (recurso nº 5276/2004),

concluyen en sentido contrario y admitiendo la perversa consecuencia de que en estos supuestos no se genere el derecho a la pensión de viudedad como cónyuge supérstite por no estar legalmente rehabilitado el vínculo matrimonial y, como es probable, por no tener derecho a pensión compensatoria por la separación (o, en su defecto, por no resultar aplicable la actual DT 13ª LGSS), pero tampoco como pareja de hecho superviviente, pues "es evidente que en caso de separación, estando vigente el vínculo matrimonial, no puede constituirse válidamente una pareja de hecho entre los cónyuges", lo que "solo sería posible después de divorciados, sin haberse vuelto a casar entre sí, y reuniendo todos los demás requisitos constitutivos de la pareja de hecho" exigidos hoy día por el art. 221 LGSS[57].

En definitiva, y en interpretación cuestionada por algún sector doctrinal, para el Tribunal Supremo resulta incompatible a estos efectos ser a la vez cónyuge y pareja de hecho, ya sea de la misma persona o de una distinta[58].

Más recientemente, la Ley 21/2021 añadió en este primer párrafo del art. 221.2 LGSS la alusión a no tener constituida "pareja de hecho" para poder lucrar en tal concepto la pensión de viudedad, subsanando así el olvido de la Ley 40/2007 e incorporando una lógica exclusión de la "bigamia de hecho" a estos efectos; aun cuando la totalidad de normas autonómicas sobre la materia niegan la inscripción cuando exista ya otra anterior, no cabe descartar del todo situaciones en las cuales debido a la inexistente o defectuosa comunicación entre registros de distintos territorios una persona pueda haber formalizado varias "parejas de hecho", por lo que no está de más su expresa incorporación a la letra de la ley para evitar derechos múltiples. En su caso, la causa impeditiva ha de quedar necesariamente referida a una pareja de hecho en los términos del propio art. 221 LGSS, remisión que expresamente efectúan los arts. 220.1 LGSS en los supuestos de separación, divorcio o nulidad y el 223.2 LGSS en materia de compatibilidad de la pensión de viudedad.

Sea como fuere, para apreciar la existencia del analizado requisito de no tener impedimento para contraer matrimonio y no tener vínculo conyugal o pareja de hecho con otra persona, ha de atenderse exclusivamente al momento del fallecimiento del causante, sin que sea exigible que concurra ininterrumpidamente a lo largo de los cinco años de convivencia estable y notoria o de los dos años de inscripción o formalización notarial de la pareja de hecho, por ser estos requisitos distintos y exigidos a otros efectos y por otros motivos en el art. 221.2 LGSS[59], de tal forma que la disolución del vínculo por cualquier causa y en cualquier momento antes del hecho causante "es lo que permite convalidar tanto la convivencia previa anterior como la formalización de la pareja

25 septiembre 2006 (recurso nº 3169/2995), 2 y 26 octubre 2006 (recursos nº 1925 y 3163/2005, respectivamente), 28 noviembre 2006 (recurso nº 672/2006) o 24 julio 2007 (recurso nº 3410/2006).

57 SSTS 16 febrero 2016 (recurso nº 33/2014) o 13 marzo 2018 (recuso nº 3519/2016). No obstante, la mujer divorciada víctima de violencia de género en el momento del divorcio que luego constituyó pareja de hecho con su propio exmarido, en tanto resulta dispensada del requisito de pensión compensatoria al amparo del art. 220.1, párrafo 3º, LGSS puede generar el derecho a la pensión de viudedad como divorciada si la pareja de hecho no cumple los requisitos del art. 221 LGSS, STS 27 junio 2017 (recurso nº 3803/2015), comentada en Rodríguez Escanciano, S. y Gómez García, F.X.: "La influencia de la violencia de género para el acceso a la pensión de viudedad a la luz de los pronunciamientos judiciales", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16, 2018, pp. 169 y ss.

58 Desdentado Daroca, E.: "Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, p. 143.

59 Pues no constituyen un requisito de constitución o de efectiva existencia de la pareja de hecho "sino, con toda exactitud, un período de carencia para acceder a la prestación de viudedad, sea cual sea la fecha de la constitución de la pareja de hecho", SSTS 14, 21 y 26 julio 2011 (recursos nº 3857, 2773 y 2921/2010, respectivamente), 8 noviembre 2011 (recurso nº 796/2011), 13 marzo 2012 (recurso nº 4620/2010), 24 octubre 2012 (recurso nº 83/2012) o 25 noviembre 2013 (recurso nº 2797/2012).

de hecho, partiendo de una interpretación flexible y humanizadora que debe presidir la materia de las prestaciones de Seguridad Social"[60].

En fin, al igual que para adquirir el derecho, contraer matrimonio o constituir pareja de hecho en los términos regulados por el art. 221 LGSS constituyen causas de extinción de la pensión de viudedad que se viniera disfrutando[61], conforme establece el actual art. 223.2 LGSS y según disponía ya el art. 174.4 LGSS/1994 a partir de la reforma efectuada por la Ley 40/2007[62], y "sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente". En este sentido, el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, dio nueva redacción al art. 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, por el que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, permitiendo en contra de la regla general la compatibilidad de la pensión de viudedad con un nuevo matrimonio bajo determinados requisitos, siendo luego ampliada tal particularidad a la constitución de una pareja de hecho por el nuevo apartado 4 añadido en tal precepto por el RD 296/2009, de 6 de marzo[63].

3. Acreditación material de la pareja de hecho: convivencia estable, notoria y prolongada en el tiempo

Desde su reconocimiento por la Ley 40/2007, los arts. 174.3 LGSS/1994 y 221.2 LGSS han venido exigiendo adicionalmente, para reconocer el derecho a la pensión de viudedad, que la pareja de hecho acredite "una convivencia estable y notoria", lo que desde el primer momento fue objeto de críticas por introducir un distinto y peor trato a este tipo de uniones frente al matrimonio, donde la misma resulta obligatoria pero es presumida legalmente (arts. 68 y 69 CC).

La convivencia ha de ser, en primer lugar, estable, en referencia a una continuidad y permanencia en el tiempo que el legislador social sitúa "con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años", debiendo considerar tal exigencia como autónoma y distinta del período previsto en las diversas normativas autonómicas al exclusivo objeto de acceder a la inscripción en sus registros y que son, si existen, muy inferiores[64].

---

[60] STSJ Madrid 21 abril 2020 (recurso nº 807/2019) o STSJ Cantabria 10 marzo 2016 (recurso nº 1038/2015), comentada en López Terrada, E.: "La validez de la inscripción de parejas de hecho vigente un vínculo matrimonial previo a efectos de la pensión de viudedad", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, 2017, pp. 327 y ss.

[61] Nuevamente, por tanto, "bajo los mismos condicionantes que los previstos para la adquisición del beneficio" por el art. 221 LGSS, Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, cit., p. 64.

[62] Con anterioridad, la convivencia *more uxorio* del cónyuge supérstite y beneficiario de la pensión de viudedad no extinguía la pensión de viudedad, en coherencia con "la irrelevancia que para el legislador de Seguridad Social ha merecido el fenómeno de las uniones de hecho, tanto en el momento de causar derecho a hipotéticas pensiones como en el de la pérdida de éstas", SSTS 14 abril y 17 junio 1994 (recursos 2587 y 2278/1993, respectivamente).

[63] Como son los de ser mayor de sesenta y un años o menor si, alternativamente, perciben pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez o acreditan una discapacidad igual o superior al 65 %; constituir la pensión o pensiones de viudedad percibidas la principal o única fuente de rendimientos; y tener el nuevo matrimonio unos ingresos anuales, de cualquier naturaleza, incluida la pensión o pensiones de viudedad, que no superen dos veces el importe, en cómputo anual, del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento; al respecto, Vicente Palacio, M.A. *et alii*: *La reforma de la pensión de viudedad: cómo reformular la pensión de viudedad para que recuperes su carácter de renta sustitutiva del salario perdido con consecuencia del fallecimiento del causante*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, FIPROS 2006, pp. 201 y ss.

[64] Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, cit., pp. 52-53.

Tal descripción suscita dudas respecto a eventuales interrupciones en esa convivencia o incluso a la residencia o domiciliación en distintos lugares, pero cabe entender que cuantas deriven de causas ajenas a la voluntad de los integrantes de la pareja de hecho no han de quedar excluidas del cómputo, como pudieran ser aquellas derivadas de motivos laborales o familiares, ingreso en prisión, etc.[65]; cuestión muy distinta es contar como períodos de convivencia estable y notoria a estos efectos los de un matrimonio común anterior pero disuelto por divorcio, pretensión que el Tribunal Supremo desestimó con buen criterio[66].

Junto a lo anterior, la norma exige que esa convivencia sea notoria, lo que implica un carácter público o generalmente conocido[67] que podrá quedar acreditado por cualquier medio de prueba, siendo el certificado de empadronamiento en el mismo domicilio al que se refiere el art. 221.2 LGSS un instrumento idóneo y privilegiado a tal fin -sobre el que incluso opera una presunción *iuris tantum* de veracidad[68]- pero no el único válido, pues atribuirle tal exclusividad -como venía haciendo la entidad gestora en una interpretación literal- supondría un incentivo al fraude[69], un "irrazonable afán controlador y una traba burocrática"[70], en criterio finalmente unificado por el Tribunal Supremo ante la elevada litigiosidad suscitada[71] y que permite entender demostrada la convivencia a través de otros medios, especialmente de carácter documental, como el testamento otorgado en escritura pública que manifiesta el período de convivencia, la declaración conjunta

[65] Menéndez Sebastián, P.: *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, cit., p. 145, quien concluye que, en realidad, "lo que se debe acreditar es el inicio de la relación afectiva convivencial con al menos cinco años de antelación y su persistencia a la fecha del óbito".

[66] Más allá de que únicamente se permite sumar tiempos de convivencia como matrimonio y como pareja de hecho en el supuesto del actual art. 219.2 LGSS (pensión de viudedad en favor de cónyuge superviviente cuando el fallecimiento del causante hubiera obedecido a enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal), "la vía de acceso a la pensión de viudedad que se pretende lo es a partir de una situación de pareja de hecho, que, cuando se refiere a personas previamente unidas en matrimonio, sólo es posible después de divorciados, sin haberse vuelto a casar entre sí, y como tal pareja de hecho ha de reunir los requisitos constitutivos exigidos…, y entre ellos acreditar que la convivencia como tal pareja de hecho en el período inmediatamente anterior al fallecimiento del causante haya tenido una 'duración ininterrumpida no inferior a cinco años'…, sin que pueda sumarse la tenida con anterioridad al divorcio, ya que lo fue bajo vínculo matrimonial y por tanto en otro concepto distinto al de pareja de hecho", STS 20 julio 2015 (recurso nº 3078/2014), comentada en Vila Tierno, F.: "Pensión de viudedad: divorcio y convivencia como pareja de hecho", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 9, 2015, pp. 151 y ss. o Rodríguez Iniesta, G.: "Acceso a la pensión de viudedad de parejas de hecho que anteriormente habían sido matrimonio y que tras el divorcio reanudan la convivencia. La convivencia matrimonial y la de hecho no son acumulables A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio de 2015", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extra 1, 2016, pp. 177 y ss.

[67] "O, al menos, no convivir de forma secreta y ocultando tal hecho", Mella Méndez, L.: "El concepto de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", cit.

[68] Pues el art. 16 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, define el padrón municipal como el registro administrativo en el que constan los vecinos de un municipio, y atribuye a sus datos el carácter de "prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo" y a los certificados expedidos el de "documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos"; al respecto, Kahale Carrillo. D.T.: "La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187, 2016.

[69] Poquet Catalá, R.: "El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. ¿Una realidad?", cit., p. 169.

[70] Martínez Abascal, V.A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?, cit., p. 71.

[71] Es decir, se podrá acreditar a través de "cualquier medio de prueba admisible en Derecho, especialmente de carácter documental, que tenga fuerza suficiente para llevar a la Entidad Gestora o, en su caso, al juzgador a la convicción del cumplimiento de ese requisito, y no exclusivamente mediante el certificado de empadronamiento en el mismo domicilio de los componentes de la pareja", SSTS 25 mayo, 24 junio o 14 y 20 septiembre 2010 (recursos nº 803, 4271, 3805 y 4314/2009, respectivamente), 15 marzo y 9 junio 2011 (recursos nº 2950 y 3592/2009), 14 abril 2011 (2) (recursos nº 710 y 1846/2010), entre otras.

de IRPF, la tarjeta sanitaria como beneficiario del causante, las cuentas bancarias compartidas con domiciliación de gastos comunes de la vivienda, etc.[72].

Conforme consta, junto a las numerosas críticas doctrinales, el primer voto particular al Informe de evaluación y reforma de 27 de octubre de 2020 de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo recordaba e insistía en la diferencia discriminatoria respecto al matrimonio que este requisito causaba, aunque sin proponer expresamente su total eliminación. La Ley 21/2021 adoptó una solución intermedia, eximiendo de acreditar esa convivencia estable y notoria durante los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante cuando existieran hijos en común[73], circunstancia que no implica necesariamente -tampoco en el matrimonio- que los progenitores mantengan y hayan mantenido durante un determinado período de tiempo una relación análoga a la conyugal. Es más, siendo loable tal avance, nada obstaría a una equiparación plena, pues lo realmente importante para el reconocimiento de la pensión de viudedad habría de venir dado por la existencia efectiva y formal de la pareja de hecho y su legal constitución -como del matrimonio-, algo que en este supuesto el precepto sigue imponiendo -"solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente"-, presumiendo así una convivencia y una afectividad que resultan igualmente inherentes a ambos tipos de unión, aunque solo indiferentes en el vínculo conyugal[74]; el eventual fraude, que por otro lado puede existir hoy día en similar medida -y residual, al menos a los efectos de lucrar artificialmente una pensión de viudedad- tanto en el matrimonio como en la formalización de la pareja de hecho, deberá ser en su caso controlado y, en su caso, oportunamente acreditado por la entidad gestora.

Por otra parte, el requisito de la convivencia estable y notoria ha sido también obviado en la práctica por el Tribunal Supremo -en doctrina unificada asumida luego administrativamente por el Criterio de Gestión INSS 21/2020, de 12 de noviembre- cuando la mujer integrante de la pareja de hecho sea víctima de violencia de género, entendiendo que la misma resulta imposible e indeseable, que la efectiva protección exige precisamente su cese para impedir que siga sufriendo tal situación, y que si no se cumple es por causas ajenas a la libre voluntad de la beneficiaria de la pensión de viudedad; en consecuencia, realizando una interpretación integradora y transversal del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres al amparo de los arts. 4 y 15 LO 3/2007, de 22 de marzo, acabó aplicando analógicamente el art. 220.1, párrafo 3º, LGSS -previsión incorporada al precedente art. 174.2, párrafo 1º, LGSS/1994 por la DF 3.10 Ley 26/2009, de 23 de diciembre- conforme al cual se dispensa la necesidad de ser acreedoras de pensión compensatoria a las mujeres que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación o el divorcio[75].

---

[72] Como meros ejemplos de un enorme listado de pronunciamientos en similar sentido, SSTSJ Castilla y León/Valladolid 22 abril 2009 (recurso nº 541/2009) y 10 junio 2010 (recurso nº 756/2010), Castilla-La Mancha 17 septiembre 2009 (recurso nº 165/2009), Navarra 28 enero 2010 (recurso nº 2/2010), Cataluña 21 octubre 2010 (recurso nº 5618/2009) y 18 octubre 2011 (recurso nº 6838/2010), Andalucía/Granada 13 abril 2011 (recurso nº 288/2011) o, en fin, Madrid 22 mayo 2015 (recurso nº 207/2015). Por extenso, Menéndez Sebastián, P.: *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, cit., p. 147 y ss.

[73] Como ya propusiera Desdentado Daroca, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia*, cit., p. 124. Por otro lado, y sorprendentemente, el art. 38.4 Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, no ha sido modificado y sigue exigiendo en los mismos términos este requisito de convivencia, sin eximirla cuando existan hijos en común.

[74] Hasta el punto de que su ausencia "no repercute en el derecho a pensión"; Menéndez Sebastián, P.: *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, cit., p. 143.

[75] Añadiendo que "la regulación legal en materia de pensiones de viudedad de las uniones matrimoniales y de las uniones no matrimoniales no tiene por qué ser necesariamente la misma. Pero una cosa es lo anterior y otra, bien distinta, que, una vez que se ha reconocido la pensión de viudedad para las parejas de hecho, se imponga a estas

El legislador podía haber aprovechado la ocasión para recoger tal excepción en el art. 221.2, párrafo 1º *in fine* LGSS, junto a la introducida por la Ley 21/2021 relativa a la existencia de hijos en común, exigiendo en ambos casos acreditar la constitución formal de la pareja de hecho, pero dicha norma únicamente incorporó un nuevo apartado 3 al art. 221 LGSS que contempla tal posibilidad -como luego se verá- en relación con las parejas de hecho ya extinguidas, olvidando así la violencia de género que se produce en las subsistentes[76].

4. Acreditación formal de la pareja de hecho mediante su inscripción en el registro o a través de la constitución en documento público

Junto a la convivencia estable y notoria durante cinco años, los arts. 174.3 LGSS/1994 y 221.2 LGSS imponían también acreditar la formal constitución de la pareja de hecho "mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja", debiendo una u otro "haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante"[77].

A pesar de la confusa redacción del art. 174.3 LGSS/1994 y del intenso debate judicial y doctrinal, es de sobra conocida la consolidada y muy reiterada doctrina del Tribunal Supremo --no exenta de votos particulares en contrario, pero compartida por el orden contencioso administrativo para el sistema de clases pasivas[78]- conforme a la cual aquellos constituyen dos requisitos diferentes y deben concurrir uno y otro de forma simultánea y no alternativa al momento del hecho causante para atribuir el derecho a la pensión de viudedad, lo que a buen seguro propició que aparecieran ya en párrafos separados en el posterior art. 221.2 LGSS.

La indicada dualidad no supone "una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y la formal -*ad solemnitatem*- de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de 'análoga relación de afectividad a la conyugal' con dos años de antelación al hecho causante". Por si duda hubiere, concluye el Tribunal Supremo que el derecho no se reconoce a todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio

últimas uniones, también cuando haya habido violencia de género, el cumplimiento de un requisito (el de mantener la convivencia incluso en tales circunstancias) que no se exige en los casos de separación o divorcio. Hay que descartar una interpretación que provoca tan inaceptables consecuencias y optar por entender que, en caso de que la convivencia haya tenido que cesar por la existencia de violencia de género y si se cumplen el resto de los requisitos, esa ausencia de convivencia no puede ser un obstáculo infranqueable para que la mujer víctima de esa violencia pueda acceder a la pensión de viudedad de parejas de hecho", STS 14 octubre 2020 (recurso nº 2753/2018), comentada en MORENO GENÉ, J.: "El derecho a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género no conviviente con el causante", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 29, 2021, pp. 143 y ss.

[76] Al respecto, Cervilla Garzón, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Albacete (Bomarzo), 2017, pp. 103-105.

[77] Dicho plazo fue excepcionado para hechos causantes ocurridos tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007 y antes del transcurso de dos años desde su entrada en vigor si concurrían el resto de requisitos, pues en tales casos su cumplimiento devenía imposible, SSTS 28 noviembre 2011 (recurso nº 286/2011) o 4 noviembre 2014 (recurso nº 2707/2013); es decir, dispensaba del cumplimiento del plazo, pero no de la propia formalización de la pareja de hecho, que debía haberse producido con diligencia adecuada, STS 22 diciembre 2011 (recurso nº 886/20119 o STS 24 mayo 2012 (recurso nº 1148/2011).

[78] El art. 38.4 Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado ha sido interpretado en idéntico sentido por SSTS, Cont.-admtivo., 28 mayo 2020 (recurso nº 6304/2017), 9 junio 2020 (recurso nº 289/2018), 24 marzo 2022 (recurso nº 3981/2020), si bien existe algún pronunciamiento aislado en contrario que alcanza una solución de justicia material atendiendo a las muy excepcionales circunstancias del caso concreto, como la STS, Cont.-admtivo., 7 abril 2021 (recurso nº 2479/2019).

de las que además estén "registradas" cuando menos dos años antes, acuñando el concepto de "parejas de derecho" y dejando patente la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión solo a estas últimas[79].

A su vez, el Tribunal Constitucional, reproduciendo literalmente el razonamiento anterior, entendió que el distinto tratamiento otorgado a la convivencia *more uxorio* acreditada y a la no acreditada -o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados en cada momento frente a la que carece de ellos- responde a las objetivas y razonables justificaciones desde el punto de vista constitucional de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones, coordinar internamente el sistema de Seguridad Social y evitar el fraude en el reconocimiento y reclamación de la pensión de viudedad, en tanto ese requisito formal, *ad solemnitatem,* "atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección" mediante las prestaciones de muerte y supervivencia[80].

Dicho requisito, considerado por tanto de forma individual, equivale al matrimonio exigido tradicionalmente para lucrar la pensión de viudedad y que precisa en parecidos términos de su constitución mediante acta o escritura pública inscrita en el Registro Civil para el pleno reconocimiento de sus efectos, cualquiera que haya sido la forma de su celebración, religiosa o civil y, en este caso, ante Juez de Paz, Alcalde, Concejal, Secretario Judicial, Notario o funcionario (arts. 51 y ss. CC); como cabe observar, la única diferencia de cara al reconocimiento de este beneficio de Seguridad Social radica en que la pareja de hecho debe haber sido formalizada con una antelación de al menos dos años, período de carencia que en general no existe para el matrimonio, salvo lo contemplado por el art. 219.2 LGSS.

En cualquier caso, y en tanto exigencia legal similar en ambos supuestos -hasta el punto de que en la actualidad cabe realizar uno y otro mediante escritura pública notarial, tras la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y en virtud de la DT 4ª Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria-, resulta razonable la necesidad de revestir de cierta solemnidad la constitución de la pareja de hecho para reservar solo a estas uniones regularizadas o "de derecho" la pensión de viudedad por razones de seguridad jurídica

[79] SSTS 20 julio 2010 (recurso nº 3715/2009), 17 noviembre 2010 (recurso nº 911/2010), 26 enero 2011 (recurso nº 1556/2010), 3 mayo 2011 (recurso nº 2897/2010), 15 junio 2011 (recurso nº 3447/2010), 4 octubre 2011 (recurso nº 4105/2010), 28 noviembre 2011 (recurso nº 644/2011), 21 febrero 2012 (recurso nº 973/2011), 24 mayo 2012 (recurso nº 1148/2011), 30 mayo 2012 (recurso nº 2862/2011), 27 junio 2012 (recurso nº 3742/2011), 9 octubre 2012 (recurso nº 3600/2011), 25 junio 2013 (recurso nº 2528/2012), 20 mayo 2014 (recurso nº 1738/2013), 22 septiembre 2014 (6) (recursos nº 2563/2010, 759/2012, 1098/2012, 175272012, 1958/2012 y 1980/2012), 9 febrero 2015 (recurso nº 2586/2014), 28 abril 2015 (recurso nº 2802/2014), 18 diciembre 2015 (recurso nº 2944/2014), 19 abril 2016 (recurso nº 2825/2014), 8 noviembre 2016 (recurso nº 3469/2014) o, en fin y sin ánimo exhaustivo, 7 diciembre 2016 (recurso nº 3765/2014); criterio unificado y consolidado objeto de extenso comentario en Díaz Aznarte, M.T.: "Parejas de hecho «acreditadas» y pensión de viudedad. El triunfo del formalismo frente a la justicia material", cit., pp. 167 y ss.

[80] SSTCo 40/2014, de 11 de marzo, 45 y 51/2014, de 7 de abril y 60/2014, de 3 de junio.

y presupuestarias[81], aun cuando ello supone realmente "establecer una especie de nuevo rito matrimonial"[82]."

Así, y a diferencia de cuanto ocurre respecto de la convivencia estable y notoria que -como consta- admite diversos medios de prueba, la acreditación y el reconocimiento oficial de la existencia de la pareja de hecho para el acceso a la prestación solo acepta de forma estricta y tasada la certificación de la inscripción en los registros autonómicos o municipales existentes a tal efecto o, alternativamente, documento público[83], lo que impide considerar como tal a los unidos por el rito gitano sin trámite oficial alguno[84].

En este sentido, cabe recordar que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del último párrafo del art. 174.3 LGSS/1994, que establecía que en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia estable y notoria, "la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica", pues tal remisión vulneraba el principio de igualdad al poder determinar que ante parejas de hecho en idéntica situación fáctica el derecho a la pensión de viudedad les fuera reconocido o denegado en función únicamente del lugar de residencia, singularmente porque algunos de esos territorios no admiten su constitución mediante documento público o contemplan otros medios de acreditación distintos a los dos indicados, todo lo cual resulta contrario a un régimen público de Seguridad Social único y unitario que para todos los ciudadanos demanda el art. 41 CE[85].

[81] "Considerando el beneficio en prestaciones que se puede obtener formalizando la pareja en los garantistas términos del art. 221 LGSS, no parece que tal exigencia legal sea desproporcionada. Y tampoco se trata de una exigencia muy onerosa, pues además del documento público (que implica un coste económico para los otorgantes) también es posible la inscripción gratuita en un registro autonómico o municipal", Cavas Martínez, F.: "Pensión de viudedad y acreditación de la existencia de pareja de hecho: ¿rigor probatorio causante de discriminación indirecta para las mujeres?", *Revista de Jurisprudencia laboral,* núm. 5, 2021, p. 8.

[82] De opinión contraria, citando la STSJ Madrid 28 abril 2014 (recurso nº 4341/2011) conforme a la cual "carece de justificación una interpretación que excluya ciertos instrumentos de exteriorización fáctica que constituye la pareja convivencial", Villar Cañada, I.M.: "Acreditación de la condición de pareja de hecho, pensión de viudedad y principio de igualdad", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13, 2017, pp. 198 y ss.; en similar sentido, afirmando que "la inscripción en el registro no debe comportar un acto de constitución de la pareja de hecho, sino que lo relevante en una pareja de hecho es la acreditación de una convivencia estable", Rodríguez Pastor, G.I.: "Pensión de viudedad de las parejas de hecho: la equiparación pendiente diez años después", cit., p. 119.

[83] Como igualmente reitera la citada doctrina unificada del Tribunal Supremo, en interpretación criticada por la doctrina, Gala Durán, C.: "Pensión de viudedad, crisis matrimonial y parejas de hecho", *Revista de Derecho Social*, núm. 63, 2013, p. 195.

[84] SSTS 25 enero 2018 (recurso nº 2401/2016) y 24 junio 2020 (recurso nº 716/2018), habiendo sido desestimado el recurso de amparo frente a la primera de ellas por STCo 1/2021, de 25 de enero, pues no resulta aplicable la doctrina contenida en la STEDH 8 diciembre 2009, *Asunto Muñoz Díaz*, la cual estimó el derecho a la pensión de viudedad no como pareja de hecho, pues no resultaba aplicable la Ley 40/2007 por ser posterior al hecho causante, sino como cónyuge supérstite de buena fe por actuaciones de las administraciones y documentos públicos que la reconocían como tal y generaron en ella esa expectativa; al respecto, Martín Hernández-Carrillo, M.: "Pensión de viudedad, matrimonio gitano y parejas de hecho", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021; Blázquez Agudo. E.M.: "La denegación del matrimonio por el rito gitano como elemento de acceso a la pensión de viudedad: ni como matrimonio, ni como pareja de hecho", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 422, 2018, pp. 158 y ss. o Poquet Catalá, R.: "Pensión de viudedad y matrimonio contraído por el rito gitano", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243, 2021, pp. 287 y ss. En similar sentido, respecto de matrimonio islámico, pero sin cumplir los requisitos contemplados en la Ley 26/1992, de 10 de diciembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comunidad islámica de España, y sin estar inscrito en el Registro Civil, STCo 194/2014, de 1 de diciembre.

[85] STCo 40/2014, de 11 de marzo. Sobre la cuestión, por extenso, Alarcón Castellano, M.M. y Roldán Martínez, A.: "Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho", cit., pp. 108 y ss.; Blasco Jover, C.: "La igualdad ante la exigencia de pensión compensatoria para lucrar viudedad en pareas de hecho", cit., pp. 201 y ss.; o Rodríguez Cardo, I.: "Pensión de viudedad, parejas de hecho y Comunidades Autónomas (a propósito de la remisión a la legislación autonómica en el art. 174.3 LGSS)", *Actualidad Laboral*, núm. 20, 2011.

Así pues, el primer instrumento válido viene dado por la inscripción debidamente certificada "en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia", admitiendo alternativamente los de superior o inferior ámbito geográfico en idénticas condiciones.

El recién citado pronunciamiento constitucional de 11 de marzo de 2014 no impide que dicha inscripción -cosa muy distinta a la forma de acreditar la existencia de pareja de hecho- sigua siendo variable en sus requisitos en cada comunidad, especialmente en la exigencia o no de un determinado período previo de convivencia y, en caso afirmativo, en una extensión que oscila de los seis meses a uno o dos años[86]. En cualquier caso, y sin perjuicio de la oportuna remisión a las respectivas normativas autonómicas, la igualdad queda garantizada en tanto la certificación de la inscripción emitida por el órgano regional competente tiene el mismo valor y eficacia en todas las comunidades[87].

Como segundo medio admitido para la acreditación formal de la pareja de hecho, el art. 221.2, párrafo 2º, LGSS admite el documento público, que en atención al art. 1216 CC puede ser cualquiera de "los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley"; desde luego, ninguna validez cabe otorgar a los de carácter privado, como un préstamo hipotecario conjunto[88], una cuenta bancaria común[89] o planes de pensiones o seguros cuyos beneficiarios sean ambos miembros de la pareja de hecho[90], que podrán tener su virtualidad a efectos de demostrar la convivencia material.

El art. 144 Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, define la "escritura pública" como aquel documento público que tiene "como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases", lo que sin duda describe la constitución de la pareja de hecho por sus integrantes. Por tal motivo, será instrumento eficaz cuando tenga por objeto, según el art. 221.2, párrafo 2º, LGSS, "la constitución de dicha pareja", pero no si documentan otro tipo de contrato o acto jurídico e incluyen una mera referencia a la existencia de esa unión afectiva entre los otorgantes -a modo de dato personal o estado civil-, como pueden ser las de constitución de una sociedad

[86] En concreto, no exigen tiempo alguno previo de convivencia: Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de Castilla-La Mancha; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía; Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco; Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana; Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Región de Murcia; o Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. En otros territorios exigen un determinado período de convivencia en el mismo domicilio, salvo que existan hijos en común, ya sea de seis meses (Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento), un año (Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de Islas Baleares; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; o Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de Cantabria) o dos años (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables del Principado de Asturias; Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja; Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia).

[87] De igual opinión, Menéndez Sebastián, P.: *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, cit., p. 120.

[88] STS 28 abril 2015 (recurso nº 2802/2014).

[89] STS 7 diciembre 2011 (recurso nº 867/2011).

[90] STS 17 diciembre 2015 (recurso nº 2882/2014).

de responsabilidad limitada laboral[91] o de una comunidad de bienes sobre una vivienda común[92], así como las disposiciones testamentarias en su favor[93].

Por su parte, las actas de manifestación o de referencia (art. 208 Decreto de 2 de junio de 1944) pueden también incluir la declaración de los intervinientes de constituirse como pareja de hecho, pues aun cuando en este tipo de documento el fedatario público se limita a reflejar lo referido por los propios interesados "es un elemento que puede servir de base a una actuación hermenéutica y que establece una presunción *iuris tantum* de la veracidad e intencionalidad de dichas manifestaciones y que desde luego obliga a los que las han hecho"[94]; y, asimismo, las actas de notoriedad (art. 209 Decreto de 2 de junio de 1944), resultan admisibles por dar fe de "la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica". En tanto no cabe atribuir la exclusividad a la escritura pública de constitución -por no estar así previsto expresamente-, unas y otras han sido admitidas como instrumento adecuado si gozan de ese carácter constitutivo y recogen y dan fe "con trascendencia pública y consiguientes efectos jurídicos entre ellos y frente a terceros que los convivientes quieren, o han querido, unirse por una relación de afectividad análoga a la conyugal"[95].

Junto a los anteriores, podrían tener encaje en la mención del art. 221.2, párrafo 2º, LGSS otros documentos públicos a los que alude el art. 317 LECiv. De un lado, al igual que un matrimonio civil puede ser celebrado en el Juzgado encargado del Registro Civil (art. 51 CC), la constitución como pareja de hecho entraría en el ámbito de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (pues según su art. 1 se trataría de "la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso") y daría lugar a una resolución judicial formalizándola como documento hábil a tal efecto, si bien tal procedimiento ni está expresamente contemplado -tampoco en las normativas autonómicas como vía de acceso a la inscripción en sus registros- ni es utilizado en la práctica. A lo sumo, la existencia de la pareja de hecho puede quedar declarada o constatada en otro tipo de procesos y resoluciones, como en materia de violencia de género o de guardia y custodia de hijos comunes, pero para el Tribunal Supremo no merecen el carácter constitutivo requerido a los efectos del presente requisito[96].

De otro, y en similares términos, resulta harto complicado precisar qué documentos públicos que hayan sido "expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones" pudieran alcanzar tal eficacia en estos casos por falta de atribución expresa de dicha competencia, conforme sí ocurre también para el matrimonio civil,

[91] STS 9 febrero 2015 (recurso nº 1352/2014).

[92] STS 13 marzo 2018 (recurso nº 1717/2017).

[93] Pues además son otorgadas unilateralmente, SSTS 9 octubre 2012 (recurso nº 3600/2011) o 26 noviembre 2012 (recurso nº 4072/2011).

[94] STS, Civil, 14 junio 2006 (recurso nº 3461/1999).

[95] STSJ Andalucía/Granada 29 marzo 2017 (recurso nº 2565/2016). Han sido aceptadas, incluso, aun cuando tuvieran junto a la de constituir la pareja de hecho una finalidad adicional y distinta; por ejemplo, la reagrupación familiar de un hijo de uno de los integrantes de la pareja de hecho, STSJ Madrid 22 mayo 2015 (recurso nº 207/2015), confirmada por STS 13 abril 2016 (recurso nº 2592/2015) al no apreciar contradicción respecto de un supuesto de escritura pública de constitución de sociedad limitada que simplemente menciona la existencia de pareja de hecho de los comparecientes, añadiendo que "la validez del acta notarial se viene admitiendo *obiter dicta* en la doctrina unificada por las numerosas sentencias de esta Sala sobre la materia".

[96] STS 12 diciembre 2017 (recurso nº 203/2017).

por lo que también han sido rechazados documentos como el libro de familia[97], el consabido certificado de empadronamiento o la declaración fiscal conjunta[98].

Cabe recordar que cualquiera que sea el documento público utilizado debe "haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante" (art. 221.2 LGSS), pues por mucho que constate una relación afectiva análoga a la conyugal durante un largo período previo solo podría acreditar el requisito de la convivencia estable y notoria, pero no la propia constitución de la pareja de hecho[99].

En definitiva, el art. 221.2 LGSS no contempla uno o varios documentos públicos específicos para esta finalidad[100], y esa ambigüedad o generalidad provoca una gran inseguridad jurídica y una alta litigiosidad. Por ello, y a partir de todo lo expuesto, si lo exigido ha de ser acreditar documentalmente la constitución de la pareja de hecho, como en el matrimonio, la solución más adecuada pasa por concretarlos en la escritura pública notarial, en tanto es el documento del fedatario público propiamente destinado a formalizar un negocio jurídico, o una resolución judicial dictada en un procedimiento de jurisdicción voluntaria que la ley debería introducir a estos efectos. En tales términos, el carácter *ad solemnitatem*, oficial y constitutivo tanto de la inscripción en el registro como del documento público[101], equivalente a la celebración del matrimonio, permitirían una equiparación total en este extremo para que el art. 221.2 LGSS no requiriera ese período de carencia de dos años.

5. La ya derogada dependencia económica

Desde el reconocimiento de la pensión de viudedad a la pareja de hecho por la Ley 40/2007, el art. 174.3 LGSS 1994 y el original art. 221 LGSS exigían que el fallecimiento provocara una situación de necesidad para el beneficiario por su dependencia económica del causante, la cual se determinaba mediante un complejo y controvertido cálculo en atención a los recursos económicos disponibles y a la existencia o no de hijos comunes[102].

En concreto, el límite máximo de ingresos brutos del superviviente quedaba situado en el 50 % o el 25 % de la suma de los propios y los del causante, en función de si tenían o no hijos en común y atendiendo para tales cálculos únicamente al año natural previo a la muerte[103], con

[97] STS 23 enero 2012 (recurso nº 1929/2011) o 23 febrero 2016 (recurso nº 3271/2014).

[98] STS 4 octubre 2011 (recurso nº 4105/2010).

[99] Por ejemplo, un acta de notoriedad otorgada tras el fallecimiento en el que se da fe de una convivencia de varias décadas, pues "ni ha transcurrido el plazo de dos años de antelación mínima ni dicho documento público puede ser por sí misma constitutivo de la relación de pareja de hecho", STS 9 mayo 2019 (recurso nº 2562/2017), confirmando la citada STSJ Andalucía/Granada 29 marzo 2017 (recurso nº 2565/2016).

[100] Vicente Palacio, M.A.: "Pensión de viudedad y el tipo de documento público válido para constituir la pareja de hecho", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2019.

[101] Por extenso, interpretando el tenor legal en este sentido, Menéndez Sebastián, P.: *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, cit., pp. 132 y ss.

[102] Lo cual resultaba cuestionable porque "la protección por viudedad tiene como objetivo la atención de la pareja, no de los hijos, puesto que para eso ya se regula la pensión de orfandad", de tal forma que "la regulación premia a quien ha tenido descendientes", Blázquez Agudo. E.M. y Presa García-López, R.: "Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial", cit., p. 182. Por extenso, sobre este requisito, Menéndez Sebastián, P.: *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, cit., pp. 149 y ss.

[103] O, lo que es lo mismo, al ejercicio fiscal, de 1 de enero a 31 de diciembre, SSTSJ Andalucía/Sevilla 20 febrero 2014 (recurso nº 1101/2013) o Cataluña 19 julio 2011 (recurso nº 962/2011).

independencia de eventuales variaciones anteriores o posteriores a mejor o a peor fortuna que pudieran influir en el reconocimiento del derecho o determinar su suspensión temporal[104].

No obstante, aun cuando su parte fuera superior al citado tope, si la misma resultaba a su vez inferior a 1,5 veces el importe del SMI vigente al momento del hecho causante -aumentando este último en un 50 % por cada hijo en común con derecho a orfandad y que conviviera con el sobreviviente-, también se reconocía la pensión aunque con escasa "coherencia normativa"[105], pues en este caso debía concurrir el requisito tanto en el momento del hecho causante como durante su percepción[106].

Y en fin, como regla de cierre aplicable en uno y otro supuesto, eran computados los rendimientos de trabajo y de capital, así como los de carácter patrimonial, de igual forma que a efectos del reconocimiento de los complementos para mínimos de las pensiones.

Como es evidente, el expuesto requisito suponía un nuevo ejemplo de trato diferente entre parejas de hecho y matrimonios y un "mecanismo corrector"[107] que introducía un carácter asistencial hasta entonces ajeno a la pensión de viudedad[108], si bien podía llegar a generar efectos adversos y mantener su naturaleza de mera renta de sustitución[109], motivos por los que fue duramente criticado por la doctrina[110].

A pesar de lo dicho, la exigencia de dependencia económica superó un doble juicio de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad. En primer lugar, entre uniones de hecho, pues aun cuando la concurrencia de esa situación de necesidad dependía de la existencia de hijos en común no perjudicaba ni discriminaba a las parejas homosexuales, sin posibilidad de hijos naturales y que a lo sumo tenían la opción de una compleja adopción, pues el Tribunal Constitucional consideró que la diferencia de trato respondía a la finalidad objetivamente justificada de otorgar mayor protección a situaciones en las que "se acrecienta el daño económico

[104] "No exige la permanencia del desequilibrio, pues cumplido el requisito en el momento del hecho causante, el conviviente supérstite mantendrá el derecho a la pensión con independencia de su situación económica posterior que puede mejorar sustancialmente", Poquet Catalá, R.: "El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. ¿Una realidad?", cit., pp. 182 y 183; pero, al tiempo, no está contemplada una revisión periódica, Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, cit., p. 62. En el mismo sentido, Díaz Aznarte, M.T.: "Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa", cit., pp. 126 y 127.

[105] Martínez Abascal, V.A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?", cit., p. 74.

[106] En este segundo supuesto, a diferencia del primero, superar ese nivel de rentas sí operaba como causa de suspensión de la pensión de viudedad, pues la extinción tampoco estaba expresamente contemplada ni por el art. 179 LGSS/1994, ni por el art. 223 LGSS, ni por el art. 11 Orden de 13 de febrero de 1967; al respecto, Alarcón Castellano, M.M. y Roldán Martínez, A.: "Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho", cit., 2009, p. 112 y Desdentado Daroca, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia*, cit., pp. 131 y 132.

[107] Díaz Aznarte, M.T.: "Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa", cit., p. 107.

[108] Toscani Giménez, D.: "La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas", cit., p. 73.

[109] Por ejemplo, y como consecuencia de realizar el cálculo en relación con los del causante, reconociendo la prestación a parejas y beneficiarios con elevados ingresos o denegándola en otros casos de bajos recursos, a pesar de que en el primer supuesto no existe realmente situación de necesidad y en el segundo sí, Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, cit., p. 57 o Poquet Catalá, R.: "El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. ¿Una realidad?", cit., pp. 182 y 183.

[110] Por todos, Molins Garcia-Atance, J.: "La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social", *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, núm. 6, 2008, pp. 95 y ss. o Martínez Abascal, V.A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?", pp. 59 y ss.

que para la familia resulta de la disminución de ingresos producida por el fallecimiento del causante, no compensada enteramente por las pensiones de orfandad de los hijos"[111].

En segundo término, y en comparación con los matrimonios, el máximo intérprete de la Carta Magna, recordando su tradicional doctrina de no equiparación entra ambos tipos de unión, también concluyó que "es perfectamente constitucional una regulación de la pensión de viudedad para parejas de hecho de las características de la introducida por la Ley 40/2007 que no replique enteramente el régimen jurídico de la pensión de viudedad previsto para los matrimonios"; que el legislador tiene un amplio margen de apreciación para regular y modificar las prestaciones con el objeto de adaptarlas a las circunstancias del momento, teniendo en cuenta el contexto general, la situación socioeconómica, la disponibilidad de los medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales; y, en fin, que nada impide "regular legítimamente la pensión de viudedad de las parejas de hecho condicionando su reconocimiento o su cuantía (o su compatibilidad con otras rentas del trabajo o pensiones del beneficiario) a la existencia de un estado real de necesidad del supérstite o de dependencia económica del causante, así como, en su caso, a la existencia de cargas familiares"[112].

Aun cuando alguna opinión doctrinal vaticinaba o defendía una futura exigencia de este requisito de dependencia económica también para los supuestos de vínculo matrimonial[113], lo cierto es que el la Recomendación 13ª del Informe de evaluación y reforma de 27 de octubre de 2020 de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo insistía en el mantenimiento del carácter contributivo de la pensión de viudedad, de tal forma que poco tiempo después fue totalmente eliminado por la Ley 21/2021[114], lo que confirma -aunque sea 13 años después- que ha terminado venciendo el deseo de equiparación con el matrimonio, para el cual nunca se ha exigido carencia de rentas, frente a la limitación del coste económico derivado del reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho[115].

III. Los efectos de la disolución de la pareja de hecho en la pensión de viudedad

La regulación jurídica de las parejas de hecho implica necesariamente prever también la forma y efectos de su posible extinción, y por ello las normas autonómicas en la materia establecen como causas de disolución, con sustanciales variaciones, el mutuo acuerdo, la separación de hecho por un determinado período de tiempo -en general, seis meses o un año- o la decisión unilateral, la muerte o declaración de fallecimiento o el matrimonio de uno de sus miembros; en coherencia, la legislación de Seguridad Social que les reconoció la pensión de viudedad una vez constituidas,

[111] ATCo 157/2017, de 12 de diciembre.

[112] ATCo 8/2019, de 12 de febrero, comentado en Casas Baamonde, M.E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica", *Revista de Jurisprudencia laboral,* núm. 1, 2019.

[113] Ballester Pastor, I.: "La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de uniones de hecho", *Tribuna Social*, núm. 209, 2008, p. 69; en similar sentido, abogando "por el mantenimiento de la pensión de viudedad dentro de la modalidad contributiva del sistema de Seguridad Social, pero dándole un perfil claramente asistencial, de modo que solo se otorgue esta pensión, cuya cuantía debería incrementarse considerablemente, a quienes efectivamente dependan económicamente del fallecido y solo en la medida en que lo continúen haciendo en el futuro", Vivero Serrano, J.B.: "La pensión de viudedad tras la Ley 27/2011 y el RD Ley 20/2011: un balance decepcionante", *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núms. 29-30, 2012, p. 261.

[114] Al igual que ya ha sido indicado en otros apartados, el art. 38.4 Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, no ha sido modificado y sigue exigiendo en los mismos términos este requisito de dependencia económica.

[115] A lo que en su momento se achacaba esa diferencia de trato, como deducían, por ejemplo, Poquet Catalá, R.: "El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. ¿Una realidad?", cit., pp. 182 y 183 o Martínez Abascal, V.A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?", p. 73.

debería igualmente haber contemplado las consecuencias legales derivadas de todos los supuestos enumerados, no solo las de uno de ellos -la muerte- como hecho causante del derecho.

En efecto, en "un imperdonable olvido del legislador"[116], la Ley 40/2007 no atribuía derecho alguno a la pareja de hecho histórica en proporción al tiempo de convivencia que hubieran mantenido en aquellos casos en los cuales, tras su extinción, fallecía uno de sus integrantes, con independencia de que uno y otro hubieran o no contraído nueva unión *more uxorio* formalizada o matrimonio, como sí hacía el art. 174.2 LGSS/1994 (y luego el art. 220 LGSS) en los supuestos de separación y divorcio en el enésimo ejemplo de desigualdad entre ambas instituciones, aun cuando "la situación de necesidad se puede dar igual"[117].

A tal fin, la Ley 21/2021 incorporó un apartado 3 en el actual art. 221 LGSS para otorgar la pensión de viudedad a la expareja superviviente cuando junto a los requisitos generales de alta y cotización concurran dos condiciones. En primer lugar, y de idéntica forma que exige el art. 220.1 LGSS para separados y divorciados, que el beneficiario no hubiera contraído matrimonio ni constituido una nueva pareja de hecho en los términos indicados por el art. 221.2 LGSS (art. 221.3, párrafo 1º, LGSS). Por el contrario, cabe advertir que pudo ser el causante fallecido quien hubiera contraído después de la ruptura un vínculo conyugal o una nueva unión *more uxorio* oficializada tras la cancelación en el registro de la inscripción de la anterior[118], en cuyo caso existe una concurrencia de beneficiarios no prevista por la norma -nuevo descuido a subsanar- y ante la cual será menester entender aplicable analógicamente la solución ofrecida por el art. 220 LGSS[119]. Por tanto, de resultar único titular del derecho percibirá el importe íntegro de la pensión que corresponda; de existir más, lo hará en cuantía proporcional al tiempo vivido con el fallecido, sin perjuicio de respetar el mínimo del 40 % en favor del último cónyuge o superviviente de aquél.

En segundo término, la persona supérstite debe ser acreedora de una pensión compensatoria que se extinga con motivo de la muerte del causante (art. 221.3, párrafo 2º, LGSS). En tanto la prevista por el art. 97 CC tiene como destinatario al cónyuge separado o divorciado y no resulta aplicable a la expareja de hecho[120], se admite para este caso la que haya quedado determinada judicialmente o mediante convenio o pacto regulador otorgado en documento público y siempre y cuando haya sido fijada teniendo en cuenta la concurrencia en el perceptor de las mismas circunstancias relacionadas en el citado art. 97 CC, cuales son, entre otros, los acuerdos a que hubieran llegado las partes, la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales de la expareja, la duración de su unión y de la convivencia, la pérdida eventual de un derecho de pensión o, en fin, el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro.

---

[116] Ron Latas, R.: "La protección social de la víctima de violencia de género", en VV.AA. (Mella Mémdez, L., Dir.): *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2012, p. 664.

[117] Desdentado Daroca, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia*, cit., p. 102.

[118] A pesar de las diferencias entre las normativas autonómicas sobre su disolución, todas exigen su cancelación, pues de lo contrario persistirá la inscripción y sus efectos, lo que a su vez imposibilitaría la constitución formal de una nueva pareja de hecho, Menéndez Sebastián, P.: *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, cit., p. 132.

[119] En similar sentido, Pérez Alonso, M.A.: *La pensión de viudedad en el régimen general de la Seguridad Social*, Valencia (Tiran lo Blanch), 2000, pp. 253 y 254 o Taléns Visconti, E.E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", cit., p. 179.

[120] SST, Civil, 15 enero 2018 (recurso nº 2305/2016).

En definitiva, requisitos de forma y fondo que unidos a la necesidad de su carácter periódico y vitalicio dificultan el acceso a la pensión de viudedad[121], aunque a buen seguro podría merecer una interpretación finalista y flexible como la que el Tribunal Supremo ha mantenido respecto de la equivalente del art. 220 LGSS[122]; de existir, si la pensión de viudedad que correspondiera fuera superior a la pensión compensatoria, "aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última" (art. 221.3, párrafo 3º, LGSS).

En fin, el párrafo 4º del art. 221.3 LGGS reproduce literalmente el 220.1.3º LGSS para establecer que excepcionalmente no será exigible la pensión compensatoria - tanto si nunca la tuvo reconocida como si, reconocida inicialmente, se hubiera extinguido antes del fallecimiento del causante[123]- para aquellas mujeres que acreditaran que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho mediante sentencia firme o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento o, en su defecto, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de su situación, rematando el precepto en una cláusula abierta que admite cualquier otro medio de prueba (art. 221.3, párrafo 4º, LGSS), en sentido similar a cuanto hace el art. 23 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, especialmente desde la reforma operada por el RD-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

En este sentido se han admitido, con cierta flexibilidad debido a la dificultad de la prueba cuando ha transcurrido un cierto tiempo entre la ruptura de la relación y el hecho causante, por ejemplo, la disposición de medidas de alejamiento, las certificaciones e informes psicológicos de entidades oficiales, la interposición de denuncia, la violencia sobre el hijo común o a través de persona interpuesta, la prueba testifical en el propio juicio en materia prestacional y la aportación de una sentencia de separación o divorcio donde se haya declarado probada esta condición, debiendo entender, además, que la absolución penal del agresor no excluye la posibilidad de acreditar en el proceso social la violencia por otros medios a los efectos del reconocimiento de la prestación de la Seguridad Social[124].

En buena lógica, y conforme ya se había advertido en los supuestos de separación y divorcio, la exigencia de pensión compensatoria a una víctima de violencia de género no atendía a la realidad de muchas mujeres que, lejos de hacerlo por su buena situación económica, renunciaban a la misma para facilitar la resolución de su principal problema, resultando así paradójica y doblemente perjudicada porque "al sufrimiento ocasionado por esta circunstancia se unía como efecto colateral el no poder disfrutar posteriormente de la correspondiente pensión de viudedad,

[121] Aun cuando existiera pensión compensatoria en caso de separación de unión extramatrimonial en base a un enriquecimiento injusto, en tales casos no sigue las reglas ni los criterios del art. 97 CC, siendo además normalmente una cantidad a tanto alzado, Taléns Visconti, E.E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", cit., p. 178.

[122] Por ejemplo, para considerar la validez de una contribución a las cargas del matrimonio y de alimentos, entendiendo que con independencia de su denominación satisface la misma finalidad que la pensión compensatoria, SSTS 29 y 30 enero 2014 (recurso nº 743/2013 y 991/2012), 17 febrero 2014 (recurso nº 1822/2013), 3 febrero 2015 (recurso nº 3197/2013) o 12 y 23 febrero 2016 (recursos nº 2397 y 2311/2014)

[123] STS 5 febrero 2013 (recurso nº 929/2012).

[124] Rodríguez Escanciano, S. y Gómez García, F.X.: "La influencia de la violencia de género para el acceso a la pensión de viudedad a la luz de los pronunciamientos judiciales", cit., p. 175.

pese a haber convivido años con el maltratador y encontrarse en una situación económica complicada"[125].

IV. La pareja de hecho y la pensión temporal de viudedad

La Ley 40/2007 modificó el art. 174.1 LGSS/1994, que pasó luego con la misma redacción al actual art. 219.2 LGSS, para limitar el acceso a la pensión vitalicia de viudedad en los excepcionales supuestos en los que el fallecimiento del causante derivara de una enfermedad común existente con anterioridad al vínculo conyugal, requiriendo como requisito adicional en tal caso que el mismo se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha de la muerte, estableciendo así una presunción de fraude por parte de los contrayentes de ese matrimonio de conveniencia ante la inminencia del óbito[126]. En caso contrario, y de cumplir los restantes requisitos generales de alta y cotización, el cónyuge superviviente lucraba solamente la nueva pensión temporal de viudedad introducida también por la Ley 40/2007 en el nuevo art. 174.bis LGSS, de idéntico tenor al posterior art. 222 LGSS, en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años.

No obstante, aquella exigencia se exceptuaba en dos casos en los cuales el derecho a la prestación quedaba sujeta de nuevo al régimen ordinario: de un lado, la existencia de hijos comunes, como prueba en contrario de una eventual mala fe y que acreditaba la ausencia de un mero interés económico; de otro, y con idéntica justificación, la acreditación de un período de convivencia previo al matrimonio que sumado a su propia duración superara los dos años -a computar desde que no existiera un eventual vínculo matrimonial anterior con otra persona ni impedimento para contraerlo[127]-, remisión que se hacía únicamente al requisito material de estabilidad y notoriedad -a demostrar por lo tanto a través del certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba-, sin exigir constitución formal de la pareja de hecho mediante documento público o certificado de inscripción de la misma[128].

Como cabe observar, y a pesar del reconocimiento que la propia Ley 40/2007 hizo de la pensión de viudedad ordinaria para las "parejas de derecho", la pensión temporal de viudedad se reservaba únicamente para el caso de matrimonio reciente, teniendo solo en cuenta a la pareja de hecho en sentido estricto para sumar su período de convivencia preexistente al del posterior vínculo conyugal.

Ese distinto trato ha sido en parte mitigado por la Ley 21/2021 al modificar el art. 222 LGSS, pero dejando aún pendiente la plena equiparación entre ambos tipos de uniones. El nuevo

[125] Moreno Gené, J.: "El acceso a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género en los supuestos de extinción de la pareja de hecho tras la Ley 21/2021", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 62, 2022, pp. 238 y 239.

[126] Díaz Aznarte, M.T.: "Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa", cit., pp. 124 y 125.

[127] En el supuesto enjuiciado, la pretendida beneficiaria obtuvo su divorcio de un matrimonio anterior el 11 noviembre 2009, contrajo nuevo matrimonio con el causante el 21 mayo 2010, quien falleció el 6 agosto de 2010, por lo que aun cuando hubiera existido convivencia previa acreditada solo podía tenerse en cuenta a partir de 11 noviembre 2009, sin alcanzar por lo tanto los dos años hasta la fecha de la muerte, STS 30 septiembre 2014 (recurso nº 2516/2013).

[128] Pues tal requisito "es propio de la pensión correspondiente a la pareja de hecho cuyo miembro supérstite pretende el derecho a la pensión, y cuya razón de ser [acreditamiento fehaciente del compromiso de convivencia] ya está cumplidamente atendido por el propio matrimonio posterior; porque el supuesto de que tratamos se encuadra en la vía matrimonial para el acceso a la prestación de viudedad", SSTS 20 julio 2010 (recurso nº 3715/2019), 17 noviembre 2010 (recurso nº 911/2010), 26 enero 2011 (recurso nº 2174/2010), 15 abril 2011 (recurso nº 2754/2010), 3 mayo 2011 (recurso nº 2897/2010), 21 junio 2011 (recurso nº 2781/2010), 21 noviembre 2011 (recurso nº 1226/2011) o 25 junio 2013 (recurso nº 2528/2012).

precepto, a pesar de una confusa redacción legal evidente, mantiene para el matrimonio, y en relación con el art. 219.2 LGSS, la regla general y sus dos excepciones; para la pareja de hecho, en cambio, tratando con mayor alcance de evitar su deliberada formalización para cumplir los requisitos de una futura pensión de viudedad ante un eventual fallecimiento e implantando una nueva y doble desigualdad[129], la implícita y lógica remisión al art. 222.1 y 2 LGSS obliga a colegir que cualquiera que sea la contingencia por la que se produce -no solo por enfermedad común- accederá a la prestación temporal cuando su inscripción en los registros autonómicos o municipales del lugar de residencia o su constitución en documento público haya tenido lugar con una antelación inferior a los dos años al hecho causante -límite superior al de un año previsto para el vínculo conyugal, pero que resulta coherente con la antelación requerida por el art. 221.2, párrafo 3º, *in fine*, LGSS-, y siempre y cuando además concurran el resto de los requisitos exigidos por el art. 219 LGSS.

Al remitir únicamente al art. 219 LGSS, que regula los requisitos generales de alta y cotización para la pensión de viudedad del cónyuge supérstite, pero omitiendo la mención al art. 221 LGGS, cabe preguntarse si junto a aquellos debe la pareja de hecho también reunir la específica exigencia material de convivencia estable y notoria durante cinco años contenida en su apartado 2. Una interpretación sistemática aboca a una respuesta afirmativa, pues si el mismo es exigido para la pensión vitalicia con mayor motivo lo ha de ser para su versión temporal, pues lo único que excepciona -como en el matrimonio- es la constitución formal de la unión con menor antelación que la exigida para la pensión; en tal caso, al menos operará su exención cuando existan hijos comunes, también incorporada al art. 221.2 LGSS por la Ley 21/2021.

Conforme al Criterio de Gestión INSS 14/2022, de 4 de abril, esta nueva regulación se aplica exclusivamente a los hechos causantes acaecidos tras la entrada en vigor de la Ley 21/2021, el 1 de enero de 2022, pues "a diferencia de lo que ocurre para la pensión -para la que la DA 40ª LGSS posibilita, con carácter excepcional, el acceso a la pensión de viudedad a los supervivientes de una pareja de hecho cuando el hecho causante tuvo lugar con anterioridad al 1 de enero de 2022 y se cumplen determinadas circunstancias-, no se introduce ninguna disposición adicional que permita reconocer la prestación temporal" a los acaecidos con anterioridad.

En fin, solo queda reclamar -de nuevo- un mayor acercamiento en el régimen de le pensión temporal de viudedad entre el matrimonio y la pareja de hecho -lo que podría tener lugar con muy variadas alternativas- o, mejor y en sintonía con las propuestas vertidas con ocasión de cada uno de los requisitos de la pensión vitalicia examinados en apartados precedentes, una total coincidencia que pasaría por introducir un nuevo apartado en el art. 221 LGSS similar al 219.2 LGSS, de tal forma que en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derive de enfermedad común, no sobrevenida tras la inscripción en el registro o la constitución en documento público de la pareja de hecho, se requiera que dicha inscripción o constitución se hubiera realizado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento -no cabe olvidar la propuesta eliminación de ese período de carencia-, salvo que existan hijos en común o salvo que en la fecha de inscripción o constitución se acredite un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el art. 221.2 LGSS, que sumado a la propia duración de la pareja de hecho formalizada supere los dos años; en su defecto, el art. 222 LGSS otorgaría la pensión temporal de viudedad en los mismos términos para matrimonios y parejas de hecho

[129] Denunciada por Martínez Abascal, V.A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?, cit., p. 82 o Rodríguez Pastor, G.I.: "Pensión de viudedad de las parejas de hecho: la equiparación pendiente diez años después", cit., p. 119.

V. A modo de conclusión: hacia la plena equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho legalmente constituida en el acceso a la pensión de viudedad

Conforme consta, aun cuando el Tribunal Constitucional advirtiera desde bien temprano que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no eran realidades equivalentes y que sus diferencias podían ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de acceder a las pensiones de supervivencia -criterio lógico en un momento en el cual la unión *more uxorio* "ni era una institución jurídicamente garantizada ni había un derecho constitucional expreso a su establecimiento"-, admitía sin ambages la alternativa contraria y la posibilidad de extender a las parejas de hecho los beneficios de la pensión de viudedad[130].

Precisamente, la constitución de la pareja de hecho es ya una realidad jurídica contemplada y regulada por todas las normativas autonómicas, y desde el punto de vista de la Seguridad Social, el legislador asumió hace tiempo aquella sugerencia -así como una evidente demanda social- para reconocer el derecho a la pensión de viudedad primero y, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo después, acercar el régimen jurídico aplicable a uno y otro tipo de uniones manteniendo su carácter contributivo. Sea como fuere, lo cierto es que el reconocimiento de la pensión de viudedad en estos casos ha supuesto la creación de una tercera vía entre el matrimonio y la pareja de hecho en sentido estricto más cercana a la primera que a la segunda desde un punto de vista formal.

En la actualidad, el debate queda situado en torno a la posible ampliación del ámbito subjetivo a través de una reformulación de los requisitos exigidos o de su flexible interpretación e, incluso, a la plena equiparación en los mismos para el vínculo conyugal y la unión de hecho[131]; en definitiva, a partir de una regulación legal en cierta medida confusa y generadora de una gran litigiosidad, cabe preguntarse si la fórmula adoptada para demostrar la existencia de la pareja de hecho es la adecuada[132], aunque la respuesta "plantea dos tipos de problemas: los relacionados con la seguridad jurídica (a la hora de acreditar esta situación) y los atinentes al reparto de los recursos públicos (sobre el tipo de relaciones personales a las que reconocer una pensión)"[133].

Como se ha expuesto a lo largo del presente estudio, la doctrina es mayoritaria en la exigencia de una cierta solemnidad a la pareja de hecho para el acceso a la pensión de viudedad, por lo que la plena equiparación entre el matrimonio y este "nuevo rito" -en tanto el mismo otorga la necesaria publicidad a la convivencia *more uxorio* ante el derecho[134]- sería perfectamente posible y recomendable para alcanzar un idéntico tratamiento entre ambas formas de unión[135]. De hecho,

[130] Entre otras, SSTCo 184/1990, de 15 de noviembre, 29, 30, 31, 35 o 38/1991, todas ellas de 14 de febrero, 77/1991, de 11 de abril, 39/1998, de 17 de febrero, 204/2003, de 16 de junio, o STCo 93/2013, de 23 de abril.

[131] En relación con la estricta pero clara doctrina unificada que considera necesaria la acreditación tanto de la convivencia material como de la constitución formal de la pareja de hecho para acceder a la pensión de viudedad, y en relación con el criterio discordante manifestado en STS, Cont.-admtivo., 7 abril 2021 (recurso nº 2479/2019), algún autor, reconociendo el "importante interrogante sobre la posibilidad de excepcionar el exigente concepto de pareja de hecho", concluye que "existe un importante movimiento social para que las cosas se interpreten de ese modo" más flexible, Sempere Navarro, A.V.: "Acreditación de la pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.

[132] Díaz Aznarte, M.T.: "Parejas de hecho «acreditadas» y pensión de viudedad. El triunfo del formalismo frente a la justicia material", cit., p. 169.

[133] Taléns Visconti, E.E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", cit., p. 172.

[134] Rodríguez Pastor, G.I.: "Pensión de viudedad de las parejas de hecho: la equiparación pendiente diez años después", cit., p. 117.

[135] En sentido contrario, pero admitiendo que incluso "lo que sobraría es el matrimonio", Rabanal Carbajo, P.F.: "La pensión de viudedad en la doctrina del Tribunal Constitucional", cit., p. 167.

la DA 3ª encomendaba al Ministerio competente "la realización de un análisis de la configuración de la pareja de hecho desde el punto de vista de la Seguridad Social a efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional".

A la postre, y como ha sugerido *obiter dicta* el Tribunal Supremo, resulta preferible esa estricta exigencia de un acto constitutivo de la pareja de hecho que una interpretación flexible de todos sus requisitos, afirmando que "constituirse o no oficialmente como pareja de hecho, con todas las consecuencias jurídicas que ello comporta, es una decisión que corresponde en exclusiva a la pareja conviviente"[136]. Lo contrario, desde luego, seguirá abocando a una gran litigiosidad derivada de la preceptiva acreditación de la efectiva existencia de una pareja de hecho, especialmente desde un punto de vista material a través de una convivencia estable y notoria durante un determinado período de tiempo.

Como conclusión, la plena equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho es necesaria para desterrar las múltiples diferencias de trato que, aun habiendo superado el filtro de constitucionalidad, subsisten todavía en la regulación de un mismo derecho para sus múltiples beneficiarios en función de la dos posibles vías de acceso, algo paradójico cuando precisamente se ha querido legitimar aquella disyuntiva como una libre opción personal que, sin embargo, acaba teniendo negativas consecuencias[137].

Así, y en primer lugar, procedería eliminar el requisito material de convivencia estable y notoria en los cinco años anteriores al hecho causante -con independencia de la existencia de hijos en común- y fortalecer la exigencia de la constitución formal y *ad solemnitatem* de la pareja de hecho como negoció jurídico bilateral, especificando también los documentos públicos hábiles para ello como pudieran ser la inscripción en el registro especifico autonómico o municipal o la escritura pública notarial. En segundo término, el riesgo de uniones de conveniencia habría de quedar sometido al régimen legal previsto para el matrimonio, sin perjuicio en su caso de exigir una antelación concreta y común en ambos supuestos -incluso ampliada a dos años[138]- que determine únicamente una pensión temporal cuando el fallecimiento obedece a una enfermedad común preexistente. Y, en fin, se debería reconocer en toda su extensión los derechos históricos de las parejas de hecho disueltas cuando haya mediado posterior unión del causante, adoptando las soluciones previstas para la concurrencia de beneficiarios en caso de divorcio.

---

[136] Aludiendo a que aquellas personas que no formalizan conscientemente su unión como pareja de derecho para no perder una pensión que ya disfrutan, "renunciando así también a generar en el futuro una posible nueva pensión de viudedad que, incluso, podría resultar de superior importe. Paradójicamente, una interpretación flexible y amplia de los analizados requisitos de la pareja de hecho tendría la perversa consecuencia de extinguir la pensión de viudedad en todos estos supuestos. De esta forma, la extensión del concepto pareja de hecho… tendría la perversa consecuencia -a efectos prestacionales- de que al ampliar el ámbito de aplicación de la pensión a quienes por dejación no han cumplido las exigencias legales, con tal extensión expulsaríamos del ámbito de tal pensión a innúmeros beneficiarios que precisamente no se inscribían para continuar siendo legítimos perceptores de ella, y que dejarían de serlo precisamente por mor de una interpretación que pretende ser ampliadora de la protección otorgada por la Seguridad Social. Así, el planteamiento llevaría a la lamentable consecuencia de perjudicar a un legítimo colectivo de beneficiarios, los perceptores de pensión de viudedad que conviven maritalmente y conscientemente descartan la inscripción en el Registro específico", STS 22 septiembre 2014 (recurso nº 2563/2010)

[137] "El doble tratamiento se podía haber canalizado con distintas prestaciones… Pero si se les ofrece la misma protección, esto es, la pensión de viudedad, el tratamiento debe ser el mismo, sin que puedan exigir distintos requisitos en el acceso a la misma", Pérez Alonso, M.A.: *La pensión de viudedad en el régimen general de la Seguridad Social*, cit., p. 251.

[138] Cabe recordar que el Acuerdo de 13 de julio de 2006 y el Proyecto de Ley 40/2007 establecía inicialmente una duración mínima de dos años, salvo la existencia de hijos comunes o la acreditación de un período de convivencia a la fecha del hecho causante que sumado al del matrimonio sumara cinco años, Vicente Palacio, M.A. *et alii*: *La reforma de la pensión de viudedad: cómo reformular la pensión de viudedad para que recuperes su carácter de renta sustitutiva del salario perdido con consecuencia del fallecimiento del causante*, pp. 77 y ss. y 130 y ss.

VI. Bibliografía

Alarcón Castellano, M.M. y Roldán Martínez, A.: "Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF),* núm. 319, 2009.

Álvarez Cortés, J.C.: "Un acercamiento de la regulación de las prestaciones por viudedad de las parejas de hecho a la protección dispensada por tales prestaciones a las parejas que han contraído matrimonio", *Trabajo, Derecho, Persona, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2022.

Álvarez Cuesta, H.: "Uniones de hecho y su incidencia en la Seguridad Social", *Actualidad Laboral*, núm. 19, 2009.

Ballester Pastor, I.: "La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de uniones de hecho", *Tribuna Social*, núm. 209, 2008.

Blanco Pérez Rubio, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid (Trivium), 1982.

Blasco Jover, C.: "La igualdad ante la exigencia de pensión compensatoria para lucrar viudedad en pareas de hecho", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014.

Blázquez Agudo, E.M.: "La denegación del matrimonio por el rito gitano como elemento de acceso a la pensión de viudedad: ni como matrimonio, ni como pareja de hecho", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 422, 2018.

Blázquez Agudo, E.M. y Presa García-López, R.: "Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014.

Cabeza Pereiro, J.: "Viudedad para las parejas de hecho por muertes anteriores a 2008: ¿importa la orientación sexual?", *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 2, 2013.

Casas Baamonde, M.E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica", *Revista de Jurisprudencia laboral,* núm. 1, 2019.

Cavas Martínez, F.: "Ajustes constitucionales recientes a la regulación sobre acceso de la pareja de hecho a la pensión de viudedad contenida en la Ley 40/2007", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2014.

Cavas Martínez, F.: "Pensión de viudedad y acreditación de la existencia de pareja de hecho: ¿rigor probatorio causante de discriminación indirecta para las mujeres?", *Revista de Jurisprudencia laboral,* núm. 5, 2021.

Cervilla Garzón, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Albacete (Bomarzo), 2017.

Cruz Villalón, J.: "La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada (Comares), 2008.

De Castro Mejuto, L.F.: "A propósito de la pensión de viudedad de las parejas de hecho", *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, núm. 12, 2008.

De La Flor Fernández, M.L.: *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 2002.

Desdentado Daroca, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia*, Albacete (Bomarzo), 2009.

Desdentado Daroca, E.: "Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017.

Díaz Aznarte, M.T.: "Parejas de hecho «acreditadas» y pensión de viudedad. El triunfo del formalismo frente a la justicia material", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. Extra 1, 2016.

Díaz Aznarte, M.T.: "Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 4, 2022.

Díaz Mordillo, M.A.: "La pareja de hecho en la acción protectora del artículo 42 de la LGSS", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 53, 2019.

Espejo Megías, P.: "La pensión de viudedad en la actualidad: especial atención a las parejas de hecho y a las mujeres víctimas de violencia de género", en VV.AA. (Gómez Salado, M.A., Dir.): *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Murcia (Laborum), 2019.

Fernández Collados, M.B.: "El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, núm. 3, 2015.

Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011.

Gala Durán, C.: "Pensión de viudedad, crisis matrimonial y parejas de hecho", *Revista de Derecho Social*, núm. 63, 2013.

García Ortega, J.: "Pensión de viudedad: Improcedencia en caso superviviente de unión de hecho homosexual extinguida antes de la entrada en vigor de la ley 13/2005. (Situación no comparable a la de las parejas de hecho heterosexuales contemplada en la DA 10.2 de la Ley 30/1981)", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 10, 2016.

Gutiérrez-Solar Calvo, B.: "Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial; un motivo más para una necesaria reforma del art. 174 LGSS", *Relaciones Laborales*, T. 1, 2005.

Kahale Carrillo, D.T.: "La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187, 2016.

León Iglesias, J.: "Luces y sombras en relación al futuro de las prestaciones. A propósito de la Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones", *Iuslabor*, núm. 1/2022.

López Terrada, E.: *Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el régimen general de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008.

López Terrada, E.: "La validez de la inscripción de parejas de hecho vigente un vínculo matrimonial previo a efectos de la pensión de viudedad", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, 2017.

Martín Hernández-Carrillo, M.: "Pensión de viudedad, matrimonio gitano y parejas de hecho", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021.

Martínez Abascal, V.A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2010.

Martínez Barroso, M.R. y Barreiro González, G.: "La pensión de viudedad a debate", *Actualidad Laboral*, núm. 20, 2006.

Martínez Girón, J.: "Nuevas formas de familia y Derecho de Trabajo y Seguridad Social", en VV.AA. (Borrajo Dacruz, E., Coord): *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2004.

Mella Méndez, L.: "El concepto de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2012.

Menéndez Sebastián, P.: *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, Cizur Menor (Aranzadi-Thomson Reuters), 2020.

Molins Garcia-Atance, J.: "La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social", *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, núm. 6, 2008.

Moreno Gené, J.: "Pensión especial de viudedad para parejas de hecho sin hijos comunes", *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 2, 2013.

Moreno Gené, J.: "El derecho a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género no conviviente con el causante", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 29, 2021.

Moreno Gené, J.: "El acceso a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género en los supuestos de extinción de la pareja de hecho tras la Ley 21/2021", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 62, 2022.

Panizo Robles, J.A.: "La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura pendiente", *Justicia Laboral*, núm. 24, 2005.

Panizo Robles, J.A.: "De nuevo el Tribunal Supremo nos sorprende: la convivencia matrimonial se asimila a una pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *CEF Laboral Social*, junio 2014.

Pérez Alonso, M.A.: *La pensión de viudedad en el régimen general de la Seguridad Social*, Valencia (Tiran lo Blanch), 2000.

Pérez Alonso, M.A.: *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS. (Especial referencia a la Ley 40/2007)*, Valencia (Tiran lo Blanch), 2008.

Poquet Catalá, R.: "El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. ¿Una realidad?", *Temas Laborales*, núm. 119, 2013.

Poquet Catalá, R.: "Pensión de viudedad y matrimonio contraído por el rito gitano", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243, 2021.

Rabanal Carbajo, P.F.: "La pensión de viudedad en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017.

Rodríguez Cardo, I.A.: "Pensión de viudedad, parejas de hecho y Comunidades Autónomas (a propósito de la remisión a la legislación autonómica en el art. 174.3 LGSS)", *Actualidad Laboral*, núm. 20, 2011.

Rodríguez Cardo, I.A.: "Pensión de viudedad del ex cónyuge como único beneficiario y del supérstite en supuestos de concurrencia", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017.

Rodríguez Escanciano, S. y Gómez García, F.X.: "La influencia de la violencia de género para el acceso a la pensión de viudedad a la luz de los pronunciamientos judiciales", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16, 2018.

Rodríguez Iniesta, G.: "Acceso a la pensión de viudedad de parejas de hecho que anteriormente habían sido matrimonio y que tras el divorcio reanudan la convivencia. La convivencia matrimonial y la de hecho no son acumulables A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio de 2015", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extra 1, 2016.

Rodríguez Pastor, G.I.: "Pensión de viudedad de las parejas de hecho: la equiparación pendiente diez años después", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47, 2017.

Ron Latas, R.: "La protección social de la víctima de violencia de género", en VV.AA. (Mella Mémdez, L., Dir.): *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2012.

Ruano Albertos, S.: "La especial conflictividad que ha venido presentando el reconocimiento de la pensión de viudedad a quine convivió como pareja de hecho con persona del mismo sexo, cuando el fallecimiento se produce con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 147, 2010.

San Martin Mazzuconi, C.: "Parejas de hecho y acceso a la pensión de viudedad: elementos de un modelo que convendría generalizar", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017.

Sempere Navarro, A.V.: "Acreditación de la pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.

Taléns Visconti, E.E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 468, 2022.

Toscani Giménez, D.: "La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 302, 2008.

Vicente Palacio, M.A.: "Pensión de viudedad y el tipo de documento público válido para constituir la pareja de hecho", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2019.

Vicente Palacio, M.A. *et alii*: *La reforma de la pensión de viudedad: cómo reformular la pensión de viudedad para que recuperes su carácter de renta sustitutiva del salario perdido con consecuencia del fallecimiento del causante*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, FIPROS 2006.

Vila Tierno, F.: "Pensión de viudedad: divorcio y convivencia como pareja de hecho", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 9, 2015.

Villar Cañada, I.M.: "Acreditación de la condición de pareja de hecho, pensión de viudedad y principio de igualdad", *Laborum. Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13, 2017.

Vivero Serrano, J.B.: "La pensión de viudedad tras la Ley 27/2011 y el RD Ley 20/2011: un balance decepcionante", *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núms. 29-30, 2012.

Mujeres y pensiones: la "brecha de género" de las pensiones contributivas

Inmaculada Ballester Pastor
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Jaume I de Castellón

I. La brecha de género en las pensiones, en España y en la Unión Europea: panorámica inicial

1. Definición y cuantificación de la brecha de género en las pensiones

La brecha de género en las pensiones podría definirse como la desigualdad existente entre la retribución media, antes de impuestos, percibida por las mujeres y por los hombres, en concepto de pensiones. En ella -teóricamente- incidirían dos elementos: el primero de ellos, el directamente relacionado con la vida activa de las mujeres desarrollada previamente en el mercado laboral, y el segundo de ellos, el procedente de la configuración del sistema público de pensiones. Esto no significa -obviamente- que nuestro Sistema de Seguridad Social disponga de reglas específicas que estén dirigidas a perjudicar la percepción y/o a reducir las pensiones de ellas, pero lo cierto es que la magnitud de la brecha se observa en todos los países europeos -y en todo el mundo- y los sistemas de pensiones pueden reforzar o debilitar las diferencias existentes[1].

Esta brecha es perceptible tras la lectura de las cifras desagregadas por sexos de los titulares de todas las pensiones, aunque repercute directamente en aquéllas que son de titularidad directa, es decir, las causadas por ellas. Por ejemplo, es visible al comparar las cuantías de las pensiones

[1] Alaminos, E.: "La brecha de género en las pensiones contributivas de la población mayor española", *Panorama Social*, nº 27, 2018, p. 133.

de jubilación de los hombres respecto de las pensiones de jubilación de las mujeres[2]. Pero que las pensiones tengan diferente cuantía es sólo la punta del iceberg pues las desigualdades sufridas por las mujeres durante sus trayectorias laborales las dejan también sin pensiones contributivas o sin desempleo o incapacidad temporal durante su vida activa.

La brecha de género en las pensiones, en fin, tiende a agravar más la situación de vulnerabilidad económica de las mujeres, pues las deja más expuestas, dado que ellas suelen cobran -por sí mismas, si alcanzan a ello- pensiones y/o prestaciones contributivas de inferior cuantía o pensiones o prestaciones no contributivas, y son beneficiarias -también mayoritariamente- de la pensión de viudedad, que es una pensión que se percibe por las cotizaciones generadas por otro sujeto causante -que suele ser el varón-. Ello repercute e impide su independencia económica, siendo éste un factor esencial para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres. Dice, así, el Informe Mundial de la OIT sobre la protección social 2020-2022: *La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor*, que garantizar la seguridad de los ingresos de las mujeres en la vejez sigue siendo un reto en muchos países, dadas las persistentes brechas de género en los mercados de trabajo y las desigualdades y disparidades sociales más amplias, incluida la división por género de las responsabilidades familiares no remuneradas[3].

En España, la brecha pensional -aunque varía según el Informe al que se acuda[4]- alcanzaría (con datos de 2019) al 31 %[5], sin contar los efectos de la pandemia que aquí no aparecen. En la UE, esta brecha pensional se mueve en cifras similares: el porcentaje sería del 30,1 % (datos de Eurostat de 2018)[6] o del 29,5 % (datos de 2019)[7]. La brecha de género en las pensiones supone, en esencia, una proyección -demorada en el caso de la jubilación- de los perjuicios que las mujeres han venido sufriendo -y algunas siguen sufriendo- en sus carreras laborales y surge como consecuencia de las múltiples -y enormes- desventajas que presentan ellas para trabajar, cotizar y generar por ellas mismas (o no) pensiones adecuadas y suficientes[8].

---

[2] El año 2020 el importe medio de la pensión de jubilación de las mujeres en nuestro país fue de 884,64 euros mientras que la de los hombres fue de 1338,56 euros. Fuente: Anuario de estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social. La tabla está actualizada a fecha de 12 de agosto de 2021. Disponible en: www.mites.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm. Fecha de última consulta 23 de julio de 2022.

[3] Todos esos factores contribuyen a la menor participación de las mujeres en la fuerza de trabajo, su mayor representación en formas de empleo vulnerables (también como trabajadoras familiares auxiliares), la persistencia de las diferencias salariales entre hombres y mujeres y los menores ingresos a lo largo de la vida. Por esas razones, en muchos países las mujeres tienen menos probabilidades que los hombres de cotizar a un régimen de pensiones, así como menos probabilidades de percibir una pensión. A nivel mundial, el 38,7 por ciento de los hombres en edad de trabajar gozan de la protección de un régimen de pensiones, pero ese porcentaje es de solo el 26,3 por ciento en el caso de las mujeres.

[4] Según el Banco de España, en 2019 ronda el 25 % y este porcentaje se ha venido reduciendo significativamente desde 2005, cuando era del 40 %. Si, en cambio, solamente nos fijamos en la pensión de jubilación la caída ha sido más pronunciada pues en 2005 alcanzaba el 53 % y en 2019 se ha reducido hasta el 22 %. Estos datos se extraen del Documento Ocasional nº 2106 del Banco de España, con fecha de 2021: *El sistema de pensiones en España: una actualización tras el impacto de la pandemia. Contribución del Banco de España a los trabajos de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo.* 2 de septiembre de 2020, página 36.

[5] Según consta en el Informe del CES, Consejo Económico y Social, que lleva por título *Mujeres, Trabajos y cuidados: propuestas y perspectivas de futuro*, publicado en mayo de 2022.

[6] Vid, la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 2017, *Sobre la necesidad de una Estrategia para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones,* página 11.

[7] Este dato aparece en el *Informe sobre la adecuación de las pensiones de 2021* del Comité de Protección social y la Comisión europea, de 4 de junio de 2021, 9145/21.

[8] A este respecto, una de las principales conclusiones del *Informe sobre la adecuación de las pensiones del Consejo de la Unión europea*, de fecha de 4 de junio de 2021 es que el riesgo de pobreza en la vejez entre las mujeres aumenta a partir de los 75 años, ya que las mujeres tienen una esperanza de vida más larga y a menudo están sin pareja. Las pensiones de supervivencia -de titularidad derivada- contribuyen a redistribuir los ingresos entre las mujeres de edad avanzada -es lo que ocurre actualmente con la pensión de viudedad en nuestro país-, pero no son suficientes para compensar

2. Las desventajas y desigualdades laborales de las mujeres

Según se analiza en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la igualdad de género 2020-2025*[9], los estereotipos de género son una de las causas profundas de la desigualdad entre hombres y mujeres y afectan a todos los ámbitos de la sociedad[10]. En el Informe del CES *Mujeres, Trabajos y cuidados: propuestas y perspectivas de futuro*, de 2022[11] se pone de manifiesto también que la pandemia de COVID-19 ha acentuado los roles de género, lo que ha supuesto que se ponga en riesgo los avances conseguidos en igualdad en estos últimos años, dado que esta crisis ha provocado una reorientación de la vida social hacia el ámbito privado y ha generado una mayor carga de trabajo no remunerado por parte de las mujeres[12]. El impacto de la pandemia también ha incidido en un incremento del trabajo a tiempo parcial involuntario y en el aumento de la inactividad de ellas[13].

Y el tiempo dedicado a cuidados en España es excesivo en el caso de ellas. Basta acudir para comprobarlo a lo que señala el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE) en su Informe: el *Gender Equality Indez 2021. Health.* España saca aquí una buena puntuación en igualdad pues ocupa el 6º puesto dentro de la UE, obteniendo un total de 73,3 puntos sobre 100[14] pero en el apartado relativo al tiempo dedicado al cuidado, nuestro país tiene una puntuación mucho menor (de 64 puntos); lo malo no es la puntuación obtenida sino el hecho de que ésta sea menor a la de 2012 (que era 65 puntos). En términos generales, se puede leer en este Informe, es posible que se esté avanzando en términos de igualdad pero se tiene la sensación de que los avances son lentos y de seguir con este ritmo de progreso, con un avance de aproximadamente 1 punto cada dos años, harían falta casi tres generaciones para alcanzar la igualdad de género en la Unión Europea.

---

las desigualdades durante la vida laboral. Según el Informe Mundial sobre la protección social 2020-2022 de la OIT: *La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor*, las principales causas de las desventajas a las que se enfrentan las mujeres con hijos son la distribución desigual del trabajo de cuidados no remunerado en el seno de las familias y la falta de servicios de cuidados asequibles y de buena calidad (cuidado de niños, cuidados de larga duración y apoyo para las personas con discapacidad) así como las actitudes discriminatorias y las expectativas en relación con los roles de género. Otros factores que afectan en este sentido son las interrupciones de la carrera profesional por licencias de maternidad y por cuidados, remuneradas y no remuneradas, la reducción de las horas de trabajo, la ausencia de soluciones de trabajo flexible, la falta de prestaciones de enfermedad para los hijos enfermos, las culturas corporativas masculinas y las correspondientes decisiones de contratación y promoción con sesgo de género en las empresas.

[9] Bruselas 5 de marzo de 2020. COM (2020) 152, final.

[10] Las expectativas estereotipadas basadas en normas fijas para mujeres y hombres, niñas y niños limitan sus aspiraciones, sus elecciones y su libertad, por lo que debe acabarse con ellas La plasmación de la persistencia de estos estereotipos queda clara con estos dos datos: el 44 % de los europeos considera que el cometido más importante de una mujer es cuidar su hogar y su familia y el 43 % de los europeos cree que el cometido más importante de un hombre es ganar dinero.

[11] Colección Informes número 01/2022, disponible en www.ces.es, fecha de consulta 24 de julio de 2022.

[12] Tras el inicio de la pandemia se mantienen las acusadas brechas de género que sobrecargan a las mujeres, que realizan el 67 % de todo el trabajo no remunerado realizado en España, lo que desequilibra también el reparto del trabajo total (a finales de 2020 las mujeres españolas dedicarían 78 horas semanales frente a 62 de los hombres).

[13] Así como en la aparición de riesgos que pueden tener un impacto de género, los riesgos estrictamente laborales y los que atañen a la intersección entre vida personal y vida laboral, con la intensificación de la doble o la triple jornada, algo que se ha hecho especialmente preocupante con la intensificación del teletrabajo. Vid, la página 45 y 46 del Informe del CES *Mujeres, Trabajos y cuidados: propuestas y perspectivas de futuro. Op. Cit.*

[14] En este índice se tiene en cuenta la participación laboral de las mujeres, la segregación ocupacional y la calidad del trabajo, los recursos financieros y la situación económica de las mujeres, el nivel educativo y la segregación existente en los estudios y, entre otros aspectos, el tiempo dedicado a las actividades relacionadas con los cuidados.

Aparte de los factores demográficos, que incidirán más en las pensiones futuras, la trayectoria laboral es el germen de la actual brecha de género en las pensiones, aunque estos datos están mejorando. La menor participación de la mujer en el mercado de trabajo sería la primera causa de las diferencias de ingresos entre sexos. Ellas siempre han estado trabajando, pero no todas han recibido una remuneración dada su habitual dedicación a las tareas de cuidado. No obstante, estas cifras han cambiado positivamente[15], y lo mismo ocurre con la tasa de actividad, pues la femenina ha sido ascendente y la masculina descendente[16]; pero los hombres todavía acreditan un mayor número de años de trabajo en total[17]. En la UE el fenómeno se ha desarrollado de forma similar[18] ya que nunca la tasa de empleo femenino había sido tan elevada, aunque todavía son muchas las mujeres que deben enfrentarse a grandes obstáculos, tanto para estar en el mercado laboral como para permanecer en él[19].

En lo referido a la segregación laboral, señala el Informe del CES de 2022, que la pertenencia a uno u otro sexo no solo contribuye a configurar sus intereses sino que también tiene un impacto en las propias habilidades de ellas, así como en la autopercepción de éstas[20] y, a este respecto, el *2022. Report Gender Equality in the EU* nos proporciona datos más actuales, que tampoco son buenos[21]. Respecto a la desigualdad salarial, se puede leer en la Comunicación de la Comisión: *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la igualdad de género 2020-2025* que es necesario abordar la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres, ya que aunque el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor está consagrado en los Tratados desde 1957 y se ha plasmado en el Derecho de la Unión, éste garantiza la existencia de vías de recurso en caso de discriminación, pero las mujeres siguen ganando menos que los hombres por término medio. En el *2022. Report Gender Equality in the EU*[22] aparecen los últimos

[15] En nuestro país, en 2015, la tasa de ocupación era de un 45,5 % para las mujeres y de un 54,5 % para los hombres, lo que acerca mucho la situación entre ambos sexos. *Vid.* López Martínez, M., Marín López, B.: "La brecha de género en las pensiones en España y en la Unión europea", en *Papeles de población*, volumen 25, nº 102, octubre/diciembre 2019, publicación en noviembre de 2020, p. 4.

[16] lo que ha significado que la diferencia entre ambas sea, en 2015, sólo, de 11,5 puntos porcentuales, cuando en 1977 esta diferencia era de 48,9 puntos *Vid.* López Martínez, Marín López, op, cit, p. 5.

[17] La duración de la vida laboral se ha ido incrementando en beneficio de las mujeres, pues en 2003 la extensión completa vida laboral de las féminas era de 25,7 años mientras que en 2015 era de 32,5 años; por el contrario, la duración de la vida laboral ha permanecido invariable para los varones -con una media en 2015, que es la misma desde 2003, de 37,5 años-. *Vid.* López Martínez, Marín López, op. Cit, p. 7. Los datos qua aquí aparecen comparan los datos del año 2015 con anualidades previas y ofrecen datos de España y de la media de países de la Unión europea.

[18] *Vid.* la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 2017, *Sobre la necesidad de una Estrategia para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones, p. 8.*

[19] Así, la diferencia (en 2020) de la tasa de empleo de mujeres y hombres en la UE alcanzaba al 11,6 % y el empleo femenino ha ido aumentando de forma constante, supone un 66,2 % en 2020 frente al 60,6 % que era el porcentaje existente de 2010, aunque ha disminuido a partir de 2019 en 0,9 puntos porcentuales debido a la COVID-19. *Vid.* 2022. *Report Gender Equality in the EU* , con datos de 2020.

[20] Alude el CES a un reciente estudio en el que se muestra que la falta de confianza y el mayor estrés puede estar detrás de los peores rendimientos de las chicas en pues el tiempo dedicado a la preparación de la prueba y el esfuerzo realizado son superiores: de esta forma se confirma la amenaza del estereotipo que hace alusión al miedo y la ansiedad que se desencadena en las niñas y en las mujeres, por el temor de que sus propias acciones terminen confirmando los estereotipos negativos existentes respecto a su escasa competencia matemática o tecnológica. *Vid.* Informe CES, p. 87.

[21] Las mujeres representan la mayoría del empleo en los sectores de la educación, de la salud humana y el trabajo social (más del 70 %) y también de los grupos profesionales de los servicios, las ventas y los trabajadores de apoyo administrativo (más del 60 %); en cambio, las mujeres siguen estando muy poco representadas en determinados puestos de trabajo, pues ellas son sólo el 24,9 % de los profesionales autónomos en profesiones técnicas, como la ciencia y la ingeniería o las TIC, y la brecha es especialmente importante en el ámbito de las TIC.

[22] Páginas 126 y 127.

datos de esta brecha salarial y se destaca que, aunque en los últimos años se ha avanzado bastante en la reducción de la brecha salarial de género, estos avances son lentos[23].

En esencia, las mujeres trabajan más a tiempo parcial que los hombres, perciben una menor retribución salarial y cuentan con carreras laborales más cortas debido a interrupciones por cuidado de hijos o familiares. La combinación de estos tres factores crea un "efecto bola de nieve"[24].

3. Los obstáculos del sistema de protección social contributivo

En un modelo de pensiones como el español, de reparto, las y los cotizantes contribuyen a pagar las pensiones de ese mismo período, generándose pensiones de prestación definida, lo que implica que la pensión de jubilación -muy sintéticamente- depende de que aparezca más o menos tiempo trabajado -necesario para acreditar el período de carencia exigible-, que la cotización se realice sin lapsos temporales -para evitar lagunas de cotización y que se permanezca de alta en la actividad-. La cuantía del salario percibido incide, claro está también, en algo tan relevante como el monto de la base reguladora y su nivel afecta a que se puedan generar pensiones adecuadas y suficientes en el nivel contributivo[25]. Nos encontramos con un contrato intergeneracional implícito, lo que unido a un invierno demográfico hace saltar las alarmas en un sistema de seguridad social que no cuenta con sesgos específicos a la hora de calcular las pensiones de hombres y mujeres, pero en el que, lo que ocurre es que las inequidades padecidas durante la vida laboral entre hombres y mujeres pueden provocar un efecto negativo[26].

De la misma manera, debido a que las mujeres acreditan carreras más cortas y/o interrumpidas, ellas tienen más dificultad para acceder a las prestaciones contributivas, y no sólo a las jubilación, sino a otras prestaciones contributivas, como por ejemplo, las prestaciones por desempleo o las de incapacidad permanente. Una diferencia fundamental entre los hombres y las mujeres sigue siendo (según se concluye en un estudio del año 2015) la presencia de éstas en el empleo, aunque esta disparidad es más patente en las generaciones de más de 45 años[27]. Además, al dedicar las

[23] Así, en 2018 la brecha salarial en la UE era de un 14,4 %; en 2019 de un 13,7 % y en 2020 de un 13 %; no obstante, esta tendencia corre el riesgo de invertirse como consecuencia de la pandemia, dado que el impacto de la crisis del COVID-19 en las pérdidas de ingresos ha sido mayor para las mujeres que para los hombres debido a una mayor prevalencia de las mujeres en los sectores afectados. Por lo demás -señala el mentado estudio- las mujeres representan aproximadamente el 60 % de los trabajadores con salario mínimo de la UE por lo que las políticas sobre el salario mínimo tienen un gran potencial para apoyar a la igualdad de género ayudando a cerrar la brecha salarial de género. Incluso se llega a decir que si los estados miembros aumentaran sus salarios mínimos legales hasta el 50 % del salario medio, la diferencia salarial entre hombres y mujeres se reduciría un 5 % en la UE-27 por término medio, lo que tendría un efecto positivo indirecto en la brecha de las pensiones.

[24] Alaminos, E.: "La brecha de género en las pensiones contributivas de la población mayor española", *Panorama Social*, nº 27, 2018, p. 133.

[25] Si la trabajadora en cuestión es autónoma en el RETA el acceso a las pensiones depende no tanto del salario -que no existe- sino de la cotización efectuada, lo que se calculará en atención a los ingresos desde 2023, en virtud de lo señalado en el RD-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo Sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección del cese de actividad, BOE de 27 de julio de 2022.

[26] Vid, más extensamente, en López Martínez, M.: "La brecha de género en las pensiones en España y la Unión europea", *Papeles población*, Volumen 25, nº 102, noviembre de 2020.

[27] De hecho, algunos estudios apuntan a que (en 2015) la proporción de las mujeres desde 45 a 65 años que están generando derechos contributivos para la percepción de la pensión de jubilación apenas llega a la mitad de la cohorte y en ocasiones se aprecia que sus tasas de ocupación están por debajo de los hombres en un 30 %. Las mujeres ocupan, además puestos de trabajo que proporcionan menores derechos de cotización. El análisis muestra que las mujeres entre 45 y 65 años interrumpen más veces que los hombres su contacto con el empleo y que el tiempo que pasan ocupadas en menor. Estas mujeres tendrán más difícil el acceso a la pensión de jubilación y, si lo hacen, su cuantía será inferior. *Vid.* Cebrián López, I., Moreno Raymundo, G.: "Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las

mujeres mucho más tiempo a las actividades relacionadas con el cuidado, algo que tiene que ver con el que las mujeres (y especialmente las madres) se encuentren atadas a las labores de cuidados por la persistencia de barreras culturales, por los estereotipos y por la falta de corresponsabilidad doméstica, ello incide directamente en sus trayectorias profesionales y en las pensiones percibidas por éstas[28]. Igualmente, el quedar fuera del Sistema también tiene que ver con la convicción de que el trabajo de las mujeres es complementario y/o accesorio al de los hombres y a éste se le invisibiliza. La economía informal y/o el trabajo sumergido afecta más a las mujeres por este motivo y, por último, gran parte del trabajo de cuidados se efectúa a través de trabajos que no son visibles para el Sistema de Seguridad Social, a través de cuidadoras -muchas veces colectivos de migrantes- informales, quienes no cotizan al Sistema de Seguridad Social.

En los últimos años diversos estudios apuntan también hacia el hecho de que ha empezado a reducirse la brecha de género, aunque no de manera significativa pues se empieza a notar la mayor presencia de la mujer en el mercado de trabajo y su repercusión[29]. No obstante, no hay que olvidar que la brecha de género es apreciable en el acceso a otras prestaciones, como el desempleo, tanto al contributivo como al asistencial[30].

II. El carácter poliédrico y la dificultad intrínseca de la implementación de medidas de corrección de la brecha de género en las pensiones

En la mayor parte de los Sistemas de Seguridad contamos con instrumentos que sirven para reducir las desigualdades de género en la protección social y que están dirigidos a obtener derechos de pensiones y/o prestaciones de titularidad propia para ellas. En España estos mecanismos conviven, además, con la pensión de viudedad.

La pensión de viudedad, como es sabido, se concentra en la protección económica de las mujeres dentro de la familia, pero tiene muchas carencias porque no protege su autonomía económica, ni tampoco el cómo se distribuyen los recursos dentro del hogar; además, las prestaciones de muerte y supervivencia mantienen el modelo de familia compuesto por un hombre proveedor y una mujer a cargo del trabajo de cuidado no remunerado. En nuestro país las pensiones de viudedad siguen siendo imprescindibles, su cuantía debe mejorarse y su necesidad actual deriva de que son el resultado en diferido de la casi nula tasa de actividad de las mujeres durante los años 40, 50 y 60.

No obstante, la viudedad requiere una profunda revisión pues se parte de la premisa de la existencia de una necesidad económica tras el fallecimiento del causante -que puede no ser real- y se insiste en un modelo de familia caduco; de hecho, son muchos los países europeos que han eliminado la pensión de viudedad, aunque tal erradicación se produce sólo en aquellos estados que cuentan con prestaciones básicas que protegen a las personas mayores independientemente

pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, volumen 33, nº 2 (2015), p. 311-328.

[28] Las mujeres (y especialmente las madres) se ven limitadas en su participación laboral y en su progresión laboral no sólo por el llamado "techo de cristal" sino también por un "suelo pegajoso", es decir, por un conjunto de dificultades derivadas de la acumulación de jornadas que sitúan a las mujeres en carreras laborales más inestables, atípicas o percibidas como menos comprometidas con el empleo, lo que se ha denominado el *mommy track*. *Vid.* Informe CES. Mujeres, trabajos y cuidados: Propuestas y perspectivas de futuro, *Op. Cit.* P. 51.

[29] Secretaría de Políticas Públicas y protección social CS de CCOO: *La brecha de género en el sistema de protección social (desempleo y pensiones)*, Marzo de 2018, disponible en: https://www.ccoo.es/06941e5b291bd67010e650e358e0f52e000001.pdf, fecha de consulta, 2 de agosto de 2022.

[30] En la página 9 del Informe de CCOO: *La brecha de género en el sistema de protección social,* op, cit. se establece que la tasa media de cobertura frente al desempleo en 2017 ha sido del 56,2 % y la diferencia entre la cobertura de hombres y mujeres es de 10 puntos porcentuales, con una menor protección de las mujeres frente al desempleo.

tanto de su situación laboral como de su trayectoria laboral[31]. En España prescindir de la viudedad sólo es posible si se garantiza por otra vía ese nivel de suficiencia y si se actúa despacio y de forma muy progresiva.

Pero, además, junto a la pensión de viudedad, dispone nuestro Sistema de Seguridad Social de instrumentos que intentan minimizar los daños que producen las interrupciones de la actividad en las prestaciones contributivas. Estos instrumentos son, fundamentalmente, las cotizaciones ficticias -arts. 235, 236 y 237 TRLGSS- y el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género -art. 60 TRLGSS-.

Las cotizaciones ficticias suman años de cotización en momentos en los que no se efectúa actividad laboral o cuando se trabaja a tiempo parcial para eliminar los perjuicios que se producen cuando la actividad laboral se interrumpe o se reduce por atender el deber de cuidado de hijos o de familiares. Por su parte, el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género del art. 60 TRLGSS tiene el objetivo de corregir también los daños derivados de las desigualdades laborales en las pensiones[32]. Este último complemento se abona a mujeres y hombres; no obstante, en las mujeres tal daño en la pensión se presume mientras que los hombres lo han de probar. Por lo demás, difícilmente este complemento va a servir para incentivar la tasa de empleo femenina, o para incrementar la natalidad pues, como su propio nombre indica, lo que ofrece es una ventaja pensional que incrementa fabulosamente y de forma inmediata la cuantía de las pensiones en el momento de su percepción, muchos años después. Además, los resultados que se obtienen con el complemento para paliar la brecha de género -desde el punto de vista cuantitativo- ofrecen una falsa idea de que ésta se reduce. Es cierto que sirve a tal fin, pero actúa con demasiados límites y sin atajar el problema de base[33].

Para alcanzar la igualdad de género en el sistema de pensiones se ha dicho ya que un aspecto fundamental es contar con un sistema solidario que permita la incorporación de elementos redistributivos entre personas con diferentes trayectorias laborales y socio-económicas que eviten penalizar las trayectorias de vida típicas de las mujeres y ofrezcan plena cobertura independientemente de la vida laboral[34]. Pero, desde el punto de vista de técnica jurídica, reducir los efectos de la brecha de género en las pensiones contributivas es complejo -y costoso si se incide bien en ello- y será más complicado cuando se implementen las dos fases de la reforma actual del Sistema de Seguridad Social en nuestro país. Y ello porque dichas reformas vaticinan sistemas de pensiones que causarán mayor penalización para carreras de cotización interrumpidas ya que, entre otros cambios, va a exigirse cotizar más años.

Y estos mismos problemas son trasladables a la UE. Señala así una de las Conclusiones del *Informe sobre la adecuación de las pensiones de 2021* del Comité de protección social y la Comisión europea que unas pensiones adecuadas dependerán, cada vez más, de carreras profesionales más largas. Las proyecciones de los supuestos teóricos muestran que, en la mayoría de los estados miembros, las personas que se jubilen en 2059 tendrán pensiones más bajas en relación con sus

[31] Vid, Arza, C.: "El diseño de los sistemas de pensiones y la igualdad de género. ¿qué dice la experiencia europea?", *Naciones Unidas*, Santiago, 2017, p. 24.

[32] En el resto de Europa es frecuente contar con los denominados créditos por cuidado en el sistema de pensiones, una figura con la que las cotizaciones ficticias y el nuevo complemento por maternidad guarda bastantes semejanzas.

[33] La medida es, además, temporal y queda condicionada a la desaparición de la brecha de género de las pensiones, ya que según la DA 37ª TRLGSS -introducida por el RDL 3/2021, de 2 de febrero, el derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 %.

[34] Arza, C.: "El diseño de los sistemas de pensiones y la igualdad de género, ¿Qué dice la experiencia europea?", Naciones Unidas, Santiago, 2017, p. 5.

ingresos laborales que los jubilados con una carrera similar en 2019. Tanto la edad ordinaria de jubilación como la edad de jubilación efectiva seguirán aumentando en los próximos decenios, con una reducción de las posibilidades de jubilación anticipada, aunque con diferencias significativas entre países. Los aumentos previstos de la duración de la carrera profesional suelen ser inferiores a los aumentos de la edad ordinaria de jubilación y no serían suficientes para evitar la disminución relativa de los niveles de prestaciones.

Por tanto, es cierto que el sexo del trabajador es irrelevante desde el punto de vista teórico en orden a obtener la protección del Sistema, pero no se puede negar que existe una discriminación material derivada de la existencia de normas que -aunque enunciadas en términos neutros- perjudican en mayor medida a las mujeres que a los hombres[35]. Y este perjuicio sobre las pensiones de ellas, en España, fue más visible tras la anterior reforma del sistema de pensiones operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto cuando se alargó el parámetro temporal de referencia para el cálculo de la Base reguladora de jubilación o cuando se penalizó el relleno de las bases de cotización de las mensualidades más alejadas del hecho causante[36]. Es de esperar que vuelva a a ocurrir lo mismo, también, tras las reformas ya adoptadas y proyectadas para este mismo año 2022. Ambas reformas están convirtiendo al sistema de pensiones contributivo español en un mecanismo transmisor de las desigualdades de género del mercado laboral, un mecanismo que tiene escasa sensibilidad frente al coste que la maternidad y el cuidado de menores o personas dependientes supone, y que continuará acentuando la brecha de género[37]. Queda por ver si somos capaces de establecer -jurídicamente- mecanismos compensatorios que amortigüen este efecto.

Este resultado se ratifica en la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 2017, *Sobre la necesidad de una Estrategia para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones*[38], donde se pone de manifiesto que la duración de la carrera laboral tiene repercusiones directas en la brecha de género y que, siendo la duración media de la carrera de las mujeres 10 años inferior a la de los hombres, ello afecta especialmente a las mujeres con una carrera laboral inferior a 14 años, pues estas últimas tienen una brecha de género para el acceso a las pensiones de jubilación dos veces mayor que la que sufren las mujeres con una carrera más dilatada. En España, el Banco de España concluye también, en 2021, que el grueso de la diferencia de las pensiones entre hombres y mujeres (sobre todo en el período más reciente) se debe a la cuantía de la base reguladora y no tanto al porcentaje aplicado a ésta -lo que tiene que ver con el número de años cotizados-[39].

Es cierto, también, que los sistemas públicos de pensiones contributivos -el primer pilar- no será el único mecanismo que garantice derechos pensionales y en muchos países europeos existen pilares proteccionales complementarios, que conviven junto al contributivo -los planes

[35] Grau Pineda, C., Rodríguez González, S.: "El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones", *Documentación Laboral*, nº 103, 2015, Vol. I, p. 152.

[36] Vid, *in extenso*, Ballester Pastor, M.A.: "Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico", en *Temas Laborales*, nº 112, 2011, páginas 51-90.

[37] Como ya señalaba respecto de la anterior reforma Rodríguez González, S.: "Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones", *Lan Harremanak*, 38, 2017-II, p. 93-125.

[38] (2016/2061 /INI).

[39] Documento Ocasional nº 2106 del Banco de España, con fecha de 2021: *El sistema de pensiones en España: una actualización tras el impacto de la pandemia. Contribución del Banco de España a los trabajos de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo.* 2 de septiembre de 2020, página 37.

de pensiones de empleo son un ejemplo de ello[40]-. Ello dificulta la exportación simple de los mecanismos usados en otros países pues cada sistema de protección social europeo cuenta con diferentes grados de colchón ante la brecha de género pensional[41] y ello hace que la mayor o menor eficacia de cada mecanismo compensatorio en cada pilar acabe generando una eficacia amortiguadora diferente de la brecha de pensiones. Teniendo lo anterior en cuenta, en la UE-28 (en el año 2017) una de cada cuatro personas depende de su pensión como principal fuente de ingresos y en 2060 el aumento de la esperanza de vida y el envejecimiento de la población conducirá a que esa cifra se duplique, a lo que hay que añadir que, debido a su mayor esperanza de vida, las mujeres pueden necesitar de más ingresos de pensiones que los hombres.

Por eso, abordar las medidas que podrían servir para reducir la brecha de género en las pensiones e intentar prevenir que ésta siga apareciendo en el futuro es un reto que corresponde llevar a cabo ya al legislador nacional, y para ello se ha de actuar en la doble banda, con instrumentos que tengan repercusión en el corto y en el largo plazo y que actúen en todos los pilares. La estrategia correcta debe ser, además, integral, de forma que actúe defendiendo a las mujeres de las desigualdades ahora, y después. Para ello, las medidas han de evolucionar al mismo ritmo que lo hace el sistema de protección social para lograr que las pensiones sean adecuadas y suficientes.

Pero, además de atinar con el instrumento apropiado, los instrumentos de compensación de la brecha deben diseñarse correctamente usando la técnica jurídica correcta, sin infringir otros preceptos a los que queda supeditado, pues lo contrario repercute -a la postre- en el funcionamiento de la estrategia integral. Un ejemplo claro de una medida de acción positiva mal diseñada fue el complemento de maternidad por contribución demográfica que se regulaba anteriormente en el art. 60 TRLGSS. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 12 de diciembre de 2019 (Sala Primera) (Caso WA contra INSS)[42] señaló que el art. 60 del TRLGSS era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Esta Sentencia puso de manifiesto la defectuosa configuración del mentado complemento en tanto compensación por aportación demográfica. Y el Real Decreto Ley 3/2021, de 2 de febrero debió redefinir el mismo volviendo a dar redacción al art. 60 TRLGSS.

En el Asunto WA el TJUE fallaba que la normativa española llevaba a cabo una discriminación directa -en los hombres-. Y en otras muchas Sentencias, el TJUE está contribuyendo a detectar cuándo la normativa española incurre en discriminación indirecta, vulnerando la Directiva 79/7/CE, una discriminación que puede ser demostrada por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos. Por tanto, las normas deben ser diseñadas sin descuidar dicha perspectiva y también los Tribunales deben huir de interpretaciones demasiado estrictas o literales de las normas que tengan un impacto de género al desplegar efectos negativos desproporcionados sobre el género femenino. De esta forma, el principio de igualdad de trato exige eliminar no sólo la discriminación abierta -directa- sino, también, toda forma de discriminación encubierta que, por la aplicación de otros criterios, lleve, de hecho, al mismo resultado.

[40] En España acaba de reformarse por la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, el Texto Refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones aprobados por el RD legislativo 1/2022, de 29 de noviembre, BOE de 1 de julio de 2022.

[41] Una comparación muy interesante de los diferentes mecanismos para paliar la brecha de género en los distintos países europeos se contiene en: Arza, C.: "El diseño de los sistemas de pensiones y la igualdad de género, ¿qué dice la experiencia europea?", Naciones Unidas, Santiago, 2017.

[42] ECLI:EU:C:2019:1075. TJCE/2019/281.

A ello ayuda, también, el que nuestros Jueces están incorporando la perspectiva de género en la interpretación de las normas, acudiendo a lo dispuesto en el art. 4º de la Ley Orgánica de Igualdad, dado que la igualdad de trato entre mujeres y hombres es un principio ordenador del ordenamiento jurídico y, como tal, ha de integrarse y observarse en la aplicación y en la interpretación de las normas jurídicas pues la igualdad entre mujeres y hombres constituye un valor supremo del ordenamiento jurídico y la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de normas jurídicas.

Ello está haciendo avanzar -en positivo- algunas de las normas "amortiguadoras" de las que disponemos en materia de protección social hacia una mayor igualdad. Un ejemplo de tal actuación la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) nº 576/2022, de 23 de junio de 2022[43], cuando declara cotizados de forma ficticia una serie de períodos de tiempo, los que resultaban necesarios a una mujer para generar derecho al subsidio por desempleo para mayores de 55 años, algo que parece extralimitar el tenor literal del art. 235 TRLGSS, que no autoriza que las cotizaciones ficticias sirvan para generar desempleo. Junto a este pronunciamiento existen muchos otros que defienden los derechos prestacionales de las mujeres, interpretando las normas actuales usando la perspectiva de género, tal como vamos a analizar.

III. Las actuaciones que debieron atenderse por el legislador contenidas en la recomendación nº 17º "mujeres y pensiones" del acuerdo de Pacto de Toledo de 2020

Señalado lo anterior, para valorar las medidas de que disponemos en nuestro Sistema de Seguridad Social para minorar o rebajar la brecha pensional hemos de aludir a las medidas legislativas que deberían adoptarse, unas medidas que quedaron contempladas en la Recomendación nº 17 del Acuerdo del Pacto de Toledo de 2020. Tras ello, deberemos de estar a si tales medidas se han implantado efectivamente y cómo se ha hecho.

En la Recomendación nº 17 ya se reconoce, lo primero, que, efectivamente, las modificaciones normativas introducidas en los últimos años para reducir la brecha de género en las pensiones habían tenido -hasta 2020- una naturaleza más reactiva o coyuntural que preventiva o estructural. Las reformas se habían basado en el establecimiento de medidas puntuales correctoras de las disfunciones del propio sistema y no habían logrado una equiparación efectiva en la cobertura de mujeres y hombres y se sugiere que hay que ir más allá y que son necesarias medidas estructurales, tanto en materia laboral, como en el ámbito específico de la Seguridad Social, referidas a la propia configuración del Sistema y a la forma de acceso a las prestaciones y que, como presupuesto condicionante del acceso a las prestaciones de Seguridad Social, debe garantizarse la igualdad efectiva en el ámbito laboral, tanto en el acceso al empleo como en las condiciones de trabajo, evitando que sean las mujeres las que tengan carreras profesionales más cortas, irregulares e inestables.

Para ello, continúa la Recomendación, deben acometerse una serie de actuaciones, que son las siguientes:

La primera de ellas, la de abordar de modo enérgico la cuestión de los cuidados, potenciando la corresponsabilidad entre los hombres y las mujeres, particularmente en relación con los permisos parentales. Casi coetáneamente el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo

[43] (nº recurso 646/2021), ECLI:ES:TS:2022:2549.

y la ocupación [44], entre otros cambios[45] viene reconociendo -desde el 1 de enero de 2021- los permisos parentales intransferibles y con duración de 16 semanas para cada progenitor.

Adicionalmente, la Comisión insta también a reformar la regulación de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia, para asegurar que cumplen con su finalidad, primando la adaptación del puesto y del tiempo de trabajo. Se trata de que no sirvan estas prestaciones para alejar a las mujeres de la vida activa y que no se aparte a éstas de su trabajo más que en los supuestos en los que no sea posible la adaptación al puesto.

La segunda de las actuaciones que han de abordarse, según la Comisión, es la de la consecución de la igualdad retributiva, dado que ésta resulta clave para la equiparación de las pensiones -como también se ha puesto de manifiesto en las diferentes estrategias diseñadas a nivel europeo y español-. Se añade a lo anterior que esta igualdad no solo ha de reflejarse en la cuantía de la base reguladora utilizada para el cálculo de la pensión, sino también en las carreras de cotización, pues al promover el reparto de responsabilidades se evita que sea la renta más baja la que asuma los sacrificios en los periodos cotizados. Como avances efectuados en esta materia, como veremos, debe destacarse tanto el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, como el RD 902/2020, de 13 de octubre de igualdad retributiva entre mujeres y hombres[46].

En tercer lugar, sigue señalando la Recomendación nº 17, deben introducirse las correcciones necesarias para evitar los perjuicios derivados de los vacíos involuntarios de cotización por la irregularidad de las carreras profesionales. Se trata de que las lagunas de cotización no causen un efecto desproporcionado en el cálculo de las pensiones y de favorecer el acceso pleno de las mujeres a pensiones propias. Sobre este particular, contamos en el TRLGSS con los actuales arts. 236, 236 y 237 TRLGSS donde se atribuye una serie de períodos cotizados a los cuidadores para evitar perjuicios en la carrera de cotización; estos preceptos tienen margen para ser mejorados, como se verá. Ello podría repercutir positivamente no solamente sobre la brecha pensional sino también sobre los impedimentos existentes para que las mujeres accedan a prestaciones contributivas -como la incapacidad temporal o el desempleo-.

Otra reforma necesaria que apunta la Recomendación del Pacto de Toledo es la del trabajo al servicio del hogar, lo que requiere la eliminación de los elementos diferenciales respecto al régimen general ordinario y la ratificación Convenio de la OIT 189 de 2011, favoreciendo que el trabajo doméstico aflore. Además, debe revisarse, también, la prestación por desempleo que sirve de enlace con la jubilación, teniendo presente su particular relevancia para las carreras profesionales cortas o irregulares y otras circunstancias que afectan, de manera particular, a las mujeres.

El cuarto ámbito de actuación de la Recomendación nº 17 se centra igualmente en introducir mecanismos de compensación para las mujeres y tiene que ver con el protagonismo que éstas tienen en la suscripción de contratos a tiempo parcial, no habiendo sido este tipo de contratación elegida -en muchas ocasiones- por ellas.

A este respecto, se trae a colación la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, Sala Tercera, de 8 de mayo de 2019, Asunto Villar Láiz C-161/18) y del Tribunal

[44] BOE de 7 de julio de 2019.

[45] Se da nueva redacción a los arts. 28, 34.81, 37. 3º, 4º y 7º, 45.1.d), 46.3º, 48.5º, 6º, 7º, 8º y 9º, 53.4º y 55.5º del TRET.

[46] Como señala la Comunicación de la Comisión *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la igualdad de género 2020-2025*, página 11, cuando se dispone de información sobre los niveles salariales es más fácil detectar las brechas y la discriminación.

Constitucional (en la misma línea, la STC 91/2019) y se hace un llamamiento a actuar impulsando reformas que corrijan posibles tratamientos discriminatorios, con particular atención al cálculo de los periodos de carencia y la eliminación de las reducciones proporcionales en las cuantías aseguradas de rentas mínimas.

En quinto lugar, llama la atención la Comisión sobre la importancia de asegurar rentas mínimas suficientes, tanto en el ámbito contributivo como en el no contributivo, rentas que permitan una subsistencia digna. Las mujeres son, actualmente, mayoría en la percepción de las pensiones más bajas y, por ello, una política igualitaria requiere una revisión del sistema de pensiones no contributivas, de los complementos por mínimos y de la pensión de viudedad, para garantizar progresivamente un umbral de garantía universal, suficiente y digno. A este respecto, resulta esencial tener en cuenta que las actuaciones deben tener un objetivo último que no ha de ser otro que el de asegurar la obtención por parte de las mujeres de pensiones adecuadas y suficientes y ese nivel de suficiencia ha de asegurarse por el mecanismo que sea necesario[47]. En nuestro país, las mujeres son perceptoras de muchas más pensiones no contributivas y de complementos por mínimos, lo que demuestra que estos instrumentos se usan y, por tanto, sigue sin accederse a pensiones contributivas; los niveles de pobreza -cuando sea necesario- deben quedar erradicados por esta vía.

Al fin, la Recomendación nº 17 considera que el impacto de género debe abordarse de forma transversal por cualquier normativa y debe tenerse en cuenta, también, en la adopción de cualquier política; asimismo, debe ser objeto de análisis el impacto de género y se ha de reforzar, también, la intervención técnica de organismos públicos independientes. Y es totalmente cierto, pues faltan estudios, que valoren y que estudien qué medidas serían las que pueden resultar más favorables para mejorar la brecha de género, estudios de impacto de género que son imprescindibles poder valorar -y cambiar de rumbo si hace falta- las diferentes actuaciones que se llevan a cabo por el legislador.

Algunas de las actuaciones que aquí aparecen requerirían un tratamiento muy detenido, no siendo éste el objeto del presente estudio. Nuestro objetivo va a ser incidir sólo en aquellas actuaciones que -sin pretender tampoco acotarlas todas- se dirigen más directamente hacia los mecanismos que servirían para corregir la brecha pensional desde el punto de vista de las actuales normas de Seguridad Social, aludiendo también a sus reformas, recientes y futuras.

Pero, además, si en algún aspecto ya se ha avanzado a la hora de detectar las carencias y proteger a las mujeres de esta brecha pensional, ha sido, como reconoce claramente la propia Recomendación nº 17, desde la interpretación de las normas por parte de los Tribunales con perspectiva de género. Y crucial ha resultado, al respecto, no sólo la doctrina del Alto Tribunal sino también la doctrina del TJUE -a la que la misma Recomendación alude- dado que ésta ha

[47] Esta actuación resulta acorde a lo que señala la OIT en el Informe Mundial sobre la protección social 2022 donde se puede leer que, en ausencia de otras formas de cobertura, las pensiones no contributivas, sobre todo en los países de ingresos bajos y medianos bajos, ayudan a colmar las brechas de género en materia de cobertura, aunque no necesariamente las de adecuación. Si bien las pensiones no contributivas pueden ayudar a asegurar considerablemente el acceso de las mujeres (y de los hombres) a una protección básica, el nivel de las prestaciones suele ser demasiado bajo para que los beneficiarios puedan satisfacer plenamente sus necesidades. Por lo tanto, el otorgamiento de pensiones no contributivas debería ir acompañado de esfuerzos para apoyar una mayor participación de las mujeres en los regímenes contributivos. Asimismo, aunque en muchos países la proporción de mujeres en la fuerza de trabajo que cotizan para las futuras pensiones puede ser mayor que la de los hombres, con frecuencia las mujeres acaban teniendo una tasa de cobertura efectiva más baja en cuanto al número de beneficiarios de prestaciones de pensiones, sobre todo en los países en desarrollo. Sigue diciendo este Informe al respecto que: Resulta alentador que, paralelamente al establecimiento de regímenes de pensiones financiados mediante impuestos, se estén adoptando medidas para extender progresivamente los regímenes contributivos, a fin de abarcar a los trabajadores por cuenta propia y a otros trabajadores con capacidad contributiva.

sido la que está haciendo al legislador corregir el rumbo y alterar -aunque mínimamente, como veremos- sus normas. El TJUE está redirigiendo la manera -y la velocidad- en la que el legislador -que es lento- debe avanzar. Será clave, por ello, también, analizar los recientes pronunciamientos del TJUE.

No obstante, antes de ello es necesario hacer referencia a cuál ha sido el camino recorrido y qué avances se proyectan en materia de igualdad laboral, dado que los mismos van a tener una incidencia muy significativa en la brecha de género de las pensiones.

IV. El camino recorrido y los avances proyectados en materia de igualdad laboral

1. Los objetivos implementados en normas internacionales y comunitarias

En el ámbito internacional se han marcado las metas y también los objetivos a alcanzar para avanzar en igualdad. Entre éstos destacan los retos contenidos en *la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, aprobada en septiembre de 2015, pues su Quinto objetivo específico es el logro de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y niñas[48]. En el entorno comunitario los retos a cumplir se contienen en el *Pilar Europeo de los Derechos Sociales* y resulta relevante a estos efectos la Comunicación de la Comisión: *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025* donde se destaca, entre uno de los objetivos y acciones a lograr, el que los Estados miembros velen por la trasposición y aplicación de la Directiva sobre conciliación de la vida familiar y profesional, la *Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores*[49]. La Comisión quiere incluso ir más allá de lo que se señala en la misma Comunicación y pide a los Estados miembros que vayan más allá de estas normas mínimas en la revisión de sus políticas[50]. Asimismo, se insiste en que es esencial el reparto equitativo de las responsabilidades en el hogar y la disponibilidad de servicios de guardería, de asistencia social y de servicios domésticos, por lo que la inversión en servicios asistenciales es importante.

En cuanto a los salarios, dado que las mujeres representan el 60 % de los trabajadores con salario mínimo en la UE, las políticas sobre el salario mínimo tienen un gran potencial para apoyar la igualdad de género, ayudando a cerrar la brecha salarial y de género y a sacar a las mujeres de la pobreza. Así, se afirma en el *Report on Gender Equality in the EU, 2022*[51], que si los Estados aumentan sus actuales salarios mínimos hasta el 50 % o el 60 % del salario medio, la diferencia salarial se reduciría un 5 % en la UE-27 por término medio, lo que tendría un efecto positivo indirecto en la brecha de género de las pensiones. Y, en este aspecto, de gran relevancia resulta también la *Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres*

[48] Dice también la OIT que la inversión sostenida en servicios de cuidado de niños, asequibles y de calidad, adaptados a las necesidades de los progenitores trabajadores, pueden suponer un verdadero cambio en la situación: pueden reducir la carga del cuidado de los niños en las familias, asumida desproporcionadamente por las mujeres y facilitar así el empleo de las mujeres, creando al mismo tiempo trabajo decente en el sector de los cuidados. Vid, *Informe Mundial sobre protección Social de la OIT -2022-*, p. 60. y añade a lo anterior la OIT que, aunque siguen existiendo importantes brechas, la introducción del permiso de paternidad y de la licencia parental equitativa desde el punto de vista del género contribuyen a una mayor implicación de los padres en la crianza de los hijos y a un reparto más justo de las responsabilidades familiares, especialmente si se fomenta el uso del permiso por parte de los hombres reservando una parte intransferible del permiso parental para el padre.

[49] Los Estados miembros deben trasponer esta Directiva a más tardar el 2 de agosto de 2022 (y el 2 de agosto de 2024 por lo que se refiere al pago de las dos últimas semanas del período mínimo parental de dos meses).

[50] Vid, apartado 2 de la Estrategia para la igualdad de género, página 8.

[51] Página 128.

por un trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento[52].

Respecto a la tasa de empleo, la UE, en el Plan de Acción del Pilar de derechos Sociales fija el nuevo objetivo de la tasa de empleo para la UE para 2030 y se reafirma el compromiso de conseguir una tasa de empleo elevada e inclusiva del 78 % de la población de 20 a 64 años, siendo fundamental el que, para alcanzar este objetivo la UE se esfuerce por reducir a la mitad la diferencia de empleo entre mujeres y hombres de 2019. Eso significa que el empleo femenino deberá aumentar, al menos, tres veces más rápido que el de los hombres[53].

2. Los planes de actuación en España

España parece que haber hecho sus deberes[54], al menos diseñando Planes y Estrategias, falta ahora que los objetivos y medidas plasmados se lleven a la práctica y se obtengan los ansiados frutos. Además, como es bien sabido, el Real Decreto-Ley 6/2019, de medidas urgentes para la garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo ha avanzado claramente en la corresponsabilidad de los cuidados y el trabajo no remunerado, al equipararse y concederse permisos por nacimiento a ambos progenitores. Y en 2020 vieron la luz el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y el RD 902/2020, de 13 de octubre de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Asimismo, el incremento del SMI que en los últimos años ha tenido lugar a un ritmo más acelerado ayudaría teóricamente, aunque los incrementos del IPC de los últimos meses harán mella en estos avances.

Pero, además, hay otros aspectos en los que hay que actuar. Así, resulta clave que las políticas de conciliación se dirijan no sólo a medidas que impacten sólo sobre la reducción del tiempo de trabajo ligada a la reducción del salario, pues son las mujeres las que suelen hacer uso de estas medidas lo que les afecta en negativo, sino que se promuevan también otras medidas, como la adaptación de la jornada, o el fomento de sistemas de organización del trabajo más inclusivos desde la perspectiva de género, fórmulas que resulten válidas verdaderamente para producir flexibilidad en la organización de los tiempos de trabajo, facilitando la conciliación y la corresponsabilidad de las plantillas, y no sólo de las "madres trabajadoras". Para ello se propone que los poderes públicos promuevan programas que incentiven la adopción y la difusión de buenas prácticas a través de la autonomía colectiva[55], y en el diseño y la evaluación de las políticas públicas (especialmente las de conciliación) se deben evitar sesgos de género, aumentando la concienciación colectiva sobre la necesidad de lograr la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en el cuidado no remunerado para alcanzar la igualdad real[56].

Nuestro país ha diseñado hace poco el *Plan estratégico para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 2022-2025,* donde aparecen medidas para promover empresas y Administraciones responsables con la igualdad de género, con actuaciones concretas y su seguimiento posterior[57],

[52] Bruselas, 4 de marzo de 2021. COM (2021) 93 final, 2021/0050.

[53] *Vid.* 2022. Report on Gender Equality in the EU. P. 71.

[54] Tal como relata con gran exhaustividad, Grau Pineda, C., en *La brecha de las pensiones en España*, Albacete, Bomarzo, 2020.

[55] Informe del CES 2022, p. 147.

[56] Informe del CES, 2022, p. 160.

[57] Aparecen aquí -sin ánimo exhaustivo- las siguientes medidas: 209. Elaborar un estudio sobre la brecha de género en las pensiones.210. Puesta a disposición de las empresas herramientas para la igualdad retributiva, tales como el registro retributivo, el procedimiento de valoración de puestos de trabajo y la guía de auditoría retributiva con perspectiva de género, y seguimiento de su aplicación y eficacia 211. Seguimiento de la aplicación del RD 902/2020 de igualdad retributiva, para analizar su eficacia y para eventuales propuestas de mejora. 212. Análisis de los resultados de la

medidas con las que se intenta directamente reducir o minorar la brecha pensional. Aquí consta la necesidad de visibilizar, reconocer y dar valor a los cuidados, incluyendo el avanzar en la creación de un Observatorio del cuidado; también se pretende impulsar desde el ámbito educativo actuaciones destinadas a romper con la asignación de los cuidados a las mujeres y corresponsabilizar a los hombres de los trabajos domésticos y de cuidados[58].

Asimismo, como colofón a lo anterior, el *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, en su componente 22, apunta hacia un nuevo modelo productivo en el que tenga protagonismo la disponibilidad y asequibilidad de infraestructuras y servicios profesionales de cuidados[59]; y el *Plan Corresponsables* insiste en la necesidad de creación de sistemas integrales de cuidado, facilitando a las familias los servicios de cuidado profesionalizado[60]. Se trata de crear una verdadera "economía de los cuidados" a la que alude el *Informe Mundial sobre Protección social de la OIT*, imprescindible para mejorar el sistema de cuidades de larga duración, el llamado Cuarto Pilar en el ámbito europeo, algo que va a tener un gran potencial, también, en la creación de empleo de calidad en este sector. Finalmente, el mismo componente 22 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia propone la mejora de las prestaciones económicas no contributivas y fomentar la activación laboral de los beneficiarios de un ingreso mínimo vital, lo que implica, en suma, la protección económica y social de las mujeres más vulnerables.

La necesidad de que se provean los diferentes estados con suficientes servicios de cuidado no es, no obstante, un objetivo novedoso, pues la promoción de los servicios comunitarios, públicos o privados, tales como servicios y medios de asistencia a la infancia ya aparecía mencionados en el art. 5º del Convenio nº 156 de la OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares

aplicación del registro retributivo desde la perspectiva de la reducción de la brecha salarial y la implementación de mecanismos objetivos de acceso, gestión de personal, promoción y retribución en la empresa 213. Potenciación de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de discriminación salarial, incluyendo las nuevas obligaciones empresariales tales como el registro retributivo. 214. Análisis de la brecha salarial ajustada en la AGE y desarrollo, en caso necesario, de un plan de actuación para eliminar diferencias salariales por razón de sexo. 215. Impulso a la realización de un estudio desde la perspectiva de género y actualizada, conforme a las nuevas realidades familiares y sociales, del marco normativo en materia de derecho civil y de familia. 216. Sostenimiento de la mejora de las pensiones ordinarias de viudedad del régimen de Clases Pasivas del Estado en cuanto al incremento del porcentaje para el cálculo de la cuantía de la pensión al 58 % 217. Consolidación del reconocimiento y abono del complemento para la reducción de la brecha de género con el que se persigue compensar el perjuicio causado, mayoritariamente a las mujeres, en sus carreras laborales, al considerar la maternidad como una de las principales causas de la existencia de la brecha de género en la pensión, y estará en vigor mientras la brecha de género de las pensiones sea superior al 5 % 218. Incremento de la pensión de viudedad hasta llegar al 60 % de la base reguladora para las personas de 65 y más años. Vid, p. 75.

[58] Entre otros objetivos, aparece también el de avanzar en la universalización del acceso a la educación infantil 0-3 años a través de la red pública incrementando su cobertura y la flexibilidad horaria. Igualmente se incluye el impulsar un Plan de choque y reformular el Sistema de promoción de la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) aumentando su cobertura, su plantilla y las condiciones laborales de ésta, y mejorando sus distintos servicios e infraestructuras; y se habla de crear nuevos servicios de cuidados que complementen los servicios existentes y den cobertura pública a las necesidades de cuidados, especialmente las sobrevenidas por la crisis de la COVID-19, accesibles para las personas desempleadas y que prioricen la atención de hogares monoparentales, entre otros; finalmente se habla de profesionalizar los cuidados en precario (remunerados y no remunerados).

[59] Se adopta aquí una estrategia de "profesionalización de los servicios de cuidado, otorgando un mayor peso a los servicios frente a las prestaciones económicas para el cuidado familiar, lo que puede tener un impacto directo en la división del trabajo, además de mejorar el empleo y sus condiciones en este sector. El Plan establece la creación de plazas de escolarización de niños de 0 a 3 años y se pone también énfasis en la atención a la dependencia.

[60] Acerca de este Plan Corresponsables, apunta el Informe del CES de 2022 que está por ver cuán efectiva será la aplicación de este Plan por las Comunidades Autónomas, *Vid.* p. 167.

(1981) y la reivindicación de estos servicios ha sido una constante en los últimos años, sin que se hayan producido -hasta el momento- avances significativos[61].

V. Las medidas legislativas minimizadoras de la "brecha de género" tras acuerdo del Pacto de Toledo de 2020

1. Las cotizaciones ficticias, una regulación que permanece incólume y que podría evolucionar hacia créditos por cuidado con mayor cobertura

Como acabamos de ver, uno de los puntos en los que la Recomendación nº 17 del Nuevo Pacto de Toledo insiste en revisar, es la regulación que evite vacíos en la cotización por irregularidades en las carreras profesionales, una cuestión que se encuentra prevista actualmente en los 235, 236 y 237 del TRLGSS[62], en el Capítulo XV de Protección a la familia. Son éstas una de las medidas que -en materia de protección social- pueden servir para amortiguar las desigualdades laborales y permitir el acceso a pensiones y también a prestaciones de carácter contributivo. Esta regulación es mejorable, motivo por el que los Tribunales intentan minimizar algunas de sus carencias.

Se trata de beneficios en las cotizaciones que actúan sin existir cotización real y sirven para generar prestaciones. Se reconocen cuando, por causas relacionadas con el cuidado de hijos, se interrumpe o minora la actividad laboral y ocurre que, o bien no se ha cotizado o se ha cotizado menos. El objetivo es no perder, después, prestaciones o pensiones contributivas. Las cotizaciones ficticias sirven, por tanto, para generar prestaciones, computando como cotizados períodos cercanos al nacimiento de hijos o excedencias y se usan también cuando -por motivos relacionados con el cuidado- se ha reducido jornada y no se ha cotizado al 100 %, completándose dicha cotización. Además, el art. 237 TRLGSS contempla un beneficio adicional que no tiene que ver exactamente con cotizaciones ficticias y que consiste en que cuando las situaciones de excedencia por cuidado de hijos y por cuidado de familiares han estado precedidas por una reducción de jornada contempladas en el art. 37.6 del TRET, a efectos de la consideración como cotizados los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computan incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

El nacimiento y el cuidado de los hijos supone, por tanto, la condición previa para poder tener derecho -en algunos casos- a estas cotizaciones ficticias, una regulación que ha planteado la duda de si se deben conceder estos beneficios cuando el hijo nacido fallece después.

La Consulta del INSS de 30 de octubre de 2017[63], en estos casos, denegaba el reconocimiento de estas cotizaciones ficticias señalando que los beneficios que aparecen en los arts. 235, 236 y 237 -y también los que resultan del complemento por maternidad regulado en el art. 60 TRLSS- resultan aplicables sólo cuando el hijo nacido ha adquirido personalidad civil, de acuerdo con lo establecido en el art. 30º del Código Civil. Pero los Tribunales sí acceden a reconocer, en este

[61] Rodríguez González, A.: "Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones", *Lan Harremanak*, nº 38, 2017-II, p. 117.

[62] El actual art. 235 es heredero de la anterior DA 44ª del anterior texto de la LGSS y el actual art. 236 de la anterior DA 60º del anterior texto de la LGSS. La DA 60ª fue introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Acerca de los cambios introducidos por estos preceptos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social, *Vid.* Ballester Pastor, M.A.: "Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico", en *Temas Laborales*, nº 112, 2011, páginas 51-90 y Grau Pineda, C., Rodríguez González, S.: "El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones", *Documentación Laboral*, nº 103, 2015, p. 145 a 171.

[63] Aplicando el Criterio de Gestión 24/2017

supuesto, tanto la cotización ficticia que se reclama como el complemento de las pensiones -que analizaremos después-. Así lo hace la Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 15 de octubre de 2021[64].

En esta Sentencia se sostiene que el hijo que fallece después sí cuenta a la hora de aplicar el beneficio por cotización del art. 236 TRLGSS que sirve para calcular generar la pensión de jubilación de la madre. La Sala acude al art. 4º de la LO 3/2007, de 22 de marzo, y asume que el art. 236 TRLGSS tiene el objetivo de compensar una situación de discriminación que las mujeres han tenido por ser trabajadoras y tiene un impacto favorable sobre las mujeres, motivo por el que se sostiene que el conceder restrictivamente este beneficio supondría limitar dicho impacto. Aunque, en 2021, cuando se pronuncia esta Sentencia, el nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género -introducido por el RDL 3/2021, de 2 de febrero- estaba ya vigente y rechaza esta solución expresamente, el Tribunal lo reconoce ya que esta doctrina sirve para subsanar una situación de discriminación rechazando una interpretación restrictiva de la norma aplicable[65].

En cualquier caso, lo que es cierto es que la aplicación práctica de este beneficio de cotización es reducida pues es casi excepcional poder disfrutar de él, porque las cotizaciones ficticias que regula la norma son muy limitadas y, como limitación relevante, no sirven, por ejemplo, para generar derecho a todas las prestaciones, lo cual es un sinsentido.

Esta limitación es, no obstante, superada, en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2022[66] al concederse el subsidio por desempleo para mayores de 55 años computando las cotizaciones ficticias a una mujer a quien no se le habían tenido en cuenta los períodos de cotización ficticios que el art. 235 TRLGSS contempla, tras haber sido madre de tres hijos nacidos en 1980 y 1981. De acuerdo con la literalidad de este precepto -que es el que resulta de aplicación a este supuesto- las cotizaciones ficticias no servirían para generar derecho a un subsidio por desempleo; aún así, el Alto Tribunal concede la ficción de la cotización acudiendo a la naturaleza del subsidio para mayores de 55 años, por realizar estas normas un reenvío a las normas sobre jubilación, de acuerdo con la Constitución y efectuando una interpretación teleológica y sistemática de las normas aplicables. El Alto Tribunal consigue, así, la protección de la mujer, siendo evidente que ésta había sufrido directamente los efectos desfavorables de quedar fuera del Sistema por atender el cuidado de sus hijos y se le facilita, con el cómputo de ese período cotizado, su acceso al subsidio por desempleo, paso previo a su jubilación posterior.

Además de este valioso precedente del Alto Tribunal, los Tribunales intentan, también, sortear por otros mecanismos la aplicación de las otras -incómodas- rigideces que contienen estos preceptos, proporcionando, así, la protección postulada.

Así se hace en la STSJ de Aragón (Sala de lo Social) de 14 de diciembre de 2020[67]. Se plantea aquí la reclamación de una trabajadora que solicita acceder a la incapacidad temporal, desde la situación de alta y tras haber estado en situación de excedencia para el cuidado de hijos. A la

[64] nº 3876/2021, de 15 de octubre, ECLI:ES:TSJGAL:2021:4886.

[65] Anteriormente -con estos mismos argumentos- se reconocía también el derecho al complemento por maternidad al entender que la normativa aplicable era la existente en el momento del hecho causante. Es lo que se concluye en la STSJ Aragón (Sala de lo Social) nº 168/2019, de 20 de marzo. ECLI:ES:TSJAR:2019:1102. Aunque algunos pronunciamientos resolvían en sentido contrario. Esto es lo que hace la STSJ Madrid (Sala de lo Social) nº 351/2019, de 10 de abril. ECLI:ES:TSJM:2019:3321.

[66] nº 576/2022, RCUD nº 646/2021, ECLI:ES:TS:2022:2549.

[67] nº 611/2020, de 14 de diciembre, ECLI:ES:TSJAR:2020:1378. Pronunciamiento que se apoya en la previa STSJ de La Rioja de 10 de enero de 2019, nº 7/2019, ECLI:ES:TSJLR:2019:8.

trabajadora no le resulta aplicable el art. 237 TRLGSS porque no le sirve esta excedencia para acreditar cuotas para el acceso a la incapacidad temporal. No obstante, el Tribunal sí concede la incapacidad temporal al entender que, al estar ésta en alta en el momento del hecho causante, le resulta de aplicación la teoría del paréntesis en el tiempo cotizado previamente y la excedencia no debe computar como período durante el cual se conceden las cotizaciones ficticias -margen temporal que es limitado-[68].

Por lo demás, los beneficios de cotización de los arts. 235, 236 y 237 TRLGSS sólo otorgan un número de días de cotización que son insuficientes para compensar todas y cada una de las interrupciones que se producen en la carrera laboral, no alcanzando a la totalidad del período completo en el que ha tenido lugar la interrupción o la minoración de la cotización; al tiempo, estas dispares regulaciones tampoco parecen ser consecuentes con los objetivos perseguidos con el principio de corresponsabilidad[69].

Ello ocurre porque o bien se conceden a la madre únicamente -esto sucede en el art. 235 TRLGSS porque se exige la concurrencia de parto biológico- o bien se concede sólo a uno de los progenitores y, en caso de controversia entre ellos, se otorga el derecho a la madre -art. 236 TRLGSS-. La concesión del beneficio debiera efectuarse, no obstante, para avanzar en corresponsabilidad, al progenitor que demostrara haber sufrido las desigualdades laborales provocadas por el ejercicio de las labores de cuidado.

Además, sigue sin comprenderse cuál es el motivo por el que, en el art. 237 TRLGSS, sirve como período cotizado el período de tres años de excedencia por cuidado de hijos, mientras que el período de excedencia por cuidado de familiares se entiende cotizado sólo al primer año de excedencia[70]. Y tampoco resulta igual el beneficio que consiste en computar como trabajada el 100 % de la jornada cuando se ha trabajado a tiempo parcial, pues en cada caso, dependiendo del motivo que posibilita acudir a la reducción de la jornada del art. 37.6º TRET se concede una protección u otra. Así, si se ha trabajado a tiempo parcial por cuidado de menor -de acuerdo con lo establecido en el art. 37.6º TRET, primer párrafo-, la cotización alcanza al 100 % durante los dos primeros años de reducción de jornada por cuidado de menor[71]; pero si la jornada se ha reducido por alguno de los supuestos de reducción de jornada contenidos en el primer y segundo párrafo del art. 37.6º del TRET, el 100 % de la cotización se tiene en cuenta sólo el primer año. Además, en estos casos, estas cuotas se entienden ingresadas a efectos de las prestaciones de la

[68] Alega el Tribunal que una interpretación contraria a la expuesta podría dar lugar a una situación de discriminación indirecta por razón de sexo pues un 90 % de las personas que hacen uso de la excedencia por cuidado de hijo son mujeres y se verían perjudicadas ante el acceso a la prestación por incapacidad temporal, al no computarse el período de excedencia para el cumplimiento de la carencia necesaria, cuando en realidad se producía una situación que impedía el trabajo por razón de la conciliación de la vida laboral y familiar.

[69] Tal como ha venido criticando la doctrina científica, *Vid.* entre otros muchos, Rodríguez González, S.: "Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones", *Lan Harremanar*, nº 38, 2017-II, p. 105.

[70] Este diferente trato de las dos modalidades de excedencia carece de justificación y resulta insuficiente atendiendo al tiempo durante el cual podría teóricamente prolongarse la misma y el exiguo tiempo que se concede como período cotizado. Se trata de una diferencia que ha sido criticada en numerosas ocasiones por parte de la doctrina. Vid, Rodríguez González, S.: "Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones", *Lan Harremanak*, nº 38, 2017-II, p. 105.

[71] A estos efectos, para el cálculo de estos dos años se ha de tener en cuenta el tiempo durante el cual la trabajadora ha estado trabajando a tiempo parcial, descontándose de esos tramos los momentos en los que no se ha necesitado dicha aportación. En la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) nº 138/2020, de 14 de enero, ECLI:ES:TSJPV:2020:221 se concede a la trabajadora la prestación por maternidad calculando la BR de esta prestación al 100 % al entender que el período previo -en el que se computan las cuotas al 100 %- ha de calcularse incluyendo sólo los momentos en los que hace falta completar la cotización al 100 %, es decir, los momentos en los que se ha permanecido trabajando anteriormente a tiempo parcial, sin que el tiempo en el que la trabajadora no completa sus cuotas hasta el 100 % -en este caso el tiempo en el que la trabajadora disfruta de una excedencia- deba tenerse en cuenta.

Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. En cambio, en los supuestos de reducción de jornada del art. 37.6º, tercer párrafo y último párrafo del apartado 4º, las cotizaciones se computan al 100 % pero a efectos de muchas más prestaciones: por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

Esta diferente regulación conduce a situaciones injustas y debiera homogeneizarse, pues el legislador posibilita la coberturas de algunas prestaciones y otras no, sin ofrecer una justificación suficiente cuando sí ha ocurrido que no se ha cotizado y se ha producido una circunstancia de cuidado de hijos que ha provocado esta irregularidad en las cuotas, y es evidente, también, que se precisa la concesión de la cotización ficticia.

La tozudez de los preceptos generan desprotección. En el caso planteado en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 3 de junio de 2019[72] el Tribunal no reconoce la reclamación postulada por la recurrente, aunque reconoce su impotencia para hacerlo denegando que se compute la base reguladora de la prestación de riesgo por embarazo al 100 % de una trabajadora ya que la reducción de jornada por guarda de menor que -constaba como efectiva- no da derecho a la obtención del beneficio que sí aparece, en cambio, en el art. 237 TRLGSS, para causar otras prestaciones[73].

Por lo tanto, esta regulación es insuficiente, no aplica criterios de corresponsabilidad y además, genera diferencias de trato injustificadas, por no decir que resulta complejísima en su misma comprensión y aplicación práctica[74].Por eso, lo que sería deseable es que la cotización ficticia se aplicara de forma más sencilla, homogéneamente y, además, que se hicieran estudios acerca de cómo se está usando y qué impacto tiene actualmente esta medida en las pensiones de las mujeres[75]; en general debiera ofrecerse mayor cobertura pues ha de servir realmente para minimizar daños, pero, sobre todo, debiera facilitar que se atribuyera a cualquier sujeto que interrumpe su actividad laboral.

---

[72] nº 2820/2019, de 3 de junio, ECLI:ES:TSJCAT:2019:4937

[73] Reconoce el juzgador su propia impotencia para dar una solución diferente al conflicto al señalar que: *(…Que pueda ser un torpe olvido del legislador puede conducir a la Sala a considerar que de lege ferenda sería conveniente y necesaria la inclusión entre las prestaciones que gocen del beneficio y reconocidas a quien disfruta de reducción de jornada por guarda legal de menor de 12 años, de la de riesgo por embarazo, porque no alcanzamos a descubrir la causa del tratamiento no homogéneo respecto de otras situaciones establecidas con igual teleología que la que aquí nos ocupa, como la reducción por lactancia u hospitalización, pero, desgraciadamente, no nos habilita para realizar una interpretación integradora o creadora, contraviniendo la tozudez de la literalidad del precepto querido por el legislador, contraviniéndolo.*

[74] Las críticas vertidas sobre ella siguen siendo perfectamente aplicables porque no ha variado demasiado en su configuración. Vid, así, entre otras muchas, las que ofrece Ballester Pastor, M.A.: "Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico", *Temas Laborales*, nº 112, 2011. De ello es buena prueba los conflictos que se plantean para efectuar el cálculo de los períodos que deben tenerse en cuenta para calcular los períodos a los que se aplican los beneficios de cotización. Una muestra de estos problemas a la hora de la concesión del 100 % de la prestación por maternidad se plantean, así, en la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) nº 941/2021, de 4 de junio, ECLI:ES:TSJCLM:2021:1953; en la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) nº 2166/2018, de 6 de noviembre, ECLI:ES:TSJPV:2018:3918 o en la STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) nº 1309/2018, de 19 de junio, ECLI:ES:TSJPV:2018:2130.

[75] En el Informe de CCOO: La brecha de género en el sistema de protección social (desempleo y pensiones), po. Cit, p. 19 y ss, se alude precisamente a la necesidad de recurrir a los períodos reconocidos como cotizados permitiéndose que los disfruten indistintamente las personas trabajadoras (mujeres y también hombres) como medida de corrección de la brecha de género. Y en el mismo estudio se lamenta que el Gobierno no publique ningún seguimiento estadístico del grado de utilización de estas medidas, por lo que se desconoce el grado de capacidad de mejora de las prestaciones y su incidencia en la mejora de la brecha de género.

Otra posibilidad de la norma podría ser que ésta ofreciera privilegios de cotización a la misma familia, y que se eligiera, después, a quién se le aplica, dependiendo de la configuración de las carreras de cotización de los miembros de la unidad familiar[76]. En los casos de familias monoparentales, además, podría generarse una bonificación mayor, para evitar los perjuicios que se generan, hoy día, los permisos parentales de titularidad individual e intransferible en las familias monoparentales, una cuestión en la que el legislador ha de actuar de forma urgente y que está requiriendo de una pronta solución del conflicto -por parte del Tribunal Supremo- pues solamente en algunos TSJ de nuestro país se están concediendo permisos parentales duplicados a familias monoparentales[77].

Y es que, como se ha comprobado previamente, difícilmente se consigue el abordaje de la corresponsabilidad y la conciliación con la concesión de derechos de titularidad neutra, es decir, con derechos teóricamente ejercitables por hombres y mujeres: se trata de intentar expandir hacia la protección social la similitud de los mecanismos utilizados para extender la corresponsabilidad en el mercado de trabajo, es decir que este diseño se tenga en cuenta , también, en las medidas de protección social[78]. De esta forma se atiende, al mismo tiempo, al cumplimiento de los objetivos de igualdad, pues no se trata de medidas que se dirigen sólo hacia mujeres y madres cuidadoras sino que se reconocen a cualquier progenitor y/o cuidador. Y se actuaría ofreciendo protección cuando se la necesita -durante la vida activa- permitiendo una mejor conexión con el trabajo a ambos progenitores.

En Europa los créditos por cuidado serían algo similar a estas cotizaciones ficticias, existen prácticamente en todos los países europeos, y aunque no resuelven por completo la brecha de género, ni tampoco son perfectos desde el punto de vista de la técnica jurídica utilizada, ni son completamente exportables a nuestro país, sí pueden ser un instrumento relevante para reducirla, aunque la capacidad para compensar la brecha de género depende de los aspectos específicos de su diseño o, por ejemplo, de sobre qué importes se apliquen las bonificaciones de cotización; o si se aplica hacia sólo las trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia, o si sirven para completar las pensiones del nivel proteccional contributivo, o si afectan a la mejora de las pensiones de las mujeres en sólo determinados pilares del Sistema. En cualquier caso, y lo que está claro es que la implementación de un paquete amplio de los créditos por cuidado resulta cada

[76] Un mecanismo parecido se usa en Suecia, donde las familias pueden usar los créditos por cuidado según lo que más les convenga. *Vid.* ARZA, C.: "El diseño de los sistemas de pensiones y la igualdad de género, ¿Qué dice la experiencia europea?", Naciones Unidas, Santiago, 2017, p. 26.

[77] Los conceden, así, la Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social) nº 425/2022, de 28 de enero, ECLI:ES:TSJGAL:2022:971; la Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social) nº 2173/2022, de 9 de mayo, ECLI:ES:TSJGAL:2022:3469 y la Sentencia del Juzgado de lo Social de Córdoba (Comunidad Autónoma de Andalucía) nº 2/2022, de 13 de enero, ECLI:ES:JSO:2022:30; en cambio, se deniega la prestación por nacimiento y cuidado de hijos duplicada para familias monoparentales en la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) nº 3471/2021, de 30 de noviembre, ECLI:ES:TSJCV:2021:7201.
Dos comentarios jurisprudenciales que indagan acerca de esta doctrina -claramente contradictoria- aparecen en: García Romero, B., Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor, en Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 6, 2022; y Ballester Pastor, I.: "Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1, 2021.

[78] Rodríguez González, S.: "Brechas de género en el mercado laboral: una mirada crítica ante el horizonte 2030", *Revista Atlantuda*, nº 9, diciembre 2018.

vez más importante[79]. Y esto mismo es lo que recomienda la OIT[80], y también se apuesta por ello, considerándolos un incentivo político eficaz, en el *Informe de adecuación de las pensiones de 2021 elaborado por el Comité de Protección Social y la Comisión Europea*[81].

Estos créditos por cuidado -con mayor cobertura, sin tantas limitaciones y con un diseño que fomente la corresponsabilidad- corregirían las interrupciones, fomentarían el reparto de responsabilidades por cuidado y operarían sin protegiendo a los cuidadores -de hijos o de familiares- de la ausencia de la cotización durante la vida laboral. Actúan, además, cuando se necesita y una vez el daño se ha producido, en previsión de daños futuros en las pensiones posteriormente.

2. El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género

Este complemento no es nuevo en nuestro ordenamiento -aunque su regulación es reciente ya que surge tras la nueva redacción que se da al art. 60 TRLGSS en el RDL 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras medidas en los ámbitos de la Seguridad Social y económico[82]- pero, aún así, claramente el actual complemento resulta heredero del anterior complemento por maternidad por contribución demográfica.

El previo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del Sistema por contribución demográfica fue un precepto absolutamente caótico desde el punto de vista de la técnica jurídica utilizada, aunque desde la perspectiva estadística, sociológica y económica es claro que parecía mejorar -al menos sobre el papel-[83] la brecha de género pensional. No

[79] Como se afirma en: Arza C, "El diseño de los sistemas de pensiones y la igualdad de género, ¿Qué dice la experiencia europea?", Naciones Unidas, Santiago, 2018, p. 10. Se señala en este estudio que en Suecia estos créditos por cuidado se implantaron en los años 70 y en el año 1986 en Alemania, y allí las reformas más recientes los asocian no sólo con los cuidados de hijos e hijas sino también con el cuidado de familiares y/o dependientes. P. 24. En Alemania los créditos infantiles se extienden hasta 10 años y se aplican por un sistema de puntos. En Francia existen tres tipos de créditos por pensiones por cuidado infantil, uno de ellos es el bono jubilatorio, para personas con tres hijos o más; se trata de un beneficio adicional que incrementa la jubilación un 10 % en el régimen general y pueden obtenerlo tanto el padre como la madre de más de tres hijos. P. 26.

[80] En el Informe ejecutivo de la OIT que lleva por título *Informe Mundial sobre protección social 2020-2022. :La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor,* se viene a decir aquí que los sistemas de créditos de pensiones para hombres y mujeres en concepto de cuidados prestados a hijos o familiares contribuyen a evitar los períodos de interrupción de la carrera laboral de las mujeres y los períodos de cotización asimilados también puede ser una medida que ayude a la percepción de una pensión.

[81] Fechado en Bruselas el 4 de junio de 2021. Se destaca aquí que, a efectos de garantizar pensiones adecuadas, un incentivo político eficaz para proteger los derechos de pensión pueden ser los créditos de pensión por interrupciones de la carrera profesional por motivos familiares o por desempleo. Según se concluye en este Informe, las proyecciones muestran que los créditos por el cuidado de hijos o por desempleo -y/o los créditos por cuidado de un adulto dependiente- limitan de forma significativa las interrupciones de la carrera profesional; estos créditos están expandidos por diferentes estados miembros, pero existen disparidades entre ellos. *Vid.* Conclusión nº 6 de Principales conclusiones del *Informe sobre la adecuación de las pensiones de 2021 del Comité de Protección social y la Comisión europea*, de 4 de junio de 2021, 9145/21, SOC 356, EMPL 266, ECOFIN 509.

[82] BOE de 3 de febrero de 2021. Vid, para un análisis de esta figura: Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G.: "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 de febrero)" en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 27, 2021, p. 11 y ss.

[83] Así lo pone de manifiesto Cruz Villalón, J., en "El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 28, 2021, p. 38. Acerca de sus efectos reales, en uno de los pocos estudios que se posee al respecto de su repercusión en la brecha de género de este primer complemento por contribución demográfica, el Informe de CCOO: La brecha de género en el sistema de protección social (desempleo y pensiones), op, cit, p. 22 se señala que en 2016 y 2017 se reconocieron este tipo de complementos a un total de 317.029 nuevas pensiones, lo que equivale al 55 % de las reconocidas a mujeres, habiendo sido la cuantía

obstante, ya comenzó mal esta disposición cuando se gestó intempestivamente, ya que fue incluida a través de una enmienda a una Ley de Presupuestos Generales del año 2015 y después se incorporó al art. 50.bis en la anterior LGSS, dando lugar, posteriormente, al art. 60 en el nuevo TRLGSS. Posteriormente, en su corta vida, ha sido un complemento duramente criticado -casi unánimemente- por parte de la doctrina científica- y ha dado lugar a un número de estudios tan inmenso e inusual que convierte en inabordable el análisis de todos los aspectos que son criticables del mismo[84]. En esencia, ha sido tal el desbarate legal que el mismo legislador no ha tenido inconveniente en admitir en el Preámbulo del Real Decreto Ley 3/2021, de 2 de febrero, la *defectuosa configuración legal del complemento* anterior, que ahora se corrige.

El complemento de maternidad por contribución demográfica -entre otras carencias- no había delimitado correctamente cuál era el objeto de la protección a la que se dirigía y generaba un trato desigual, excluyendo a colectivos de mujeres relevantes de su percepción -quienes también se habrían visto perjudicadas por el nacimiento de sus hijos-. Así ocurría que quedaban sin cobertura las madres de un solo hijo; las mujeres que hubieren causado el derecho a percibir una pensión contributiva con anterioridad al 1 de enero de 2016; las mujeres cuya pensión no alcanzase el importe máximo establecido anualmente para las pensiones públicas en la correspondiente LPGE; las mujeres que hubieran accedido a la jubilación voluntaria -exclusión que fue avalada por el TJUE y por el TCO entonces, pero que después fue corregida en el nuevo complemento-[85]; las mujeres perceptoras de la jubilación parcial, o las mujeres que no tuvieran

media del complemento de 56,17 euros mensuales, un resultado que el mismo Informe considera relevante, aunque el complemento a mínimos sea una medida mucho más efectiva que ésta en la reducción de la brecha de género.
Desde una perspectiva meramente económica, también existe algún estudio financiero actuarial que ha concluido que el complemento de maternidad por contribución demográfica sí conseguiría disminuir la brecha de género en las altas de pensiones de jubilación, ya que la pensión inicial aumenta y, una vez aplicado el complemento, la tasa de reemplazo de la mujer es siempre mayor a la del varón. *Vid.* Bonell Ruiz, R., Devesa Carpio, J.E.: "El complemento por maternidad de las pensiones de la Seguridad Social en España: análisis financiero actuarial basado en la MCVL", en *Economía española y protección social*, IX, año 2017, p. 153.
Más recientemente, se ha comprobado que de este complemento por maternidad las mujeres que más se han beneficiado han sido las mujeres que cobran pensión de viudedad, seguidas de las perceptoras de pensión de jubilación y, tras ellas las que han accedido a una pensión de incapacidad permanente. También se ha comprobado que las mujeres autónomas son las que han tenido más hijos y, por tanto, éstas han percibido este complemento en mayor proporción que las trabajadoras por cuenta ajena. *Vid.* Granell Pérez, R., Salvador Cifre, C.: "Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias", *CIEREC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 98, marzo de 2020, p. 317.

[84] Por todos, la monografía de la que es autor Vivero Serrrano, J., que lleva por título *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021, donde se analiza exhaustivamente el nuevo complemento y el anterior.

[85] Esta particular exclusión no se consideró una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, de acuerdo con la STJUE, Caso YJ contra el INSS, de 12 de mayo de 2021. Vid, un Comentario de este pronunciamiento en: Ballester Pastor, I.: "El complemento de pensión de jubilación para mujeres con más de dos hijos -por su aportación demográfica a la Seguridad Social- no se abona a las perceptoras de pensión de jubilación anticipada por voluntad propia. El art. 60.4º LGSS no supone una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 5, 2021.
Previamente al planteamiento de esta cuestión prejudicial el Tribunal Constitucional, en el Auto nº 144/2018, de 16 de octubre, BOE de 20 de noviembre de 2018, ya había inadmitido la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al art. 60.4º TRLGSS por el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona, aunque tal Auto incorpora dos Votos particulares de indudable interés.
Por eso los Tribunales españoles no han reconocido, después, este complemento en esta situación, *Vid.* STSJ Asturias (Sala de lo Social), nº 497/2022, de 8 de marzo, ECLI:ES:TSJAS:2022:761; aunque la STSJ Cataluña (Sala de lo Social), nº 1853/2022, de 21 de marzo de 2022, integrando el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas sí ha reconocido el complemento por aportación demográfica al interpretar la normativa previa al RDL 3/2021, de 2 de febrero, con perspectiva de género.

acceso a la pensión contributiva; y también dejaba fuera la protección de las familias integradas por parejas homosexuales masculinas[86]. Además, este complemento tenía otros muchos defectos, entre ellos, el de incrementar más las pensiones más altas, perjudicando a las de baja cuantía; además, no hay que olvidar que este complemento dejaba también fuera a las mujeres con hijos que no hubiesen generado una pensión contributiva que diera derecho al mismo[87]. Pero, sobre todo, este precepto dejaba fuera a los hombres.

Aquella defectuosa configuración legal fue considerada, por ello, contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, motivo por el que el RDL 3/2021, de 2 de febrero debió redefinir posteriormente este complemento. El legislador quedaba compelido a actuar para corregir la discriminación directa que la norma incluía, al haber sido ésta detectada por la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA)[88], una discriminación que ya había sido adelantada, años atrás, por la doctrina científica[89].

Este pronunciamiento tuvo repercusiones que todavía son evidentes en Sentencias recientes, y vino a causar un verdadero embrollo[90] que ha sido patente con la posterior asunción de esta doctrina por parte de los Tribunales españoles, una asunción obligada y que ha sido abordada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2021, de 13 de septiembre[91]. Esta conflictividad

[86] A estas exclusiones se refiere Fernández Nieto, L.: "Una nueva medida contra la discriminación: el complemento para reducir la brecha de género en las pensiones contributivas", *Diario La Ley*, nº 9846, 2021, p. 7/16. Vid, también: Sánchez Rodas, C.: "Complemento por maternidad y pensiones contributivas: las olvidadas madres del *baby boom* y las madres de hijos únicos", en *e-Revista Internacional de la protección social*, 2019, Volumen IV, nº 1; Moreno Romero, F.: "El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión europea", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 25, 2020; o Perchin Benito, N.: "El complemento por maternidad en las pensiones contributivas", *La Ley*, nº 5914, 2021, entre otros muchos estudios.

[87] Vid, Granell Pérez, R., Salvador Cifre, C.: "Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objeciones, resultados y consecuencias", en *CIEREC- España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 98, marzo de 2020, p, 287-322. Se concluye también en este mismo estudio que entre las mujeres ocupadas, las que más hijos tienen son las trabajadoras por cuenta propia y también son las trabajadoras por cuenta propia las que acreditan carreras de cotización más cortas.

[88] ECLI:EU:C:2019:1075. Vid, comentando este pronunciamiento, Monereo, J.L., Rodríguez Iniesta, G.: "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la seguridad Social española con los Tribunales europeos", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 22, 2020, p. 13-24; Martínez Barroso, M.R.: "Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social". *Unión europea Aranzadi*, nº 6, 2020: Vicente Palacio, M.A.: "Sobre el carácter discriminatorio del complemento de maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género)", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2020; Molina Navarrete, C.: "Brecha de género y pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 445, 2020, p. 188-201. Rivas Vallejo, P.: "La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1, 2020.

[89] Más concretamente por Ballester Pastor, M.A., en "El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión europea", *Lex Social*, volumen 6, nº 1, junio 2016.

[90] Como lo califica acertadamente Cruz Villalón, J., en "El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 28, 2021.

[91] Vid, comentando esta Sentencia, Casas Baamonde, M.E.: "El control constitucional de la aplicación del Derecho de la Unión europea y de la inaplicación de la ley interna por jueces y tribunales (complementos de pensiones contributivas por maternidad y «discriminación masculina»", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 9/2021. El Tribunal Constitucional había intervenido en esta controversia hasta en tres ocasiones: en el Auto 106/2008, de 2 de octubre, en el Auto 114/2018, de 16 de octubre, que inadmite cuestión de inconstitucionalidad y en el Auto 89/2019, de 16 de julio. Vid, acerca de alguno de los problemas a los que los Tribunales han debido dar respuesta: Hernández Vitoria, M.J.: "Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS", en *Revista española de Derecho del trabajo*, nº 249, 2022. Algunos de estos problemas se están solventando recientemente por parte del Tribunal Supremo. Así ha sucedido con el problema relativo a los efectos económicos del reconocimiento a los varones del complemento por maternidad por aportación demográfica en la pensión de jubilación

judicial era, no obstante, imprescindible, pues el INSS no ha reconocido automáticamente a los varones tal complemento obligándoles a acudir a juicio necesariamente[92]. Así pues, superando estos impedimentos, los hombres ya tenían derecho al complemento por aportación demográfica y se admitía, también, que éste se compatibilice con la percepción de otro complemento por maternidad para el otro progenitor/a, dentro de la misma familia, a pesar de que esa posible compatibilidad haya quedado regulada de otro modo en la nueva redacción del art. 60 TRLGSS[93].

Así las cosas, en febrero de 2021, la situación era insostenible, sobre todo, porque la medida pasaba a resultar inoperante y, además, costosa para el Sistema. De ahí que la reconfiguración del art. 60 TRLGSS fuera absolutamente necesaria. Lo ideal hubiera sido -entonces- repensar la medida y rehacerla detenidamente, estableciendo una prestación compensatoria de los cuidados corresponsable que discurriera y conviviera pacíficamente junto a la establecida en los arts. 235, 236 y 237 TLGSS y que se ajustara a lo previsto en la doctrina comunitaria, de forma que la misma no resultara contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978; pero la urgencia era insalvable -de ahí que en el Preámbulo del RDL 3/2021 de 2 de febrero se establezca que lo que se pretende con este precepto es reforzar la fortaleza y viabilidad del Sistema de Seguridad Social- pues evidentemente su coste se iba a salir de lo previsto inicialmente y no cabía derogar el art. 60 TRLGSS pues esta última opción era poco viable, sobre todo políticamente.

El actual complemento, por tanto, tiene la finalidad de incidir en la brecha de género y es heredero del anterior, aunque corrige los aspectos más controvertidos de su regulación, si bien eliminando algunas de las desigualdades -por ejemplo, ya se accede a éste desde la jubilación anticipada voluntaria-. Además, se regula el régimen de la posible compatibilidad entre los dos progenitores.

Pero lo más relevante es, sin duda, que, ahora, sí acceden al complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género las mujeres y los hombres, pero sigue apareciendo un trato desigual pues las mujeres no han demostrar que han padecido la brecha de género mientras que los hombres sí deben hacerlo. Ellos han de estar más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha, o, en caso de adopción, entre la fecha de la adopción y los tres años siguientes; y en el caso de los hijos o adoptados a partir de 1995 la regla a aplicar depende de que la suma de las bases de cotización de los 24 meses anteriores al nacimiento sea inferior en más de un 15 % a la de los 24 meses anteriores.

---

en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 30 de mayo de 2022, nº 487/2022, ECLI:ESTS:2022:1995, donde se establece que la fecha de efectos económicos debe ser la fecha del hecho causante de la pensión siempre que se reúnan el resto de los requisitos exigidos, recogiendo el criterio de sus anteriores Sentencias del Alto Tribunal, de 17 de febrero de 2022, nº 160 ECLI:ES:TS:2022:621 y, también de 17 de febrero, nº 163, ECLI:ES:TS:2022:622.

92 Como muestra de ello, los Tribunales siguen ocupándose de reconocer dicho complemento a los hombres, Vid, entre otras muchas, por más reciente, la STSJ Madrid (Sala de lo Social) de 28 de marzo de 2022, nº rec. 673/2021, ECLI:ES:TSJM:2022:3831. La Sala de lo Social de Galicia ha planteado, por ello, una cuestión prejudicial ante el TJUE, sobre discriminación por razón de sexo al obligar a pensionistas reclamar judicialmente el plus de maternidad ante el Criterio de Gestión del INSS de denegar siempre tal complemento a los varones y obligarlos a reclamar vía judicial. Vid, el Auto de la Sala de lo Social, Sección 1ª de 2 de febrero de 2022, ECLI:ES:TSJGAL:2022:1ªA.

93 Así se reconoce en la STSJ País Vasco (Sala de lo Social) nº 170/2021, de 26 de enero, ECLI:ES:TSJPV:2021:238, un pronunciamiento que incorpora un Voto particular. También se reconoce el complemento por maternidad a favor del padre de dos hijos, aunque también era beneficiaria la madre de otro complemento en la STSJ de Cantabria, nº 2020/2022, de 18 de marzo, ECLI:ES:TSJCANT:2022:335. No obstante, en la STSJ de Aragón (Sala de lo Social), nº 113/2022, de 15 de febrero,ECLI:ES:TSJAR:2022:230, se resuelve que el complemento por maternidad por aportación demográfica se abona al padre progenitor tras reducirse el importe reconocido a la otra progenitora como complemento para la reducción de la brecha de género, ya que ha de tenerse en cuenta la aplicación de dos regulaciones diferentes.

Nótese que una parte este régimen exclusivo de los hombres se asimila casi completamente al ya establecido de las cotizaciones ficticias porque parte de la misma situación de necesidad -interrupciones de cotización-. En cambio, en el caso de los hijos nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995 lo que se requiere no es una ausencia de cotización sino un daño real en las cotizaciones efectuadas. Si, en cambio, los hombres solicitan el complemento al percibir la pensión de viudedad -siendo ellas las causantes- se exige que los hijos generen pensión de orfandad -lo que implica también el establecimiento de incongruencias más que evidentes-.

Resta decir que va a ser difícil que estos criterios sirvan para reflejar el daño en la vida laboral de los hombres y serían necesarios estudios actuariales que estudiaran los impactos reales de los cambios producidos, además de que hay que introducir especialidades en el RETA pues los autónomos tienen reglas especiales para cotizar que aquí no se tienen cuenta[94]. Pero, sobre todo, se sigue señalando a la mujer como la principal destinataria de este complemento exigiéndose la acreditación de la situación de necesidad -del efectivo daño en la pensión por el ejercicio de las labores de cuidado- sólo en los hombres.

Por lo demás, es cierto que los mecanismos de compensación deben existir, pero posiblemente debieran limitarse a amortiguar daños reales en las carreras laborales truncadas por motivos de cuidado, sin distinguir sexos, de tal forma que se diseñara instrumento que no sirva como perpetuador de estereotipos. Para ello, es básico delimitar el objeto de la protección y la situación de necesidad que el precepto pretende proteger.

Ahora esta situación de necesidad se define en el art. 60.1º TRLGSS al señalarse que el complemento se abona a las mujeres que, en primer lugar, hayan tenido uno o más hijos o hijas -un complemento por *cada* hijo-; además estas mujeres sólo son perceptoras del complemento si son beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o viudedad. Sentado lo anterior, el objetivo que cumple el "bono por hijo" es servir a *la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social en las mujeres*, rebajándola, se ha de entender, aunque esta rebaja opera con carácter general.

Por ello, sin perjuicio de desgranar mejor los aspectos controvertidos de este nuevo complemento[95] , lo cierto es que la norma protege, en ellas, de un daño sólo presunto, del mismo daño presunto frente al que actúa la pensión de viudedad tal como está diseñada actualmente, lo que provoca que se "malgaste" en los casos de mujeres que compatibilizan ésta con una pensión de jubilación alta, o con las rentas derivadas de un trabajo, pues aquí la pensión de viudedad tampoco responde ante una necesidad real. No obstante, sería más razonable, igual que ocurre con la viudedad, otorgar el complemento del art. 60 TRLGSS a los cuidadores -sea cual sea su sexo- atendiendo a los efectos negativos que se provoquen sobre la carrera profesional, excluyendo los casos en los que la cuantía de la pensión no desemboque en un tratamiento peyorativo[96], aún siendo conscientes de las dificultades de delimitar exactamente en qué casos estos daños se han producido.

[94] En cuyo caso las cuotas dependerán desde 2023 de los rendimientos declarados, habiendo desaparecido la figura del trabajo autónomo a tiempo parcial según el RDL 13/2022, de 26 de julio.

[95] Para lo que nos remitimos al estudio que elabora al respecto Gala Durán, C., en "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género ¿lo que mal empieza, mal acaba?", en *Temas Laborales*, nº 158, 2021, p. 121-159.

[96] De esta opinión es también Cruz Villalón, J., *Op. Cit.* P. 44.

VI. El nuevo complemento ¿vulnera el derecho europeo?: Obstáculos actuales

Así pues, una de las cuestiones que quedan pendientes de resolver es, ahora, si el nuevo complemento se adecuaría a lo previsto en la Directiva 79/7/CEE y con la doctrina elaborada en casos semejantes por parte del TJUE. Con carácter previo y, como es sabido, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la seguridad social no se establece en la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006 sino en la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social porque la seguridad social ha sido una materia atribuida a las legislaciones internas.

A este respecto, el mismo TJUE ha advertido en numerosas ocasiones del carácter discriminatorio que pueden tener los beneficios para el cuidado familiar atribuidos exclusivamente a las mujeres; lo hizo ya en el asunto Roca Alvarez[97] afectando ello al derecho de lactancia español, que es un derecho indistinto para hombres y mujeres y lo volvió a hacer en el asunto Maïstrellis[98], donde el TJUE vuelve a señalar que resulta discriminatorio que el permiso parental del hombre solamente opere cuando la madre no trabaja. La atribución a la madre resulta ser un condicionamiento contrario al carácter neutro que han de tener los permisos parentales conforme a la Directiva 2006/54 porque establecen diferencias en las condiciones de trabajo de mujeres y hombres.

La propia Sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA contra el INSS) concluye que el complemento de pensión no está incluido en el concepto de retribución del art. 157 TFUE ni en la Directiva 2006/54, pero sí queda comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CE. Y, asimismo, se señala, que el artículo 157 TFUE , apartado 4, establece que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impide a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales, pero esta disposición no puede aplicarse a una norma nacional como el art. 60 TRLGSS ya que el complemento se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

Y, en conexión con ello, ya la Sentencia TJCE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar[99], C-366/99, viene a decir también, en relación a la medida que aquí se debate -una bonificación para funcionarias que han cuidado de sus hijos un período mínimo de años que se aplica posteriormente sobre la jubilación que contemplaba la normativa francesa- y que sólo se reconoce a ellas, que ésta no está destinada a compensar las desventajas que sufren en su carrera las funcionarias, ayudándolas en su vida profesional. Por el contrario, esta medida se limita a conceder a las funcionarias que sean madres una bonificación de la antigüedad en el momento de su jubilación, pero sin aportar ningún remedio a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional.

---

97 STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09.

98 STJUE de 16 de julio de 2015, C-222/14.

99 EU:C:2001:648. Se debate aquí la exclusión de los funcionarios en la normativa francesa que han probado haberse dedicado al cuidado de sus hijos y frente a su otorgamiento a las funcionarias mujeres.

En la Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014, Asunto C-173/13, Caso Leone[100], la misma normativa francesa -modificada tras la Sentencia Griesmar- les reconoce a ellos el complemento pero ellos deben acreditar que haya lugar una interrupción de actividad de una duración continuada al menos igual a dos meses que haya tenido lugar en el marco de un permiso de maternidad.

El Sr. Leone solicita la bonificación en su jubilación anticipada alegando su condición de padre de tres hijos, aunque sin haber interrumpido su actividad por el cuidado de sus hijos. El requisito de interrupción de actividad profesional de dos meses se impone a los hombres y se trata de un requisito que -aunque tenga carácter aparentemente neutro en el plano del sexo de los funcionarios afectados- puede cumplirlo un porcentaje considerablemente más reducido de funcionarios que de funcionarias, por lo que, en realidad, discrimina a un número mucho mayor de trabajadores de un sexo que de trabajadores del otro.

La Sentencia concluye que, excepto si puede estar justificado por factores objetivos ajenos a toda discriminación por razón de sexo, como un objetivo legítimo de política social, y si es adecuado para garantizar el objetivo invocado y necesario a tal fin, lo que exige que responda verdaderamente al empeño en alcanzarlo y que se aplique de manera coherente y sistemática desde este punto de vista, un régimen de jubilación anticipada con pensión de disfrute inmediato es causa de una discriminación indirecta en materia de retribución entre trabajadoras y trabajadores contrario a dicho artículo. Esta medida, por lo demás, se limita a favorecer un final anticipado de la carrera profesional y tampoco puede aportar ningún remedio a los problemas que pueden encontrar los funcionarios durante su carrera profesional ayudándoles en esta carrera ni a garantizar de este modo, concretamente, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

Son, pues, los casos *Leone y Griesmar* en donde se contiene la doctrina del TJUE que aplica los aludidos preceptos de la Directiva 79/7 CE de 19 de diciembre de 1978 que sería trasladable al actual complemento por maternidad.

En el caso *Griesmar,* del año 2001, la normativa francesa impedía a los funcionarios hombres acceder a la bonificación de la pensión de jubilación por tener un hijo pero lo más relevante de ésta, para el TJUE, era que la bonificación no era una medida destinada a ayudar a las madres durante su vida profesional porque realmente no sirve para resolver los problemas que se plantean durante su carrera laboral. En Griesmar se dilucidaba la existencia de una discriminación directa. En el caso *Leone*, donde también se valora si la normativa francesa -reformada años después- era igualmente compatible con la mentada Directiva 79/7/CEE, en este caso por discriminación indirecta, la normativa que está en liza exige a los funcionarios que las compensaciones que se establezcan por cuidado a la madre deban de tener una conexión directa con el tiempo efectivo de cuidado, algo que no se les exige a ellas. Y vuelve a señalar, aquí, el TJUE que no es admisible esta diferenciación[101]. Pero, sobre todo, en el diseño del nuevo complemento, como hemos visto, el beneficio se dirige hacia la madre y se diferencia del que se ofrece a ellos sin cuantificarse -en

[100] C-173/13, EU:C:2014:2090, TJCE 2014/273.

[101] Resultan completamente válidos, por tanto, aquí, las críticas vertidas en torno a la falta de acomodo del anterior complemento por maternidad a la jurisprudencia del TJUE por Ballester Pastor, M.A., en "El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión europea", en *Lex Social*, Volumen 6, nº 1/2016. Más recientemente -en torno a la validez del nuevo complemento por maternidad tras el RDL 3/2021, se expresa a favor de ello también Gala Durán, C., en "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿Lo que mal empieza mal acaba?", en *Temas Laborales*, nº 158, 2021, p. 157.

ellas- el daño que ha tenido lugar en la carrera del seguro, lo que determina la existencia de la discriminación indirecta[102].

VII. La doctrina judicial sobre discriminación por razón de sexo en normas sobre protección social y su impacto en la brecha pensional

Vistos los mecanismos -más relevantes- de nuestro Sistema de Seguridad Social establecidos para luchar contra la brecha de género de las pensiones queda aludir -brevemente- a los pronunciamientos del TJUE que delimitan si persisten normas de nuestro Sistema que, aun siendo neutras, provocarían penalizaciones indirectas en las mujeres, infringiendo, de este modo, la Directiva 79/7/CEE.

Así, en torno a si concurre la discriminación indirecta, claves han sido las Sentencias del TJUE de 22 de noviembre de 2012[103] (Elbal Moreno), de 14 de abril de 2015[104] (Caldalchora Fernández), de 9 de noviembre de 2017[105] (Espadas Recio), de 8 de mayo de 2019[106] (Villar Láiz), de 21 de enero de 2021[107] (INSS contra BT), de 24 de febrero de 2022[108] (Asunto CJ contra TGSS) y de 30 de junio de 2022[109] (Asunto KM contra el INSS).

De hecho, ya antes de que se adoptara la Recomendación nº 17 del Acuerdo del Pacto de Toledo 2020, se había reconocido la existencia de discriminación indirecta en ciertas normas que limitaban excesivamente el acceso a determinadas prestaciones -jubilación y desempleo- para los trabajadores a tiempo parcial -siendo la mayoría de éstos, mujeres-.

Así se hizo en Elbal Moreno, donde se consideró que la normativa considerada que establecía el método de cálculo del período de carencia para el cálculo de la pensión de jubilación era contraria al art. 4º de la Directiva 79/7/CE, de 19 de diciembre, pues la diferencia operada para el cálculo del período de carencia en estos casos no podía servir para salvaguardar el sistema de seguridad social de carácter contributivo. Y también lo hizo el TJUE en la Sentencia del TJUE Espadas Recio, donde se concluía que la normativa española sí generaba una discriminación indirecta por razón de sexo con respecto al cálculo de las cotizaciones para el acceso a las prestaciones por desempleo de las trabajadoras a tiempo parcial vertical, una problemática que se resolvió posteriormente en el RD 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el RD 625/1985, de 2 de abril.

Más recientemente, la Sentencia del TJUE Violeta Villar Láiz vuelve a examinar la compatibilidad del art. 4.1º de la Directiva 79/7/CEE con el método de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial establecido en los arts. 247 y 248 TRLGSS y se concluye también, que existía discriminación indirecta basada en el sexo pues aparecen en tales preceptos dos elementos que pueden reducir los importes de las pensiones de jubilación:

[102] En la intervención como especialista en la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo de Olga Fotinopoulou Basurko, en la sesión celebrada el martes 4 de septiembre de 2018, *Vid*. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 583, página 37, FOTINOPOULOU señalaba que el previo complemento de maternidad -de entonces- resultaba incompatible, por estos motivos, con el derecho europeo. Los mismos argumentos serían trasladables al actual complemento.

[103] C-385/11, TCE 2012/357.

[104] Asunto C-527/13, TCJE 2015/15.

[105] TJCE 2017/196. ECLI:EU:C:2017:833.

[106] TJCE 2019/83. ECLI:EU:C:2019:382.

[107] TJCE 2021/16. ECLI:EU:C:2021:55.

[108] Asunto C-389/20. ECLI:EU:C:2022:120.

[109] Asunto C-625/20. ECLI:EU:C:2022:508.

por una parte la base reguladora de la pensión de jubilación, que se calcula por la remuneración efectivamente percibida por las horas trabajadas y, a esta reducción, después se le aplica a ese mismo número de días un coeficiente de parcialidad.

El TJUE concluye que primer elemento corrector ya permite conseguir el objetivo de salvaguardar el sistema de seguridad social de tipo contributivo, por lo que esta normativa va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que se pretende. Este último pronunciamiento, ha sido asumido, también, por el Tribunal Constitucional en la Sentencia (Pleno) nº 91/2019, de 3 de julio, pronunciamiento que ha hecho propia la conclusión a la que llegaba el TJUE considerando que la doble reducción aplicada a los trabajadores a tiempo parcial, al afectar predominantemente a las mujeres trabajadoras, es una medida desproporcionada que no obedece a ninguna justificación objetiva y razonable, motivo por el que el precepto ha sido declarado inconstitucional y nulo el inciso "de jubilación" del párrafo primero de la letra c) de la DA 7ª, apartado 1, del TRLGSS al constituir una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE.

No obstante, el TJUE también ha rechazado la existencia de discriminación indirecta. Lo hizo en la Sentencia Caldalchora, en donde se examinó -también en torno a la normativa de protección social aplicable a los trabajadores a tiempo parcial- el método legal para la integración de los períodos sin obligación de cotizar de los trabajadores a tiempo parcial y se concluyó que éste -en cambio-no era contrario a la Directiva 79/7/CE pues tal y como estaba articulado solo perjudicaba a parte de los trabajadores a tiempo parcial y tal perjuicio devenía aleatorio.

Y, más recientemente -tras la Recomendación nº 17 del Acuerdo del Pacto de Toledo 2020- la STJUE de 21 de enero de 2021 (INSS contra BT) también niega que el art. 208.1.c) del TRLGSS, referido a la jubilación anticipada, relativo a la exigencia de que la prestación que se reciba sea al menos igual a la cuantía mínima legal sea discriminatorio por razón de sexo. Concluye el TJUE que el precepto no resulta discriminatorio por razón de sexo aunque afecte a un número mayor de trabajadoras que de trabajadores, al entenderse que ello está justificado por objetivos legales de política social como es el asegurar la financiación sostenible de las pensiones de jubilación[110].

Los últimos pronunciamientos del TJUE han sido promulgados este año 2022 y, sobre todo, el segundo, resulta singular y llamativo.

El primero de ellos es la Sentencia del TJUE (Asunto CJ contra TGSS) que concluye que el art. 4, apartado primero de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar, en la medida en que dicha disposición sitúa a las trabajadoras en una situación de desventaja particular con respecto a los trabajadores, una desventaja que no queda justificada por factores objetivos, ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Un avance, sin duda, que los Tribunales no tienen fácil aplicar directamente si el legislador no actúa, algo necesario para hacer cumplir lo que se sugería, en relación con las empleadas de hogar, en la Recomendación nº 17.

Por su parte, en el Asunto KM contra el INSS declara también el TJUE que sí aparece una discriminación indirecta por razón de sexo en la normativa nacional que establece la incompatibilidad de dos o más pensiones de incapacidad permanente total reconocidas en virtud del mismo régimen de seguridad social, al impedir a trabajadores afiliados a la Seguridad Social el percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando correspondan

[110] Vid, más extensamente, acerca de la necesidad de dar solución a esta desigualdad, que persiste, Blasco Jover, C.: "Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa", en *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, volumen 9, nº 2, 2021.

al mismo régimen de seguridad social pero no impedirlo en los casos en los que las pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social.

En este caso, el daño o la discriminación indirecta es más difusa y cuesta más de ver que en ocasiones anteriores, de ahí que sorprenda el sentido del Fallo. Este pronunciamiento concluye que la normativa nacional no se aplica de forma coherente y sistemática, de forma que no puede considerarse adecuada para justificar el objetivo de la sostenibilidad económica, que es el que sustentaría la diferenciación implementada, sobre todo teniendo en cuenta que la trabajadora adquiere su derecho a la percepción de dos pensiones considerando distintos períodos cotizados.

El TJUE deja al tribunal remitente que sea el que compruebe si de los datos estadísticos puede concluirse que efectivamente ocurre que esta normativa sitúa a las trabajadoras en una situación de desventaja respecto de los trabajadores que se encuentran en la misma situación. La desventaja, en sí, se define de forma muy tenue -pero se aprecia si los datos lo dicen, se señala- y procede del hecho de que las trabajadoras no cumplen los requisitos para a acceder a dos pensiones, por estar ellas infrarrepresentadas en la pluriactividad, es decir, son menos las mujeres que los hombres presentes en el RETA y en el RG que se encuentran en condiciones de acceder a las dos pensiones de IPT, de ahí su desventaja.

Resta decir que la corrección de las desigualdades que la normativa de protección social genera sobre el colectivo de las mujeres, con normas neutras, pero que inciden sobre el colectivo mayoritariamente está siendo cada vez más frecuente, y bienvenida sea, aunque hay que añadir a lo anterior que la asunción de esta doctrina es lenta y no siempre acaba provocando un giro en la ley, lo que pone en una situación de casi "desamparo" a los juzgadores, que no obstante, deben hacerla cumplir, aunque desconociendo el modo o la forma de cómo hacerlo pues a menudo caben diferentes opciones y es difícil saber en qué punto el juzgador está ya ocupando el papel del legislador. Es cierto también que esta doctrina resulta poco lineal y hasta ambivalente, pero si actúa y corrige desigualdades de género que la norma sigue manteniendo, es positiva; de ello no cabe duda[111],

Para finalizar, los pronunciamientos del TJUE están abriendo el camino y redirigiendo al legislador, pero la reconducción del TJUE es parcial, queda acotada a supuestos muy limitados y requeriría repensar y matizar -con carácter general- la normativa, con una visión de género de la que ahora no se dispone que no obliga al juzgador a hacer el papel del legislador, no sin pocos riesgos, pues la doctrina del TJUE es de brocha gorda y no fija criterios claros por los que seguir, además de que no ataja todas las dificultades o desventajas que sufre el colectivo desde la base de éste.

Esto ya se detectaba años atrás, en el Informe de CCOO de 2018, donde comentando la Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2017 que obligaba a España a que se modificara la normativa de desempleo de manera que se garantice un mismo criterio para las personas con contrato a tiempo parcial y con contrato a jornada completa, garantizando con ello el acceso a prestaciones por desempleo de igual duración en ambos casos, se ponía de relieve que quedaban otros aspectos sin resolverse, como que la cuantía de las prestaciones por desempleo se calculara en atención al salario percibido en los últimos 180 días, días en los que no existirá cuotas o que

[111] Acerca de la evolución de esta doctrina en materia de protección social, Vid, Ballester Pastor, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 26 y ss y Cabeza Pereiro, J.: "El principio de igualdad en materia de seguridad social desde la perspectiva de la Unión europea", en Minerva, *Revista de estudos laboráis*, año X, nº 3, 2020.

las cuantías mínimas de las prestaciones estuvieran topadas al porcentaje de jornada contratada, lo que hacía que siguieran persistiendo diferencias reales que operan negativamente en ellas[112].

También, y por finalizar, recientemente el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en la Sentencia de 6 de febrero de 2020, nº 115, ha reconocido el período de realización del servicio social de la mujer a efectos de acreditar el período mínimo de cotización para acceder a la jubilación anticipada, por aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de seguridad social[113], uno de los pocos cambios que sí aparecen en el actual art. 207.1.c) TRLGSS, precepto que ya incluye tal previsión, computándose el servicio social femenino a tales efectos, con el límite máximo de un año tras la nueva redacción dada al precepto en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

VIII. Las reformas de seguridad social sobre la brecha de las pensiones: ¿qué se ha hecho y qué se avecina?

Como ha tenido ocasión de adelantarse, las últimas reformas en nuestro Sistema de Seguridad Social siguen dejando en un segundo plano al enfoque de género, un aspecto éste en el que han sido los Tribunales los que se están posicionando muy por delante de las actuaciones concretas del legislador. Más aún, va a ocurrir que las últimas reformas se orientan hacia un reforzamiento del carácter contributivo del sistema, y ello no hará más que acentuar, tal como se ha visto, la brecha de género en las prestaciones y en las pensiones. Así, de las diferentes reformas normativas operadas hasta ahora, que constituirían la primera tanda de la reforma de las pensiones en 2022, es difícil ver que se aborden las sugerencias incluidas en el Recomendación nº 17[114].

Así, nada se ha avanzado, en la reforma de las prestaciones de riesgo por embarazo (arts. 186-187 TRLGSS) y la lactancia (art. 188-189 TRLGSS) para asegurar que tales prestaciones cumplen su finalidad preventiva, de forma que prevalezca la adaptación al puesto y del tiempo de trabajo sobre la decisión de suspender el contrato de trabajo de la trabajadora, alejándola así de la vida activa. Tampoco se ha establecido modificación alguna en la prestación por desempleo, para que ésta sirva como enlace de la pensión de jubilación, aunque el TS ha aplicado la perspectiva de género para reconocer esta prestación usando el mecanismo de cotizaciones ficticias a pesar de que el precepto literalmente no lo facilitara. Ni ha habido, de momento modificación legislativa que permita a las empleadas de hogar el poder acceder a la prestación por desempleo, por más que el TJUE en su sentencia de 24 de febrero de 2022 haya considerado discriminación indirecta la exclusión de la protección por desempleo de este colectivo; lo que implica que, de momento, este colectivo -integrado mayoritariamente por mujeres- sigue sin acceder a la mentada prestación cuando cesan su actividad.

---

[112] *Vid.* Informe CCOO: La brecha de género en el sistema de protección social (desempleo y pensiones), op. Cit, p. 19.

[113] Vid, un comentario acerca de esta Sentencia en García Romero, B.: "Cómputo del tiempo de prestación del servicio social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de seguridad social", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 2, 2020. Acerca de la necesidad de operar este cambio *Vid.* Blasco Jover, C.: "Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa", en *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo*, volumen 9, número 2, 2021.

[114] *Vid.* al respecto, Villar Cañada, I.: "La reforma del sistema de pensiones ¿Dónde queda -una vez más- la dimensión de género?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 468, mayo-junio 2022 Grau Pineda, C.: "La enésima reforma de las pensiones sin perspectiva de género", *NET 21*, nº 11, mayo 2022.

Por lo que se refiere a las "mejoras" de la situación de los trabajadores a tiempo parcial facilitando su acceso a diferentes pensiones a través de las Sentencias del TJUE previamente analizadas, estos pronunciamientos tan solo reflejan la existencia de un problema de fondo que merece un tratamiento detenido; por tanto, se exigiría una revisión profunda de las mismas, desde la perspectiva de género, una tarea que tampoco se ha abordado y para la que es clave el contar con estudios estadísticos y actuariales acerca de la rémora que la aplicación de estas reglas provocan en el sexo femenino.

Por lo demás, hasta el momento sí es cierto que -desde el Acuerdo del Pacto de Toledo de 2020- han visto la luz tanto el RDL 3/2021, de 2 de febrero -incorporando el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género, como ya hemos analizado- como la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, una Ley que contempla ya algunos cambios, pero escuetos y muy puntuales.

Así, la Ley 21/2021, en su DA 1ª, sí da nueva redacción al apartado 2º de la DA 10ª del TRET, DA que regula las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. En esta nueva DA se pretende alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género permitiendo rebajar la edad ordinaria de jubilación cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio colectivo sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas. Y en su art. 1º se redacta el art. 207 TRLGSS para reconocer los períodos del servicio social femenino obligatorio como período cotizado, con el límite máximo de un año, para acceder a las diversas modalidades de jubilación anticipada, dando cumplimiento, así a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 115/2020, de 6 de febrero, que ya había reconocido tales períodos como efectivos al mismo fin.

Además, resulta de interés aludir al hecho de que la DF 5ª de esta misma Ley que lleva por título Suficiencia de las pensiones mínimas encomienda al Gobierno la tarea de abordar en el marco del diálogo social, una revisión de los criterios para la revisión de las cuantías de las pensiones mínimas, con el fin de garantizar su suficiencia, en cumplimiento del art. 50 CE y del art. 4º del protocolo Adicional a la Carta Social europea. El compromiso exige que se impulse por parte del Gobierno, en el plazo máximo de un año -plazo que concluye el 28 de diciembre de 2022- las modificaciones normativas necesarias para establecer reglas relativas a la evolución de las pensiones mínimas que tengan en cuenta la evolución del SMI garantizando la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones; tal revisión afectará al colectivo femenino pues las mujeres son las que perciben en mayor medida las pensiones mínimas.

Por lo demás, la misma Ley 21/2021 no ha revertido algunas de las revisiones -al alza- de los períodos de cotización exigibles para el acceso a la pensión de jubilación anticipada -ni siquiera las que fueron consideradas por el TJUE que suponían una discriminación indirecta -como ya se ha visto, en la STJUE de 21 de enero de 2021- y, de hecho, varias de las medidas contempladas en dicha Ley penalizarán más y perjudicarán más la brecha de género, algo que se aprecia claramente en la DA 1ª en la regulación del complemento económico para quienes hayan accedido a la jubilación de forma anticipada entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2021 en determinados supuestos de largo período de cotización y, en su caso, de baja cuantía, un complemento que será difícil de conseguir para las mujeres.

Con posterioridad a tales normas ha visto la luz también el RD 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de

clases pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022, norma en la que, entre otras cuestiones, se regulan los complementos por mínimos. Y, también se ha aprobado el RDL 13/2022, de 26 de julio[115] por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad. Hay que destacar que la nueva forma de cálculo de la base de cotización de los autónomos habrá de tenerse en cuenta a la hora de aplicar la regulación del nuevo complemento del art. 60 TRLGSS para los hombres, pues es claro que a ellos les va a impedir más claramente acceder a su pago. Además, las mujeres autónomas son las que más hijos tienen y las que menos cotizaban -hasta el momento- al Sistema, algo que también tiene que ver con el hecho de que, además, muchas de ellas, no tienen visibilidad, pues se mueven en el terreno de la informalidad, algo que es frecuente en las relaciones de trabajo entre familiares. A este respecto, este RDL ha vuelto a dar redacción a diferentes preceptos de la Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo -con vigencia desde el 1 de enero de 2023- que regulan bonificaciones del colectivo[116]. Finalmente, otra norma recientemente aprobada ha sido la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, que acaba de revisar el Texto Refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones aprobados por el RD legislativo 1/2002, de 29 de noviembre[117].

Pero, sobre todo, está todavía pendiente lo que será la segunda fase de la reforma de las pensiones diseñada por el actual Gobierno pues queda por implementar la proyectada revisión de la prolongación del período a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, ya que, como es sabido, desde el 1 de enero de 2022 se ha culminado el proceso de ampliación progresiva de ésta, hasta llegar a los 25 años. La reforma que está por llegar persigue que se amplíe hasta los 35 años la mentada base reguladora, lo que, sin duda, sigue reforzando el carácter contributivo de la jubilación y hará que se rebaje la cuantía de la pensión de jubilación y la tasa de reemplazo, ya bastante reducida en el caso de las mujeres, como se analizaba líneas atrás. Queda por ver si, para atenuar estas reformas se mejora el procedimiento de integración de lagunas de cotización o se permite que la persona trabajadora pueda seleccionar los 35 años a tener en cuenta para llevar a cabo dicho cómputo. Ello, obviamente también afectará a las pensiones de las mujeres.

IX. Bibliografía

Alaminos, E.: "La brecha de género en las pensiones contributivas de la población mayor española", *Panorama Social*, nº 27, 2018.

Arza, C.: "El diseño de los sistemas de pensiones y la igualdad de género. ¿qué dice la experiencia europea?", *Naciones Unidas*, Santiago, 2017.

Ballester Pastor, I.: "El complemento de pensión de jubilación para mujeres con más de dos hijos -por su aportación demográfica a la Seguridad Social- no se abona a las perceptoras de pensión de jubilación anticipada por voluntad propia. El art. 60.4º LGSS no supone una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 5, 2021.

[115] BOE de 27 de julio

[116] Se deroga el previo art. 31º y se altera la redacción -entre otros- de los arts. 35º, 38º, 38.bis, 38.ter y 38.quater.

[117] BOE de 1 de julio de 2022.

Ballester Pastor, I.: "Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1, 2021.

Ballester Pastor, M.A.: "El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión europea", *Lex Social*, volumen 6, nº 1, junio 2016.

Ballester Pastor, M.A.: "Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico", en *Temas Laborales*, nº 112, 2011.

Ballester Pastor, M.A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Blasco Jover, C.: "Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa", *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, volumen 9, nº 2, 2021.

Bonell Ruiz, R., Devesa Carpio, J.E.: "El complemento por maternidad de las pensiones de la Seguridad Social en España: análisis financiero actuarial basado en la MCVL", en *Economía española y protección social*, IX, año 2017.

Cabeza Pereiro, J.: "El principio de igualdad en materia de seguridad social desde la perspectiva de la Unión europea", en Minerva, *Revista de estudos laboráis*, año X, nº 3, 2020.

Casas Baamonde, M.E.: "El control constitucional de la aplicación del Derecho de la Unión europea y de la inaplicación de la ley interna por jueces y tribunales (complementos de pensiones contributivas por maternidad y «discriminación masculina»", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 9, 2021.

Cebrián López, I., Moreno Raymundo, G.: "Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, volumen 33, nº 2 (2015).

Cruz Villalón, J.: "El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 28, 2021.

Fernández Nieto, L.: "Una nueva medida contra la discriminación: el complemento para reducir la brecha de género en las pensiones contributivas", *Diario La Ley*, nº 9846, 2021, p. 7/16.

Gala Durán, C., en "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género ¿lo que mal empieza, mal acaba?", *Temas Laborales*, nº 158, 2021.

García Romero, B.: "Cómputo del tiempo de prestación del servicio social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de seguridad social", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 2, 2020.

García Romero, B.: "Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 6, 2022

Granell Pérez, R., Salvador Cifre, C.: "Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias", *CIEREC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa,* nº 98, marzo de 2020.

Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, Albacete, Bomarzo, 2020.

Grau Pineda, C.: "La enésima reforma de las pensiones sin perspectiva de género", *NET 21*, nº 11, mayo 2022.

Grau Pineda, C., Rodríguez González, S.: "El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones", *Documentación Laboral*, nº 103, 2015, Vol. I.

Hernández Vitoria, M.J.: "Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS", *Revista española de Derecho del trabajo*, nº 249, 2022.

López Martínez, M., Marín López, B.: "La brecha de género en las pensiones en España y en la Unión europea", *Papeles de población*, volumen 25, nº 102, octubre/diciembre 2019, publicación en noviembre de 2020.

Martínez Barroso, M.R.: "Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social". *Unión europea Aranzadi*, nº 6, 2020.

Molina Navarrete, C.: "Brecha de género y pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 445, 2020.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G.: "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 de febrero)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 27, 2021.

Monereo, J.L., Rodríguez Iniesta, G.: "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la seguridad Social española con los Tribunales europeos", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 22, 2020.

Moreno Romero, F.: "El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión europea", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 25, 2020

Perchin Benito, N.: "El complemento por maternidad en las pensiones contributivas", *La Ley*, nº 5914, 2021.

Rivas Vallejo, P.: "La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1, 2020.

Rodríguez González, A.: "Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones", *Lan Harremanak*, nº 38, 2017-II.

Rodríguez González, S.: "Brechas de género en el mercado laboral: una mirada crítica ante el horizonte 2030", *Revista Atlantuda*, nº 9, diciembre 2018.

Sánchez Rodas, C.: "Complemento por maternidad y pensiones contributivas: las olvidadas madres del *baby boom* y las madres de hijos únicos", en *e-Revista Internacional de la protección social*, 2019, Volumen IV, nº 1

Vicente Palacio, M.A.: "Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género)" *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2020.

Villar Cañada, I.: "La reforma del sistema de pensiones ¿Dónde queda -una vez más- la dimensión de género?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 468, mayo-junio 2022

Vivero Serrrano, J.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021.

COMUNICACIONES

Pensión de jubilación: medidas de acción en relación a la edad de jubilación para eliminar la brecha de género en la negociación colectiva

M. Carmen Aguilar Martin[1]
Universidad de Zaragoza
ORCID: 0000-0001-8881-9384

1. Introducción

No es novedad si se afirma que el Sistema de Seguridad Social de España presenta una profunda brecha de protección social por razón de género que discrimina claramente a la mujer[2]. Esta brecha se puede observar en distintas prestaciones de seguridad social, incluida la que tiene por objeto de análisis este trabajo, la pensión de jubilación.

[1] Este trabajo está elaborado en el seno del Grupo de Investigación: S18_20R: Derecho Del Trabajo - Unizar, financiado por el Gobierno de Aragón. Especial agradecimiento al Proyecto Nacional de Investigación PID2020-114556GB-I00 "Las nuevas dimensiones del tiempo de trabajo y el papel de la negociación colectiva", financiado por la Agencia Estatal de Investigación.

[2] Según la herramienta *Wikigualdad* (https://wikigualdad.org/discriminacion-por-razon-de-sexo-o-genero?s[]=brecha), la Discriminación por razón de sexo: "La tutela de la igualdad, para ser efectiva frente a la discriminación sexista así conceptuada y así caracterizada, debe contemplar tanto las diferencias de trato como las diferencias de estado. Las de trato son susceptibles de corrección a través de la prohibición de discriminación (principio de igualdad de trato). Las de estado obligan a incidir en lo sistémico a través de medidas de acción positiva, de igualdad de oportunidades, o de democracia paritaria. Así contempladas, la igualdad de trato conecta solo con la igualdad, mientras la igualdad de oportunidades conecta tanto o más con la libertad, al buscar remover los prejuicios de género que condicionan las vidas de mujeres y de hombres para permitirles un más libre desarrollo de su personalidad" (consultada en agosto de 2022).

La brecha de protección social tiene su origen en las brechas existentes, todavía en la actualidad provocadas, entre otras cosas, por las diferentes condiciones de trabajo que tienen hombres y mujeres incluidas las salariales. A su vez, estas brechas laborales tienen origen, fundamentalmente[3], en la perpetuación de roles al asumir las tareas del hogar y cuidados de la familia[4], tanto de los ascendientes como de los descendientes, que han sido asumidas, en su inmensa mayoría, por las mujeres. Esto ha lastrado sus carreras profesionales, han renunciado a ascensos[5] o a carreras continuadas, a contratos de trabajo más estables, a mejores salarios… en definitiva, a mejores condiciones de trabajo; algo que sin duda se ve reflejado de forma negativa al incurrir en la necesidad de acceder a las prestaciones contributivas del sistema de seguridad social[6].

Tras la reforma operada en la edad ordinaria de jubilación por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, el primer mandato del art. 205.1.a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), es el de modificar al alza la edad ordinaria de jubilación, sustituyendo la referencia a los 65 años por el cumplimiento de la edad que corresponda (entre 65 y 67) en función del tiempo de cotización acreditado y de su aplicación transitoria. Los tiempos de transición fijados por el legislador para aplicar la reforma de las pensiones, aunque amplios, no tienen en cuenta en ningún momento la

[3] La brecha laboral y la brecha de cuidados no son las únicas responsables de la situación, hay otras cuestiones que también contribuyen a aumentar las diferencias. Así lo ponen de manifiesto López Aniorte, M.C.: "Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y el disfrute de la pensión de jubilación", *Lan Harremanak,* 43, 120-155, 2020. https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21694), p. 123, en la afirma que la brecha laboral y la de cuidados "no son las únicas circunstancias responsables de la desigualdad de ambos sexos. Esta también puede ser imputable al diseño androcéntrico del Derecho y a la ausencia de un enfoque de género de quienes lo interpretan y aplican. (…) Se mantiene un modelo masculino de producción en el que no se reconoce ni valora el trabajo de cuidados, ni las profesiones con amplia presencia femenina, ni las vicisitudes que pueden sufrirse durante el periodo de gestación y lactancia, ni los riesgos y enfermedades profesionales propias de las actividades desarrolladas mayoritariamente por mujeres".

[4] Aunque no son datos recientes (último dato publicado 2010), según INE el tiempo dedicado al hogar y la familia en un día promedio, en el caso de las mujeres son 247 minutos (68,42 %) frente a 114 minutos en los hombres (31,58 %). Fuente: https://www.ine.es/dyngs/ODS/es/indicador.htm?id=4987#!gs323 (consultado en agosto 2022).

[5] Solo un 36,48 % de mujeres en la Alta Dirección, últimos datos publicados del 2020. Según INE se observa un incremento importante pero no suficiente desde 2008 (23,7 %) ha ido amentando poco a poco cada año hasta llegar al 36,48 % en el 2020. Para el mismo año 2020 las mujeres que ocupan cargos directivos son un 34,97 %. Fuente: https://www.ine.es/dyngs/ODS/es/indicador.htm?id=4991#!subGrap. 16_225 (consultado en agosto 2022).

[6] Molina Navarrete, C.: "La seguridad social y su dinamismo reformador en perspectiva de género: El derecho a prestaciones correctoras de la inequidad", *Revista de la Facultad de Derecho*, (Esp. Seguridad Social), 2021, p. 22. Afirma que "por lo tanto, reglas en apariencia neutra desde la perspectiva de género, si bien se analizan en esta clave, muestran de inmediato su efecto penalizador de las personas con trayectorias laborales más cortas. Por tanto, estamos una vez más ante factores de tipo institucional que alimentan persistentes discriminaciones indirectas por razón de género. A más se retrotraigan los periodos de carencia (periodos de cotización), más frecuentes serán las lagunas de cotización y, por tanto, emergerá con más frecuencia el efecto perjudicial para el colectivo de mujeres, sobre todo para las de edad más avanzada en el mercado de trabajo actual. Consecuentemente, la pérdida de la progresividad del sistema perjudicará más a las mujeres, cuya media de años cotizados es en torno a un 40 % inferior a la de los hombres, siendo este menor historial de cotización un factor determinante en la mayor presencia de las mujeres en la percepción incluso de medidas dirigidas a procurar un efecto de solidaridad, como los llamados "complementos por mínimos" (cuando una pensión no alcanza determinada cuantía mínima, pese a haberse cotizado un tiempo suficiente para lucrar pensión contributiva, el Estado complementa esa cuantía real para que llegue al umbral mínimo que se entiende de subsistencia mínima)".

perspectiva de género y perjudican en mayor medida a las mujeres, debido al desequilibrio en las trayectorias de cotización entre mujeres y hombres[7].

Hasta el momento de poco han servido las reformas normativas[8] algunas inspiradas en requerimientos de Europa, tan sólo algunas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[9] (en adelante, TJUE) y de nuestros tribunales[10] han contribuido a albergar una pequeña esperanza de cambio de esta situación que, sin duda, conduce a consecuencias negativas para las mujeres[11].

Tal y como sostienen los profesores MONEREO PÉREZ y RODRÍGUEZ INIESTA[12], una lectura atenta del Pacto de Toledo de 2020 (que constituye una Declaración de política del Derecho del propio Congreso de los Diputados, no simplemente ya un Informe de una Comisión, que también lo es) mostró la preocupación por la brecha de género en las pensiones públicas. El compromiso de defender el sistema de pensiones tiene que venir acompañado de medidas eficaces para corregir la brecha de género en las pensiones como factor sobre el que incidir de modo preferente. El compromiso político jurídico con el mantenimiento del sistema y de pensiones suficientes y adecuadas no se debe anteponer al compromiso con las mujeres y con su derecho a tener unos ingresos dignos en la etapa de mayor edad.

---

[7] Martínez Barroso, M.R.: "La brecha de género en la pensión de jubilación: algunos mecanismos correctores y cuestiones pendientes", *Dirittifondamentali.it (ISSN 2240-9823) - Contributo sottoposto a referaggio cieco,* Fascicolo 1, 2020, p. 1538.

[8] En este sentido Grau Pineda, C.: "La enésima reforma de las pensiones sin perspectiva de género", *NET21*, núm. 11, 2022. Afirma que "Y es que conviene no perder de vista que todas las reformas regresivas del sistema de pensiones, aquéllas que postulan en favor, por ejemplo, del reforzamiento de la contributividad -mayor vinculación de los derechos laborales a la participación continua en el mercado laboral formal- o de la ampliación de los períodos de carencia, afectan, esencial y sustancialmente, a las mujeres trabajadoras en la medida en que cotizan menos y cuentan con historiales de cotización menores que sus coetáneos varones por lo que, la igualdad en las exigencias, degenera, inexorablemente, en una desigualdad en el disfrute. Una manifestación más de que la neutralidad "ciega" al género, no es neutralidad al fin y al cabo".
También en la misma línea, López Aniorte, M.C.: "Hacia la igualdad de trato (…)", *Op. Cit.*, pp. 122, en la que defiende que "pese a los cambios normativos producidos, bastante avanzado el primer cuarto del siglo XXI, la igualdad por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social no se ha alcanzado ni es previsible que se logre a medio plazo, como acreditan los datos sobre afiliación, cuantía de las pensiones y bases de cotización ofrecidos por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social referidos a principios de marzo de 2020".

[9] STJUE de 8 de mayo de 2019, C-161/18.

[10] El Tribunal Constitucional ha sostenido que la prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio, comprende no solo la discriminación directa (tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo), sino también la indirecta (aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo).

[11] Molina Navarrete, C.: "Brechas de género" y sistema español de seguridad social: balance crítico y algunas propuestas de corrección", *IQUAL. REVISTA DE GÉNERO E IGUALDAD*, 2020, 3, 1-26, pp. 4.; afirma que en un "análisis comparado de la Memoria Económica con la Memoria del impacto normativo de las reformas operadas por la Ley 27/2011, 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. La primera informó de que mientras casi el 76 % de los pensionistas varones acumulaban periodos de cotización igual o superior a 35 años en esa fecha, apenas el 25 % de las mujeres reunían dicho periodo. Asimismo, constataba cómo a 3 de cada 4 mujeres se impediría el acceso a la jubilación a los 65 años con los cambios introducidos".

[12] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Luces y sombras del complemento de brecha de género (Complemento de maternidad de 1995 *versus* complemento de brecha de género de 2021), *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* Laborum, nº 31 (2º Trimestre 2022), p. 21.

Por lo tanto, si tomamos como referente el Pacto de Toledo[13], en la Recomendación decimoséptima se incluyen propuestas referidas a las mujeres, en concreto, se propone garantizar la igualdad efectiva[14] tanto en el ámbito laboral como en las pensiones. Sin embargo, para que esta Recomendación tenga un peso jurídico relevante, debe verse reflejada en las normas y también en la forma de interpretarlas, esto es, requiere que las normas se interpreten con perspectiva de género[15], de modo que se le exige al juzgador la contextualización y la actuación conforme al principio *pro persona*, que se configura en este ámbito como un criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garantizan la mayor protección de los derechos humanos[16].

Recientemente se ha perdido una oportunidad para abordar dicho cambio normativo, así también ha sido criticado por parte de la doctrina[17], pues hace escasos meses se ha llevado a cabo una reforma que podía haber tratado este tema, esto es, a través de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[18] (en adelante, Ley 21/2021), se podía haber intervenido para cumplir, de forma efectiva, con la Recomendación decimoséptima del Pacto de Toledo. Evidentemente ésta no es una cuestión fácil de abordar pero no por ello, en mi opinión, se debe consentir que continúe este problema estructural del Sistema de Seguridad Social haciendo mella sobre la protección social de un colectivo que sus condiciones laborales y de seguridad social no responden a criterios equitativos de igualdad.

Como novedad, esta Ley 21/2021 recoge una remisión expresa a la negociación colectiva en materia de jubilación y contempla una compleja excepción en la edad de jubilación para las mujeres en determinadas circunstancias y cumpliendo varios requisitos, de la que se dará cuenta en los siguientes apartados.

Con todo se puede afirmar que en general las mujeres encuentran más dificultades para acceder a la pensión contributiva de jubilación[19] y las cuantías cotizadas son menores, por ende,

---

[13] Molina Navarrete, C.: "La seguridad social y su dinamismo reformador en perspectiva de género: El derecho a prestaciones correctoras de la inequidad", *Op. Cit.*, p. 5, en el que se afirma que "El Pacto de Toledo es el consenso parlamentario y social en torno a cuáles deben ser las pautas básicas de evolución organizativa y protectora del sistema de Seguridad Social en general, y del subsistema de pensiones en particular.

[14] El derecho a no ser discriminados en el acceso al empleo o una vez empleados, entre otros motivos por razón de género, se regula en los arts. 4.2.c) y 17.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).
También el Tribunal Constitucional ha sostenido que la prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio, comprende no solo la discriminación directa (tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo), sino también la indirecta (aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo).

[15] *Vid.* STS, Sala Social, 79/2020, 29 de enero se afirma que "ninguna duda cabe, pues, sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas". También, STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 2 de mayo de 2017 (Rec. n. 1237/2016).

[16] Sobre este particular, Lousada Arochena, J.F.: "La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social", en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 76.

[17] Entre otras, Grau Pineda, C.: "La enésima reforma de las pensiones sin perspectiva de género", *Op. Cit.*

[18] BOE núm. 312, de 29/12/2021. (entrada en vigor: 01/01/2022).

[19] Según art. 204 LGSS, se define como Jubilación en su modalidad contributiva "La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena".

las pensiones de las mujeres que reúnen los requisitos son sustancialmente inferiores a las de los hombres. Así lo demuestran los datos[20] como a continuación se verá.

2. Contextualización de la brecha de género en las pensiones de jubilación. Aproximación en cifras. Consecuencias de la discriminación por razón de sexo

Mientras se está en activo el trabajo es la principal fuente de ingresos que perciben las personas ocupadas y lo hacen en forma de salario. Sin embargo, las cifras demuestran que esta variable (salario) presenta diferencias para ambos sexos[21] que después se ven reflejadas en el Sistema de Seguridad Social. Por lo tanto, las diferentes trayectorias laborales de mujeres y hombres tienen su impacto sobre los salarios y por ende, sobre las pensiones de jubilación. Estas trayectorias permiten evidenciar diferencias en: la antigüedad en el Sistema de la Seguridad Social, el número de interrupciones en su vida laboral, los periodos de dichas interrupciones, los grupos de cotización, las bases de cotización, (…); en definitiva, en las pensiones de jubilación alcanzadas.

Así es, en la vida laboral de mujeres y hombres acontecen circunstancias que van configurando lo que después se verá reflejado en forma de prestaciones, una vez se incurre en una situación de necesidad amparada por el Sistema de Seguridad Social. Según el último Informe de Seguridad Social sobre las bases medias de cotización de hombres y mujeres (marzo 2022) "la diferencia que presentan las bases medias de varones y mujeres en este mes de marzo es menor entre los cotizantes más jóvenes, y va creciendo a medida que aumenta la edad de los trabajadores hasta alcanzar los 613 euros en las bases de las mujeres mayores de 64 años". Con los resultados del Informe se puede observar como las diferencias en las bases medias de cotización atendiendo a la edad y sexo van *in crescendo*, en el caso de los jóvenes menores de 24 años la diferencia es de 174 euros de media más en la base de cotización de los hombres que de las mujeres, en el caso de las personas entre 40 y 44 años aumenta y la diferencia son 366 euros, si se trata de personas entre 50 y 54 años la diferencia son 420 euros hasta alcanzar la cifra antes mencionada de 613 euros de diferencia entre la base media de cotización femenina (1698 euros) y la masculina (2311 euros) de los cotizantes con edad superior o igual a 65 años.

Siguiendo en esta línea de comparar y mostrar una imagen de las diferencias laborales entre ambos sexos y por supuesto, sin ánimo de ser exhaustivos, ni de hacer un estudio sobre la evolución de la brecha de género en las condiciones de trabajo ni tampoco en las pensiones, a continuación se presentan algunos datos recientes que también contribuyen a contextualizar la situación real que están viviendo ambos sexos.

Actualmente, según los últimos datos[22] publicados por el Instituto Nacional de Seguridad Social[23] (en adelante INSS), el Sistema de Seguridad Social está pagando 9.936.182 pensiones, de las que 4.735.820 son de hombres y 5.200.316 pertenecen a mujeres. Dentro del Régimen General de la Seguridad Social (en adelante RGSS) y cobrando la pensión de jubilación hay 2.805.934

[20] Molina Navarrete, C.: "La seguridad social y su dinamismo reformador en perspectiva de género: El derecho a prestaciones correctoras (…)", *Op. Cit.*, p. 7, afirma "El TJUE ha consagrado el criterio de que la discriminación indirecta pueda ser demostrada por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que sean estructurales, no coyunturales y significativos, no residuales (STJUE 3 octubre 2019, C274/18)". También el TC español (SSTC 128/1987, 253/2004 y 91/2019).

[21] También denominado brecha salarial.

[22] Junio de 2022 (consultado en agosto de 2022)

[23] https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1eea7106-5aa9-49d6-ad47-5c117e8640a6/REG202206.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-1eea7106-5aa9-49d6-ad47-5c117e8640a6-o96QK.F (consultado en agosto de 2022)

hombres y 1.733.550 mujeres. La pensión media de jubilación dentro del RGSS de los hombres asciende a 1.575,41 € mientras que la de las mujeres es de 1.126,35 €, esto es, en España de media las mujeres cobran cada mes una pensión de jubilación de 449,06 € menos que los hombres, lo que representa que las mujeres cobran un 71,50 % de la pensión de los hombres. Si tenemos en cuenta las pensiones del Sistema Seguridad Social (jubilación, incapacidad permanente, viudedad, orfandad, favor de familiares) la pensión media de los hombres asciende a 1.319,43 € y la de las mujeres es de 881,40 €, esto supone que las mujeres perciben 438,03 € menos de media mensual que los hombres, una diferencia que representa casi la mitad de la pensión de las mujeres, por lo tanto, muy sustancial.

Un indicador que muestra también las patentes diferencias entre ambos sexos es la brecha de género[24] que ofrece información sobre la situación de hombres y mujeres antes de llegar a la condición de pensionista.

Según los datos hechos públicos por el INE[25] para el año 2021 hay diferencias por sexo y también por edad. En España se puede observar como la brecha de género es más alta para el grupo de edad de 55 a 64 años pues alcanza un 13,2 %, le sigue el grupo de edad de los 35 a los 54 años con un 10,6 % y por último, el grupo de edad comprendido entre los 16 y los 24 años con un 2,9 %. Por lo tanto, conforme va aumentando la edad de las personas y van surgiendo más contingencias en su vida laboral y en su entorno familiar, va aumentando la brecha de género, fundamentalmente causada por esa diferente forma de asumir dichas contingencias, ya sea por cuidado de menores o de personas mayores o incluso por hacerse cargo del hogar familiar.

Otro indicador de la brecha de género en materia de pensiones es el complemento a mínimos que se percibe si se reúnen los requisitos legales. Según los últimos datos publicados por el INSS, en junio de 2022 perciben el complemento a mínimos dentro del total del sistema 2.206.406 personas, de las que 741.652 son hombres y 1.464.738 son mujeres. En el caso de la pensión de jubilación 571.430 hombres y 704.818 son mujeres. Si se observa la pensión de viudedad también la diferencia es relevante pues solo 14.020 hombres perciben pensión de viudedad frente a 606.234 mujeres, con una pensión media de 548,18 € para los hombres y 799,69 € para las mujeres.

En un contexto internacional, según los últimos datos ofrecidos por Eurostat[26], las mujeres reciben menos pensiones que los hombres en todos los países de la UE y el porcentaje de la brecha puede variar bastante según el país, el año y la edad. El país que con los últimos datos tenidos en cuenta (2019) presentaba una mayor brecha de género en las pensiones[27] era Luxemburgo, en el que las mujeres de 65 o más años recibían un 44 % menos de pensión que los hombres. Luxemburgo era seguido de Malta y de Países Bajos con un 40 %, Chipre (39 %), Austria (37 %, Alemania (36,3 %), Italia (33,2 %), Suiza (33,1 %), Bélgica (31,99 %), España (31,3 %) y Francia

[24] Estas grandes diferencias de empleo entre hombres y mujeres conducen a grandes diferencias en los derechos de pensión, especialmente porque históricamente las brechas de género en el empleo han sido aún más amplias. En los 34 países de la OCDE en los que hay datos disponibles, los pagos de pensiones de los hombres son un 26 % más altos que los de las mujeres. El nivel es del 40 % o más en Austria, Japón, Luxemburgo, México, los Países Bajos y el Reino Unido. Por el contrario, la brecha es inferior al 10 % en Estonia y la República Eslovaca. Fuente: OCDE "Panorama de las pensiones 2021: Indicadores de la OCDE y G20" (consultado en agosto de 2022).
Disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/sites/ca401ebd-en/1/3/6/4/index.html?itemId=/content/publication/ca401ebd-en&_csp_=9d37797bd84847326841f27f588be463&itemIGO=oecd&itemContentType=book8

[25] https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10879#!tabs-tabla

[26] https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC_PNP13__custom_470372/bookmark/bar?lang=en&bookmarkId=ca6425d8-bd3e-4a09-b6d8-c181ea76bc6a (consultada en agosto 2022)

[27] Se entiende por Brecha de género en las pensiones como la diferencia del importe medio de pensión cobrado entre hombres y mujeres.

con un (30,7 %). Todos estos países estaban por encima de la media de la UE (27) con un 29,4 % en la brecha de género en las pensiones.

Por otro lado, los países que menor diferencia en pensiones presentaban entre hombres y mujeres eran: Estonia (2 %), seguido de Dinamarca (7 %), Hungría y (10 %), Eslovaquia (11 %) y Chequia (13 %).

Otro indicador preocupante es el riesgo de pobreza, según el último Informe hecho público por la UE[28] en 2019, la proporción de pensionistas mayores de 65 años en riesgo de pobreza en la UE se situó en el 15,1 %, ligeramente por encima del 14,5 % de 2018 y por encima del riesgo de pobreza de la población en edad de trabajar (16 a 64 años) en 14,2 %. A diferencia de la brecha de género en las pensiones, la tasa de riesgo de pobreza de los pensionistas ha ido aumentando gradualmente desde 2014, cuando se situó en el 12,3 %.

En toda la UE en su conjunto entre 2010 y 2019, la proporción de mujeres pensionistas mayores de 65 años que estaban en riesgo de pobreza fue alrededor de 3 a 4 puntos porcentuales más alta que la tasa de hombres pensionistas.

3. Normativa sobre edad ordinaria de jubilación dentro de la negociación colectiva. Evolución de la disposición adicional décima del estatuto de los trabajadores

Tal y como se ha puesto de manifiesto en la introducción y en el apartado de contextualización, son evidentes las diferencias entre hombres y mujeres, tanto laborales como de cara a las prestaciones de Seguridad Social. Es ineludible que hace falta un cambio estructural, legal y social, esto es, es necesario que se produzca un giro de esta realidad descrita para alcanzar la igualdad real y efectiva entre ambos sexos.

Con este propósito, la Ley 21/2021 recoge un pequeño guiño en favor de algunas mujeres y lo hace modificando el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante Estatuto de los Trabajadores), para introducir una remisión expresa a la negociación colectiva en materia de jubilación, de manera que contempla una compleja excepción en la edad de jubilación para las mujeres, en determinadas circunstancias y cumpliendo varios requisitos.

La disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores es la que se ha ocupado de configurar la regulación de las cláusulas referidas a la edad ordinaria de jubilación dentro de los convenios colectivos. Dado que ha cambiado en varias ocasiones, conviene hacer una pequeña reseña de la evolución de esta normativa, para finalmente analizar la que ahora está en vigor. En esta reseña, por límites de espacio, se va a partir del Texto Refundido Estatuto de los Trabajadores aprobado a finales del año 2015.

Así, la disposición adicional décima sobre Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación que se aprobó y entró en vigor a partir del 13 de noviembre de 2015 establecía lo siguiente "*Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas*".

Con posterioridad (5 de julio de 2018) se aprueba el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva suscrito por las asociaciones empresariales CEOE y CEPYME y las

[28] Titulado "Cerrar la brecha de género en las pensiones" que lleva por fecha 3/02/2021) y consultado en (agosto de 2022). Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/ddn-20210203-1

organizaciones sindicales UGT y CCOO Poco tiempo después, se publica el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo (en adelante Real Decreto-ley 28/2018) en el que se justifica un nuevo cambio de redacción en la citada disposición adicional décima, pues según reza la Exposición de Motivos "las organizaciones firmantes instaron a la Administración laboral a promover los cambios legales necesarios para habilitar a la negociación colectiva a prever cláusulas de jubilación obligatoria por edad ligadas a objetivos de política de empleo y relevo generacional. Sin perjuicio de reconocer legalmente con carácter general el carácter voluntario para el trabajador del acceso a la jubilación cumplidos los requisitos necesarios, se ha considerado oportuno permitir que la negociación colectiva disponga de esta causa de extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad legal de jubilación, en las condiciones referidas, actuando el régimen legal como subsidiario de las previsiones establecidas en convenio colectivo. Se trata, además, de una propuesta debatida y acordada con los interlocutores sociales en la Mesa de Diálogo Social por el Empleo".

Por ello, a partir del 1 de enero de 2019 entra en vigor el nuevo texto incorporado al Estatuto de los Trabajadores, modificado por la disposición final primera del Real Decreto-ley 28/2018. El nuevo texto de esta disposición adicional décima establecía lo siguiente: *"Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

a) *El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.*

b) *La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo".*

Por lo tanto, esta nueva redacción flexibiliza la regulación de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación. Así, lo que hasta el momento era nulo, ahora lo permite si se cumplen los dos requisitos, por un lado, tener derecho al 100 % de la pensión ordinaria de jubilación en la modalidad contributiva y por otro lado, que esa medida esté justificada en favor de la mejora de la calidad del empleo.

De nuevo este texto ha sido recientemente modificado por la disposición final 1.1 de la Ley 21/2021, y sin perjuicio de la disposición transitoria novena del Estatuto de los Trabajadores que se analiza después, a partir del 1 de enero de 2022 está en vigor el texto que sigue aplicándose en la actualidad y que reza lo siguiente: "*1. En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años, siempre que cumplan los siguientes requisitos:*

a) *La persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.*

b) *La medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora. (…)"*

Esta nueva redacción, para empezar, establece un nuevo límite, lo que antes era la *"edad legal de jubilación"* ahora es *"edad igual o superior a 68 años",* por lo tanto, el convenio colectivo que entre a regular esta materia deberá tener en cuenta que el trabajador deberá tener cumplidos los 68 o más años, o lo que es lo mismo, la nueva redacción prohíbe las cláusulas convencionales que prevean la jubilación forzosa del trabajador a una edad inferior a los sesenta y ocho años[29].

A esto se anudan los dos requisitos anteriores, el primero con idéntica regulación y el segundo se concreta para exigir que ese objetivo de política de empleo sea "*la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora*".

A esta redacción en la que se endurecen los requisitos y se establece un importante límite, tener cumplida la *"edad igual o superior a 68 años"* se añade una excepción incluida en el apartado 2 de esta nueva redacción correspondiente a la disposición adicional décima. Esta redacción del apartado 2 comienza por la justificación de la misma "*(…) con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, (…)"* y a continuación introduce una excepción que afecta a las mujeres, en concreto, a algunas mujeres *"(…) el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas.(…)"*.

Como se verá en el siguiente apartado, aunque ya se puede anticipar, las tasas de ocupación de los distintos sectores de actividad presentan grandes diferencias por sexo y esto conlleva importantes consecuencias negativas para la productividad y para el desarrollo pleno del trabajo en igualdad de condiciones de ambos sexos pero, sobre todo, afecta a las condiciones de trabajo y posibilidades de calidad en el empleo de las mujeres.

Por último, este apartado 2 de la disposición adicional décima se ocupa de dos cuestiones. La primera de ellas, concreta cuáles son las actividades económicas que se tendrán en cuenta para dicha excepción, así establece que "*Las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estará definida por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), de conformidad con el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio. (…)"*. Por lo tanto, cuando se vaya a negociar dicha cláusula por la comisión negociadora del convenio habrá de estar a los datos ofrecidos por la Seguridad Social[30] sobre la tasa de ocupación de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las actividades del CNAE, para después verificar si se cumple o no el requisito de la "*tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena*

[29] Así se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la Ley 12/2021 "Por último, se contempla la prohibición de cláusulas convencionales que prevean la jubilación forzosa del trabajador a una edad inferior a los sesenta y ocho años".

[30] *Vid.* https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST290/EST291

afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas".

La segunda de las cuestiones de las que se ocupa este apartado 2 de la disposición adicional décima es de añadir nuevos requisitos para que se aplique esta excepción (tener cumplidos 68 o más años) además de los anteriores mencionados (edad legal, mujer, tasa de ocupación[31] de empleadas inferior al 20 %, determinados sectores). Para ello continua la redacción con lo siguiente "(…) *La aplicación de esta excepción exigirá, además, el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

a) *La persona afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.*

b) *En el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula concurra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20 por ciento sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la decisión extintiva. Este CNAE será el que resulte aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.*

c) *Cada extinción contractual en aplicación de esta previsión deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad.*

La decisión extintiva de la relación laboral será con carácter previo comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada".

A continuación se van a analizar estos requisitos añadidos en la segunda parte de la disposición porque alguno de ellos merece un interés especial. Comenzando con el requisito previsto en el subapartado a) en el que se exige que alcance el *"cien por ciento de la pensión"*, este ya se requiere para todos los trabajadores en el primer apartado, sean hombres o mujeres, por lo que no representa novedad.

En cuanto al subapartado b) hay que señalar dos cuestiones relevantes. Por un lado, es importante la precisión que se hace en cuanto a la fecha, porque determina como fecha de efectos para valorar si se reúne o no el requisito de la tasa de ocupación del 20 % la fecha "*de la decisión extintiva*".

Por otro lado, junto a esta precisión de la fecha de efectos se añade otro requisito que puede dejar excluidas a bastantes mujeres que trabajen en un sector de actividad cuya tasa de ocupación de mujeres sea inferior al 20 %, por lo tanto merece un análisis más detenido. Así, el subapartado b) anuda a los anteriores requisitos "*actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio*", una precisión o una nueva exigencia más rigurosa, pues establece "e*ste CNAE será el que resulte aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales".* Pues bien, la vigente tarifa de

[31] Según el INE se entiende por ocupados: "todas aquellas personas de 16 años o más que, según los criterios OIT, durante la semana de referencia tuvieron un empleo por cuenta ajena, asalariado, o ejercieron una actividad por cuenta propia, trabajadores por cuenta propia.
En relación a este empleo o actividad, pudieron haberse encontrado en la semana de referencia:
- trabajando al menos una hora en el citado período a cambio de una remuneración, salario, beneficio empresarial o ganancia familiar, etc., o
- ausentes del mismo pero con un fuerte vínculo con dicho empleo". Disponible en https://www.ine.es/dynt3/metadatos/es/RespuestaDatos.htm?oe=30308 (Consultada en agosto de 2022)

tipos de cotización de las contingencias de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales[32] (AT y EP) incluye dos cuadros, el "Cuadro I" en el que se detallan los CNAE y los correspondientes porcentajes, por ejemplo (CNAE 41-construcción de edificios, con los porcentajes de: IT 3,35 % e IMS 3,35 %) en el que no habría problema porque se corresponde la tarifa con el CNAE (41); sin embargo también incluye un "Cuadro II" en el que se especifican otros tipos de cotización "aplicables a ocupaciones y situaciones en todas las actividades" que consta de seis ocupaciones[33] identificadas con las letras (*a, b, d, f, g* y *h*). La duda surge con este "Cuadro II" de tipos en el que no se identifican con ningún CNAE y por tanto, objetivamente no se podrá cumplir dicho requisito porque esa tarifa está representada con letras que no se corresponden con ningún CNAE.

Requieren especial atención dos actividades que están ocupadas en su mayoría por mujeres "*a* Personal en trabajos exclusivos de oficina[34]" o el supuesto "*g* Personal de limpieza en general. Limpieza de edificios y de todo tipo de establecimientos. Limpieza de calles" que tampoco se identifica con ningún CNAE y en ambas tarifas pueden haber mujeres que trabajen en sectores con tasa de ocupación femenina inferior al 20 %. En el ejemplo que se acaba de poner, CNAE 41-construcción de edificios con su correspondiente convenio colectivo de construcción, y una tarifa de ocupación de las mujeres (en el segundo trimestre de 2022) de un 9,09 % podría darse el caso de una mujer que trabajase en la oficina de una empresa de construcción, se le aplicaría el convenio colectivo de la construcción y tendría una tarifa de AT y ET incluida en el Cuadro II que sería la identificada con la letra "*a*", por lo que, a priori, no se le podría aplicar esta cláusula.

Por lo tanto se ha dejado fuera de esta posibilidad a todas aquellas mujeres cuya tarifa de AT y EP se corresponda con alguna de las letras identificadas en el Cuadro II[35] de la tarifa de AT y EP de Seguridad Social, por lo que se han sacado de la ecuación a un grupo importante de mujeres que están incluidas en las tarifas de dicho cuadro.

---

[32] Regulada por la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (BOE de 29/12/2006) sobre Tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
Esta tarifa en vigor está codificada con los códigos del CNAE-2009, regulada por el Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009) publicado en el (BOE de 28/04/2007).

[33] De conformidad con la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 dichas situaciones y actividades son las siguientes: *a* Personal en trabajos exclusivos de oficina (IT 0,80 e IMS 0,70); *b* Representantes de Comercio (IT 1,00 e IMS 1,00); *d* Personal de oficios en instalaciones y reparaciones en edificios, obras y trabajos de construcción en general (IT 3,35 e IMS 3,35); *f* Conductores de vehículo automóvil de transporte de mercancías que tenga una capacidad de carga útil superior a 3,5 Tm (IT 3,35 e IMS 3,35); *g* Personal de limpieza en general. Limpieza de edificios y de todo tipo de establecimientos. Limpieza de calles (IT 2,10 e IMS 1,50); *h* Vigilantes, guardas, guardas jurados y personal de seguridad (IT 1,40 e IMS 2,20).

[34] De acuerdo con la tercera regla del apartado dos de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006 "No obstante lo indicado en la regla anterior, cuando la ocupación desempeñada por el trabajador por cuenta ajena se corresponda con alguna de las enumeradas en el Cuadro II, el tipo de cotización aplicable será el previsto en dicho cuadro para la ocupación de que se trate, en tanto que el tipo correspondiente a tal ocupación difiera del que corresponda en razón de la actividad de la empresa.
A los efectos de la determinación del tipo de cotización aplicable a las ocupaciones referidas en la letra "a" del Cuadro II, se considerará "personal en trabajos exclusivos de oficina" a los trabajadores por cuenta ajena que, sin estar sometidos a los riesgos de la actividad económica de la empresa, desarrollen su ocupación exclusivamente en la realización de trabajos propios de oficina aun cuando los mismos se correspondan con la actividad de la empresa, y siempre que tales trabajos se desarrollen únicamente en los lugares destinados a oficinas de la empresa".

[35] Este cuadro II se aplica de conformidad con la regla tercera de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006 "cuando la ocupación desempeñada por el trabajador por cuenta ajena se corresponda con alguna de las enumeradas en el Cuadro II, el tipo de cotización aplicable será el previsto en dicho cuadro para la ocupación de que se trate, en tanto que el tipo correspondiente a tal ocupación difiera del que corresponda en razón de la actividad de la empresa".

Por lo que respecta al subapartado c) conlleva un compromiso para la empresa de contratar de forma indefinida y a tiempo completo, al menos a una persona, en el primer apartado podía ser hombre o mujer, en este caso obliga a que sea una mujer. A priori con esta medida se fomenta que el relevo generacional siga siendo realizado por mujeres y que se mantenga la tasa de ocupación, pero en algunos casos podrá suponer una barrera añadida para que se lleve a cabo esta medida excepcional que tenía como objetivo *"alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género"*.

Además en esta letra c), como no podía ser de otra manera, se exige que "*la decisión extintiva de la relación laboral será con carácter previo comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada*".

Por último, se añade una nueva disposición transitoria novena en el Estatuto de los Trabajadores[36] sobre *Aplicación temporal de lo establecido en la disposición adicional décima* cuya redacción actual[37] reza lo siguiente *"Lo establecido en la disposición adicional décima solo se aplicará a los convenios colectivos suscritos desde el 1 de enero de 2022. En los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esta fecha, las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión"*. Previamente esta disposición ha pasado por otra redacción[38] e incluso ha estado derogada[39].

Como resultado y de conformidad con esta disposición transitoria novena habrá un tiempo en el que van a convivir diferentes regímenes jurídicos de la edad de jubilación forzosa en los convenios colectivos, dependiendo de la fecha de suscripción del convenio y de su duración. Así, si el convenio se ha suscrito después del 1 de enero de 2022 (incluido) se aplicará la disposición adicional décima con los requisitos que se acaban de analizar y si el convenio es anterior las *"cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión*" por lo que habrá que estar, no solo a la fecha de suscripción del convenio, sino también a la vigencia temporal pactada en el mismo.

De todo ello se puede deducir que es muy limitado el alcance que pueda tener esta modificación[40], aunque es pronto para valorar las consecuencias puesto que apenas lleva unos

[36] Se añade por la disposición final 1.2 de la Ley 12/2021, de 28 de diciembre.

[37] En vigor desde el 1 de enero de 2022.

[38] En vigor desde el 13 de noviembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2018 con el siguiente texto: *"Disposición transitoria novena. Normas transitorias en relación con las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. 1. Lo establecido en la disposición adicional décima se aplicará a los convenios colectivos suscritos a partir del 8 de julio de 2012. 2. La citada disposición adicional décima se aplicará a los convenios colectivos suscritos con anterioridad al 8 de julio de 2012 en los siguientes términos: a) Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se produzca después del 8 de julio de 2012, la aplicación se producirá a partir de la fecha de la citada finalización. b) Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se hubiera producido antes del 8 de julio de 2012, la aplicación se producirá a partir de esta última fecha"*.

[39] Derogada por la disposición derogatoria única del 2 c) del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre. Esta disposición permanece derogada desde el 1 de enero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2021.

[40] En la misma línea, Grau Pineda, C.: "La enésima reforma de las pensiones sin perspectiva de género", *Op. Cit*., en la que afirma sobre la reforma introducida por la Ley 12/2021 "Pero, para ser ecuánimes, analicemos a continuación lo afrontado, escaso, pero existente. Que la reforma se centra en la pensión de jubilación es innegable, pero, a la par, se vislumbra una cierta sensibilidad -y eso mantiene viva la esperanza con las dificultades que las mujeres trabajadoras enfrentan respecto de la pensión de jubilación al prever que en los supuestos de jubilación ordinaria "forzosa" contenidos en los convenios colectivos (D.A. 10ª ET) se considere que "excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite de los 68 años podrá ser rebajado hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social, en

meses en vigor. No obstante, en el siguiente apartado se hace un pequeño sondeo de los convenios colectivos que puedan verse afectados por esta modificación legal.

4. Brecha de género según sectores de ocupación. Medidas adoptadas en la negociación colectiva en materia de edad de jubilación de las mujeres

En la actualidad se dispone de indicadores que ya muestran lo que ocurre y ocurrirá en el futuro con la brecha en las pensiones de jubilación, en efecto, seguirá perpetuándose si no se remedia. La negociación colectiva puede ser una herramienta estratégica para lograr la equidad y paliar las consecuencias de la desigualdad por razón de sexo; y lo es por muchas razones, entre otras, por su capacidad para modelar las condiciones de trabajo dentro de los diferentes sectores de actividad y empresas con capacidad negociadora.

Analizando los datos del mercado de trabajo actuales son muy significativas las diferencias si se tienen en cuenta las tasas de ocupación por sexo y rama de actividad ofrecidas por el Instituto Nacional de Estadística (en adelante INE). Destaca una mayor presencia de hombres en sectores como: "C. Industria manufacturera", "F. Construcción", el "G. Comercio al por mayor y al por menor" y el "H. Transporte y almacenamiento", sectores con los que casi se logra la mitad de hombres ocupados (48,7 %). Sin embargo, en estos mismos sectores las mujeres alcanzan un 26,8 % de la población de ocupadas.

La mayor presencia de mujeres ocupadas, según los datos ofrecidos por el INE correspondientes al segundo trimestre de 2022 se encuentran en los siguientes sectores: "Q. Actividades sanitarias y de servicios sociales", el "G. Comercio al por mayor y al por menor", "P. Educación" e "I. Hostelería", que sumadas representan un 51,8 % de la población de mujeres ocupadas; al contrario que antes, en estos sectores los hombres alcanzan un 28,8 % de la población de hombres ocupados.

A la vista de estos datos, se puede deducir que hay importantes diferencias en la ocupación por sexo y rama de actividad, habiendo sectores fuertemente feminizados[41] y viceversa, por lo que la segregación ocupacional por razón de género es un rasgo característico de nuestro actual mercado de trabajo.

En concreto, las mujeres presentan una tasa de ocupación inferior al 20 %, requisito exigido en la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, según datos ofrecidos por el INE, en varios sectores concentrados, sobre todo, en algunas actividades correspondientes a la primera mitad de la tabla del CNAE[42] (letras A, B,C,D y F) dejando fuera otras actividades de

alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio, sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas" (D.F.1ª Ley 21/2021)".

[41] Con los datos ofrecido por el INE en el segundo trimestre de 2022 presentan altas tasas de ocupación femenina por ejemplo: 74,88 % (14-Confección de prendas de vestir), 61,79 % (47-Comercio al por menor, excepto de vehículos de motor y motocicletas), 82,75 % (78-Actividades relacionadas con el empleo), 65,77 % (79- Actividades de agencias de viajes, operadores turísticos, servicios de reservas y operaciones relacionadas con estas actividades), 63,26 % (82-Actividades administrativas de oficina y otras actividades auxiliares de las empresas), 68,33 % (85-Educación), 75,81 % (86-Actividades sanitarias), 82,78 % (87-Asistencia en establecimientos residenciales), 87,30 % (88-Actividades de servicios sin alojamiento), 67,17 % (91-Actividades de bibliotecas, archivos, museos y otras actividades culturales), 74,35 % (96-Otros servicios personales), 89,33 % (97 y 98-Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico; actividades de los hogares como productores de bienes y servicios para uso propio).

[42] Concretamente, según los códigos del CNAE, los sectores que presentan una tasa de ocupación femenina inferior al 20 % son: A.02. Silvicultura y explotación forestal, A.03. Pesca y acuicultura, B07 Extracción de minerales metálicos, B.08. Otras industrias extractivas, C.16. Industria de madera y del corcho, C.23 Fabricación de otros productos minerales (…), C24. Metalurgia (…), C.25. Fabricación de productos metálicos, C.28. Fabricación de maquinaria (…), C.30. Fabricación de otro material de transporte, C.31. Fabricación de muebles, E. Suministro de agua, actividades de saneamiento, E. 37. Recogida y tratamiento de aguas residuales, E.38 Recogida, tratamiento y eliminación de residuos,

la segunda mitad de la tabla en las que la presencia de mujeres es mucho mayor, sobre todo las actividades identificadas con las letras: I, J, K, L, M, N, O, P, Q, R, S, T y U; en las que se supera el 20 % de la tasa ocupación femenina.

Teniendo en cuenta lo señalado en la disposición transitoria novena del Estatuto de los Trabajadores[43] sobre aplicación temporal de lo dispuesto en la disposición adicional décima en la que se recoge que *"lo establecido en la disposición adicional décima sólo se aplicará a los convenios colectivos suscritos desde el 1 de enero de 2022. (…)";* se ha hecho una búsqueda[44] de todos los posibles CNAE que cumplen el requisito de la tasa de ocupación femenina inferior al 20 % dentro de su sector y a su vez, se han buscado todos los convenios colectivos suscritos con posterioridad al 1 de enero de 2022 y que son de aplicación a los CNAE que cumplen el mencionado requisito. El resultado ha sido una pequeña muestra de convenios colectivos, apenas veinte convenios colectivos[45], incluidos sectoriales y de empresa. La mayoría de estos convenios colectivos contemplan la posibilidad de jubilación parcial a través de contrato de relevo pero tan solo dos hacen mención a la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, ambos encuadrados dentro de las actividades del Grupo A del CNAE[46].

F. Construcción, F. 41 Construcción de edificios, F.42. Ingeniería civil, F. 43 Actividades de construcción especializada, G. 45. Venta y reparación de vehículos a motor y (…), H.49. Transporte terrestre y por tubería, S. Reparación de ordenadores, efectos personales (…).

[43] Añadida por la disposición final 1.2 de la Ley 12/2021, de 28 de diciembre.

[44] Búsqueda realizada en agosto de 2022 con la herramienta REGCON disponible en: https://expinterweb.mites.gob.es/regcon/pub/consultaPublicaEstatal

[45] Relación de convenios colectivos revisados con fecha de suscripción igual o posterior al 1 de enero de 2022 y con tasas de ocupación en el CNAE correspondiente inferior al 20 % en el caso de las mujeres. Convenios identificados con el código del convenio y la denominación del mismo incluida en REGCON:

99002995011981	JARDINERÍA
07002732012010	AQUICULTURA BALEAR S.A.U.
30104115012022	EMPRESAS ADJUDICATARIAS DE LOS SERVICIOS DE PREVENCION SELVICOLA, DEFENSA DEL MEDIO NATURAL Y PARTICIPACIONES EN PLANES DE EMERGENCIA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MURCIA
11001415011985	INDUSTRIAS ALMADRABERAS DE LA PROVINCIA DE CÁDIZ
78000335012004	ACTIVIDADES FORESTALES DE CASTILLA Y LEÓN
27000445011982	PRIMERA TRANSFORMACION DE LA MADERA
15101042012022	CONFRARIA DE PESCADORES S. BARTOLOMÉ DE NOIA
11001415011985	INDUSTRIAS ALMADRABERAS DE LA PROVINCIA DE CÁDIZ
26000255011981	INDUSTRIA DE LA MADERA
16000085011982	CONVENIO COLECTIVO AGROPECUARIO DE LA PROVINCIA DE CUENCA PARA EL AÑO 2020-2021
35100030012012	CONVENIO COLECTIVO CEMENTOS ESPECIALES DE LAS ISLAS, S.A. PERSONAL OFICINA CENTRAL
20100010012013	Convenio Colectivo de Hijos de Juan de Garay S.A.U.
01101030012022	GAMARRA, S.A.
48102580012022	CONVENIO DE EMPRESA DE ELEMENTOS DE VERIFICACIÓN Y CONTROL, S.A.
50000430011981	DULA IBERICA S.A.
18100790012016	FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U.
29104510012022	UTE MALAGA REDES DE SANEAMIENTO
18101210012020	CESPA GESTION DE RESIDUOS S.A
21100520012022	ESK, S.A.
31100050012013	CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA TRANSPORTES CONDE KURTH, S.L.

[46] CNAE 0210 (Silvicultura y otras actividades forestales), CNAE 0240 (Servicios de apoyo a la silvicultura y CNAE 8130 (Actividades de jardinería).

El primero de ellos, recientemente aprobado, es el Convenio colectivo de ámbito estatal de jardinería 2021-2024[47] y cuya disposición adicional quinta regula la jubilación forzosa. Esta disposición lleva por título "la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de seguridad social". En dicha cláusula el convenio colectivo reproduce lo dispuesto en la normativa legal, esto es, el Estatuto de los Trabajadores y la LGSS y añade lo siguiente *"5. Si la persona trabajadora cumple o hubiese cumplido la edad legal exigida para la jubilación, a requerimiento de la empresa efectuado con una antelación mínima de un mes, estará obligada a facilitar a la empresa, en el plazo de quince días naturales, certificado de vida laboral expedido por el organismo competente, a fin de verificar el cumplimiento o no de los requisitos exigidos para tener derecho al cien por ciento (100 %) de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. 6. Las partes consideran que por las específicas características que concurren en el sector, éste debe incidir y ser especialmente selectivo, en sus políticas de empleo, en todos aquellos objetivos que se vinculan a la «calidad» del mismo, concepto que se traduce en una mejora de la naturaleza, protección y régimen general de las condiciones tanto laborales como respecto de aquellas otras que redundan en una mayor empleabilidad en el Sector.*

La concreción de las medidas que las partes consideran vinculadas a una política de empleo sectorial, basada en la calidad del mismo, (…). 7. La presente disposición adicional se articula en base a la remisión normativa a la negociación colectiva, efectuada a través de la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por lo que si dicha norma fuera sufriera de cambios, o fuera objeto de derogación total o parcial se estará a lo dispuesto en dicha modificación y/o derogación y a lo establecido en su propio régimen transitorio".

El segundo de los convenios que hace mención a dicha cláusula es el Convenio Colectivo del Sector Empresas Adjudicatarias de los Servicios de Prevención Selvícola, Defensa del Medio Natural y Participaciones en Planes de Emergencia de la Comunidad Autónoma de Murcia[48] regula la jubilación obligatoria y lo hace dentro de su artículo 54 en el que establece lo siguiente: *"Las partes firmantes declaran que constituye un objetivo prioritario de política de empleo para las empresas, todos aquellos ámbitos referidos, tanto a la calidad de este como los que aportan una mayor estabilidad. Las partes firmantes del Convenio consideran esencial impulsar y valorar a nivel de cada empresa la creación y desarrollo de toda una posible gama de acciones o medidas que contribuyan a una mayor calidad o estabilidad en el empleo.*

Tales acciones o medidas empresariales tendrán la consideración asimismo de objetivos de políticas de empleo a considerar en relación con la jubilación que se establece a continuación.

Al amparo de lo dispuesto en la disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre en su nueva redacción, se incorpora al presente convenio la extinción del contrato por jubilación obligatoria por cumplir la edad de 68 años y ello siempre que el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo reúna los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.

[47] Resolución de 27 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal de jardinería 2021-2024 (BOE de 13/07/2022).

[48] Resolución de la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del acuerdo de convenio colectivo del Sector Empresas Adjudicatarias de los Servicios de Prevención Selvícola, Defensa del Medio Natural y Participaciones en Planes de Emergencia de la Comunidad Autónoma de Murcia. (Boletín oficial de la Región de Murcia, núm. 139, de 18 de junio de 2022).

Y que la empresa contrate a un nuevo trabajador que favorezca el relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de al menos un trabajador. Tal contratación habrá de realizarse en un periodo no superior a tres meses desde la extinción del contrato de trabajo por jubilación obligatoria.

Si el trabajador cumple o hubiese cumplido la edad legal exigida establecida para la jubilación obligatoria, a requerimiento de la empresa efectuado con una antelación mínima de dos meses, estará obligado a facilitar a la empresa certificado de vida laboral expedido por el organismo competente, a fin de verificar el cumplimiento o no de los requisitos exigidos para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva".

En este apartado se ha centrado la atención en los convenios colectivos suscritos después del 1 de enero de 2022. Por motivos de espacio no se han revisado el resto de convenios posibles que puedan amparar alguna medida relativa a la jubilación forzosa; puesto que como se ha mencionado anteriormente en la disposición transitoria novena del Estatuto de los Trabajadores se distinguen dos fechas, la primera el 1 de enero de 2022 con aplicación plena de la cláusula de jubilación forzosa y la segunda para "*los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esta fecha, las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión*".

Además, la comisión negociadora del convenio deberá valorar en el momento de la negociación si el convenio de aplicación reúne los requisitos o no para introducir dicha cláusula y por otro lado, se debe tener en cuenta la fecha a la hora de valorar la extinción del contrato de trabajo de la mujer, si en esos momentos se siguen cumpliendo los requisitos.

Como ya se ha mencionado antes, se ratifica la hipótesis inicial, a la vista de lo que hasta el momento hay publicado en los convenios colectivos, el alcance de esta excepción a la edad de jubilación recogida en el Estatuto de los Trabajadores para reducir la brecha de género en las pensiones es casi nulo. Ninguno de los convenios colectivos consultados contempla, ni menciona, ninguna medida para reducir la brecha de género en las pensiones relativa a las mujeres, ni a la edad de jubilación de las mismas.

5. Conclusiones

A lo largo de todo este trabajo se ha puesto de manifiesto que las mujeres sufren una doble penalización, por un lado sus ingresos son menores a los de los hombres y por otro lado, cotizan durante menos tiempo a la Seguridad Social, por lo que las pensiones alcanzadas por las mujeres son sustancialmente menores que las de los hombres[49].

De cara al futuro, si para alcanzar la pensión se exige cada vez más periodo cotizado y no cambia el modo de contribuir al mismo, la brecha de género existente irá aumentando poniendo en situación de riesgo a las mujeres y también la natalidad[50].

[49] Grau Pineda, C. : ¿Por qué las mujeres cobran menos y tienen peores pensiones: ¿Brecha o ceguera de género?, *The Conversation*, (publicado 16/08/2020) disponible en https://theconversation.com/por-que-las-mujeres-cobran-menos-y-tienen-peores-pensiones-brecha-o-ceguera-de-genero-143736
Afirma que "vincular las pensiones a las trayectroas laborales o ampliar los periodos de cotización necearios para acceder a las pensiones perjudica principalmente a las mujeres. Ellas cotizan un 40 % menos que los hombres y suelen tener cotizaciones menores en su vida laboral activa".

[50] En esta línea, Blasco Jover, C.: "Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Volumen 9, número 2, abril-junio de 2021, pp. 181; afirma que "la maternidad, ya se sabe, afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa como trabajadora pues su tradicional rol como cuidadora la hace o bien aceptar trabajos

Atajar el problema de las diferencias no solo requiere trabajar en el futuro sino que es necesario abordar el problema desde el origen, esto es, no solo se deben tomar medidas en las pensiones de jubilación, sino también en las condiciones laborales que generan el derecho a dichas pensiones. Como afirma el profesor Molina Navarrete, en los últimos años, la lucha jurídico-social contra las desigualdades y/o las discriminaciones por razón de sexo no se juega sólo en el ámbito de las relaciones de trabajo, también en el de la protección social. Junto al movimiento a favor de la erradicación de la "brecha salarial", ha surgido y se está desarrollando el que busca la corrección de las "brechas de género en protección social". Las brechas de género en protección social son más difíciles de resolver que las brechas jurídico-laborales, porque además de depender del éxito de la solución de estas, exigen otras decisiones de tipo institucional, a fin de compensar las desigualdades no sólo de derecho sino de hecho, tanto en el mercado de trabajo como en la distribución sexista del trabajo de cuidar. El sistema español de seguridad social viene haciendo esfuerzos en tiempos recientes para reducir las brechas de género en pensiones públicas, y en otras ramas de protección del sistema de seguridad social. Sin embargo, los resultados no han tenido aún el éxito necesario para que la corrección resulte suficiente. De ahí la necesidad de ir más allá, tanto por parte del legislador como de los propios tribunales de justicia, a través de la interpretación con perspectiva de género en materia de seguridad social[51].

Precisamente la Ley 21/2021 pretende prolongar la vida laboral activa y que las personas se jubilen más tarde, obliga a carreras de cotización más largas lo que perjudica en gran medida a las mujeres, tal y como se ha demostrado cualitativa y cuantitativamente en apartados anteriores. De ahí la encomienda a la negociación colectiva de buscar soluciones a esta situación para las mujeres que pongan freno a la desigualdad y a la brecha ocupacional en determinados sectores de actividad, algo que en mi opinión tendrá escasa repercusión por la complejidad en los requisitos y las pocas mujeres que se pueden beneficiar de dicha medida. ¿Qué ventaja tiene para el colectivo de las mujeres que trabajan en una actividad que están subrepresentadas que se puedan jubilar antes que los hombres?, posiblemente se puede alcanzar el objetivo contrario al perseguido, que se disminuya la presencia de mujeres en dicho sector, bien porque se jubilen antes, bien porque no sean contratadas. ¿Por qué tiene que ser un 20 % la tasa de ocupación y no un 50 % por ejemplo?. Son numerosas las dudas que surgen en torno a esta medida de difícil encaje aplicativo.

En mi opinión, es tal la complejidad de esta cláusula que serán muy escasos los efectos que pueda tener sobre las mujeres porque se exigen tantos requisitos que no será fácil cumplirlos (que se tenga un convenio colectivo de aplicación, que la actividad CNAE esté dentro de 20 % de la ocupación femenina, que reúna todos los requisitos para alcanzar el 100 % de la pensión de jubilación, que su tipo de cotización por AT y EP coincida con el CNAE, (…)), un sinfín de requisitos que pocas, muy pocas mujeres podrán cumplir, para jubilarse no con una pensión mayor sino un poco antes de los 68 años.

La Recomendación 17 del Pacto de Toledo exige un enfoque integral y el compromiso de todos los actores implicados. Es preciso que no se vean las acciones positivas a favor de las mujeres como un coste sino como una inversión que mejorará algunos indicadores macroeconómicos (PIB, Productividad…) y sobre todo, que se pueda poner fin a un problema estructural y que empobrece a un colectivo que representa casi la mitad de la población. La interpretación con perspectiva de género, los cambios normativos y la negociación colectiva tienen que ir de la mano para cambiar una situación que habla por sí sola.

de escasa cualificación, o bien prestar servicios a tiempo parcial o bien separarse, ya sea provisional o definitivamente, del mercado laboral".

[51] Molina Navarrete, C.: "Brechas de género" y sistema español de seguridad social: balance crítico y algunas propuestas de corrección", *Op. Cit.*, pp. 9.

En definitiva, la solución no es fácil, de hecho la lentitud y disfunciones de los procesos europeos de reforma de los sistemas de seguridad social en perspectiva de género son una prueba clara de las dificultades del desafío. Conviene no engañarse al respecto, por más que, jurídicamente, el reto no es ni renunciable ni negociable, sino una obligación jurídica internacional, además de un imperativo socioeconómico eficiente[52].

Obligación jurídica que debe ir de la mano de otros cambios, como la modernización de la negociación colectiva para que pueda servir de "esponja" para permeabilizar todos estos cambios en pro de la igualdad y de la equidad entre ambos sexos, en todas aquellas empresas y sectores que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación. Junto a la obligación jurídica, institucional y de la negociación colectiva no debe faltar una interpretación con perspectiva de género que permita superar algunas barreras que impiden alcanzar la meta, la igualdad.

6. Bibliografía

Blasco Jover, C.: "Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* volumen 9, número 2, abril-junio de 2021.

Grau Pineda, C. : "¿Por qué las mujeres cobran menos y tienen peores pensiones: ¿Brecha o ceguera de género?", *The Conversation*, (publicado 16/08/2020) disponible en https://theconversation.com/por-que-las-mujeres-cobran-menos-y-tienen-peores-pensiones-brecha-o-ceguera-de-genero-143736

Grau Pineda, C.: "La enésima reforma de las pensiones sin perspectiva de género", *NET21,* núm. 11, 2022.

Lousada Arochena, J.F.: "La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social", en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 76.

López Aniorte, M.C.: "Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y el disfrute de la pensión de jubilación", *Lan Harremanak,* 43, 120-155, 2020.

Martínez Barroso, M.R.: "La brecha de género en la pensión de jubilación: algunos mecanismos correctores y cuestiones pendientes", *Dirittifondamentali.it - Contributo sottoposto a referaggio cieco,* Fascicolo 1, 2020.

Molina Navarrete, C.: "Brechas de género y sistema español de seguridad social: balance crítico y algunas propuestas de corrección", *Iqual. Revista de género e igualdad*, 3, 1-26, 2020.

Molina Navarrete, C.: "La seguridad social y su dinamismo reformador en perspectiva de género: El derecho a prestaciones correctoras de la inequidad", *Revista de la Facultad de Derecho*, (Esp. Seguridad Social), 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Luces y sombras del complemento de brecha de género (Complemento de maternidad de 1995 *versus* complemento de brecha de género de 2021)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* Laborum, nº 31, 2022.

[52] Molina Navarrete, C.: La seguridad social y su dinamismo reformador en perspectiva de género: El derecho a prestaciones correctoras de la inequidad, Revista de la Facultad de Derecho, (Esp. Seguridad Social), 2021, pp. 12.

La acreditación de la existencia de pareja de hecho en orden a devengar la pensión de viudedad

Faustino Cavas Martínez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

1. Régimen de acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007

Apartándose de la tradición de nuestro ordenamiento jurídico que venía reservando la protección en situaciones de muerte y supervivencia a las uniones matrimoniales, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, dio nueva redacción al artículo 174 TRLGSS/1994, permitiendo que las parejas de hecho -también las del mismo sexo- pudieran acceder a la pensión de viudedad.

Ahora bien, la protección dispensada a las parejas de hecho no se produjo equiparando plenamente dichas uniones a las conyugales. Con amparo en la doctrina constitucional que no considera contraria al artículo 14 CE la opción excluyente de la protección a las parejas de hecho, pero tampoco prohíbe su inclusión (entre muchas, STC 184/1990)[1], el legislador español optó por integrarlas de forma limitada en el ámbito subjetivo de la pensión de viudedad, imponiéndoles requisitos y condiciones que difieren de los aplicables a los viudos y viudas matrimoniales. Esta

[1] La opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia "no es la única constitucionalmente posible, por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a las uniones estables de hecho" (STC 184/1990, FJ 3), "sean o no heterosexuales" (ATC 222/1994, de 11 de julio, FJ 2). En suma, "habrá de ser, en su caso, el legislador quien decida proceder a dicha extensión, con los requisitos y en los términos que se consideren pertinentes, y en el marco de una nueva y coherente ordenación de la citada pensión, singularmente si la convivencia establece sin vínculo matrimonial se instalara como una práctica social extendida" (STC 184/1990, FJ 5).

opción de política legislativa no genera una situación de discriminación para las parejas de hecho con respecto a las uniones matrimoniales, ya que, conforme a reiterada doctrina constitucional, lo discriminatorio es tratar desigualmente casos iguales, no cuando como en este caso son desiguales, siendo el establecimiento de determinadas exigencias o requisitos distintos a las parejas de hecho con respecto a las uniones matrimoniales, en relación a la pensión de viudedad, una cuestión de opción legislativa y no de constitucionalidad[2].

Tras la Ley 40/2007, la pareja de hecho beneficiaria de pensión de viudedad sería aquella que cumpliera los requisitos establecidos en el párrafo 4º del artículo 174.3 TRLGSS/1994, a saber: 1º. Relación de afectividad análoga a la conyugal. 2º. Inexistencia de impedimento para contraer matrimonio entre sus miembros. 3º. Inexistencia de vínculo matrimonial con otra persona. 4º. Convivencia estable, notoria, inmediata al fallecimiento y de duración no inferior a cinco años, acreditada mediante certificado de empadronamiento. 5º. Acreditación de la existencia de la pareja de hecho por medio de la inscripción en registro o documento público, anterior en dos años al fallecimiento[3].

Por tanto, la pensión de viudedad no se reconoce a todas las parejas de hecho, sino únicamente a aquellas que reúnen determinados requisitos formales y de convivencia.

Esta regulación pasó posteriormente al art. 221 del TRLGSS/2015, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Además, hasta la modificación operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, se exigía, para que las parejas de hecho pudieran optar a la pensión de viudedad, un requisito de dependencia económica de la pareja supérstite respecto del sujeto causante, requisito nunca exigido en el marco de una relación conyugal. En concreto, la pareja de hecho que cumpliera los requisitos expuestos podría ser beneficiaria de la pensión de viudedad siempre y cuando, además, acreditase que la muerte del causante le había provocado un desequilibrio económico o, alternativamente, la existencia de un estado de necesidad.

Para determinar la concurrencia de desequilibrio económico, se tenía en cuenta la existencia o no de hijos comunes en la pareja con derecho a pensión de orfandad. De haberlos, se estimaba concurrente el desequilibrio cuando los ingresos del superviviente durante el año natural anterior no alcanzasen el 50 % de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Caso de no tener hijos en común, la exigencia de dependencia económica respecto del causante se acentuaba, pues el porcentaje de participación en los ingresos de la unidad familiar descendía al 25 %.

Si la muerte del causante no hubiera producido un desequilibrio económico en los términos legalmente expresados, la norma contemplaba una segunda vía para acceder a la pensión de viudedad: el derecho a la prestación se reconocía también cuando los ingresos de la pareja sobreviviente fueran inferiores a 1,5 veces el salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, límite que se incrementaba en 0,5 "por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente".

---

[2] Gutiérrez Pérez, M.: "Principales líneas de reforma en las prestaciones por muerte y supervivencia tras la reforma del Pacto de Toledo 2020", VV.AA.: *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo" (2020)*, Hierro Hierro, F.J. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 588.

[3] Para una explicación pormenorizada de estos requisitos, véase Rodríguez Iniesta, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 143-147.

Se ponderaba en este caso la concurrencia de una real situación o estado de necesidad en la persona solicitante, requisito este propio del nivel de protección asistencial pero incidente en una prestación de naturaleza contributiva. El límite de rentas debía cumplirse durante todo el período de percepción de la pensión, de forma que si en algún momento se superaba, el/la beneficiario/a perdía la prestación, sin perjuicio de poder recuperarla cuando nuevamente sus ingresos se situaran por debajo de dicho límite.

Por tanto, la ordenación de la pensión de viudedad en el caso de parejas de hecho estables que introduce la Ley 40/2007 (dando nueva redacción al art. 174.3 TRLGSS/1994) para hechos causantes acaecidos a partir de su entrada en vigor (1 de enero de 2008) las aproximaba a la institución matrimonial pero no las igualaba con respecto al acceso de las prestaciones de seguridad social, y en concreto de la pensión de viudedad, de tal suerte que su reconocimiento se fundamentaba en la concurrencia de una situación real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares, requisitos que no se exigían a parejas unidas por vínculo conyugal.

El radical giro que supuso la protección social de las parejas de hecho determinó que algunas de ellas se vieran sorprendidas por la imposición de unos requisitos que no cumplían en la fecha del fallecimiento, habiendo ocurrido este antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, y sin posibilidad de acreditarlos posteriormente, con el resultado de privación definitiva del derecho a la pensión de viudedad[4].

Es por ello que la Ley 40/2007 vino a establecer, en su disposición adicional tercera, un régimen transitorio que permitía, con carácter excepcional, el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho cuando, habiéndose producido la muerte antes del 1 de enero de 2008, concurrieran las siguientes circunstancias:

a) Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el art. 174.1 TRLGSS/1994, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.

b) Que la persona beneficiaria hubiera mantenido convivencia ininterrumpida con el causante, como pareja de hecho, en los términos establecidos en artículo 174.3 LGSS, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste.

c) Que el sujeto causante y la persona beneficiaria hubieran tenido hijos o hijas comunes.

d) Que la persona beneficiaria no tuviera reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

Para la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, el tenor literal de la Disposición Adicional Tercera no deja lugar a dudas acerca de que nos hallamos ante una serie de requisitos que con carácter acumulativo se exigen para el acceso a la pensión de viudedad, en el caso de fallecimientos anteriores a la entrada en vigor de la Ley. El propio precepto hace constar el carácter de excepcionalidad de los supuestos que regula, excepcionalidad que es propia de una situación que concede un beneficio con carácter retroactivo[5].

[4] Cavas Martínez, F.: "Ajustes constitucionales recientes a la regulación sobre acceso de la pareja de hecho a la pensión de viudedad contenida en la Ley 40/2007", en *Laborum-Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 1, 4º trimestre 2014, p. 186.

[5] STS de 7 junio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4702).

El análisis sintáctico de la referida disposición, unido a otro criterio de interpretación lógica, ha llevado a entender inexigible el requisito de formalización de la pareja de hecho por los medios establecidos en el art. 174.3 TRLGSS/1994 -registro o documento público, con una antelación mínima de dos años-, respecto de los fallecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 2008, pues no sería lógico exigir a los asegurados el cumplimiento de requisitos formales que no podían conocer con anterioridad a su publicación, puesto que fueron implantados en una ley posterior al hecho causante de la prestación solicitada[6]. En cambio, el requisito de presentación de la solicitud en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la ley no es una norma que se limite a regular los efectos económicos de la prestación (estableciendo una excepción a la regla general de retroactividad por un máximo de tres meses anteriores a la solicitud), sino que constituye un presupuesto indispensable para el acceso a la pensión[7].

El requisito de existencia de hijos/as comunes para que la pareja de hecho pudiera acceder a la pensión de viudedad conforme a este régimen de derecho transitorio -apartado c) de la DA 3ª Ley 40/2007- fue declarado inconstitucional por la STC 41/2013, de 14 de febrero. Esta sentencia ha entendido que la referida exigencia constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado por el artículo 14 CE, basada en la orientación sexual, pues la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no solo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial regulada en la referida disposición adicional de la Ley 40/2007 (aplicable sólo a hechos causantes acaecidos antes de su entrada en vigor), sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos o hijas comunes.

2. Modificaciones en el acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad en la reforma de las pensiones de 2021

La Ley 21/2021 ha introducido cambios en el régimen jurídico de la pensión de viudedad que benefician a las parejas de hecho. El propósito de estas modificaciones es equiparar la protección de las parejas de hecho con la que reciben las uniones matrimoniales, eliminando requisitos y condiciones que obstaculizaban esa equiparación, dando cumplimiento así a la recomendación 13ª del Pacto de Toledo 2020 que: 1) por un lado, pide "acomodar la configuración de la pensión a las nuevas realidades sociales y familiares, así como a las circunstancias socioeconómicas de los beneficiarios, a fin de mejorar la protección de los pensionistas sin otros recursos, y de adecuar la protección de los colectivos menos vulnerables", incluyendo, en otras, *orientaciones de género*, teniendo en cuenta la baja proporción de mujeres que acceden a la pensión de jubilación; 2) de manera explícita, pide que se profundice en reformas encaminadas a suprimir toda discriminación injustificada que afecte a la persona beneficiaria de la pensión por no existir vínculo matrimonial previo, como singularmente ocurre con el requisito legal que, en último término, viene a determinar que los ingresos del eventual beneficiario/a durante el último año hayan sido inferiores a los ingresos del causante[8].

---

[6] SSTS de 26 septiembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6204) y 6 noviembre 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8629).

[7] SSTS de 13 junio 2012 (ECLI:ES:TS:2012:4826) y 26 septiembre 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4973).

[8] Ramos Quintana, M.I.: "Reforma de la Seguridad Social y digitalización", en VV.AA., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 150.

Los cambios relativos a la pensión vitalicia de viudedad se alojan en la nueva redacción del art. 221 TRLGSS/2015. Son los siguientes[9]:

a) Se mantienen los requisitos de período de convivencia y formalización de la pareja de hecho en los términos actuales, pero con una novedad: si existen hijos o hijas en común, solo habrá que acreditar la constitución de la pareja de hecho, no la convivencia mínima de cinco años.

b) Se posibilita el acceso a la pensión de viudedad en los casos en que, en la fecha del fallecimiento del causante, la pareja de hecho se haya extinguido previamente, acercando la nueva regulación a los supuestos de ruptura matrimonial. De esta forma, cuando la pareja de hecho constituida se hubiese extinguido por voluntad de uno o ambos convivientes, el posterior fallecimiento de uno de ellos puede dar derecho a pensión de viudedad con carácter vitalicio al superviviente, siempre que no se haya constituido una nueva pareja de hecho ni contraído matrimonio. Se requiere para ello que la persona supérstite sea acreedora a una pensión compensatoria, determinada judicialmente o mediante convenio o pacto regulador otorgado en documento público, y que dicha pensión se extinga con motivo de la muerte del causante. En todo caso, tienen derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

c) Desaparece el requisito de dependencia económica respecto del sujeto causante para tener derecho a la pensión de viudedad (haber ingresado durante el último año la persona supérstite menos que su pareja fallecida o, en todo caso, menos de 1,5 veces el Salario Mínimo Interprofesional).

Asimismo, el nuevo art. 222 TRLGSS/2015 extiende el acceso a la prestación temporal de viudedad a los casos de parejas de hecho que no puedan acceder a la pensión de viudedad por no poder acreditar su inscripción como pareja de hecho con una antelación mínima de dos años al fallecimiento, siempre que cumplan el resto de requisitos. En la regulación anterior, esta prestación temporal estaba reservada a las uniones matrimoniales. En tal sentido, cuando la persona sobreviviente de la pareja de hecho no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad por no acreditar que su inscripción como pareja de hecho en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia, o su constitución mediante documento público, se han producido con una antelación mínima de dos años respecto de la fecha del fallecimiento del causante, pero concurran el resto de requisitos (período de convivencia incluido), tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años

Otro cambio consiste en que el régimen de compatibilidad de la pensión de viudedad y de la prestación temporal de viudedad con las rentas del trabajo se iguala para matrimonios y parejas de hecho (nuevo art. 223 TRLGSS/2015).

[9] Panizo Robles, J.A.: "Una nueva reforma del Sistema Público de Pensiones del Sistema de la Seguridad Social: La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones", *CEF.- Laboral social*, diciembre 2021, pp. 43-46.

Por último, la Ley 21/2021 añade una nueva disposición adicional a la LGSS, la cuadragésima, para proteger supuestos anteriores a su fecha de entrada en vigor (1 de enero de 2022), que con arreglo a la regulación precedente no tenían derecho a pensión de viudedad, pero sí podrían acceder a la misma si el fallecimiento se hubiera producido a partir de aquella fecha, ya bajo las nuevas reglas.

En tal sentido, la Ley 21/2021 extiende los efectos de la nueva regulación, respecto del acceso a la pensión de viudedad en los casos de parejas de hecho, a hechos causantes anteriores al 1 de enero de 2022, estableciendo que, con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad, con efectos del 1 de enero de 2022, cuando, habiéndose producido el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja de hecho con anterioridad a la misma, concurran las siguientes circunstancias: a) Que, a la muerte del causante, reuniendo este los requisitos de alta y cotización previstos en el TRLGSS, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad. b) Que el beneficiario pueda acreditar en el momento de fallecimiento del causante la existencia de pareja de hecho, en los términos establecidos en el apartado 2 del art. 221 TRLGSS. c) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. d) Para acceder a la pensión, es necesario que la solicitud se presente en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la misma (es decir, antes del 1 de enero de 2023). En todo caso, la pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a la solicitud.

Ya existe doctrina administrativa interpretando el alcance y condiciones para la aplicación de esta Disposición adicional, obviamente, no vinculante para los órganos judiciales. A este respecto, se ha dictado el Criterio de Gestión INSS 14/2022, de 4 de abril, que recoge las siguientes indicaciones:

- No se exige haber obtenido una resolución desestimatoria de la pensión de viudedad ni haberla solicitado (a sabiendas de que sería denegada), sino que basta con que se compruebe que el eventual beneficiario/a no reunía los requisitos conforme a legislación anterior y sí puede acceder a la pensión de viudedad en virtud de la DA 40ª TRLGSS.
- En supuestos en que la pensión se reconoció y luego se suspendió por dejar de acreditar falta de ingresos, se rehabilitará el pago de la pensión a partir 1-1-2022, con retroactividad tres meses desde la nueva solicitud con el límite de la fecha de entrada en vigor de la DA 40ª TRLGSS.
- El requisito exigido en el apartado b) de la DA 40ª TRLGSS, para el acceso a la pensión de viudedad, se cumple cuando la persona supérstite de una pareja de hecho ha tenido hijos o hijas en común con el sujeto causante, aunque no acredite la convivencia ininterrumpida de 5 años con el fallecido.
- En cuando al requisito del apartado c) de la DA 40ª TRLGSS, el supérstite de la pareja de hecho que sea beneficiario/a de otra pensión contributiva podrá solicitar la pensión de viudedad y ejercitar el derecho de opción por la más beneficiosa.
- En caso de concurrencia de beneficiarios, al supérstite de la pareja de hecho se le reconocerá la parte de pensión que corresponda en proporción al tiempo convivido con el causante, sin que se revisen las pensiones de viudedad preexistentes de quienes hubieran sido cónyuges o huérfanos.

— La prestación temporal de viudedad para parejas de hecho se aplicará solo a hechos causantes (fallecimientos) ocurridos a partir del 1-1-2022, al no haberse previsto legalmente derecho transitorio para esta mejora.

3. Inconstitucionalidad del reenvío a la legislación autonómica para regular la consideración y acreditación de las parejas de hecho a efectos de disfrutar de la pensión de viudedad

El párrafo quinto del artículo 174. 3 TRLGSS/1994, versionado por la Ley 40/2007, disponía que "en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica". Es la situación en que se encuentran Aragón, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Navarra, País Vasco y Extremadura -Fuero del Baylío-, todas las cuales cuentan con Derecho civil propio y, además, han regulado las parejas de hecho. Al remitir el párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS/1994 a la legislación de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para la "consideración" y "acreditación" de la pareja de hecho beneficiaria de la pensión de viudedad, el único requisito que el precepto imponía con carácter general era el de la convivencia, que debía debe ser estable, notoria, inmediata, de duración ininterrumpida no inferior a cinco años y acreditada a través del certificado de empadronamiento (si bien, como se verá más adelante, la jurisprudencia confiere validez a otros medios de prueba admitidos en Derecho). El resto de requisitos o condiciones -inscripción en registro específico, constitución en documento público…- podrían, con arreglo a este reenvío hecho por la legislación de Seguridad Social, ser alterados o suprimidos por las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, facultándolas de este modo para definir qué debe entenderse por pareja de hecho, entre otros efectos, a los de optar a la pensión de viudedad. La conclusión inevitable era que, dependiendo del lugar de residencia, podrían exigirse requisitos diferentes a las parejas de hecho para tener derecho a la indicada prestación, o lo que es igual, que la existencia de una pareja de hecho podía acreditarse de muy diferentes maneras o a través de muy diversos instrumentos probatorios que, por otra parte, podrían no ser exactamente coincidentes en todo el territorio español, dada la especificidad de determinadas Comunidades Autónomas a cuya normativa propia se refería el párrafo 5º del art. 174.3 TRLGSS/1994.

La STC 40/2014, estimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Cuarta del TS, declara que el párrafo 5º del art. 174.3 TRLGSS/1994 es, en su totalidad, inconstitucional y, por tanto, nulo. Tras declarar que la cuestión supera el juicio de aplicabilidad (desautorizando la tesis del Fiscal General del Estado), y con carácter previo al examen de fondo, el TC analiza sucintamente el régimen de la pensión de viudedad de las parejas de hecho, concluyendo que el mismo contempla dos exigencias diferentes: "la material, esto es, la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, *ad solemnitatem*, es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de "análoga relación de afectividad a la conyugal", con dos años de antelación al hecho causante". De este modo, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que han formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan el aludido requisito de convivencia.

Pero del análisis del párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS/1994 también llega la STC 40/2014 a la conclusión de que esta norma prevé dos regímenes de acceso a la pensión de viudedad diferentes, en función únicamente de la Comunidad Autónoma en la que resida la pareja de

hecho sobreviviente, al remitir a la legislación de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio todo lo relativo a la "consideración" y a la "acreditación" de la pareja de hecho, a salvo del "requisito de convivencia" que sería idéntico en todo el territorio nacional. "De este modo, el art. 174.3 LGSS diferencia dos regímenes distintos en función de si la pareja de hecho reside en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio o no".

Analizando la regulación autonómica sobre parejas de hecho de las Comunidades Autónomas que poseen Derecho civil propio, constata la sentencia que existen diferencias notables entre estas normas y lo previsto con carácter general en el párrafo cuarto del art. 174.3 TRLGSS/1994, tanto en la consideración de pareja de hecho como en su acreditación. El TC se plantea si la diferencia de trato que el párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS/1994 establece entre parejas de hecho con residencia en Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, que hubieran aprobado legislación específica en materia de uniones de hecho, y parejas de hecho con residencia en Comunidades Autónomas que no ostentan competencias en materia de Derecho civil, responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada.

La respuesta del Tribunal a esta pregunta es que la diferencia de trato que el párrafo 5º del art. 174.3 TRLGSS/1994 establece entre los sobrevivientes de parejas de hecho, en razón exclusivamente de que residan o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho, carece de justificación. Admite la sentencia que, en materia de prestaciones de la Seguridad Social, "la situación de necesidad, y las perspectivas en orden a su remedio o agravación pueden verse afectadas por el contexto territorial en que se produzcan" (STC 90/1989, de 11 de mayo, FJ 4). Y cita el ejemplo concreto del subsidio de desempleo para trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura. En aplicación de esa doctrina, "si las parejas de hecho de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio estuvieran en una situación de necesidad particular que obligara a establecer excepciones a la regla general, podríamos apreciar la existencia de una justificación objetiva", pero "en el caso de la pensión de viudedad, las diferencias en función del criterio de residencia en una u otra Comunidad Autónoma no gozan de esa justificación objetiva, por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio".

Por otro lado, la diferencia de trato tampoco se justifica, continúa diciendo la sentencia, en atención a la finalidad de la prestación, que en el caso de la pensión de viudedad es cubrir la situación de necesidad que produce en la pareja de hecho superviviente la pérdida de los ingresos del causante como consecuencia de su fallecimiento.

Es a partir de este punto que la sentencia despliega su argumentación más sólida y contundente para concluir la inconstitucionalidad de la remisión a la legislación autonómica contenida en el párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS/1994. Recuerda el Tribunal que "(e)l régimen público de la Seguridad Social se configura como una función de Estado destinada a garantizar la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad y al hacerlo debe asegurar la uniformidad de las pensiones en todo el territorio nacional". En su consecuencia, la determinación de los sujetos beneficiarios de una prestación de la Seguridad Social, en este caso la pensión de viudedad, constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado *ex* art. 149.1.17 CE y debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura, salvo razones excepcionales debidamente justificadas y vinculadas a la situación de necesidad que se trata de proteger", que en el caso de la pensión de viudedad, como se ha expuesto, no concurren.

El Abogado del Estado, el Fiscal General del Estado y la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en una defensa auténticamente numantina de la redacción del precepto cuestionado [que, cabe recordar, fue fruto de una transacción política durante la tramitación de la Ley 40/2007 y tiene origen en dos enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán y por Ezquerra Republicana de Catalunya], entendieron que el párrafo 5º del art. 174.3 TRLGSS/1994 se justificaba por el respeto a la competencia autonómica prevista en el art. 149.1.8 CE, relativa a la "conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan".

La STC 40/2014 rechaza esta interpretación, afirmando que "el precepto cuestionado no tiene por objeto la regulación de las parejas de hecho, ni guarda tampoco relación con las competencias autonómicas en materia de Derecho civil, porque no se trata de modificar, conservar o desarrollar el Derecho civil foral". Apoyándose en el Auto del Tribunal Supremo promotor de la cuestión, declara que "el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS no constituye una norma de legislación civil vinculada al art. 149.1.8 CE, sino una norma de Seguridad Social que, en principio y salvo justificación suficiente que no concurre en este caso, debería establecer los requisitos que las parejas de hecho tienen que cumplir para poder lucrar en su momento una pensión de viudedad con el más exquisito respeto al principio de igualdad"; respeto al principio de igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social que resultaría ignorado si se aceptase "siquiera por vía de remisión, un factor de diversidad determinante de la desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad".

Una vez que la sentencia llega a la conclusión de que no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho, pasa a analizar la solución que propone la Sala Cuarta del Tribunal Supremo como alternativa a la declaración de nulidad de todo el párrafo quinto: "entender que la remisión del párrafo quinto a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio debe entenderse hecha a las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas, tengan o no las mismas Derecho civil propio". El Tribunal Constitucional rechaza esta solución pues entiende que, de aceptarse, "persistiría la desigualdad dimanante de la propia diversidad de esas leyes autonómicas de parejas de hecho, porque el problema de fondo que el precepto cuestionado plantea no es la limitación de la remisión a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, sino la remisión a la legislación autonómica en sí misma cuando se trata de determinar los requisitos de acceso a una prestación de la Seguridad Social".

La sentencia declara, como se avanzó, inconstitucional y nulo todo el párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS/1994, "por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE", pero, siguiendo doctrina consolidada, "no solo habrá de preservar la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino que, igualmente, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, de suerte que esta declaración de inconstitucionalidad sólo será eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme".

Es importante reseñar que la STC 40/2014 incluye un extenso voto particular, formulado por la Magistrada Roca Trías y el Magistrado Xios Ríos, que entiende que la cuestión de inconstitucionalidad no tendría que haberse admitido (pues no estaba en juego la aplicación de Derecho civil propio) y, en todo caso, debió desestimarse.

Los autores del voto discrepante sostienen que "la configuración del ordenamiento civil español como un sistema plural no ha sido considerada inconstitucional, ni contraria al principio de igualdad por parte de este Tribunal", de modo que "la remisión efectuada por el artículo cuestionado a la legislación específica de las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio no produce una desigualdad contraria al art. 14 CE, puesto que se remite al estatuto jurídico de la pareja de hecho aplicable según su vecindad civil". Para los Magistrados que firman el voto, "(l)a falta de Derecho civil propio no impedirá a las parejas de hecho de otras Comunidades Autónomas acceder a la pensión de viudedad, mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 174.3 LGSS". Sostienen que "(l)a desigualdad se produciría si estas parejas no pudieran acceder a la pensión por carecer la Comunidad Autónoma donde se hallan domiciliadas de Derecho civil propio, pero no cuando se aplica este Derecho para determinar quiénes tienen derecho a obtener dicha pensión y se aplican las reglas de su Derecho en la constitución y la acreditación de la pareja, que conforman su estatuto jurídico".

El voto particular también advierte acerca de los efectos que la declaración de inconstitucionalidad de esta norma puede producir: "…efectivamente, las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio han regulado lo que debe considerarse como pareja de hecho con convivencia afectiva análoga a la matrimonial y han atribuido unos efectos a este tipo de unión. Si se aplican los requisitos establecidos en el art. 174.3, primer inciso, LGSS, ocurre que esta situación va a producir efectos distintos según se trate de prestaciones de la seguridad social, o de derechos sucesorios o de otro tipo, de modo que una misma convivencia sirve para obtener unos derechos en un caso y para no obtenerlos en el caso de la seguridad social". Para los magistrados disidentes, "(h)emos creado un problema absurdo, partiendo de una interpretación literal y no realista de la norma cuestionada".

Reconociendo que, en efecto, una misma realidad, la constitución de una pareja de hecho con arreglo a las previsiones de la regulación autonómica aplicable en cada territorio, puede tener efectos distintos en los ámbitos sucesorio, fiscal, prestacional, etc. (lo que tampoco debería extrañar pues se trata de imponer condiciones diversas a supuestos distintos), lo que en modo alguno se presta a discusión es que el acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, que se financian con las cotizaciones de todos los empresarios y trabajadores del territorio nacional, debe someterse a unos principios y condiciones comunes con independencia del lugar de residencia del solicitante, lo cual únicamente se garantiza atribuyendo, como hace el artículo 149.1.17 CE, la competencia exclusiva en materia de acción protectora al Estado[10].

4. Constitucionalidad de los requisitos de previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público

Otro aspecto de la regulación sobre acceso a la pensión de viudedad por miembros de parejas de hecho que ha recibido un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional es el requisito contenido en el párrafo cuarto del art. 174.3 TRLGSS/1994, que exige para la acreditación de la pareja de hecho su inscripción en el correspondiente registro, autonómico o municipal, o su formalización en documento público, en ambos supuestos con al menos dos años de antelación al fallecimiento del causante. En esta ocasión fueron el TSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, y el Juzgado de lo Social núm. 3 de Talavera de la Reina, los que decidieron promover sendas cuestiones de constitucionalidad, alegando: 1) el TSJ castellano-leonés, que la exigencia de inscripción de la pareja de hecho en el registro administrativo correspondiente o su formalización mediante

[10] En este sentido, acertadamente, el comentario de Desdentado Daroca, E.: "Una muerte anunciada: la declaración de inconstitucionalidad del párrafo 5º del art. 174.3 LGSS por la STC de 11 de marzo de 2014", *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014, pp. 145-158.

documento público, podría vulnerar el artículo 14 CE al tratarse de un requisito "exorbitante", tal y como se apreció en STC 199/2004, de 15 de noviembre, con referencia a un matrimonio no inscrito en el Registro Civil, doctrina que se considera trasladable al presente caso; b) el Juzgado de lo Social de Talavera de la Reina, además de la posible vulneración del derecho a la igualdad ante la ley por la diferencia de trato que se hace a efectos de acceder a la pensión de viudedad entre parejas que se han formalizado y las que no lo han hecho, sostuvo que la exigencia formal contenida en el art. 174.3 TRLGSS/1994 podría dar lugar a situaciones de desprotección de la madre y del hijo incompatibles con el artículo 39 CE.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 45 y 51/2014, de 7 de abril, y 60/2014, de 5 de mayo, rechaza tales argumentos, considerando:

a) Que el precepto cuestionado no establece una diferencia de trato entre parejas de hecho inscritas o constituidas en documento público y las que no, sino que, a efectos de la LGSS, las parejas de hecho que están inscritas o constituidas mediante documento público sí tienen la consideración de parejas de hecho, pero no así las restantes. Razona la sentencia que la exigencia contenida en el párrafo 4º del art. 174.3 TRLGSS/1994 no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, pues "… el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia *more uxorio* acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica".

b) Que la exigencia de la constitución formal, *ad solemnitatem*, de la pareja de hecho con una antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión, que en opinión del Auto de planteamiento de la cuestión pudiera resultar "exorbitante", no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, "…en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social"[11].

c) En relación con la presunta vulneración del artículo 39 CE, apartados primero y segundo, que invoca el auto de planteamiento del Juzgado de Talavera de la Reina, por existir un hijo común de la pareja de hecho, la misma se rechaza aduciendo, en primer lugar, que "es la libre opción de los convivientes de no formalización de su realidad familiar conforme a los criterios definidos la que determina la consecuencia denegatoria de la pensión solicitada, y no por tanto una decisión normativa contraria a las protecciones enunciadas en aquellas previsiones constitucionales"; y, en segundo lugar, que la pensión de viudedad no se dirige a paliar las necesidades de los hijos, función que incumbe a la pensión de orfandad que efectivamente lucró el hijo nacido de la unión de hecho en el caso de autos.

[11] El Voto Particular que incorpora la STC 60/2014, formulado por la Magistrada Encarnación Roca Trías y el Magistrado Xiol Ríos, considera que la decisión de limitar el acceso a la pensión de viudedad a determinadas parejas de hecho (las que cumplan las exigencias del art. 174.3 LGSS), excluyendo cualquier otro medio de prueba admitido en derecho o su acreditación de conformidad con lo establecido en la normativa de derecho civil propio (algo imposible tras la nulidad del art. 174.3, párrafo 5º, LGSS acordada por la STC 40/2014), no obedece a un objetivo legítimo ni resulta una medida idónea, necesaria y proporcionada.

5. La acreditación de la existencia de pareja de hecho, a efectos de la pensión de viudedad, en la jurisprudencia social

Heredando la regulación contenida en el art. 174.3 TRLGSS/1994, el art. 221.2, pár. 2º, TRLGSS/2015 establece, como ya se ha indicado, que "La existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante."

La Sala Cuarta del TS se ha mostrado tajante en relación con la forma de acreditar la constitución de la pareja de hecho, señalando que únicamente podrá probarse su existencia a través de los medios legalmente previstos (*numerus clausus*): inscripción en el registro específico existente en la Comunidad Autónoma o Ayuntamiento del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste expresamente la constitución de la pareja de hecho, sin que a estos efectos sea documento público hábil: el libro de familia donde constan inscritos hijos en común ni las disposiciones testamentarias en favor mutuo[12]; el documento en que aparece como beneficiaria del derecho de asistencia sanitaria la persona con la que se convive pero sin especificarse el motivo del reconocimiento de ese beneficio[13]; el certificado de empadronamiento en un mismo domicilio[14]; una sentencia que da cuenta de la existencia de la pareja de hecho que después se rompió[15]; o la declaración de su existencia en la escritura de constitución de la comunidad de bienes sobre una vivienda adquirida en común[16]. También se ha precisado que la inscripción en el registro de parejas de hecho autonómico no tiene preferencia sobre los registros habilitados en los Ayuntamientos[17].

El Pleno de la Sala Cuarta del TS ha negado el derecho a pensión de viudedad del miembro supérstite de una pareja unida por el rito gitano, por no acreditarse la existencia de pareja de hecho, al no constar su inscripción en el registro, ni estar constituida a través de un documento público, no resultando aplicable la doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 diciembre 2009 (asunto Muñoz Díaz), por no concurrir buena fe matrimonial basada en la creencia de la eficacia del vínculo contraído, al no venir avalada en documentos oficiales que le hubieran dado apariencia de validez, pues tanto en el libro de familia como en la inscripciones de nacimiento se hace constar la cualidad de «solteros» de los padres y la naturaleza «extramatrimonial» de los hijos[18]. La STC 1/2021, de 25 de enero, confirma esta solución, entendiendo que la misma: a) no supone una discriminación directa en función del trato recibido por la unión convivencial no formalizada; b) no es causa de discriminación indirecta - la demandante había alegado que la aparente neutralidad de la aplicación de la regla de formalización de la pareja de hecho afecta de forma especialmente adversa al colectivo gitano, debido a las características de sus tradiciones-, pues "el ordenamiento jurídico no solo garantiza una forma de acceso civil al vínculo matrimonial con una escrupulosa neutralidad desde el

[12] Recopilando doctrina recogida en numerosas sentencias anteriores, como más recientes, SSTS, 4ª, de 29 junio 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3957) y 11 mayo 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2537).

[13] STS, 4ª, de 28 abril 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2309).

[14] Entre otras, SSTS, 4ª, de 16 diciembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5603) y 7 diciembre 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5784).

[15] STS, 4ª, de 12 diciembre 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4784).

[16] STS, 4ª, de 13 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1008).

[17] STS, 4ª, de 4 mayo 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2097).

[18] STS, Pleno, de 25 enero 2018 (ECLI:ES:TS:2018:294). Aplica su doctrina la STS, 4ª, de 24 junio 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2761).

punto de vista racial, sino que, incluso cuando se ha optado por dotar de efectos en materia de prestaciones de seguridad social a otras formas de convivencia, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna o prejuicios particularmente relevantes y característicos, cualitativos o cuantitativos, que diferencien y generen un mayor impacto o un impacto adverso singularizado, a los miembros de la etnia gitana en caso de incumplimiento de los requisitos y de no reconocimiento consiguiente de la pensión" (FJ 6º).

Por el contrario, la jurisprudencia se ha mostrado mucho más flexible en la apreciación del requisito de convivencia mínima exigido legalmente para que el miembro superviviente de una pareja de hecho pueda causar derecho a la pensión de viudedad, aceptando que el período de convivencia pueda acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho y no solo mediante el certificado de empadronamiento, como pudiera desprenderse de lo literalmente establecido en el art. 174.3 TRLGSS/1994, y actualmente en el art. 221.2, pár. 1º, TRLGSS/2015. Argumenta la jurisprudencia que "una vez acreditada la existencia de la pareja de hecho, su duración se verifica por el mero transcurso del tiempo, mientras la pareja de hecho no haya dejado de existir por cualquiera de las causas de separación que el ordenamiento jurídico prevea al respecto", y que "en cualquier caso, la persistencia de la pareja de hecho durante los cinco años -o seis- del período de carencia se podrá, a su vez, acreditar mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho, especialmente de carácter documental, que tenga entidad suficiente para llevar a la Entidad Gestora o, en su caso, al juzgador a la convicción del cumplimiento de ese requisito, y no exclusivamente mediante el certificado de empadronamiento en el mismo domicilio de los componentes de la pareja"[19].

En consecuencia: 1º) los requisitos legales de "existencia de pareja de hecho" y de "convivencia estable y notoria", establecidos ambos en el vigente artículo 221 TRLGSS/2015, son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente; 2) en el mismo precepto legal, las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes; 3) la "existencia de pareja de hecho" debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado art. 221 TRLGSS/2015, bien mediante "inscripción en registro específico" de parejas de hecho, bien mediante "documento público en el que conste la constitución" de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas. Y es que una cosa es la constitución formal de la pareja de hecho, que exige la solemnidad propia de la inscripción registral o de la elevación a escritura pública, y otra muy distinta la acreditación de la convivencia como estable pareja de hecho durante al menos cinco años, respecto de la cual la flexibilidad en cuanto a los medios de prueba es casi absoluta.

La Sala Cuarta también ha puntualizado que, cuando el hecho causante acaece dentro de los dos años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (1º de enero de 2008), no es exigible el requisito de inscripción en registro específico o formalización en documento público con una antelación mínima de dos años a la fecha del fallecimiento del causante, por resultar imposible el cumplimiento de tal plazo (no así la formalización de la pareja de hecho)[20]. Igualmente ha aclarado que el requisito de inexistencia de obstáculo para poder contraer matrimonio, por ausencia de vínculo matrimonial con un tercero, no es exigible durante el tiempo mínimo de convivencia como pareja de hecho exigido por el artículo 174.3 LGSS (5

[19] SSTS, 4ª, de 25 mayo 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4445); 24 junio 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4392); 6 julio 2010 (rec. 3411/2009); 20 septiembre 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4895); 12 noviembre 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6529); 9 diciembre 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7507); 15 marzo 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1628); 14 abril 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2421); 26 septiembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6204).

[20] SSTS de 28 noviembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8809) y 22 diciembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9329).

años), bastando con que esa condición concurra en el momento inmediatamente anterior al fallecimiento, último en que tal constitución de la pareja de hecho pudo haberse producido[21].

6. Jurisprudencia sobre la pareja de hecho y el devengo de la pensión de viudedad en el Régimen de Clases Pasivas

La Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del TS ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la forma de acreditar la existencia de pareja de hecho a efectos del devengo de la pensión de viudedad en el Régimen de Clases Pasivas, interpretando para ello el art. 38.4 del Texto Real Decreto Legislativo 670/1987, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, conforme al cual: "(…) A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante"[22].

El primer pronunciamiento que se ocupó del tema fue la sentencia de la Sala III de 28 de mayo de 2020 (recurso de casación núm. 6304/2017)(ECLI:ES:TS:2020:1541), donde, invocando la tesis mantenida por la Sala Cuarta del TS y la conveniencia de no mantener posturas discrepantes respecto a regulaciones prácticamente idénticas, se fijó la doctrina de que la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse, a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del art. 38.4 del RDLvo. 670/1987, es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante.

En la STS/CA de 9 de junio de 2020 (recurso de casación 289/2018) (ECLI:ES:TS:2020:1541), la misma cuestión se resolvió acudiendo a los hechos probados declarados en la sentencia recurrida y a la doctrina consistente en que las cuestiones sobre valoración de la prueba quedan, en principio, excluidas del recurso salvo que se apreciase una valoración arbitraria, ilógica o que conduzca a resultados inverosímiles, haciendo cita de la sentencia de 27 de mayo de 2019 (recurso de casación núm. 577/2017) reiterando lo dicho en sentencia de 6 de junio de 2018, casación 487/2017. Así, ante la falta de acreditación de la irracionalidad o arbitrariedad, se concluyó que la pregunta relativa a cómo acreditar la existencia de la pareja de hecho a los efectos de obtener pensión de viudedad carecía de proyección sobre la cuestión planteada y, sin más, se desestimó el recurso de casación con confirmación de la sentencia recurrida. Ninguna modificación se produjo respecto a la doctrina contenida en la sentencia de 28 de mayo de 2020.

[21] SSTS de 14 julio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5866); 21 julio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6610); 26 julio 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5864) y 24 octubre 2012 (ECLI:ES:TS:2012:7240).

[22] Inexplicablemente, la Ley 21/2021 no ha suprimido en el texto del TRLCPE el requisito de dependencia económica -sí eliminado en el TRLGSS- para que el miembro supérstite de la pareja de hecho pueda lucrar la pensión de viudedad, dando lugar a una diferencia de trato entre los beneficiarios del RGSS y del RCP carente de justificación, por más que el RCP sea un sistema de previsión social a extinguir.

En cambio, de la doctrina mantenida hasta ese momento, basada en una aplicación literal de la norma, se desmarcó la STS-CA de 7 de abril de 2021 (recurso de casación 2479/2019) (ECLI:ES:TS:2020:1541), que admite otros medios de prueba de la existencia de pareja de hecho para lucrar la pensión de viudedad ("certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca")[23]. Con esta decisión, la homogeneidad doctrinal que observaban los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo se interrumpe, aunque, como veremos, la ruptura ha sido solo temporal.

7. Reencuentro de la jurisprudencia contenciosa con la social, Y un apunte crítico

Conforme se acaba de exponer, hasta que se dictó la STS-CA 480/2021, de 7 de abril, la aplicación del TRLCPE se sometió a los mismos criterios que la del TRLGSS en materia de pensión de viudedad en el caso de parejas de hecho.

Recordemos lo esencial de esa doctrina común:

- El requisito de convivencia estable y notoria al menos en los cinco años anteriores al fallecimiento del causante puede ser acreditado, además de mediante el certificado de empadronamiento, por cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que la demuestre de manera inequívoca.
- La prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en la Ley (inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público, ambos anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante).

Posteriormente, la mentada sentencia de 7 de abril de 2021, aunque citará precedentes de la propia Sala, se aparta de ellos para declarar que no resulta imprescindible acudir a alguno de los medios expresamente señalados en el inciso cuarto del artículo 38.4 TRLCPE para acreditar la existencia de pareja de hecho a efectos del devengo de la pensión de viudedad en el Régimen de Clases Pasivas, pudiendo acudirse a todos los medios de prueba admitidos en Derecho.

Y, última estación del trayecto (al menos por ahora), la STS-CA 377/2022, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1290) recupera la doctrina contenida en su sentencia de 9 de junio de 2020, con arreglo a la cual la prueba de la existencia de la pareja de hecho solo puede realizarse, a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante documento público, formalización de la pareja de hecho que debe ser anterior, al menos, en dos años al fallecimiento del causante. No se admiten medios de prueba diferentes de los previstos en la norma. Se argumenta que, si bien no existe exigencia legal que obligue a un orden jurisdiccional a seguir la jurisprudencia de otro orden jurisdiccional distinto, "no parece justificado, en principio, que, ante regulaciones idénticas de situaciones idénticas, se llegue a soluciones distintas sin que concurran elementos que lo justifiquen", con lo que los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica se resentirían. Se aclara que la solución acogida en la STS-CA 480/2021, de 7 de abril, admitiendo la prueba de la existencia de la pareja de hecho a través del certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho, fue algo excepcional, obediente a las singulares circunstancias del caso allí considerado y de la prueba

[23] Un comentario de la STS-CA 480/2021, de 7 de abril, en Sempere Navarro, A.V.: "Acreditación de la pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5/2021, pp. 1-10.

practicada (convivencia dilatada e ininterrumpida, patrimonio e hijos en común). Las Salas III y IV del TS vuelven, por tanto, a aplicar doctrinas coincidentes en este importante asunto[24].

Parece razonable que el legislador -el cual, como se sabe, no está obligado constitucionalmente a brindar a las uniones de hecho el mismo trato que a las matrimoniales- haya querido revestir de cierta solemnidad formal la constitución de la pareja de hecho, reservando con ello, en el contexto de un sistema de Seguridad Social que no opera con recursos ilimitados, la atribución de la pensión de viudedad a las parejas de hecho regularizadas o "de Derecho".

Considerando el beneficio en prestaciones que se puede obtener formalizando la pareja en los garantistas términos previstos por el art. 221 TRLGSS y el art. 38.4 TRLCPE, no parece que tal exigencia legal sea desproporcionada. Y tampoco se trata de una exigencia muy onerosa, pues además del documento público (que implica un coste económico para los otorgantes) también es posible la inscripción gratuita en un registro autonómico o municipal. Y si vamos al supuesto concreto de la STC 377/2022, no se observa ninguna circunstancia, más allá de la libre y respetable voluntad de los convivientes, que realmente haya impedido o dificultado la adecuación de su situación convivencial a las condiciones exigidas por la legislación de Clases Pasivas.

La STS-CA 377/2022, de 24 de marzo, ha sepultado las expectativas que miles de parejas de hecho se habían forjado (al menos en el ámbito funcionarial) a partir de la, muy comentada en su día, STS-CA de 7 de abril de 2021, cuando esta reconoció la posibilidad de acreditar la constitución de la pareja de hecho sin necesidad de inscripción registral o de protocolización en documento público, a partir del mero certificado de empadronamiento o de "cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca".

Es bien cierto que esta interpretación aperturista o flexible de la regulación aplicable tenía como soporte fáctico sobre el que proyectarse un caso concreto (en realidad, todos los son), en el que la expareja supérstite había convivido *more uxorio* con el finado durante treinta años en el mismo domicilio adquirido conjuntamente, habiendo tenido tres hijos carnales comunes y presentado declaraciones de IRPF en la modalidad conjunta; en consideración a esta "biografía", la Sala III, atendiendo nudamente a la prueba sobre la convivencia, dio por existente la pareja de hecho para así poder reconocer la pensión de viudedad.

La Sala Tercera sostiene que el caso conocido por la sentencia de abril de 2021 fue "un supuesto límite que aparece perfectamente descrito y que, en modo alguno, se asimila al que alude la anterior sentencia de 28 de mayo de 2020". No se cuestionan las diferencias con el caso resuelto en esta sentencia, pero lo cierto es que el supuesto que da pie al dictado de la STS-CA 377/2022 se refiere a otra mujer, expareja de un funcionario causante del Régimen de Clases Pasivas, que solicita pensión de viudedad tras el fallecimiento de su pareja, con la que había convivido de forma estable e ininterrumpida durante seis décadas, en el mismo domicilio que aparecía escriturado a nombre de ambos y con quien había tenido cuatro hijos en común. Son, como se puede comprobar, antecedentes fácticos muy similares a los que modularon la decisión de la STS-CA de 7 de abril de 2021. Así las cosas, el principio de igualdad en la aplicación de la ley (en este caso, el art. 38.4 TRLCPE) debería haber conducido a la Sala Tercera a adoptar la misma solución que abrazó en esa sentencia, por inconveniente que pudiera resultar la existencia de doctrinas discrepantes sobre un mismo asunto entre diversos órdenes jurisdiccionales.

Sin embargo, la Sala Tercera ha decidido volver sobre sus pasos y recuperar la doctrina que considera correcta, contenida en su primera sentencia de 28 de mayo de 2020, alineándose de

[24] Cavas Martínez, F.: "Acreditación de la existencia de pareja de hecho en orden a devengar la pensión de viudedad en el Régimen de Clases Pasivas: la jurisprudencia contenciosa se reencuentra con la social", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 5/2022, pp. 1-11.

nuevo con la doctrina de la Sala Cuarta. Probablemente en el asunto de 2021 se hiciera justicia, pero es ahora cuando la Sala Tercera resuelve en estricta correspondencia con el Derecho vigente (no se olvide, contando con expreso respaldo constitucional). Hay, pues, verdadera rectificación, aunque no se quiera reconocer. Y es que, más que aclarar su doctrina sobre la materia, lo que la sentencia glosada hace es dar un "volantazo" para retomar el camino del que se salió inesperadamente en 2021.

8. La necesaria uniformidad en la delimitación de la pareja de hecho a efectos de Seguridad Social

En la actualidad, no existe en el ordenamiento jurídico una delimitación de lo que haya de entenderse como pareja de hecho, con validez para todo el territorio nacional y a los efectos de las diferentes prestaciones y servicios.

En la legislación estatal, se ha venido utilizando con carácter general la delimitación que efectúa el artículo 221 TRLGSS/2015, mientras que, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, existe una delimitación propia, puesto que algunas de ellas han legislado sobre esta forma de convivencia con leyes específicas, mientras que en otras no existe esa regulación, lo cual provoca situaciones diferenciales según territorios[25].

Pero ni siquiera existe uniformidad sobre la delimitación de lo que sea una pareja de hecho en el ámbito protector de la Seguridad Social. En este sentido, el RDL 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, delimita en su art. 6.1 la noción de unidad de convivencia, considerando tal en su primer párrafo "la constituida por todas las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho o por vínculo hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad, adopción, y otras personas con las que convivan en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente". En su segundo párrafo, el mismo precepto indica: "A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal con al menos dos años de antelación, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y hayan convivido de forma estable y notoria con carácter inmediato a la solicitud de la prestación y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años".

Esta definición de pareja de hecho no coincide con la establecida en el art. 221 TRLGSS/2015, pues prescinde de concretar los medios o instrumentos hábiles para acreditar la existencia de la pareja de hecho y del período de convivencia mínimo, por lo que podría deducirse que cualquier medio de prueba es válido de cara a probar la constitución de una pareja de hecho en orden al devengo del IMV. Incluso podría plantearse la entrada en juego de la legislación autonómica para delimitar el concepto de pareja de hecho a estos efectos, generándose las consiguientes diferencias interterritoriales. Con todo, entiendo que esta interpretación no es admisible pues supondría vulnerar el principio de igualdad de los ciudadanos en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social (el IMV lo es), e iría en contra de la doctrina constitucional contenida en la STC 40/2014. De ahí que sea más razonable recurrir a la analogía y aplicar, en el ámbito del IMV, la noción de pareja de hecho y los medios de acreditación de su existencia que establece la regulación propia de la pensión de viudedad.

Por otro lado, y aunque más bien se trata de un derecho de ciudadanía vinculado a la residencia que excede el ámbito de la Seguridad Social, a efectos del reconocimiento del derecho a recibir

[25] Panizo Robles, J.A.: "Una nueva reforma del Sistema Público de Pensiones del Sistema de la Seguridad Social…", *cit.*, p. 48.

asistencia sanitaria, la Disposición adicional única del RDL 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, incluye su propio concepto de pareja de hecho, al señalar que, a efectos de lo establecido en las normas internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, tendrán la condición de beneficiarios de las personas (aseguradas) a las que se refiere el apartado 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, entre otros sujetos, la "persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente".

Consciente de la problemática generada por estas diferencias en la delimitación de lo que deba considerarse pareja de hecho, la Ley 21/2021 incluye una disposición adicional tercera, denominada "Concepto de pareja de hecho a efectos del sistema de Seguridad Social", en la que mandata al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para que analice, en el plazo de un año, la configuración de la pareja de hecho desde el punto de vista de la Seguridad Social, a efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional.

9. Bibliografía

Cavas Martínez, F.: "Ajustes constitucionales recientes a la regulación sobre acceso de la pareja de hecho a la pensión de viudedad contenida en la Ley 40/2007", en *Laborum-Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 1, 4º trimestre 2014, pp. 183-198.

Cavas Martínez, F.: "Acreditación de la existencia de pareja de hecho en orden a devengar la pensión de viudedad en el Régimen de Clases Pasivas: la jurisprudencia contenciosa se reencuentra con la social", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 5/2022, pp. 1-11.

Desdentado Daroca, E.: "Una muerte anunciada: la declaración de inconstitucionalidad del párrafo 5º del art. 174.3 LGSS por la STC de 11 de marzo de 2014", *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014, pp. 145-158.

Gutiérrez Pérez, M.: "Principales líneas de reforma en las prestaciones por muerte y supervivencia tras la reforma del Pacto de Toledo 2020", VV.AA.: *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo" (2020)*, Hierro Hierro, F.J. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 561-602.

Panizo Robles, J.A.: "Una nueva reforma del Sistema Público de Pensiones del Sistema de la Seguridad Social: La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones", *CEF.- Laboral social*, diciembre 2021, pp. 1-55.

Ramos Quintana, M.I.: "Reforma de la Seguridad Social y digitalización", en VV.AA., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pp. 121-155.

Rodríguez Iniesta, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009.

Sempere Navarro, A.V.: "Acreditación de la pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5/2021, pp. 1-10.

El tiempo y las normas de las prestaciones y pensiones de la Seguridad Social: Sobre la constitucionalidad del reconocimiento del complemento de aportación demográfica y brecha de género a partir de una determinada fecha

José Jesús de Val Arnal
Universidad de Zaragoza

1. La historia de dos complementos a las pensiones contributivas del 2016 y del 2021 y sus reformas

Cuando los glosadores decidieron devolver a la sociedad y poner al servicio de la misma la obra de Justiniano, rehicieron el Derecho Romano, que ha perdurado más de veinte siglos. Sus tumbas, en Bolonia, nos recuerdan lo efímero de la vida pero lo sempiterno del Derecho Romano. Esta obra jurídica no tiene elemento de comparación en el Siglo XXI, porque nuestra legislación no perdurará en el tiempo como aquélla. El art. 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante TRLGSS2015), que ahora se denomina complemento de brecha de género, tiene como origen el art. 50 bis), que incorporó el complemento de *aportación demográfica*, introducido por la disposición final segunda de la Ley 48/2015, de 29 de octubre (RCL 2015, 1680), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (Disposición final única párrf. 3º)[1]. Este artículo, el 50 bis) pasó a ser el art. 60 en la elaboración del Real Decreto Legislativo para

[1] Esta disposición única acordó modificar la Ley General de Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, en adelante TRLGSS1994, (RCL 1994, 1825), en diversos aspectos, uno de los cuales supuso añadir un nuevo artículo, el 50 bis).

confeccionar el TRLGSS2015. Años después, el Real Decreto Ley 3/2021, de 2 de febrero (RCL 2021, 208) por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico (en adelante RDLBG) reformó el art. 60 del TRLGSS2015 y el complemento pasó a denominarse de *brecha de género,* con modificaciones muy importantes. Dos textos distintos, en cinco años de vigencia, para un complemento de pensiones, y el último nace obligado por la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (TJCE 2019\281) que resolvió una cuestión clave por la omisión de los padres en la regulación del complemento de aportación demográfica: los hombres también participan en la aportación demográfica.

Y a ello hay que añadir, por si fuera poco, las modificaciones del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (RCL 1987\1305), para introducir, en las disposiciones adicional decimoctava y la transitoria décimo cuarta, las referencias necesarias para su aplicación al personal funcionario y de Clases Pasivas, tanto del complemento de brecha de género como, con anterioridad, del de aportación demográfica.

El actual complemento forma parte del sistema público de pensiones[2] de forma temporal, según la Disposición adicional trigésimo-séptima del TRLGSS2015, ya que desaparecerá cuando se cumpla la siguiente condición:

> *Disposición adicional trigésima séptima. Alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.*
>
> *1. El derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas, para la reducción de la brecha de género, previsto en el artículo 60 se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento.…*
>
> *…Una vez que la brecha de género de un año sea inferior al 5 por ciento, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar el artículo 60, previa consulta con los interlocutores sociales.*

Esta norma no se incorporó a nuestro Derecho de la Seguridad Social por una simple ocurrencia, sino que es reflejo de la primera resolución del Consejo *Community Action Programme on the Promotion of Equal Opportunities for Women (1982-85) sobre las posibles soluciones a la brecha de género,* de la cual ya han transcurrido 40 años, continuando ahora con la Estrategia Europea para la igualdad de género (2020-2025). Los informes posteriores de la Unión Europea hacían necesario disponer de la legislación necesaria para solventar la brecha en materia de Seguridad Social[3].

Después de cinco años, dos meses y tres días de vigencia del primer complemento éste continúa aplicándose, debido, por un lado, a la presentación de solicitudes del complemento por los hombres, consecuencia de los efectos de la STJUE del 2019 que lo calificó como atentatorio al principio de igualdad y discriminatorio, y por otro, al retraso que padecen los tribunales. Y todo ello, una vez que ya había entrado en vigor el complemento de brecha de género[4] por que

[2] Este complemento tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, art. 60.3 introducido por el art. 1del RDLBG.

[3] Sobre el tema GRAU PINEDA, C: "La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 y la brecha en las pensiones", *Trabajo y Derecho*, Nº 73, Sección Unión Europea y Agenda Internacional / Agenda de la Unión Europea, Enero 2021, Wolters Kluwer (LA LEY 15291/2020).

[4] A pesar de esta Sentencia algunos ciudadanos llevan luchando más de 6 años para obtener su complemento STC (Sala Primera) núm. 152/2021, de 13 septiembre del 2021 (RTC\2021\152).

el Instituto Nacional de Seguridad Social (en adelante INSS) había decidido que las solicitudes se solventasen por los Tribunales del Orden Social en lugar de resolverse en vía administrativa[5].

Desde el año 2016 al año 2021 nos encontramos con distintas batallas en los tribunales, ya sea sobre la fecha de efectos de aplicación de las resoluciones que reconocen el complemento, de aportación demográfica o de brecha de género, al hecho causante de la pensión[6]; ó sobre los hijos nacidos o no nacidos para poder computarlos[7]; ó sobre la pensión de jubilación anticipada en la que no se reconoce el complemento[8].

Incluso se intenta ir más allá y se pide indemnización por daños y perjuicios ante la negativa de la Administración a reconocer el complemento cumpliendo todos los requisitos[9]. Así, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia ha planteado una cuestión prejudicial[10] sobre la Instrucción y Criterio de la Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS (Gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, Subdirección General) que trata sobre la falta de aplicación directa de la Administración de la STJUE del 2019 que consideró discriminatorio el art. 60 del TRLGSS2015[11]:

> *Si, atendiendo a la respuesta que se dé a las anteriores cuestiones y considerando la Directiva aplicable (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), procede indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización*

Pero este tema y otros derivados de los dos complementos estudiados no van a ser lidiados en esta comunicación.

Al introducirse, en la exposición de motivos del RDLBG, la referencia expresa al cambio de finalidad y de regulación que introducía, indicando de modo expreso que traían causa de

---

[5] Nota del TSJ de Galicia sobre y los casos sentenciados sobre el complemento de aportación demográfica: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/La-Sala-de-lo-Social-del-TSXG-resuelve-en-julio-casi-mil-casos-sobre-complemento-de-maternidad-para-hacer-frente-a-la-avalancha-de-este-tipo-de-procedimientos.

[6] STS (Sala de lo Social) de 30 mayo del 2022 (RJ\2022\2427).

[7] Sobre el tema la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica: *Criterio de gestión: 11/2021, sobre el complemento para la reducción de la brecha de género de 4 de mayo de 2021 y diversas Sentencias entre las cuales hay que considerar*. Las Sentencias siguientes se han ocupado sobre este tema; STSJ Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 11 septiembre, (AS 2019\2406); STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), de 24 septiembre del 2018 (AS 2019\750); STSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 marzo del 2019,(AS 2020\29); SJS Barcelona (Cataluña), de 15 febrero de 2021, (AS 2021\1287); SJS Pamplona (Navarra), núm. 1, de 21 enero del 2019, (AS 2019\1352); TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 10 abril de 2019 (JUR 2019\164089).

[8] STJUE de 12 mayo 2021 (Sala Sexta) caso YJ *v* INSS, (TJCE\2021\112) que no la consideró discriminatoria; igual que el ATC 114/2018, de 16 de Octubre del 2108 (RTC 2018\114) aunque sin entrar en el fondo del asunto al calificar la cuestión como notoriamente infundada. Aunque con dos votos particulares contrarios a la inadmisión del mismo, el del Magistrado Valdés Dal-Re y D. Mª. Luisa Balaguer Callejón.

[9] STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 8 septiembre, del 2021 (JUR\2021\356736).

[10] ATSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 2 febrero 2022, (JUR\2022\69935).

[11] Todo ello, en parte, debido a que La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha recibido en el año 2022, entre enero y julio, 2.368 recursos sobre el *complemento de maternidad*. En la página del Consejo General del Poder Judicial aparece esta noticia que demuestra cierta indignación por la postura del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

la doctrina de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, seguía sin cuestionarse el tema que yo considero crucial:

¿Por qué el complemento de aportación demográfica, creado con un determinado fin, se aplica a las pensiones causadas a partir del 1 de Enero del 2016 y luego con el RDLBG, la aplicación será a las pensiones que se causen a partir del 4 de Febrero del 2022? ¿Puede considerarse que, la fecha de efectos, en relación a la causación de la pensión, sea contraria al derecho a la igualdad en la Ley de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Carta Magna?

Esta comunicación, tratará de esclarecer si el legislador ha actuado con razonabilidad y proporcionalidad a la hora de establecer la aplicación del complemento de brecha de género y anteriormente de ayuda demográfica a partir de una fecha de causación de la pensión contributiva que permite percibir un complemento por los hijos nacidos.

Pero lo que refleja esta normativa es que nuestro Derecho de la Seguridad Social y nuestros legisladores no pasarán a la Historia, ni serán recordados como los Glosadores de la Escuela de Bolonia, por su técnica legislativa. Sin embargo, son los Tribunales del Orden Social y de lo Contencioso Administrativo los que, más que glosadores se han transformado en auténticos legisladores, ante dos normas que, sin cumplir con el espíritu de ambas, no resuelven ni la brecha de género, ni el problema demográfico, por el contrario, instauran inseguridad jurídica entre los ciudadanos y los profesionales del Derecho. Siguiendo a Michael Clayton[12]: *yo no hago milagros pero resuelvo (aspiro) problemas*, e intento buscar una solución en la aplicación e interpretación del complemento de brecha de género que instituya Justicia Social y no deje fuera a padres y madres convirtiéndoles en progenitores fantasma.

2. El problema constitucional del complemento de aportación demográfica y brecha de género: La fecha de causación de la pensión contributiva

Para responder a la cuestión planteada, debemos encontrar y conocer cuál era el fin del legislador para crear los complementos a las pensiones de jubilación, viudedad e incapacidad. Necesitamos, también, los datos estadísticos disponibles del Instituto Nacional de Estadística (en adelante INE), del INSS y de los Anuarios de Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo. Con estos dos datos podremos determinar si los complementos han creado situaciones de desigualdad no justificables.

Así, en primer lugar, analizamos los datos estadísticos. En relación al complemento de aportación demográfica en el momento de entrar en vigor su aplicación, el 1 de enero del 2016, a fecha de 31 de diciembre del 2015 había 4.442.994 pensionistas mujeres (jubilación, incapacidad permanente y viudedad), que podrían haber accedido a este complemento, pero, al haber causado su pensión con anterioridad no iban a poder disfrutarlo. En julio del 2022 se pagaban por aportación demográfica 832.807 complementos, de los cuales 821.030 correspondían a las madres y 11.777 a los padres. Por el complemento de brecha de género (julio-2022) se pagaban 282.391 complementos de los cuales 263.431 correspondían a mujeres y 18.960 a hombres. Marcando como fecha de corte el día 1 de Enero del 2016, sólo pudieron acceder al complemento de aportación demográfica, en los cinco años de vigencia, 833.882 personas[13]. Si consideramos que las altas en las pensiones contributivas, desde las que se puede acceder al complemento, por mujeres fueron de 1.389.327, en el periodo 2016-2020, tan sólo accedieron a esta prestación,

[12] *Michael Clyton*, film 2007, dirigido por Tony Gilroy.

[13] Desconocemos el número de solicitudes totales de ambos complementos y los concedidos, ya que las Estadísticas del Ministerio de Trabajo en sus Anuarios y las que ahora recogen mes a mes los complementos, tanto de aportación demográfica como de brecha de género, no incorporan estos datos.

más o menos, 850.000 con los datos del INSS de julio del 2022, y que en el periodo desde el 4 de febrero de 2021 a julio del 2022 han accedido al nuevo complemento unos 282.000 pensionistas de las 676.752 altas en estas pensiones.

DATOS PENSIONISTAS	PENSION	COMPLEMENTO APORT DEMOGR	COMPLEMENTO BRECHA DE GENERO
PENSIONISTAS MU 2015	4.442.994	0	
PENSIONISTAS HOM 2015	4.372.523	0	
PENSIONES MUJ en vigor julio 2022 2016-2020	1.389.327	821.030	
PENSIONES HOM en vigor julio 2022-2016-2020	1.258.991	11.777	
PENSIONISTAS 2021 FEBRERO	9.425.381		0
PENSIONISTAS 2021 FEB HOMBRE	4.514.023		0
PENSIONISTAS 2021 FEB MUJER	4.915.586		0
PENSIONES HOMBR ALTA 2021-2022	366.483		18.960
MUJERES ALTA 2021-2022	426.206		263.431

La consecuencia a primera vista es clara: No se cargaban los presupuestos del Estado con una estimación de 6.000.000 de complementos de aportación demográfica ni con otros 6.000.000 de complemento por brecha de género.

En segundo lugar, buscamos el fin del complemento regulado. En orden a aclarar el sentido de esta prestación, nada se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 48/2015, 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, limitándose el penúltimo párrafo, del Preámbulo, a una cita de las normas legales modificadas a través del conjunto de sus disposiciones finales, entre las cuales ni se nombraba a la TRLGSS1994.

Tenemos que ir a los debates de las sesiones de la X Legislatura de la Comisión Permanente del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados para conocer la función del complemento de aportación demográfica, que tiene su origen en la propuesta, que se realiza, precisamente, en cumplimiento estricto de la recomendación decimoséptima del informe de recomendaciones del Pacto de Toledo del año 2011[14].

El Diputado Sr. Joan Coscubiela Conesa, de Izquierda Plural, ya planteó que, con esta redacción, pudiéramos encontrarnos ante la discriminación por razón de edad[15]:

> *Además, hacen una cosa que desde nuestro punto de vista no tiene ningún sentido y es que lo limitan a aquellas personas que se jubilen en el futuro. ¿Entiende usted bien lo que está planteando? (El señor secretario de Estado de la Seguridad Social, Burgos Gallego, hace signos negativos). Sí, a partir del 1 de enero de 2016, a menos que usted nos diga que lo quiere plantear con efectos retroactivos para todas las mujeres que son pensionistas, y entonces hablaremos. ¿Lo plantea usted así? Yo no lo he entendido. En todo caso lo hablamos. Todas las mujeres están discriminadas en su situación laboral y eso afecta al ámbito de su pensión, pero quienes más discriminadas están en este momento son las actuales pensionistas porque son las que han sufrido,*

[14] 17. Mujer y protección social:
Tras constatarse los significativos avances producidos en la materia, se hace hincapié en la necesidad de seguir removiendo los obstáculos que dificultan una efectiva igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con el empleo, una adecuada conciliación de la vida personal, familiar y laboral y una incorporación e integración laboral acorde con las aspiraciones de las mujeres. Bajo esa perspectiva, se respalda la adopción de medidas dirigidas a la equiparación real de salarios entre sexos, por su incidencia directa en los futuros derechos sociales, así como la valoración de la dimensión de género en materia de pensiones y la consideración en la carrera de cotización de las mujeres de las diversas circunstancias que pueden incidir en ellas. Además, han de adoptarse iniciativas que ayuden a las mujeres a complementar sus aportaciones económicas con otros elementos, con el objeto de configurar derechos de pensión propios.

[15] Comisión Permanente de seguimiento y evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, Sesión núm. 24 celebrada el martes 30 de junio de 2015, Cortes Generales DSCDC X Legislatura, núm 853, pp. 11.

> *en etapas históricas mucho peores, la mayor discriminación de todas. ¡Qué injusticia más profunda sería que a la discriminación de género y a la de clase le añada usted una discriminación de edad! Solo atiende a las nuevas pensionistas, no a las actuales que son las que están más castigadas; cuanto mayor es una mujer más sufre en su pensión la discriminación que ha tenido que vivir en su vida laboral y en la sociedad de aquel momento. Eso solo tiene una explicación: a ustedes les va bien la propaganda siempre y cuanto les salga barata; no para reconocer derechos sino sencillamente para que la propaganda les salga barata. Veamos si es verdad que ustedes quieren abordar en serio estas cuestiones…¿Y por qué a todas las pensionistas, señor Burgos? Porque no hacerlo multiplicaría aún más la discriminación. Las mujeres que más han sufrido esa discriminación son las que tienen más edad, porque cuanto más allá te vas en el tiempo, más injusta era la relación patriarcal que hay en las familias y más expulsión del mercado de trabajo se producía, más agujeros en la carrera de cotización y salarios más bajos: oficial tercera marroquinera, mi madre. Entonces por eso. ¿Tiene algún problema lo del régimen transitorio? No nos haga trampas, que algunos sabemos de Seguridad Social. Los regímenes transitorios de Seguridad Social se hacen para no perjudicar en las expectativas de futuro a aquellos a los que la legislación les cambia, pero cuando se trata de mejorar no tiene por qué haber régimen transitorio. Se mejora a todas aquellas que se quiere ayudar, a todas las pensionistas, a todas aquellas con un plus que han tenido responsabilidades, y a aquellas especialmente que tienen las pensiones más bajas. ¿Entendido desde ese punto de vista? No hacerlo va a multiplicar la discriminación. Fíjese bien: discriminación cuando trabajaban, discriminación ahora que son pensionistas y discriminación en relación con las nuevas pensionistas. (p. 29 y 30)*

Y en la misma sesión, del mismo modo, se cuestionó, también, por las Diputadas Sra Chamosa López[16] y Sra. Fernández Dávila:

> *(Sra. Chamosa López) Pero, repito, lo que nos parece una barbaridad es dejar a las 4.700.000 mujeres que hay jubiladas sin ninguna mejora en estos momentos. Son 4.747.000 mujeres que están jubiladas y que no van a tener absolutamente ninguna mejora en su pensión. Por lo tanto, lo primero que tenemos que decir es que esta medida es totalmente insuficiente. Pero además es totalmente arbitraria y caprichosa, ustedes han buscado el colectivo más chiquitito en todos los datos de la Seguridad Social, han puesto el titular y a tirar adelante. Pues no, en esto no podemos estar de acuerdo; ¿por qué a unas sí y a otras no? ¿Por qué a las que van a acceder en 2016 sí y a las que han accedido en 2015 no? Y a lo mejor tenemos que quien va a acceder en 2016 tiene dos hijos y las de 2014 o 2015 a lo mejor han tenido más hijos y han hecho más esfuerzo…*
>
> *(Sra. Fernández Dávila) Esta propuesta incrementa la brecha, y además lo hace entre las propias mujeres. No solamente va a haber mujeres discriminadas con relación a los hombres, sino que habrá mujeres discriminadas con relación a las propias mujeres por varias razones, algunas de las cuales ya se han dicho.*

[16] Comisión Permanente de seguimiento y evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, Sesión núm. 24 celebrada el martes 30 de junio de 2015, Cortes Generales DSCDC X Legislatura, núm. 853, p. 13.

Las mujeres que en 2015 empezaron a cobrar la pensión no tienen derecho a esa prestación, o las de 2010…

Como nos ha recordado la STCO 152/2021, de 13 de septiembre, el complemento de aportación demográfica se incorporó a la Ley Presupuestaria a través de las enmiendas 4241 y 4242 del Grupo Parlamentario Popular, en las que se justificó la medida "*a fin de reconocer la contribución de las mujeres trabajadoras que habían compatibilizado su carrera laboral con la maternidad, «suavizar las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres; disminuir la brecha de género en pensiones; y concretar los objetivos generales previstos en el plan integral de apoyo a la familia»*".

Todo parece obedecer a que se intenta proteger, con el primer complemento a las nuevas paternidades en el Siglo XXI pero se dejaron fuera a madres y padres que, con menos recursos de apoyo a las familias contribuyeron al relevo generacional para el sostenimiento de las futuras pensiones.

Siguiendo con el estudio de la motivación de los textos legales, el fin del artículo 60 del TRLGSS2015 según la exposición de motivos del Proyecto de Ley del Real Decreto Ley 3/2021 es[17]: *No es exagerado afirmar que la de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas. En este sentido, se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida. Esta circunstancia no es exclusiva del caso español, sino compartida casi sin excepción por el resto de países de la Unión Europea. De ahí que no deba sorprender que el propio Tribunal Constitucional haya reconocido la legitimidad de un objetivo que pase por compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores* (ATC 114/2018 de 16 octubre. [RTC 2018\114]). *Y el mismo Tribunal ha avalado las medidas de acción positiva en favor de las mujeres, siempre que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que desaparezca la situación de desigualdad (ATC 119/2018 de 13 noviembre. [RTC 2018\119]),* además, también trata de cumplirse con el mandato de la STJUE.

Pero tampoco, en esta exposición de motivos, se argumenta nada sobre la fecha de efectos. Simplemente se apunta que *se trata de reparar un perjuicio que han sufrido a lo largo de su carrera profesional las mujeres que hoy acceden a la pensión, es decir, un perjuicio generado en el pasado. Y que, por tanto, resulta perfectamente compatible y coherente con el desarrollo de políticas de igualdad ambiciosas que corrijan las desigualdades actualmente existentes en el mercado de trabajo y la asignación de los roles relacionados con los cuidados*.

Pero claro, tal finalidad no acoge a todas las mujeres y hombres que han sufrido perjuicio a lo largo de la carrera profesional, sino sólo a los padres que causen pensión contributiva desde el

[17] Procedente del RDLBG, número de expediente 121/000049. BOCG XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley 26 de febrero de 2021 Núm. 49-1, p. 3. DSCD Pleno y Permanente XIV Legislatura Núm. 92, pp. 35-45.

4 de febrero del 2022, y como hemos visto en las estadísticas[18] millones de padres se quedan sin complemento.

Como ha señalado la Prof. CASAS BAHAMONDE, este nuevo complemento (brecha de género) trata de *reparar el perjuicio que han sufrido a lo largo de su carrera profesional las mujeres por asumir un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos que se proyecta en el ámbito de las pensiones,* pero en el que tampoco se tuvo en consideración la fecha de efectos o la aplicación a todos los pensionistas con hijos[19]. El nuevo complemento, es evidente que, carece de cualquier lógica pensar que realmente puede servir como apoyo a la natalidad un complemento en la pensión que se generará necesariamente varias décadas después del momento de nacimiento y cuidado de un menor, que es en el que precisamente se hacen necesarias las medidas de apoyo a la natalidad, el cuidado y la corresponsabilidad en el mismo.

Sin embargo, paradójicamente, el reconocimiento generalizado del complemento en las pensiones de los hombres tiene como consecuencia el incremento de la brecha de género en las pensiones que obtienen las mujeres.

Inmersos en más de un año de enmiendas hasta el 1 de septiembre del 2022, parece que se han olvidado de la fecha del 4 de febrero del 2021, y de ahí seguirá creándose más brecha, porque otra vez más de 6.000.000 millones de padres y madres no pueden solicitar el complemento porque su hecho causante de su pensión contributiva es anterior a la fecha marcada por el legislador.

Estos son los motivos del legislador y los datos estadísticos de los complementos que nos servirán para poder elaborar la respuesta a la cuestión planteada. Pero, debemos repasar la teoría del Derecho Constitucional sobre el Derecho a la igualdad en la ley, para aplicarla a la disposición temporal de los complementos con los datos recogidos.

2.1. El Derecho a la igualdad en la Ley

Siguiendo el trabajo de los Profesores Rodríguez Piñero y María Fernanda Fernández[20], y los procedimientos y operaciones de interpretación constitucional, en lo que atañe al derecho fundamental a la igualdad: del juicio de igualdad, el test de desigualdad, el análisis de la razonabilidad del factor diferencial, con la concurrencia de una doble garantía, la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida, hemos de indicar que el derecho a la igualdad ante la Ley de las dos medidas temporales que acompañan a los dos complementos (demográfico y brecha de género) difícilmente pueden defenderse como constitucionales.

Toda la doctrina del TC sobre la igualdad en la ley se resume en estos cuatro puntos[21]:

a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable;

---

[18] Dato estimativo porque de los datos del INE y del INSS no hay una encuesta de natalidad anterior al año 2018 y cercana al 1 de Enero del 2016 y tampoco de Febrero del 2021. En el año 2018 había en España 11.926.861 de mujeres con edades comprendidas entre 18 y 55 años de las cuales tenían hijos 7.111.118 mujeres.

[19] Casas Baamonde, M.E.: "El control constitucional de la aplicación del Derecho de la Unión Europea y de la inaplicación de la ley interna por los jueces y tribunales" (Complementos de pensiones contributivas por maternidad y "discriminación masculina"), *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 9/2021, BOE.

[20] Piñero Rodríguez, M., Fernández López, M.F.: "La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Española*, Ed. BOE, pp. 333-371.

[21] ATC 114/2018, de 16 de Octubre del 2018, FJ 2.

b) el principio de igualdad exige que, a iguales supuestos de hecho, se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional;

c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables, de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados;

d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que se persigue con ella, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

El complemento de aportación demográfica fue saeteado por diversas demandas de ciudadanos a los que no se les reconocía el complemento, por los causantes de jubilaciones anticipadas, por los causantes de pensión de incapacidad permanente total que deriva en absoluta por agravación, y por los hombres que consideraban que eran discriminados.

En una de éstas, el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, se planteó si la fecha del 1 de Enero del 2016, a través de la cuestión de inconstitucionalidad 364-2019, podía ser contraria al derecho a la igualdad en la ley y discriminatoria por razón de la edad. Esta fue la primera vez que un Tribunal del Orden Social se cuestionó lo que en la Comisión Permanente sobre el Pacto de Toledo se había debatido. En dos ocasiones se formuló por el Juzgado de lo Social de Barcelona nº 26 tal pregunta[22]. En primer lugar, ante el Tribunal Constitucional, cuya respuesta es el Auto del TC 89/2019, de 16 de julio de 2019 (RTC\2019\89), y que luego volvió a plantear ante el TJUE pero no esperó su respuesta ya que anticipadamente retiró la cuestión previa ante el TJUE[23].

La contestación del Tribunal Constitucional, a la cuestión, se realizó por el Auto 89/2019, de 16 de julio de 2019 (RTC\2019\89) inadmitiendo a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona en relación con la disposición final única del TRLGSS2015, porque consideró que estaba mal fundamentada, *al no haber llevado a cabo la formulación del juicio de relevancia en los términos exigidos por la doctrina de este Tribunal.* El TC expone como debería haberse argumentado el juicio de relevancia y reproducimos el texto porque resulta de gran interés profesional:

> *el órgano judicial ha de poner de manifiesto ante este Tribunal de qué manera, a la vista del objeto del proceso en curso, la alternativa que encierra la duda de constitucionalidad lo es también, idealmente, pero de modo necesario, para resolver aquél en uno u otro sentido, descartando ya*

[22] Auto de, del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona 20 de diciembre de 2018, que planteó la cuestión de inconstitucionalidad 364-2019.

[23] AJS de Barcelona nº 26, Auto de 28 de Octubre del 2019. AJSO 9/2019 (AS\2019\2384):
1º ¿Podemos considerar que el complemento de maternidad regulado en el art. 60 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, es una medida o acción positiva dirigida a lograr la igualdad material entre mujeres y hombres al amparo del art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ? 2º En caso de respuesta positiva a la anterior cuestión, ¿se opone al principio de proporcionalidad al que debe someterse toda acción positiva la limitación temporal a las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016 dispuesta por la disposición final única del Real Decreto Legislativo 8/2015?

cualquier otro parámetro distinto de la disposición de la ley cuestionada para llegar a dicha resolución... Sólo cuando sobre los problemas de legalidad ordinaria planteados en el proceso 'no pueda ya fundarse una decisión, con independencia de la duda constitucional, podrá ser también reconocida la relevancia que justifica el empleo por el juzgador del instrumento que es la cuestión de inconstitucionalidad'

…Como se constata a partir del razonamiento del auto de planteamiento de la cuestión, el juzgador se limita a poner de manifiesto la "posibilidad" de que el fallo dependa de la validez de la norma cuestionada, supuesto que sólo se daría si estimara fundada la postura del INSS, entendiendo que la pensión por incapacidad permanente absoluta concedida en marzo de 2017 no es nueva, sino que ha de tomarse en consideración la originada en 2011 como consecuencia del reconocimiento de la incapacidad permanente total de la actora, que ha sido objeto de posterior revisión a raíz del agravamiento de su enfermedad. Pero, como se desprende del propio auto, cabe también la posibilidad de que se diera la razón a la demandante, que defiende que la pensión reconocida en 2017 es distinta a la que obtuvo en 2011, por lo que no sería de aplicación la limitación temporal de la disposición cuestionada, postura que cuenta con el apoyo del fiscal, que puso de relieve la necesidad de que el magistrado concretara este aspecto como condición indispensable para la viabilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Y ésta es una incógnita que, efectivamente, debería haber sido resuelta por el órgano judicial en el auto de planteamiento, razonando de manera precisa si respalda la tesis de la demandante o la del INSS, en lugar de dejar este extremo en una absoluta indefinición, porque es determinante para que la cuestión de inconstitucionalidad pueda ser admitida a trámite, de resultar fundada. De aceptar ese modo de proceder, aparte de que este Tribunal tendría que entrar a discernir sobre un aspecto de legalidad ordinaria que escapa de su competencia, se corre el riesgo de que la cuestión de inconstitucionalidad se convierta en un juicio de constitucionalidad en abstracto, desligado del proceso a quo, "lo que, cabalmente, no puede constituir nunca el objeto de un procedimiento constitucional de este tipo" (SSTC 147/2012, de 5 de julio, FJ 3, y 6/2010, de 14 de abril , FJ 2, y ATC 57/2014, de 25 de febrero , FJ 4).

Por consiguiente, no se puede entender debidamente realizado el juicio de relevancia de la disposición cuestionada en los términos del art. 35.2 LOTC

Sin embargo, a pesar de inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad sí que aporta una argumentación en favor de la constitucionalidad de la disposición adicional segunda del TRLGSS2015 y una fundamentación económica de sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social argumentada por la Fiscal:

Finalmente, la disposición cuestionada no carece de una justificación objetiva y razonable desde el punto de vista del impacto económico de la norma. Como bien advierte la fiscal general del Estado, el reconocimiento del complemento a aquellos hechos causantes producidos a partir del 1 de enero de 2016 tiene un impacto económico inicialmente nulo, que se irá incrementando paulatinamente a medida que se vayan reconociendo nuevas prestaciones contributivas por jubilación o incapacidad laboral. Pero si se extendiera el abono de dicho complemento a todas aquellas mujeres que, cumpliendo los

> *requisitos del art. 60 LGSS , hubiesen causado su derecho a pensión antes de aquella fecha, el impacto económico sería relevante, puesto que ello supondría su extensión a un importante colectivo, atendidos los datos del Instituto Nacional de Empleo (INE) sobre el número de mujeres pensionistas existentes en agosto de 2015, que podría hacer insostenible el mantenimiento del complemento por maternidad.*
>
> *Como conclusión, se puede afirmar, desde la perspectiva del art. 14 CE, que la aplicación del complemento por maternidad únicamente a las mujeres que causen una pensión contributiva a partir del 1 de enero de 2016 no implica, por ese solo hecho, la vulneración de aquel precepto constitucional, ni tampoco puede ser tachada de arbitraria, pues no responde a una decisión caprichosa o injustificada del legislador. Es preciso reiterar que el art. 14 CE no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales, motivado por la sucesión normativa, porque no exige que se deba dispensar un idéntico tratamiento a todos los supuestos con independencia del tiempo en que se originaron o produjeron sus efectos. Junto a ello, se ha de insistir en que nos hallamos ante una cuestión vinculada a la libertad de configuración de la que goza el legislador para determinar los efectos temporales de la norma, tarea en la cual no ha establecido un criterio injustificado o irrazonable que lesione los derechos de quienes ya fueran beneficiarias de una pensión contributiva en aquella fecha, sino que, en una decisión que se ajusta a los principios generales de derecho transitorio de la Seguridad Social y a la regla general de irretroactividad de las leyes del art. 2.3 del Código civil , ha optado por establecer el momento a partir del cual el incremento de la concreta prestación surtiera efecto. Por último, se puede afirmar que la decisión adoptada no carece de una justificación razonable, según ha quedado expuesto. En este proceso corresponde al legislador, en atención al margen que constitucionalmente tiene reconocido para la regulación del sistema de Seguridad Social, valorar las circunstancias y los múltiples condicionantes, entre ellos los económicos, para introducir la modificación legislativa que supone el reconocimiento del complemento por maternidad, y, a tal efecto, fijar los límites y establecer el alcance de la modificación, en atención a las disponibilidades del momento y a las necesidades de los grupos sociales, sin que, en conclusión, la previsión legislativa cuestionada pueda ser tachada de irrazonable y contraria al art. 14 CE.*

Los 26 folios del Auto del TC nos pueden dar idea de que el asunto no era, ni fácil, ni los Magistrados dejaron pasar la oportunidad de estudiar el tema, señalando el camino por donde podría acabar una cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo que formalmente estuviese bien planteado.

Sobre la base del art. 20 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, el art. 14 de la Carta Magna, el art. 2 del TRLGSS2015, el art. 3 letra i) de la novísima Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y la doctrina emanada de las Sentencias y Autos del TC, podemos dar una respuesta clara sobre la conculcación del contenido esencial del derecho a la igualdad en la Ley por aplicación de un complemento de Seguridad Social a partir de una fecha, dejando fuera a muchos pensionistas que cumplían los requisitos.

Por ello, las disposiciones de aplicación temporal de los complementos de Seguridad Social, tanto de aportación demográfica como de brecha de género, trastocan todo el fundamento de

la norma creada y del derecho a la igualdad en la ley, porque excluyen: el primero de ellos a las madres que a fecha de 1 de enero del 2016 y que cumplían todos los requisitos, salvo que la pensión se había causado con anterioridad a esa fecha, a las madres con un sólo hijo y a los padres. Y el segundo, el de brecha de género, excluyó a padres y madres que habían causado la pensión antes del 4 de febrero del 2021.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional afirmó, desde las primeras Sentencias, *la vinculación del legislador al principio de igualdad, como límite a la acción legislativa*[24]. No se prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades y que el derecho a la igualdad en la Ley se conculca si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida[25].

Como indicó el Magistrado Valdés Dal-Re: *los socorridos argumentos a la libre configuración legal en materia de Seguridad Social y de la limitación de los recursos económicos del sistema son siempre recurrentes*. Pero tal interpretación *no puede compartirse, ya que se olvida que el artículo 53 CE sitúa la tutela y delimitación de los derechos fundamentales en su contenido esencial, sin que nada ajeno a este pueda por tanto constreñirlos.*

Y el margen del legislador en materia de Seguridad Social tiene que ser compatible con la lógica constitucional de la cobertura del contenido esencial de los derechos fundamentales. Y es que, sea cual sea la libertad de configuración del legislador que quiera proclamarse, debe someterse a ese filtro; aquí al del contenido esencial del principio general de igualdad. la libertad de configuración legal en materia de Seguridad Social no es un criterio de delimitación del contenido esencial de ningún derecho fundamental, sino únicamente una expresión o concreción normativa de política legislativa, legítima e imprescindible, pero que podrá operar en su recorrido potencial solo, o hasta, donde no traspase el contenido esencial del derecho de que se trate; en el caso a examen, el del artículo 14 CE. Del mismo modo *las argumentaciones sobre el escenario económico, que no se encuentran en la base de su función, ni pueden entenderse como fuente motivadora de su reconocimiento ni quedan asociados a su finalidad y consagración constitucionales deben ser rechazadas*[26].

Ese mismo argumento, la libertad del legislador, provoca una y otra vez la ausencia del control de constitucionalidad en materia de Seguridad Social como si el legislador no estuviera limitado en sus concreciones normativas, pese a su margen político, por los mandatos constitucionales.

De acuerdo con la posición del Prof. Valdés Dal-Re, se debe exigir cierto control de eficacia de la medida tomada, lo que excede del análisis de la mera compatibilidad con la Constitución del criterio elegido para diferenciar, y llevaría a una exigencia de proporcionalidad y de adecuación de la cuestionada diferencia de trato. El principio de igualdad prohíbe al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma, estableciendo una fecha de efectos, de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria» (STC 144/1988, de 12 de julio [RTC 1988\144]).

[24] La STC 22/1981, de 2 de julio, y la STC 34/1981, de 10 de noviembre.

[25] STC 22/1981, de 2 de julio.

[26] ATC 114/2018, de 16 de Octubre del 2018, Voto particular del Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Re.

Con todo, el TC ha seguido con los tan manidos criterios de libertad del legislador y mantenimiento del Sistema de la Seguridad Social para admitir la falta de igualdad en la Ley y así lo ha conservado en una de las últimas Sentencias sobre pensiones de Seguridad Social, la STC 38/1995 de 13 febrero (RTC\1995\38) sobre los trabajadores autónomos y la pensión por incapacidad derivada de accidente. Para el TC el principio de igualdad no exige que la ley creadora de un nuevo derecho, y sobre todo de un derecho de carácter prestacional, haya de tener una retroactividad ilimitada en el tiempo y ni siquiera retroactividad alguna.

Confluyendo, en todos los casos, el propósito al que la regulación responde, o dice responder a la superación de la brecha de género, no puede aceptarse cualquier dato de distinción como factor objetivo y razonable de diferenciación que haga desvanecer la identidad en el elemento brecha de género ocasionada por la maternidad y paternidad. Conociendo la finalidad de la norma no parecen que existan suficientes argumentos para olvidarse del art. 14 CE cuando hay tantos padres y madres que no pudieron acceder ni al complemento de aportación demográfica como ahora al de brecha de género, por una fecha de efectos de causación de la pensión.

Y así, el TC asienta que: es contraria a la igualdad la norma que diversifica por un *mero voluntarismo selectivo*, las fechas del 1 de enero del 2016 y la del día siguiente a la publicación del RDLBG, el 4 de febrero del 2021.

Es verdad que el TC ha dicho que el *art. 14 CE no impide que la desigualdad de trato entre diversas situaciones derivada únicamente de un cambio normativo, y producida tan solo por la diferencia de las fechas en que cada una de ellas tuvo lugar, no encierra discriminación alguna, y no es contraria al principio de igualdad ante la Ley*[27]. Pero esta situación es muy distinta a las enjuiciadas por el TC, ya que cumpliendo los requisitos de la norma, la misma sólo se aplica a quienes los cumplan a partir de la fecha que el legislador establece y además, con las estadísticas de las que disponemos del INE y de la Seguridad Social (aunque seguro que el legislador y los Gobiernos tenían las necesarias) dejando fuera a 3.000.000 de madres con pensiones contributivas[28], y a 3.000.000 de padres que pudieron haber quedado fuera, y en parte se les restituyó el derecho por la STJUE, y el propósito del legislador se ve claramente en las tablas: No cargar los presupuestos del Estado con 12.000.000 de complementos de aportación y de brecha(suma de los dos).

Pero en la XIV Legislatura se volvió a las andadas y se decidió por el Gobierno, del que formaban parte los que en su día en la Comisión Permanente del Pacto de Toledo apuntaban los indicios de inconstitucionalidad, que los padres antes del 4 de febrero del 2021 que no hubieran causado la pensión quedaban fuera de la aplicación del complemento de brecha de género. Apuntaron y denunciaron el problema siendo oposición y una vez en el Gobierno lo reprodujeron.

El principio de igualdad en la ley implica la constatación de la existencia de legítimos factores que justifiquen la desigualdad. La igualdad se resuelve así *en la exigencia de no diferenciar, sin razón suficiente, entre situaciones de hecho iguales.*

Son contrarias al principio de igualdad tanto las normas, que injustificadamente anudasen consecuencias diferentes a supuestos de hecho sustancialmente iguales, como las que consigan el mismo resultado mediante la consideración como diferentes supuestos de hecho iguales, sin proporcionar fundamentación adecuada para la diferenciación de supuestos[29].

[27] STC 70/1983, de 26 de julio (RTC\1983\70), y STC 119/1987, de 9 de julio (RTC 1987\119\).

[28] Dato estimado porque de la Encuesta del INE del 2018 de cuestiones demográficas indica que había 11.926.861 mujeres de las cuales 7.111.118 tenían hijos.

[29] STC 75/1983, de 3 de agosto (RTC\1983\75).

La cuestión sobre el quebrantamiento del art. 14 de la Carta Magna en relación a la igualdad en la Ley no parece que admita una mejor opinión fundada en Derecho en relación a la fecha de efectos del complemento de brecha de género y en su momento del de aportación demográfica. Pero puede que exista otra razón que justifique la desigualdad creada: la estabilidad del sistema de la Seguridad Social.

Y nos surge la siguiente pregunta:

> *¿Cuál puede ser la razón para marcar una línea y dejar fuera a 6.000.000 millones de pensionistas en el complemento de aportación demográfica y otros tantos en el complemento de brecha de género?.*

2.2. De nuevo sobre la estabilidad presupuestaria o el mantenimiento del Sistema de la Seguridad Social

Hemos encontrado referencias, en las intervenciones en el Congreso de los Diputados y en el TC, y en la doctrina[30], al mantenimiento y sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social como límite para conceder o para limitar el derecho a prestaciones y pensiones en el marco del Derecho de la Seguridad Social. Después de la reforma del art. 135 de la Carta Magna, de su desarrollo por la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria de 27 de abril del 2012. (RCL 2012\607) (en adelante LEPSF) que considera al Sistema de Seguridad Social como parte del objeto de aplicación de la misma (art. 2), permitiendo cierto déficit estructural, (art. 11.5 LEPSF) y estableciendo que *el Gobierno hará un seguimiento de la aplicación de los mecanismos de revalorización y ajuste del sistema de pensiones, con el fin de velar por el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Socia (*art. 18.3 LEPSF)[31] no podemos dudar de que los límites presupuestarios son un elemento de argumentación para limitar la concesión de pensiones del Sistema Público de la Seguridad Social

En el ATC 89/2019, de 16 de julio de 2019 (RTC\2019\89) la Fiscal del Tribunal Supremo lo reconoce y considera una medida económica, necesaria, el establecer la fecha del 1 de Enero del 2016 como ya expusimos en el apartado 2.1.

El TJUE en la Sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS v NK AG, C- 223/19, (EU:C:2020:753), también, admite la estabilización presupuestaria para defender la discriminación y así dice:

> *el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de declarar que, si bien las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos, los objetivos consistentes en asegurar la financiación sostenible de las pensiones de jubilación pueden, en cambio, considerarse, habida cuenta del amplio margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, objetivos legítimos de política social que son ajenos a toda discriminación por razón de sexo STJUE sentencia, apartados 60 y 61].*

Como podemos observar tenemos un choque, entre el contenido esencial del Derecho a la igualdad en la Ley como Derecho Fundamental, sumado al Derecho a la igualdad en las pensiones

[30] García Murcia, J.: *La seguridad Social en España y la idea de solidaridad*, KRK Ediciones, 2017.

[31] Sobre el tema Suarez Corujo, B.: "Constitución, estabilidad presupuestaria y Seguridad Social", en *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*. Comunicaciones (en CD-ROM): XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales / Coord. por Garrido Pérez, E., 2013, pp. 629-638.

y prestaciones de la Seguridad Social según el art. 2 del TRLGSS2015, y el control de la LEPSF[32] para mantener el sistema de la Seguridad Social. Se mire por donde se mire, se interprete como se interprete, la desigualdad y discriminación en la regulación de estos dos complementos es manifiesta, y el art. 60 del TRLGSS2015 y la disposición final del RDLBG no permiten muchas reparaciones. Aprovechar el proyecto de Ley del RDLBG para ampliar a todos los pensionistas por incapacidad, jubilación y viudedad que hayan tenido hijos parece ser la solución correcta.

2.3. El tiempo y las normas de las prestaciones y pensiones de la Seguridad Social: ¿Retroactividad o irretroactividad limitadora de derechos?

A pesar de las dudas sobre la aplicación de la regulación del complemento de aportación demográfica más allá del 4 de febrero del 2021, la SJS nº 13 de Barcelona, de 7 de enero del 2022[33], ya ha dejado claro que no se aplica la regulación anterior a partir de la entrada en vigor del RDLBG. Pero se ha planteado y cuestionado en los tribunales cierta retroactividad.

Como ya hemos apuntado, el TC ha reiterado que la desigualdad de trato entre diversas situaciones derivada únicamente de un cambio normativo, y producida tan sólo por la diferencia de las fechas en que cada una de ellas tuvo lugar, no encierra discriminación alguna, y no es contraria al Derecho a la igualdad ante la Ley. El Derecho a la igualdad no exige que la ley creadora de un nuevo derecho, y sobre todo de un derecho de carácter prestacional, haya de tener una retroactividad ilimitada en el tiempo y ni siquiera retroactividad alguna (ATC 790/1988, de 20 de junio, [ECLI:ES:TC:1988:790] y ATC 1172/1988, de 24 de octubre, ECLI:ES:TC:1988:1172A1172/1988), pero resulta muy difícil de comprender y asumir que voluntariamente, sin justificación razonable, sin proporcionalidad se aprueba un complemento de pensiones públicas contributivas que deje fuera a madres y padres que merecían este complemento por que cumplían los requisitos salvo el del tiempo de causación de las pensiones. Y no hablamos de un número no significativo, y la tabla expuesta en el punto 2ª es muy ilustrativa.

Es necesario modificar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la base del respeto del contenido esencial del Derecho Fundamental a la igualdad en la Ley.

3. El restablecimiento del Derecho

El Prof. DIEZ PICAZO se pregunta ¿*Cómo puede restablecerse la igualdad en el contenido de la ley una vez que se ha constatado la existencia de una norma discriminatoria?*. Y se contesta: ¿se debe simplemente suprimir la norma discriminatoria o, más bien, extender su aplicación a aquellas personas que estaban indebidamente excluidas?[34]

Así, pues, el dilema entre la supresión o la extensión del Derecho en el restablecimiento de la igualdad sólo debería plantearse, cuando la norma otorga derechos frente a los poderes públicos y beneficia a unos y no a otros cumpliendo con los requisitos esenciales de acceso a la pensión. Si el derecho respecto del cual se produce la discriminación es el derecho a la igualdad en la ley (art. 14 CE), la extensión del complemento a la pensión pública sería el remedio lógico. Y este es nuestro caso.

---

[32] Entre otros ciertos desatinos de los complementos, está el considerar la pensión de viudedad como un supuesto de protección de la natalidad, o de posible protección a las madres trabajadoras, si bien debido al gran número de pensiones de viudedad se trataba de tapar la brecha de género en la cuantía de las pensiones, pero desde luego no es lo mismo una pensión de 2.000 euros que una de mínima contributiva.

[33] SJSO 57/2022 - ECLI:ES:JSO:2022:57. 08019440132022100004.

[34] Diez Picazo, L.: "El principio de igualdad ante la ley", en VV.AA.: *Estudios y Comentarios, Sistema de Derechos Fundamentales*, Ed. Civitas, 2008 (BIB 2008\340).

Pues bien, el camino más sencillo sería que, en el trámite parlamentario del Proyecto de Ley del RDLBG se decidiera por suprimir la fecha del 4 de febrero del 2021 y disponer que todas las pensiones de incapacidad, jubilación y viudedad tienen derecho, si cumplen los requisitos, al complemento.

Si no se modifica, en la tramitación parlamentaria, el camino pasa por solicitar el complemento por brecha de género. Una vez denegada la solicitud, se presenta la reclamación previa y contra la resolución de la reclamación previa, también denegatoria, en la demanda ante el Juzgado de lo Social tenemos la opción de solicitar al Magistrado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Todo ello, considerando que al aplicar esta disposición adicional primera del RDLBG, podría llevar a la consideración, a la hora de resolver, si la misma es constitutiva de lesión del Derecho Fundamental a la igualdad y constitutiva de discriminación (art. 14 de la Carta Magna) amparada en el art. 163 de la CE.

Se puede considerar de oficio o a instancia de parte, que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, conferida por el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC en adelante), como cauce procesal para resolver las dudas que el mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar.

Si no se presentara por parte del Juzgado de lo Social, se volvería a solicitar en el Recurso de Suplicación y posteriormente en el Recurso de casación para una vez agotada la vía Jurisdiccional acudir en Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional.

4. Conclusiones

Primera: El complemento de pensiones contributivas regulado en el art. 60 del TRLGSS2015, denominado de brecha de género, y en concreto la fecha de efectos para causar derecho al mismo, el 4 de febrero del 2021, establecida en la disposición adicional primera del RDLBG, tiene indicios de ser contraria al contenido esencial del Derecho Fundamental a la Igualdad en la Ley, igual que sucedía con la fecha de efectos del complemento de aportación demográfica, en la disposición la final tercera de la Ley de Presupuestos del 2016.

Segunda: Las Estadísticas de las que disponemos, tanto del INE como del INSS, que no son suficientes, demuestran que el Legislador tanto en el año 2015 como en el año 2021 (Gobierno) sabían que disponiendo de una fecha *ad futurum* no hipotecaban presupuestariamente el Sistema de la Seguridad Social, y ello ha sido utilizado como defensa, sin citar expresamente los artículos específicos de la LEPSF con respecto a la Seguridad Social, frente al coste que deberían asumir los Presupuestos del Estado. Esta razón, para no pagar el complemento a todos pensionistas, ya apareció en la defensa del Fiscal General ante el TC en las alegaciones a la cuestión de constitucionalidad 364-2019 y por parte del Gobierno en la sede de la Comisión Permanente sobre el Pacto de Toledo.

Tercera: Es necesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de la disposición adicional primera del RDLBG, sobre la base del art. 20 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, el art. 14 de la Carta Magna, el art. 2 del TRLGSS2015, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, el art. 2 del TRLGSS2015, unido a la doctrina emanada de las Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional. Aunque la

forma más sencilla, para resolver el problema, sería que en la futura Ley por la que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, modifica y amplia el complemento a todos los padres con pensiones de incapacidad, jubilación y viudedad, sin establecer una fecha a partir de la cual se conceda por causar la pensión correspondiente.

5. Bibliografía

Aragón Gómez, C.: "Cuestiones prácticas con respecto al antiguo complemento por maternidad y al nuevo complemento para la reducción de la brecha de género", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 245, 2021, pp. 317-328.

Ballester Pastor, I.: "El complemento de pensión por jubilación para mujeres con más de dos hijos -por su aportación demográfica a la Seguridad Social- no se abona a perceptoras de pensión de jubilación anticipada por voluntad propia. El art. 60.4º LGSS no supone una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, nº. 5, 2021. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001523.

Blasco Jover, C.: "Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa". *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, nº. 2, 2021, pp. 179-216.

Bonell Ruiz, R., Devesa Carpio, J.E.: "El complemento por maternidad de las pensiones de la seguridad social en España: Análisis financiero actuarial basado en la MCVL", *Economía española y Protección Social*, nº. 9, 2017, pp. 117-157.

Cano Galán, Y.: "Complemento por aportación demográfica y fecha de efectos: una nueva vuelta de tuerca", *Diario La Ley*, nº 10089, 2022 (LA LEY 5738/2022).

Cano Galán, Y.: "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 158, 2021, pp. 121-159.

Cano Galán, Y.: "El nuevo complemento para la reducción de la brecha de género", *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, nº. 5, 2021, pp. 41-49.

Cruz Villalón, J.: "El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo", *Revista de derecho de la seguridad social*, *Laborum*, nº. 28, 2021, pp. 37-46.

De la Corte Rodríguez, M.: "Del complemento de pensiones por maternidad al de por brecha de género: Cómo intentar cumplir (sin lograrlo) la jurisprudencia europea sobre igualdad de género", *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 56, 2022, pp. 112-135.

Diez Picazo, L.: "El principio de igualdad ante la ley", en VV.AA.: Estudios y Comentarios, Sistema de Derechos Fundamentales, Ed. Civitas, 2008 (BIB 2008\340).

Domínguez Fabián, I.: "Complemento de maternidad y eliminación de la discriminación indirecta en los tiempos parciales: avanzando en la reducción de la brecha de género", en VV.AA.: *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo" (2020)* / Hierro Hierro, F.J. (Dir.), 2021, pp. 799-811.

Fernández Nieto, L.A.: "Una nueva medida contra la discriminación: el complemento para reducir la brecha de género en las pensiones contributivas", *Diario La Ley*, nº 9846, 2021 (LA LEY 4585/2021).

Gala Durán, C.: "Igualdad de género. El nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Pensiones. Complemento". *La Administración Práctica,* núm. 5/2021, (BIB\2021\2786).

Gala Durán, C.: "El incierto futuro del complemento por maternidad tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019", *La Administración Práctica, núm. 4/2020,* (BIB\2020\10203).

Gallego Losada, R.: "El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones", *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, CEF, nº. 403, 2016, pp. 19-54.

García Murcia, J.: *La seguridad Social en España y la idea de solidaridad*, KRK Ediciones, 2017.

García Romero, B.: "Efectos económicos del reconocimiento al pensionista varón del complemento de pensión por aportación demográfica en aplicación de la jurisprudencia comunitaria. Comentario de la STSJ La Rioja (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 160-2021, de 21 octubre", *Nueva revista española de derecho del trabajo,* nº. 253, 2022, pp. 219-226.

García Romero, B.: "Efectos económicos del reconocimiento al pensionista varón del complemento de pensión por aportación demográfica en aplicación de la jurisprudencia comunitaria.: Comentario de la STSJ La Rioja (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 160-2021, de 21 octubre", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 253, 2022, pp. 219-226.

Granell Pérez, R. y Salvador Cifre, C.: "Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad: Análisis de objetivos, resultados y consecuencias,. *Revista de economía pública, social y cooperativa*, CIRIEC-España nº. 98, 2020, pp. 287-322.

Hernández Vitoria, M.J.: "Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 249/2022, (BIB\2022\222).

Hierro Hierro, F.J.: "Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", en VV.AA.: *Cuadernos prácticos de derecho laboral* / Sánchez-Rodas Navarro, C. ,Gutiérrez Pérez, M., Solís Prieto, C. (Dirs.), Vol. 2, 2021 (Tests, Preguntas y Casos Prácticos / Carmen Solís Prieto (Dir.), pp. 417-420.

Kahale Carrillo, D.T.: "Capítulo XI. El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género", en VV.AA.: *El impacto de género en una sociedad cambiante. Una visión multidisciplinar* / Coord. por Alejandra Selma Peñalva, 2021, pp. 157-170.

Kahale Carrillo, D.T.: "La brecha de género en el sistema de pensiones: cuestiones para tener en cuenta", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 62, 2022, pp. 211-234.

López Roldán, P.: *La protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: avances y retos en las tutelas preventiva, laboral y prestacional*, Tesis doctoral dirigida por Navarro Nieto, F. (Dir. tes.). Universidad de Córdoba (ESP) (2022).

Macías García, M.C.: "Sobre el «nuevo» complemento de pensiones contributivas para la reducción de brecha de género: Recorrido cronológico, legislativo y judicial", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, nº. 30, 2022, pp. 129-146.

Martínez Barroso, M. de los R.: "Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social", *Revista Aranzadi Unión Europea* núm. 6/2020, (BIB\2020\12152).

Molina Navarrete, C.: "Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18", *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, nº. 445, 2020, pp. 188-201.

Molina Navarrete, C.: "De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?, *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos,* nº. 457, 2021, pp. 135-163.

Montero Ferreira, D.: "Complemento de la pensión por hijos también para hombres", *Actualidad civil*, Nº 9, 2021.

Moreno Romero, F.: "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 58, 2021, pp. 679-715.

Paredes Rodríguez, J.M.: "Complemento para la reducción de la brecha de género en las en las pensiones: interrogantes y valoración". *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 244, 2021, pp. 37-64.

Piñero Rodríguez, M., Fernández López, M.F.: "La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Española*, Ed. BOE, pp. 333-371

Ramos Quintana, M.I.: "Reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas: la reconstrucción de una frustrada acción positiva en el extinto complemento por maternidad, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Sección Opinión, nº. 77, 2021.

Suarez Corujo, B.: "Constitución, estabilidad presupuestaria y Seguridad Social", en Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico. Comunicaciones (en CD-ROM): XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales / Coord. por Garrido Pérez, E., 2013, pp. 629-638.

Vida Fernández, R.:: "Prestaciones de seguridad social. Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto final a una medida mal planteada pero necesaria: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 12 de diciembre de 2019. Asunto C-450/18. ECLI:EU:C:2019:1075", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 152, 2020, pp. 319-329.

Villar Cañada, I.M.: "¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 5, nº. 1, 2020, pp. 288-298.

"Pareja de hecho" y requisitos de la pensión de viudedad: límites de la discrecionalidad judicial[1]

Juan Miguel Díaz Rodríguez
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

1. La pensión "vitalicia" de viudedad: entre el perfeccionamiento extensivo de su régimen jurídico y la evitación del fraude

El régimen jurídico de la pensión de viudedad ha generado siempre discusiones académicas, que se incrementan ante la hipótesis de que los sujetos causante y beneficiario hayan convivido como "pareja de hecho". Al igual que el resto del Derecho de la Seguridad Social, con la Ley General de Seguridad Social a la cabeza (LGSS, cuyo último texto refundido fue aprobado mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre[2]), dicho régimen ha estado expuesto a cambios como (el último, por ahora) el aprobado a finales de 2021. En efecto, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[3], ha introducido novedades precisamente en lo relativo a "pareja de hecho y pensión de viudedad", ocupándose de ello concretamente su artículo 1 (que efectúa numerosas modificaciones de la LGSS, mientras que

[1] Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i de Generación de Conocimiento, titulado Sostenibilidad ambiental, social y económica de la administración de justicia. Retos de la Agenda 2030. (SOST JUST 2030), con referencia PID2021-126145OB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa".

[2] B.O.E. núm. 261, de 31 de octubre.

[3] B.O.E. núm. 312, de 29 de diciembre.

el artículo 2 se ocupa de la Ley de Clases Pasivas del Estado, texto refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, en adelante LCPE[4]). Los apartados diez, once y doce del citado artículo 1 presentan la nueva redacción que, desde el 1 de enero de 2022[5], tienen los artículos 221, 222 y 223 LGSS, respectivamente. Como se sabe, el artículo 221 LGSS está dedicado de forma monográfica a la pensión de viudedad en un contexto de "pareja de hecho" (mientras que, tras la mencionada reforma operada por dicha Ley 21/2021, los artículos 222 y 223 contienen ahora también menciones a las "parejas de hecho", extendiéndoles previsiones normativas que estaban antes supeditadas a la existencia de vínculo conyugal).

En la LCPE, sus artículos 38 y 39 regulan la pensión de viudedad, existiendo evidentes similitudes entre ellos y los mencionados artículos sobre dicha pensión en la LGSS, incluso diversas coincidencias literales de preceptos. Eso sí, tras los cambios que la citada Ley 21/2021 ha implementado (sólo en la LGSS, "de forma inexplicable"[6]), existen ahora mismo algunas diferencias puntuales pero sustanciales, que pudieran ser eliminadas en el futuro. Tales diferencias no serán aquí comentadas, por ajenas a lo que será analizado.

La pensión de viudedad tiene unas características (en general, sin ceñirse a las "parejas de hecho") que, quizás, habría que revisar, precisamente porque, como se verá enseguida, son el detonante de la cautela con que el legislador ordena esta materia, de forma particular cuando la persona que ha fallecido y la que continúa viva no habían contraído matrimonio sino que venían conviviendo de hecho o, mejor dicho (convivir no sería suficiente, váyase ya reparando en ello), habían formalizado ante el Derecho o, si se quiere, "legalizado", la existencia de tal pareja, a los efectos jurídicos oportunos.

Entre esas características (sustantivas, más allá de los requisitos a los que se sujeta la concesión de la pensión), destacan las dos siguientes: la pensión de viudedad tiene una finalidad fundamentalmente compensatoria, no sustitutoria, de rentas, siendo además una pensión vitalicia. Efectivamente, respecto de lo primero[7], repárese en que la pensión de viudedad no pertenece al género de las prestaciones que la Seguridad Social proporciona para paliar la ausencia de rentas salariales dejadas de percibir por quienes se convierten en sujetos beneficiarios (prestación económica por incapacidad temporal, por ejemplo), sino que podrá ser percibida por una persona que sigue recibiendo ingresos propios, ya que el sistema quiere "compensar" el daño que, para la unidad económica de turno, supone el que haya fallecido una de las personas cuyo trabajo era fuente de ingresos para dicha unidad, tanto si esta se nutría solo de dicha fuente como si lo hacía de ella y de una o varias más. Recuérdese el artículo 223.1 LGSS: "la pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo". En realidad, viene a coincidir, en cuanto a esta finalidad compensatoria, con otras pensiones como, por ejemplo, la de incapacidad permanente total, que se concede a pesar de que el sujeto pueda desempeñar incluso otras muchas

[4] B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo.

[5] Disposición final octava de la Ley 21/2021.

[6] Cavas Martínez, F.: "Acreditación de la existencia de pareja de hecho en orden a devengar la pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas: la jurisprudencia contenciosa se reencuentra con la social», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5/2022, p. 5/11, así se expresa. Puede leerse en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001860

[7] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A. y Maldonado Molina, *Manual de Seguridad Social*, 17ª ed., Tecnos, Madrid, 2021, p. 367: "Bajo un sombrío y equivocado enunciado, el Capítulo XIV LGSS -artículos 216 a 234- regula las denominadas prestaciones de «Muerte y Supervivencia». En términos sencillos, pero rigurosos, por tales prestaciones se entiendan las *técnicas de protección dineraria dispuestas legalmente para cubrir las situaciones de necesidad económica que derivan a favor de las personas dependientes -sujetos beneficiarios-, de otra persona, «sujeto causante», cuando ésta fallece, habiendo cotizado previamente*. En este sentido (…), se trata de prestaciones de tipo contributivo, aunque tengan más una finalidad compensatoria que sustitutiva de rentas" (la cursiva es de los autores).

ocupaciones u oficios, pero queriendo el sistema "compensar" la frustración de expectativas profesionales en cuanto a la que venía siendo ocupación habitual, al margen de que fuera o no la ideal para el sujeto que queda permanentemente incapacitado para ella.

En segundo lugar, como acaba de ser apuntado (son cosas harto conocidas, pero deben ser recordadas por lo que se indicará más adelante), la pensión de viudedad es vitalicia (ya se sabe que existe una "prestación", que no pensión, temporal de viudedad, pero es la pensión vitalicia de viudedad la que será aquí estudiada). El artículo 216.1.b LGSS presenta una "pensión vitalicia de viudedad", remarcándose luego en varios preceptos posteriores que dicha pensión se concede, en efecto, para toda la vida. Algunas autorizadas voces doctrinales se han mostrado partidarias de eliminar dicho rasgo de la pensión de viudedad, tal que esta sea reconocida por un tiempo determinado[8]. Desde luego, no se trata de un planteamiento descabellado sino que, al contrario, a él responden las legislaciones de otros países miembros de la Unión Europea, por ejemplo. En cualquier caso, piénsese que se trata de algo que va anudado a lo anterior: si se apuesta por una reforma de esta actual "seña de identidad" de la pensión de viudedad, tal que sea en todo caso temporal (o, como variante, al menos en los casos en que el sujeto que continúa vivo tenga ingresos propios y/o solvencia económica), no se estará negando que el sistema "compense" a las personas que continúan vivas pero sí se estará repensando hasta cuándo debe llegar tal compensación.

La LGSS adopta de forma habitual medidas de contención del fraude, lo cual puede comprobarse también en la pensión de viudedad. La introducción de nuevas reglas extensivas y/o la supresión de restricciones no es óbice para, desde otra perspectiva, combatir el fraude. Precisamente las dos características que acaban de ser expuestas pueden propiciar conductas maliciosas orientadas hacia el reconocimiento de una pensión de viudedad que, primero, es compatible con otras rentas del trabajo y que, además, es vitalicia. Como premisa mayor, la Seguridad Social no puede configurarse con arreglo a parámetros variables que impliquen el reconocimiento o no de prestaciones conforme a criterios de bondad y similares, sino que debe construirse sobre elementos objetivos, asegurándose que sean de general conocimiento por parte de la ciudadanía para que sepa a qué atenerse; además, no puede desdeñarse la disposición de "cortafuegos" que minimicen el riesgo de fraude. En otras palabras, la igualdad formal y la seguridad jurídica implican que sea consustancial a la Seguridad Social la precisión de requisitos a los que se supedita el reconocimiento de prestaciones, requisitos que sirven también de muro

[8] Ojeda Avilés, A.: "Reformulación de la pensión de viudedad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social*, núm. extraordinario en 2008 (Seminario «Los ciclos vitales y la Seguridad Social: Estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos sociológicos y económicos». Santander 2007), p. 335: "Una renta de sustitución como la aquí contemplada debe valorarse en atención a las circunstancias del caso, porque en definitiva se trata de proteger al afectado en una situación de cambio ofreciéndole los medios para dulcificar el tránsito hacia la nueva posición, sin considerar en principio que, mediando la requerida diligencia de buen padre o madre de familia, la ausencia de rentas vaya a mantenerse durante toda la vida".
En la misma línea, Rodríguez Bravo de Laguna, J.J.: "Unión por el rito gitano y pensión de viudedad. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero», *Revista de Derecho Social*, núm. 93 (enero-marzo 2021), p. 141: "La búsqueda de opciones inclusivas de todas las formas de convivencia, junto con la necesidad de adoptar fórmulas que aseguren la sostenibilidad del sistema, constituye la conjunción idónea de factores para afrontar la reforma de esta prestación. Así, su modificación para la extensión del ámbito subjetivo debe venir acompañada de una reforma en el ámbito temporal, limitándola a un período de dos años. Con ello se eleva al nivel de regla general la duración contemplada en la excepcional prestación temporal de viudedad. Agotado este período, sería posible la prolongación de su percepción siempre y cuando se acredite una insuficiencia de recursos. De ese modo, y al igual que ocurre con la prestación por desempleo, la protección por viudedad presentaría un primer tramo de naturaleza contributiva y un segundo período de carácter asistencial".

de contención contra el fraude y el daño a un erario público cuyo equilibrio es cada vez más complejo[9].

Estas y otras discusiones académicas, entabladas en el plano teórico acerca del modelo ideal, como se ha señalado al inicio, pueden guardar relación o no con otro tipo de problemas, más bien de orden interpretativo y aplicativo. Al margen de cuál pueda ser ese modelo hacia el que debiera tenderse, las normas jurídicas vigentes en la actualidad deben ser aplicadas, previa su interpretación, terreno este en el que, a veces, hay que tener presente aspectos del análisis teórico puro, como los que han sido brevemente señalados. En este sentido, se han venido dictando algunas resoluciones judiciales para cuya valoración es preciso tener a la vista la realidad subyacente, que fuerza normas en un determinado sentido y no pudiendo estas ser moduladas o, incluso, apartadas "a discreción" por órganos judiciales que no son titulares de la potestad legislativa.

Como se expondrá a continuación, los medios se han hecho eco de algunas decisiones tomadas por el Tribunal Supremo en torno a una realidad, la de las "parejas de hecho", que es sensible empezando por su propia denominación y el equívoco que encierra, como es inevitable comentar a continuación de forma preliminar, debiendo el jurista teórico (el práctico atenderá a los intereses de parte) alejarse de los focos mediáticos para realizar un análisis sereno con el que pueda dilucidarse hasta dónde puede llegar la discrecionalidad judicial y, en su caso, cómo debe esta ejercitarse. Podrían traerse aquí a colación las reflexiones de un eminente jurista, pero mejor son reservadas para el final.

2. La contradictoria figura de las "parejas de hecho"

Antes de exponer los vaivenes judiciales (más bien, aventuras aisladas) que se han dado en esta materia específica dentro del Derecho de la Seguridad Social, es "obligatoria" una breve reflexión sobre la figura de la "pareja de hecho", aunque se encuadre en el ámbito del Derecho Civil, ya que acapara la mitad del protagonismo de estas páginas.

La convivencia y/o el amor entre dos personas tiene evidentes e importantes consecuencias jurídicas, tanto por el sustrato jurídico que es inherente de forma directa e indirecta a dicha convivencia y/o amor como porque pueden entrar en escena terceros con derechos e intereses propios: los hijos, de forma especial. En el Derecho existe una institución, el matrimonio, que atiende a la necesidad de formalizar la mencionada relación, una necesidad que pueden tener o no los sujetos en cuestión. Si, partiendo de la premisa de que dos personas conviven conforme a un proyecto de vida en común (otra cosa serán otras fórmulas de relación interpersonal, que podrán también tener efectos jurídicos pero no tanto dichas fórmulas en sí mismas consideradas como los resultados de ellas, otra vez los hijos resultantes de forma particular), se prefiere que la relación no tenga repercusión jurídica, siempre se podrá convivir en común, fácticamente hablando, existiendo entonces lo que podría denominarse como "pareja de hecho" (denominación nada exacta, que no incorpora elementos de estabilidad, aunque no tiene mayor repercusión práctica la nomenclatura que se utilice[10]).

[9] Cavas Martínez, F.: "Acreditación de la existencia de pareja de hecho… ob. cit., p. 9/11:
"Parece razonable que el legislador -el cual, como se sabe, no está obligado constitucionalmente a brindar a las uniones de hecho el mismo trato que a las matrimoniales- haya querido revestir de cierta solemnidad formal la constitución de la pareja de hecho, reservando con ello, en el contexto de un sistema de Seguridad Social que no opera con recursos ilimitados, la atribución de la pensión de viudedad a las parejas de hecho regularizadas o "de Derecho".

[10] Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Capítulo 12. Las uniones no matrimoniales», Martínez de Aguirre Aldaz, C. (Coord.), De Pablo Contreras, P. y Pérez Álvarez, M.A., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, 6ª ed., Edisofer, Madrid, 2021, p. 318: "Tampoco la terminología es pacífica: autores y leyes utilizan una multiplicidad de denominaciones (uniones de hecho, parejas de hecho, uniones paramatrimoniales, parejas estables, uniones estables

Quienes integran una "pareja de hecho", prefieren (se supone) que su unión con otra persona no tenga base jurídica y que, por lo tanto, no les sean de aplicación las normas que, en el ordenamiento jurídico, contemplan distintos aspectos de la convivencia estable entre dos personas. Se trata de una opción tan legítima como la del matrimonio pero que, eso sí, deberá ser coherente: no se elige, a la carta, qué normas se aplican y qué normas no se aplican respecto de un hecho jurídico. Si se quiere que el vínculo amoroso o análogo se convierta en vínculo jurídico, se tendría entonces que escoger la vía que el Derecho dispone: el matrimonio, que desplegará efectos allí donde sea menester, la Seguridad Social entre ellos. Si, en cambio, no se quiere dar ese paso, no existirá vínculo jurídico. Es absurdo que no se tenga voluntad de vincularse jurídicamente, pero que se pretendan efectos jurídicos como si se hubiera producido tal vinculación. Sin embargo, se trata de una paradoja que la ley ha integrado, sin más[11].

Efectivamente, la misma previsión de que las "parejas de hecho" se inscriban como tales es un contrasentido[12], como lo es que la ley se haya enredado en mecanismos con los que se extienden las consecuencias jurídicas de quienes han contraído matrimonio a personas que, libremente, no desean contraerlo, cuando la única opción legal viable y coherente con la propia voluntad de las personas debería ser la de que, para acogerse una pareja a los "beneficios" que el Derecho prevé, debiera cumplimentar el trámite dispuesto para ello, simple y sin connotaciones religiosas propias de otro tiempo: el matrimonio. El caso es que, en la actualidad, peor aún, precisamente tras las últimas reformas legales que han afectado al divorcio en España, se ha desdibujado la diferencia jurídica entre una unión matrimonial y una no matrimonial o, si se quiere, entre una pareja que ha contraído matrimonio y otra que no lo ha celebrado pero que se ha inscrito como pareja no matrimonial, sin que se sepa muy bien qué rasgos las contraponen[13], más allá de lo psicológico.

En fin, téngase en cuenta que existen, entonces, uniones matrimoniales y uniones no matrimoniales, no siendo estas últimas sinónimas de "parejas de hecho", puesto que, al haberse incurrido en el absurdo así descrito por la doctrina civilista de juridificar la convivencia de pareja no matrimonial en lugar de haber derivado las cosas hacia el matrimonio, es necesario diferenciar entre uniones no matrimoniales juridificadas y uniones no matrimoniales no juridificadas (que serían, solo las segundas, las "parejas de hecho")[14]. Para no incurrir en reiteraciones lingüísticas, se

de pareja, etc., etc.). No vale la pena detenerse en la cuestión, que carece por completo de importancia práctica, y tiene escasísimo fuste teórico. En lo único en que parece haber una cierta unanimidad entre nosotros (no así en otros países cercanos, como es el caso de Francia), es en relegar el empleo del término concubinato, por sus connotaciones peyorativas".

[11] Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. IV (tomo 1) Derecho de familia*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, pp. 66 y 67: "En los tiempos actuales es práctica frecuente la convivencia estable de dos personas del mismo o de distinto sexo *more uxorio*. Lo destacable es que muchas veces no quieren contraer matrimonio, pero paradójicamente se pretende que la ley regule y dé efectos a esa convivencia al modo de la unión matrimonial".

[12] Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Capítulo 12. Las uniones no matrimoniales… ob. cit., p. 320: "Una de las principales dificultades que presenta el establecimiento de un régimen legal específico para las situaciones de unión de hecho es, precisamente, el carácter fáctico de la relación que se trata de regular. El olvido de este dato, y la tendencia a tratar las uniones de hecho como realidades estrictamente jurídicas hace que muchas veces las soluciones que se ofrecen sean técnicamente insatisfactorias, por no decir abiertamente absurdas, y conduzcan a callejones sin salida, o escasamente practicables" (sabias palabras que parecen presagiar lo que se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia, como se verá en las páginas siguientes).

[13] Ídem, p. 319, expone cómo, tras una comparativa jurídica (coincidencia entre la lista de impedimentos para contraer matrimonio y la lista de impedimentos para constituir unión de hecho, o la casi "libre disolubilidad" del matrimonio en la actualidad), se puede concluir que "las diferencias jurídicas entre el matrimonio civil y las uniones no matrimoniales han quedado, en la práctica, muy difuminadas".

[14] Ídem, p. 321, dedica un epígrafe a "la juridificación de las uniones no matrimoniales. Uniones no matrimoniales juridificables, y no juridificables".

utilizarán en los siguientes epígrafes algunas expresiones alternativas pero fielmente reveladoras de la realidad.

3. Aplicación mecánica del Derecho de la Seguridad Social y ponderación judicial

Al margen de la insalvable contradicción teórica que encierra la regulación jurídica de la "pareja de hecho", con ocasión de esta figura se ha dictado alguna sentencia que remueve los cimientos sobre los que está construido el sistema jurídico, empezando por la Constitución española de 1978, que dicta pautas muy claras que es ocioso ahora citar pero que, vista la deriva judicial ocasional, es preciso remarcar (transcribiendo de forma selectiva algunos preceptos constitucionales e insertando entre paréntesis algunos comentarios incisivos): "los ciudadanos y los poderes públicos (los jueces por partida doble: como ciudadanos y en cuanto integrantes del Poder Judicial) están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (art. 9.1), "las Cortes Generales (y nadie más) ejercen la potestad legislativa" (art. 66.2) y "la justicia se administra por Jueces y Magistrados sometidos únicamente (pero sometidos) al imperio de la ley" (art. 117.1).

También de forma preliminar, con brevedad, para orientar la valoración que se presentará a continuación, conviene ejemplificar cómo, en el Derecho de la Seguridad Social (al igual que en el resto del ordenamiento jurídico), la ponderación judicial en la aplicación e interpretación de las normas desempeña un papel crucial en el sistema jurídico, que parte de la existencia de normas generales y abstractas y termina (cuando surgen controversias y estas son judicializadas) en la resolución del pleito correspondiente acomodando dichas normas a las circunstancias particulares del caso, pero siendo imprescindible recordar que semejante ponderación es llevada a cabo con sujeción a los términos de las propias normas: algunas, por la técnica legislativa utilizada y/o por la inevitable abstracción del supuesto de hecho regulado y de la consecuencia jurídica asociada , tendrán que ser interpretadas y aplicadas de forma "casuística", pero otras solo permiten su aplicación mecánica, allí donde sientan reglas que, por sus propios términos, no dejan margen de ningún tipo para la ponderación judicial.

En los últimos lustros se ha podido apreciar esto de forma clara en la interpretación y aplicación judicial del Derecho español de la Seguridad Social, tanto para bien como para mal. En materia de incapacidad temporal por recaída existen dos ejemplos precisamente de lo uno como de lo otro: mientras que la STS, Sala de lo Social, de 24 de noviembre de 1998 (recurso 1206/1998) constituyó todo un hito en la superación judicial de una laguna normativa que, por cierto, persiste en la actualidad (resolvió que sí tiene derecho a prestación económica por incapacidad temporal derivada de enfermedad común quien, en la recaída, sí reúne los requisitos que no se cumplían en la anterior baja), la STS, Sala de lo Social, de 5 de julio de 2000 (recurso 4415/1999) resolvió que también tenía derecho a percibir prestación económica por incapacidad temporal quien, en la recaída, no cumplía los más elementales requisitos (estar en situación de alta, o asimilada) que sí había reunido en la anterior baja con la que conecta la recaída, por más que la ley insiste en que dicha conexión se establece a los solos efectos del cómputo de la duración máxima de la incapacidad temporal[15].

Desde luego, uno de los grandes ejemplos, loables, muy comentado en los últimos tiempos, ha sido el de la denegación de pensión de viudedad (acercando esta reflexión a la materia tratada en estas páginas) en un supuesto de matrimonio celebrado por el rito gitano y, por tanto, sin que jurídicamente exista ni unión conyugal ni "pareja de hecho", confirmando el Tribunal Constitucional la denegación de la pensión de viudedad ya que era la única solución posible a

[15] Díaz Rodríguez, J.M., *La incapacidad temporal por recaída*, Tirant lo Blanch (Colección Laboral, núm. 268), Valencia, 2021, pp. 94 y ss.

tenor de la legalidad vigente. En otras muchas materias es siempre encomiable la labor judicial hermenéutica en la aplicación de las normas, materias cuya misma naturaleza imposibilita una fijación de pautas legales definitivas y exige que el órgano judicial de turno dirima lo que sea menester: la entidad de la pausa en el trayecto entre domicilio y trabajo y a la inversa, como uno de los mejores ejemplos, para considerar laboral o no el accidente en cuestión. Lo que no sea esto sino dictado de sentencias contrarias a la ley, es inadmisible e, incluso, delictivo.

4. "Parejas de hecho" y pensión de viudedad: certificación de convivencia y certificación de inscripción de la pareja

Entrando en el núcleo del problema jurídico que vertebra estas páginas, el artículo 221 LGSS (artículo dedicado a "pensión de viudedad de parejas de hecho") contiene un apartado segundo dividido en dos párrafos que son del siguiente tenor literal:

"A efectos de lo establecido en este artículo, se reconocerá como pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante".

Como puede leerse con nitidez, el ex conviviente no matrimonial que pretenda obtener una pensión de viudedad necesita certificar, en esencia, dos cosas (sin entrar ahora en los requisitos adicionales de temporalidad y en las excepciones dispuestas): que la pareja de hecho estaba inscrita y que ha venido caracterizándose por la "convivencia estable y notoria". El primer certificado solo puede suplirse con un documento público en el que conste "la constitución" (que no "la existencia") de dicha pareja, mientras que el segundo consiste en el empadronamiento pero, por la propia naturaleza de lo que se debe acreditar (a diferencia del anterior, que solo puede tratarse de uno de los dos documentos aludidos, de la misma forma que en caso de unión matrimonial solo valdrá la correspondiente constancia registral), bien podría ocurrir que se demuestre con otros medios dicha "convivencia estable y notoria". El certificado de inscripción de la pareja no enlaza con ningún tipo de prueba material de la realidad, sino que se trata de un preceptivo documento que debe ser aportado, al igual que deberá hacerse en caso de convivencia matrimonial; mientras que la "convivencia estable y notoria" debe acreditarse, con certificaciones de empadronamiento o, se sobreentiende forma tácita, con otros medios que pudieran servir para dicha demostración (incluso más verosímiles que una simple certificación de empadronamiento).

Téngase en cuenta que (se transcribirá más adelante) el artículo 38.4 LCPE, cuarto párrafo, presenta unos términos idénticos a este artículo 221.2 LGSS.

Siendo este el panorama normativo, han sido muchos los casos que han llegado a los tribunales, al hilo de pensiones de viudedad denegadas porque, tratándose de uniones no matrimoniales o "parejas de hecho", no se han aportado al expediente los dos certificados que acaban de ser

mencionados. Sin ánimo ahora de exhaustividad, valga por todas, en el orden social, la STS, Sala Cuarta, 995/2017, de 12 de diciembre (recurso para la unificación de doctrina 203/2017), que confirmó la denegación de la pensión (en el régimen general de la Seguridad Social) por el citado motivo y que ha sido luego invocada por la Sala Tercera, con alguna excepción, según se verá (en otras sentencias ha ido el Tribunal Supremo rechazando diversos intentos de "certificación" de la existencia de pareja de hecho, que no de la convivencia, con diversos documentos más o menos convincentes pero que no son ni la certificación de la inscripción en registro de pareja de hecho ni documento público levantado para dejar constancia de la constitución de la pareja[16], ya que, como acaba de señalarse, el requisito exigido por la ley es de pura base documental y no guarda relación con una prueba material de la realidad, como ocurre con la acreditación de convivencia). En el ámbito de la LCPE, la Sala Tercera del Tribunal Supremo había seguido el mismo criterio para las Clases Pasivas hasta 2020, como se comentará en breve.

En los Tribunales Superiores de Justicia pueden encontrarse múltiples sentencias que confirman denegaciones de pensiones de viudedad por falta objetiva de las certificaciones referidas, o por no cumplir el lapso de tiempo de dos años señalado por la ley, existiendo algunas resoluciones judiciales que, con buen criterio, han ponderado las particulares circunstancias concurrentes, sin violentar la ley. Es el caso, por ejemplo, de la STSJ Navarra, Sala de lo Social, 364/2021, de 18 de noviembre (recurso de suplicación 365/2021), que consideró cumplido el requisito de la convivencia estable y notoria a pesar de la separación física durante buena parte de la semana, ya que esta tenía un origen laboral dada la ocupación de cada miembro de la pareja; o la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de Valencia, 295/2021, de 10 de junio (procedimiento 189/2021), en un caso de falta de inscripción registral del matrimonio, habiéndose celebrado la ceremonia correspondiente con, incluso, banquete para invitados (celebraciones que acompañaron a la formalización del matrimonio, lo cual no suele ocurrir en las parejas de hecho y, entonces, la falta de inscripción no puede ser suplida con prueba de hechos concluyentes), aunque habrá que ver cómo se resuelve el recurso, si ha sido interpuesto.

5. La STS de 7 de abril de 2021, ante unas "especialísimas circunstancias concurrentes" (o "supuesto límite")

El 7 de abril de 2021, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictaba una sentencia que implicaba desmarcarse de todo lo anterior. El supuesto de autos se enmarca no en la pensión de viudedad contemplada en la LGSS sino en la del mismo tipo regulada en la LCPE (siendo idénticos, en este caso, los preceptos de referencia tal cual figuran en ambos textos legales). Resultando que la pareja en cuestión había convivido más de treinta años, tenía tres hijos en común y habían adquirido en común una vivienda según lo reflejado en la correspondiente escritura pública, pero no habiendo sido inscrita dicha pareja en ninguno de los registros existentes, no podía reconocerse la pensión de viudedad, vistos los términos del artículo 38.4 LCPE, cuarto párrafo, que es transcrito a continuación:

"A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en

[16] Cavas Martínez, F.: "Acreditación de la existencia de pareja de hecho… ob. cit., p. 8/11, recoge un completo dossier al respecto. Entre otros supuestos: Libro de Familia, o documento donde figura la condición de beneficiario de asistencia sanitaria.

alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante".

Como puede observarse, conforme al tenor literal de la norma (parcialmente idéntico al del actual art. 221 LGSS), es inevitable concluir que solo podrá accederse a una pensión de viudedad si, al margen de los demás requisitos legales, la pareja aporta dos documentos, imprescindibles ambos como acaba de exponerse en el epígrafe anterior: en primer lugar (citado por la ley en segundo lugar, pero siendo realmente la premisa de todo), certificación de la inscripción en registro de parejas de hecho (o documento público que refleje la constitución de la pareja) y, en segundo lugar (la ley lo plantea en primer lugar), acreditación de convivencia estable y notoria (normalmente mediante certificado de empadronamiento, parece desprenderse de la norma). Desde luego, la exigencia de la demostración de que exista convivencia estable y notoria viene motivada por la necesidad de evitar el fraude de quienes se limitaran a formalizar una pareja de hecho irreal para acceder a ventajas, con tácticas simulatorias que suelen utilizarse en diversos ámbitos del Derecho de la Seguridad Social y que, a veces, son desmontadas mediante las pertinentes investigaciones inspectoras y/o policiales.

Pues bien, en el supuesto aludido, la pensión de viudedad fue denegada, mediante Resolución dictada por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas emitida el 13 de noviembre de 2016, que fue luego recurrida ante el TEAC, no atendiendo este la reclamación (desestimación mediante silencio negativo). Sin embargo, se presentó un recurso contencioso-administrativo (el número 207/2018) ante la Audiencia Nacional, que dictó sentencia estimatoria (se trata de la Sentencia de 28 de enero de 2019). Como puede leerse en la resolución, el aspirante a sujeto causante de la pensión de viudedad había fallecido el 29 de marzo de 2016 (tras haber cesado el 4 de septiembre de 2015 en el servicio como Guardia Civil), habiendo convivido más de 30 años con la ahora actora y recurrente, habiendo sido progenitores de tres hijos nacidos en 1986, 1987 y 1989 y conviviendo desde 1996 en un inmueble en La Coruña. En el fundamento jurídico primero de la sentencia se deja constancia de algunas circunstancias añadidas (parece ser que consta en documento notarial la existencia de la pareja, así como que han presentado declaraciones conjuntas de IRPF y, sobre todo, se remarca la situación de necesidad económica en que se encuentra la mujer que había convivido con el fallecido, al carecer de ingresos propios), pero no aparece por ninguna parte la inscripción como pareja de hecho que exige la normativa.

Resultando que, como se ha plasmado en el último párrafo del fundamento jurídico segundo (de esta SAN 28 enero 2019), la solicitante no aporta ni certificado de la inscripción de la pareja ni documento público practicado para plasmar la constitución de la misma, ocurre que se pretende utilizar una escritura pública de compraventa de una vivienda por ambos miembros de la pareja, en la que aparecen ambos como compradores y, por cierto, autodenominándose "cónyuges, casados en régimen de gananciales", lo que supone faltar a la verdad (inaudita inexactitud que es pasada por alto, parece ser). Si bien dicha escritura es inservible a los efectos pretendidos, la Audiencia Nacional lo da por bueno, apoyándose en una anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017 (dictada bajo otras circunstancias y, además, en un caso de matrimonio), esgrimiendo argumentos (f.j.3º) que ni siquiera son sólidos (la arbitrariedad judicial no se puede nunca ver subsanada por la exquisitez en la argumentación y motivación, menos aún si estas son a todas luces endebles, anticipando lo que se dirá en conclusiones): señala el órgano judicial (párrafo 4º) que queda suficientemente probado que la pareja responde al concepto acuñado en el art. 38 LCPE (lo cual es sesgado, ya que está desde luego demostrada la convivencia sobre la que el

citado artículo define a la pareja de hecho, pero no se cumple un requisito como es la preceptiva certificación de inscripción de la pareja) y, peor aún, añade un sucedáneo de criterio de aplicación normativa que va más allá de lo que es la fijación por el legislador del correspondiente supuesto de hecho al que se asocia una consecuencia jurídica. Concretamente manifiesta lo siguiente:

"Por ello, podemos afirmar, como lo hace el Tribunal Supremo en la sentencia citada de 31 octubre 2017 que la aplicación del art. 38 in fine no puede tener una mecánica aplicación cuando la realidad sobre la que se han de proyectar las normas no responde exactamente al punto de partida del legislador".

El "punto de partida del legislador" es el de que, sea cual sea la duración de la convivencia y con independencia de las circunstancias particulares de la persona que sobrevive, para acceder a una pensión vitalicia de viudedad debe existir, sí o sí, una certificación de que la pareja había sido inscrita (de la misma forma que, en caso de matrimonio, tendrá que constar este documentalmente, como no podía ser de otra manera). Queda la incógnita de cuál es ese "punto de partida del legislador" y, en todo caso, es obvio, no es que se esté optando por una aplicación analógica de la norma, ya que dicho mecanismo consistiría en subsumir en el supuesto de hecho formalmente contemplado por la norma otro análogo, lo cual no procede cuando se trata de considerar cumplidos o no los requisitos que la norma exija sin margen explícito para algún tipo de alternativa.

Al margen del citado lenguaje deficiente, la Audiencia sentó la siguiente conclusión:

"Con este cúmulo documental existe una acreditación palpable de que ha existido una convivencia entre la recurrente y el causante durante 30 años, por lo que nos encontramos ante ese concepto de pareja de hecho que da el art. 38: la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años".

Como puede verse, el órgano judicial ha leído sólo la primera parte del precepto que fue antes transcrito, "olvidando" la segunda. Es cierto que la convivencia puede considerarse probada, de forma muy estable y muy notoria, pero resulta que no existe ni certificación de la inscripción de la pareja, ni documento público alternativo, lo que puede obedecer a que quienes integran la pareja no desean que trascienda la existencia de esta, o a cualquier otra razón, pero no pudiendo ser salvado cuando llega el momento de la pensión de viudedad. Volviendo a lo expuesto al principio: si no se desea trascendencia jurídica, no puede luego quererse que esta sí se produzca a los solos efectos que interesen.

En fin, la referida SAN 28 enero 2019, transcribiendo texto de la invocada sentencia de 2017, en la que se apoya, manifiesta que "no encontramos elementos que permitan pensar en el propósito de generar artificialmente un derecho a la pensión de viudedad", cuando resulta que la ley se limita a fijar los requisitos que deben concurrir para asegurar, en la medida de lo posible, que no se generan artificialmente derechos a pensión de viudedad, sin ofrecimiento de margen discrecional de ningún tipo para sortear el incumplimiento de alguno de esos requisitos. Es realmente asombroso el proceder, en esta sentencia, de la Audiencia Nacional, que opera "a la inglesa".

Al final, en ese mismo 5º párrafo del f.j. 3º, ofrece el citado órgano judicial, de forma tardía, la expresión que habría resultado clave para actuar de esta forma antijurídica: se dan en este caso, aseguran los/as magistrados/as, unas "especialísimas circunstancias concurrentes". Habrá

que preguntarles por qué la concomitancia de tales circunstancias ha mediatizado la aplicación de una norma que en ningún momento contempla la ponderación de circunstancias especiales y, en cualquier caso, con qué criterios han sido medidas para alcanzar el grado de "especialísimas", ya que surgirán casos similares y la arbitrariedad en la que ya se ha incurrido podrá expandirse, o no, propiciándose lo que sería una "arbitrariedad de segundo grado": por qué esas circunstancias sí son especialísimas y justifican apartarse de la ley y por qué otras que pudieran darse en casos similares no lo son y conforme a qué criterios.

La SAN 28 enero 2019 fue recurrida, como no podía ser de otra manera, pero el Tribunal Supremo desestimó el recurso y confirmó la citada SAN. Los términos en que fue explicitada la esencia del pleito (han venido apareciendo exactamente así en diversas resoluciones judiciales en el orden contencioso-administrativo) ponen ya de manifiesto una clara imprecisión jurídica: se trata de resolver "si los requisitos establecidos en el párrafo cuarto del vigente artículo 38.4 del texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, (Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril), para acreditar la existencia de la pareja de hecho en aras a generar un derecho a la pensión de viudedad son exclusivamente los previstos en dicho precepto o si, por el contrario, es posible acreditar su existencia mediante otros medios distintos a los legalmente previstos". El lenguaje, como puede verse, carece de cualquier mínimo rigor: pudiera parecer que el problema reside en si los requisitos son "exclusivamente los previstos" en el precepto o si hay requisitos adicionales, pero no es así, sino que se cuestiona cómo puede acreditarse el cumplimiento (no "su existencia") de los requisitos legalmente previstos.

El Tribunal Supremo, después de transcribir (f.j. 1º) buena parte del fundamento jurídico tercero de la SAN, pasa a referirse (f.j. 4º) a diversos argumentos que han sido esgrimidos en la STS de 28 de mayo de 2020 (con la que viene a romper), donde se hizo hincapié en que los requisitos son dos: prueba de la convivencia y prueba de la inscripción de la pareja, para concluir (f.j. 5º) de forma bastante oscura que no se va a seguir ese criterio, o sí, no se sabe bien realmente, aludiendo de forma muy puntual a que las "circunstancias particulares" (ahora ya no "especialísimas", como había argüido la AN, sino simplemente "particulares") son incontestables. En fin, este conjunto de despropósitos (son incontestables unos argumentos, no unas circunstancias) culmina con una proclamación que es contraria a la ley. En efecto, se cierra la sentencia con la siguiente interpretación del art. 38.4 LCPE:

"Después de cuanto se ha dicho, debemos responder a la cuestión planteada por el Auto de admisión diciendo que la prueba de la existencia de una pareja de hecho no solo puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, es decir mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante, sino también mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca".

Este tipo de resoluciones judiciales sólo merecen la siguiente reflexión "pedagógica": son un valioso material para explicar en las aulas universitarias cómo debe interpretarse y aplicarse una norma jurídica, montando un taller de trabajo que, ilustrado en sentido negativo con sentencias como esta, se destine a generar un formidable aprendizaje "teórico y práctico". Como contrapunto, precisamente la sentencia mencionada por la Audiencia Nacional (también por el Tribunal Supremo, al efectuar una transcripción literal de parte del texto), concretamente la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, 1657/2017, de 31 de octubre (recurso de casación 328/2016), que se adentra en un particular supuesto en el que, en este caso sí, el órgano judicial debe ponderar si

la exigencia de que, en caso de enfermedad anterior al matrimonio, medie un año entre este y el fallecimiento, puede salvarse al acreditar no una convivencia como pareja de hecho sino un largo matrimonio anterior entre las mismas personas (habían estado casadas durante más de veinte años y se divorciaron con ocasión de la enfermedad, manteniendo de hecho la convivencia y volviendo a casarse poco tiempo antes del fallecimiento), respondiendo el Tribunal afirmativamente vistas las circunstancias del caso concreto y visto que, en esta ocasión sí, la norma permite tenerlas en cuenta. Mientras que esta STS 31 octubre 2017 es un gran ejemplo de suavización del rigor normativo que no es que permita la propia norma de forma explícita pero que es inherente a ella, la STS 7 abril 2021 abruma por la parsimonia con que burla la legalidad. Habrá que ver si fue desautorizada, o no, por la resolución judicial dictada unos meses después.

6. El caso de la STS 24 marzo 2022: coherencias e incoherencias

En un caso casi idéntico al anterior, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas dictó Resolución el 11 de julio de 2019, denegando la pensión de viudedad solicitada (el potencial sujeto causante había fallecido el 8 de abril de 2019, en Barcelona). La actora recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuya Sala de lo Contencioso-administrativo, en concreto su Sección Cuarta, dictó sentencia el 4 de marzo de 2020, desestimatoria del recurso interpuesto (fue el número 518/2019), tratándose en concreto de la sentencia 111/2020 del citado Tribunal. Llegados a este punto, la actora recurrió ante el Tribunal Supremo dicha sentencia, presentando recurso de casación el 22 de junio de 2021 (numerado como recurso de casación 3981/2020), que sería igualmente desestimado. En este caso, por tanto, no se produjo ningún tipo de reversión judicial.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo resolvió el recurso mediante Sentencia 372/2022, de 24 de marzo. Aunque había quedado demostrada una convivencia desde 1965, existiendo hijos comunes y vivienda adquirida de forma conjunta, las instancias administrativas y judiciales intervinientes han coincidido en un elemento determinante: no se ha acreditado la existencia de una pareja de hecho (que es distinto a la demostración de la convivencia).

Una vez identificada la cuestión de interés casacional objetivo (en términos idénticos a los planteados en la anterior sentencia de 2021), se plasma en la sentencia (fundamentos jurídicos tercero y cuarto) cómo la recurrente esgrime que su caso es similar al dilucidado en la sentencia de 7 de abril de 2021 (que, como se ha visto, concedió la pensión de viudedad aun faltando la certificación de inscripción de la pareja, o documento público equivalente), pretendiendo que se siga la misma doctrina en la resolución del recurso y no la contraria a la que obedecieron las sentencias, algo anteriores, de 28 de mayo y 9 de junio de 2020. La recurrente, desde luego, procede de forma ortodoxa, exigiendo para ella lo mismo que se le ha concedido a otra persona unos meses antes, en circunstancias muy parecidas (téngase en cuenta que el recurso fue interpuesto formalmente mediante escrito de 22 de junio de 2021).

La propia STS (f.j. 5º) aclara que las dos posiciones inicialmente antagónicas son las plasmadas en la STS de 28 de mayo (literalidad de la norma) y la de 7 de abril de 2021 (apertura de la posibilidad de prueba de la existencia de pareja de hecho a otros medios, aparte de la certificación de inscripción o del documento público), ya que la de 9 de junio de 2020 optó por desestimar ("sin más") el recurso, considerando que no podía discutirse si era adecuada o no la prueba de la existencia de la pareja ya que eso es "valoración de la prueba". Indudablemente, dicha sentencia de 9 de junio de 2020 confunde la valoración de la prueba, que normalmente no puede corregirse por vía de recursos salvo errores clamorosos, con el posible apartamiento de la norma por parte del órgano judicial que acepta que un elemento objetivo exigido como requisito sea sustituido por otro con fines probatorios de una realidad. En todo caso, no procede ahora centrarse en esto.

Pues bien, el Tribunal Supremo considera que, comparando ambas sentencias, debe apreciarse que la de 7 de abril de 2021 fue dictada ante un "supuesto límite" (f.j. 7º de la STS 2022), con lo que debe, en general, seguirse la línea de la STS de 28 de mayo de 2020 que, se advierte, (f.j. 8º), coincide con el criterio de la Sala Cuarta, no siendo obligatoria esta convergencia pero sí recomendable, en aras de la igualdad en la aplicación de la ley. En fin, la sentencia continúa mencionando diversos apoyos del Tribunal Constitucional para, además, aludir a la necesidad de seguridad jurídica, ya que, se afirma, los ex cónyuges tienen derecho a pensión si, entre otras cosas, no han contraído nuevo matrimonio con otra persona ni han constituido pareja de hecho (debiendo entonces existir certeza jurídica acerca de las parejas de hecho y ello solo puede conseguirse considerando que existen las que han cumplido el trámite de inscripción). Habría que referirse, tanto o más, a la evitación del fraude, que se podría ver propiciado si cualquier persona que acredite convivencia común (la cual no es privativa de las parejas de hecho, evidentemente) se presenta como pareja de hecho para cobrar pensión de viudedad. En todo caso, se guarda silencio total en cuanto a por qué el supuesto resuelto el 7 de abril de 2021 es un "supuesto límite" y no lo es el que subyace en esta sentencia de 24 de marzo de 2022. Esto no puede ser sino preocupante en extremo ya que, como han destacado autorizadas voces doctrinales, en dicha sentencia de 2022 subyacen unos "antecedentes fácticos muy similares"[17].

A título complementario, debe comentarse que la aludida sentencia de 28 de mayo de 2020 (recurso de casación 6304/2017), admirable, se abstrae del enconado enfrentamiento que protagonizan la ex cónyuge del fallecido y la mujer con quien este ha convivido durante sus últimos años de vida y, con sujeción a la ley (ya que esta, como sí ocurre en otras ocasiones, contempla un elemento reglado que debe concurrir sin que quepa suplir su inexistencia con algún elemento alternativo), dictamina que tiene la razón la recurrente, con lo que debe revocarse la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña y, en consecuencia, anular el reconocimiento de la pensión de viudedad que había obtenido la conviviente de hecho, por una razón "incontestable" (en este caso sí): la "pareja de hecho", cuya realidad puede haber quedado demostrada, no ha sido juridificada (no se expresa la sentencia en estos términos, pero es lo que vendría a afirmar utilizando la terminología aquí mencionada en las páginas anteriores) y, por tanto, no se cumple uno de los dos requisitos imprescindibles según lo previsto en el cuarto párrafo del artículo 38.4 LCPE.

En cualquier caso, en esta sentencia de 24 de marzo de 2022 retorna el Tribunal Supremo a la senda legal (curioso que deba afirmarse esto) pero vuelve a ofrecer una motivación harto insuficiente, fundamentalmente por dos razones:

1ª) El lector desconoce (antes, quizás perpleja, la recurrente) por qué el "supuesto límite" subyacente en la sentencia de 7 de abril de 2021 sí legitimó la concesión de la pensión de viudedad (aún en contra de la ley), mientras que "en modo alguno, puede asimilarse" (f.j. 7º, segundo párrafo) al latente en la sentencia de 28 de mayo de 2020. El número de hijos comunes no debe marcar esa tajante diferencia (tres en un caso, cuatro en el otro), mientras que la vulnerabilidad económica existente en la sentencia de 2021 no debe ser tenida en cuenta para reconocer la pensión (y no reconocerla en el supuesto de 2020, como tampoco ahora en 2022), porque la ley no repara en ese detalle (la regulación entonces vigente exigía valorar la posible precariedad económica, pero como un requisito adicional que acompaña a otros que deben cumplirse). Cabe intuir que en la sentencia de 7 de abril de 2021 se ha aportado una escritura de compraventa en la que se menciona que los compradores son "pareja de hecho" (más bien se indica que son cónyuges en régimen de gananciales, lo que no responde a la realidad, con lo que el dato debió perder toda credibilidad), no siendo así en el caso de 2020 (en el que también figura una vivienda adquirida de

[17] Cavas Martínez, F.: "Acreditación de la existencia de pareja de hecho… p. 10/11.

forma conjunta pero, se supone, sin que la escritura mencione nada relativo a la pareja de hecho), pero esto no es sino una conjetura y la sentencia de 2022 no desvela nada al respecto. Avanzado ya el siglo XXI, continúa siendo precaria la motivación en algunas resoluciones judiciales.

2ª) El Tribunal opta por la única vía posible, o sea, mantener la denegación de la pensión ya que, al igual que en 2020, falta uno de los requisitos que la ley exige de forma objetiva sin margen de ningún tipo para suplirlo con algún elemento similar: certificación de que la pareja había sido inscrita. Sin embargo, no desacredita la línea seguida en 2021 y, es más, la justifica, aludiendo a que se trata de un "supuesto límite" sin que nadie sepa bien por qué. Por tanto, existe una rectificación algo surrealista[18]. El desconcierto para futuras actuaciones está asegurado y, por cierto, estas coherencias e incoherencias judiciales encontraron eco en "medios informativos" incluso del "mundo del Derecho", pero de forma equivocada. Es la guinda del "dossier" que podría elaborarse con todo esto, que cabe reservar para las conclusiones.

No sin antes aplaudir que la Sala Tercera del Tribunal Supremo haya dado un "volantazo"[19], saliéndose del camino emprendido por la Sentencia de 7 de abril de 2021. Cierto es que se habría evitado el agravio comparativo si se hubiera concedido también la pensión de viudedad, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley y siendo similares los hechos considerados[20], pero ello habría supuesto la persistencia en una antijuridicidad que no puede, nunca, justificarse.

7. Conclusiones

Dejando a un lado la anomalía que en el Derecho Civil entraña lo que podría denominarse como "juridificación" de las parejas de hecho, la ley necesita certezas jurídicas respecto de la existencia de relaciones de afectividad (sin entrar en la significación material de semejante palabra), tanto de las formalizadas mediante la celebración del matrimonio correspondiente, como de las que se hayan "constituido" sin contraer matrimonio (probablemente para alejarse de las consecuencias jurídicas que tiene el matrimonio, en particular la dificultad para romper el vínculo conyugal, al menos así tradicionalmente entendido) pero que, entonces, se hayan inscrito como tales (no se utilizarán en estas conclusiones los términos "pareja de hecho", porque la verdadera "pareja de hecho" no es la que aquí interesa y no consiste sino en dos personas que conviven fácticamente sin ofrecer al Derecho ningún tipo de noticias al respecto). Por tanto, en lo atinente a la pensión de viudedad cuyo reconocimiento se pretenda cuando una de las dos personas fallece, será imprescindible la certificación bien del matrimonio, bien de la inscripción en registro de convivientes sin matrimonio. Dicha certificación es el elemento primigenio y sin ella no se puede optar absolutamente a nada, razón por la cual la LGSS y la LCPE exigen que sea aportada. Por la misma razón que no sirve de nada solicitar pensión de viudedad alegando que las dos personas en cuestión no se habían casado pero tuvieron siempre en mente hacerlo, no se consigue nada si no se pone sobre la mesa la certificación de que los dos convivientes se habían registrado como tales, siendo esta una exigencia proporcionada[21].

---

[18] Ídem, p. 10/11, entiende que hay una "verdadera rectificación", pero la propia Sentencia de 24 de marzo de 2022 subraya que la anterior de 7 de abril de 2021 está justificada dado lo "límite" del supuesto de autos. Por tanto, antes que rectificación, debe considerarse que dicha sentencia de 2021 ha supuesto un extraño paréntesis, no motivado, cerrado ahora con esta nueva sentencia dictada en 2022 y que prosigue la línea seguida hasta 2020.

[19] Ídem, p. 10/11, utiliza esta expresión metafórica.

[20] Ídem, así lo apunta, recordando que ello habría supuesto, además, el mantenimiento de la disparidad de criterios entre la Sala Tercera y la Sala Cuarta.

[21] Ídem, «Acreditación de la existencia de pareja de hecho… ob. cit., p. 9/10: "Considerando el beneficio en prestaciones que se puede obtener formalizando la pareja en los garantistas términos previstos por el art. 221 LGSS y el art. 38.4 TRLCPE, no parece que tal exigencia legal sea desproporcionada. Y tampoco se trata de una exigencia muy onerosa,

Lo anterior no tiene nada que ver, desde luego, con estar a favor o en contra de la convivencia de pareja sin matrimonio, sino con la necesidad de seguridad jurídica que tiene, en este caso, la Administración, que precisa mecanismos para enfrentarse al fraude que, en diversos ámbitos del Derecho de la Seguridad Social, siempre acecha.

¿Podría modificarse la ley? Sí, evidentemente, pero no para suprimir la exigencia de aportar la mentada certificación de inscripción como convivientes no maritales, por las razones esbozadas. Más bien, habría que preguntarse qué sentido tienen otros requisitos, en particular el de la demostración de convivencia que ¿no se exige en el caso del matrimonio, pero sí cuando este no existe? ¿Es que no puede simularse una "relación de afecto permanente" celebrando un matrimonio tras el que no subyace ningún tipo de convivencia? O se suprime la demostración de convivencia durante cinco años (si no existen hijos) para los convivientes sin matrimonio, o se exige dicha demostración también para los casos en que se haya contraído matrimonio. Aparte, debería revisarse también algún requisito adicional como, por ejemplo, el de los dos años que deben mediar entre la inscripción como pareja de los convivientes no matrimoniales y el fallecimiento, cuando este provenga de un accidente.

Los órganos judiciales, de forma prácticamente generalizada, se han ajustado a la ley, como no podía ser de otra manera, confirmando las denegaciones administrativas de pensiones de viudedad en supuestos en que no se ha aportado la certificación de que los convivientes sin matrimonio se habían inscrito como pareja. Los Tribunales Superiores de Justicia han seguido esta pauta legal y han ponderado las particulares circunstancias del caso concreto respecto del requisito de la demostración de la convivencia, que parece abierto en la ley por su propia naturaleza, pero no en cuanto a la referida certificación de inscripción y en cuanto requisito de puro carácter documental.

El Tribunal Supremo, en general, ha seguido la misma línea y, por tanto, ha desestimado recursos interpuestos por ex convivientes como parejas sin matrimonio no inscritas que solicitaron pensión de viudedad tras el fallecimiento de la otra persona y que fue denegada primero por la Administración y luego en el ámbito judicial. Sin embargo, la STS 7 abril 2021, quebrantando la ley (lo que fue sorprendentemente aplaudido en algunos foros legales como "adaptación a la realidad"), concedió una pensión de viudedad aun faltando dicha inscripción, sentando un precedente incomprensible tanto legalmente como por los propios términos de la sentencia: se desconoce por qué motivo el supuesto de autos es un "supuesto límite".

La posterior STS 24 marzo 2022 ha vuelto a rechazar la posibilidad de una pensión de viudedad si falta, en casos de convivencia como pareja sin matrimonio, la certificación de que la pareja está convenientemente inscrita, pero no cierra el criterio de la anterior STS 7 abril 2021 sino que lo justifica, también en este caso sin explicitación de los criterios aplicados. Queda, así, planteada una duda desconcertante: ¿Cuándo un supuesto es "límite" y cuándo no (cuándo las circunstancias concurrentes son "especialísimas" y cuándo no, si se prefiere la terminología utilizada por la Audiencia Nacional en la sentencia de 28 de enero de 2019 que dio lugar a la STS 7 abril 2021)? En definitiva, quienes litigan en circunstancias como las aquí reiteradas (la pareja no matrimonial no está inscrita) pueden continuar apoyándose en la STS 7 abril 2021, como la Abogacía del Estado y el mismo Tribunal Supremo podrá basarse en la STS 24 marzo 2022. Así,

pues además del documento público (que implica un coste económico para los otorgantes) también es posible la inscripción gratuita en un registro autonómico o municipal".

lo informado en algunos portales legales en internet (presas también de las prisas y del éxito informativo a golpe de "clic") es inexacto[22].

Ya lo advertía el insigne jurista, de forma estelar. "Lo que en ningún caso resulta lícito es residenciar la arbitrariedad en la motivación (ausente o insuficiente), no sólo por tratarse de una cuestión de ilegalidad sino porque también sabemos que la motivación (jurídica) no describe relaciones casuales ni eventuales caminos de razonamiento sino que es una justificación *a posteriori*. Lo cual significa que (…) caben decisiones arbitrariamente adoptadas pero luego bien justificadas (el juez eligió temperamentalmente un fallo que luego pudo fundamentar con suficiencia) y decisiones correctamente adoptadas que luego se fundamentan de manera caprichosa"[23]. El colmo, continuando con el pensamiento del maestro, es que una decisión se tome de forma arbitraria y, además, no se fundamente.

[22] Puede verse un ejemplo en el siguiente enlace: https://confilegal.com/20220426-el-ts-rectifica-y-exige-la-inscripcion-de-parejas-de-hecho-para-acceder-a-la-pension-de-viudedad/

[23] Nieto, A., *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, p. 362.

La necesaria modificación legislativa de la pensión de viudedad ante el actual contexto social y las nuevas formas de familia

Íñigo Ibáñez Palma
Abogado laboralista en ejercicio e investigador Predoctoral
Universidad de Deusto

1. Desarrollo de la pensión de viudedad

1.1. Origen de la cobertura

Si nuestro objetivo versa sobre cómo debemos interpretar la adaptación de la pensión de viudedad a los nuevos modelos de familia, o mejor dicho, a las nuevas formas de vinculación de los individuos de nuestra sociedad actual a la hora de compartir un proyecto de vida, resulta claramente ineludible analizar, la trayectoria y objeto de la cobertura social ante la que nos encontramos, ya que la aproximación histórica será la que nos revele la verdadera naturaleza y espíritu de la prestación.

Resulta evidente el desarrollo y evolución sufrido por la denominada pensión de viudedad desde su primera aparición en nuestro ordenamiento en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, también conocida como Ley Dato en honor a Eduardo Dato Tradier, ministro de gobernación[1].

[1] Gascón y Marín, J.: Los planes de Seguridad Social. De la beneficencia al seguro, Instituto Nacional de previsión, Madrid, 1944, páginas 6-16.

Esta primitiva cobertura, en su origen, establecía una doble protección al fallecimiento que derivaba de accidente de trabajo: de una parte, indemnizaba los gastos originados por el propio fallecimiento; y por otra parte, otorgaba indemnización tanto a la viuda, así como a descendientes y ascendientes, cuantificada en función del grado de parentesco y vínculo.

Es por tanto, que ya la norma declaraba su objeto, cubrir la posible situación de necesidad y riesgo de exclusión social que creaba el fallecimiento de, en aquel entonces, único medio de subsistencia de la unidad convivencial. En línea con este objeto, ya la norma venía a establecer que en caso de que el fallecimiento lo fuera de una trabajadora, no se desplegaba cobertura alguna, pues la fuerte incorporación del varón en el mercado laboral, así como cuestiones ideológicas contemporáneas a la disposición, interpretaban que en caso de que fuera el varón el superviviente, el mismo no quedaba en una posible situación de desamparo y exclusión y en consecuencia no le era necesaria la protección otorgada por esta.

Desde este inicio pasamos al Decreto de 8 de octubre de 1932, en el cual se refunden algunas breves modificaciones de la cobertura social, reseñables: la obligatoriedad por parte del empresario del aseguramiento del trabajador transformando de esta forma en automática la protección de los trabajadores; además se modifica la indemnización, estableciéndose en su lugar pensiones de carácter vitalicio que serán calculadas sobre la base salarial del trabajador, asignando diferentes porcentajes de aplicación a los beneficiarios en función del grado de parentesco con el fallecido.

Continuando este desarrollo y evolución normativa de la prestación, pasamos a la Ley de 22 de diciembre de 1955, así como a su correspondiente Decreto de desarrollo de 22 de junio de 1956, ambas dos disposiciones continúan un claro avance en la cobertura otorgada a los beneficiarios de la prestación: la primera parte de la indemnización, la referente a cubrir los gastos de sepelio, queda fijada en dos mensualidades salariales; también se continúa en el avance de la fijación de cuantía de la pensión vitalicia, estableciéndose una base del 50 % del salario a la viuda, el cual se verá incrementado en un 10 % por cada uno de los hijos en común del matrimonio, ahora huérfanos, estos incrementos estarán limitados cuando lleguen al 100 % del salario del trabajador, o dicho de otra forma, el 50 % de la viuda solo se verá incrementado hasta los 5 hijos, que sería el momento en el cual alcanza el 100 % del salario del causante; también se da automaticidad a las muertes derivadas de accidente de trabajo cuando los mismos previamente han sido beneficiarios de pensiones de incapacidad, bien absoluta o bien de gran invalidez; y muy importante, se comienza con una flexibilización de esa exigencia de dependencia económica y de convivencia con el causante, dicho de otra manera:

> *«Se presume la convivencia del cónyuge e hijos menores de edad, así como que la esposa e hijos vivan al cuidado del esposo, considerándose situación de dependencia económica, aunque no existiese convivencia marital.»*[2]

Como podemos apreciar hasta este momento, el espíritu de la cobertura es claro, otorgar protección a fin de evitar una situación de desamparo o necesidad como consecuencia de un accidente de trabajo a aquellas mujeres y descendientes o ascendientes vinculadas con el causante para las cuales el mismo, por el contexto social de ese momento, era el único flujo de ingresos para la unidad de convivencia.

Evidentemente, la norma dejaba una pluralidad de supuestos sin contemplar, ya que si el fallecimiento no se debía a causa laboral no existía cobertura alguna, existiendo un desamparo similar para la unidad de convivencia. En consecuencia, tal como hemos visto, desde su inicio

[2] Hernáiz Márquez, M.: Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Revista de derecho Privado, Madrid, 1953, página 263.

en 1900, hasta este momento, la cobertura se vio claramente mejorada, pero apenas aumentó su ámbito de aplicación.

1.2. Ampliación de la cobertura

A este fin, el de ampliar su ámbito y proteger diferentes casuísticas se promulga el Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955 estableciéndose una nueva prestación dentro del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez a favor de las viudas. Mediante este, se estableció una pensión a las viudas mayores de 65 años en la fecha de fallecimiento del marido, dejando fuera por tanto a aquellas viudas que aún estuvieran en edad de trabajar, sin tener en cuenta si las mismas efectivamente trabajaban o no, además, si la viuda mayor de 65, perceptora de la prestación, obtenía ingresos de trabajo de cuantía similar o superior a la prestación, la misma se veía suspendida.

De la misma forma, se establecían una serie de requisitos de cotización y carencias, las cuales no tienen especial relevancia en el presente objeto de análisis, pero si merece reseñar que se impone un requisito de matrimonio de una antigüedad mínima de 10 años previo fallecimiento, así como una imperativa de convivencia con el causante, al objeto de acreditar la verdadera existencia de unidad convivencial.

También resulta especialmente destacable, la regulación general del mutualismo contenida en la Orden de 10 de septiembre de 1954, mediante la cual resultó aprobado el Reglamento General de Mutualismo Laboral, éste establecía una normativa marco que posteriormente se vería desarrollada por la regulación específica de cada mutualidad laboral, pero ya en esta normativa marco se reconoce el acceso a la prestación en determinada circunstancia a los varones, otorgando la cobertura de compensación económica para los maridos en caso de que el fallecimiento de la esposa se deviniera de un accidente laboral y dicha disquisición dejaba en posible situación de desamparo al marido, dicho con otras palabras se establecía un doble requisito: en primer lugar que el fallecimiento tuviera su origen en un accidente de trabajo; en segundo lugar, que el fallecimiento provocara una pérdida de ingresos en la unidad de convivencia que necesitara ser compensada a fin de evitar una situación de desamparo.[3]

1.3. Integración de la cobertura en la Seguridad Social

Y es en este interín en el que aparece el Sistema de la Seguridad Social el cual realiza una importante modificación de la cobertura. Este proceso de unificación normativa comienza con la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, y ajustadas posteriormente por la Ley de Seguridad Social, Decreto 907/1966, de 21 de abril, así como el Reglamento General aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y a la Orden de 13 de febrero de 1967, reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia. En referido compendio normativo se reconfigura la prestación por muerte y supervivencia reconociendo la pensión de viudedad con cualquiera que fuera la causa que hubiere provocado el fallecimiento del trabajador. Si bien es cierto, y debe señalarse, esta unificación de contingencias mantenía una imperativa exigencia de situación de necesidad del cónyuge superviviente, que ya no quedaba presumida por el simple hecho de que este fuera mujer.

De forma más concreta, se reconocían dos modalidades de cobertura para la mujer diferenciadas: por una parte, aquellas viudas que habían tenido hijos/as con el fallecido y dicha descendencia seguía a su cargo y aún en edad de lucrar pensión de orfandad, situación en la que

[3] Almansa Pastor, J.M., El derecho de los beneficiarios en caso de muerte del trabajador accidentado, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965. Almansa Pastor, J.M.: "La protección por muerte en la Seguridad Social Española", RISS, nº2, 1969.

se reconocía de forma automática la prestación social; de otra parte, las que no se encontraban en el primero de los supuestos, a las cuales se les exigía tener cumplidos como mínimo 40 años de edad a fecha de fallecimiento, o que no fueran capaces para el trabajo.

De esta manera, se abole la automaticidad de reconocimiento prestacional para la viuda, salvo en los casos de que el fallecimiento deviniera de contingencia de carácter profesional. Independientemente de esta cobertura de carácter vitalicio, en el caso de no cumplir con los condicionamientos ya señalados, a fin de evitar una posible situación de desamparo, se establecía una cobertura de carácter temporal en favor de las viudas que no cumplían dichas características.

Sin embargo, en el caso del varón esta modificación normativa no tuvo calado alguno, ya que se mantuvo con similar condicionamiento, solo les era reconocido en caso de que estuvieran incapacitados para el trabajo y fueran mantenidos económicamente por la fallecida.

Además de esto, a ambos sexos se les mantenía el requisito ineludible de tener convivencia habitual con el cónyuge fallecido, exceptuando los casos de separación legal. En caso de ruptura del vínculo matrimonial únicamente se reconocía la cobertura si la sentencia firme de separación reconocía al beneficiario la condición de inocente, ya que en dicho caso podía existir la posibilidad de lucrar pensión de alimentos y dicha cuestión reconocía una evidente situación de dependencia económica.

Esta panoplia legislativa es la última en la que el legislador denota la repercusión de la progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral y en consecuencia regla en mayor medida su acceso a la cobertura. Tal es así, que se suprime en gran medida la automaticidad en el reconocimiento de la prestación, buscando mediante el condicionamiento de la cobertura, única y exclusivamente la protección de aquellas mujeres que por su contexto no puedan ser capaces de incorporarse al mercado laboral y conseguir por sí mismas un nivel de ingresos óptimo que garantice su nivel de vida.

A este respecto, cabe señalar que dicha circunstancia, a salvo de posibles disquisiciones paralelas de carácter ideológico, guarda perfecta relación con el propio espíritu de la cobertura en su origen, ya que como hemos analizado de forma somera, busca el subsidio de aquellos/as supervivientes que no tienen capacidad de obtener ingresos suficientes por su propia cuenta, es por tanto, que en relación a este objeto, resulta claramente concordante que según se fue facilitando el acceso de la mujer al mercado laboral la protección fuera reduciendo su cobertura debido a que no se creaba esa situación de imposibilidad en el acceso a recursos.

En línea a esta tesis, el legislador establecía una serie de requisitos que venían a determinar la imposibilidad de la mujer de acceder por su cuenta a unos ingresos minimos, en caso contrario, reconocía una prestación de carácter temporal que otorgaba un lapso a fin de que la superviviente consiguiera adaptar su situación laboral a una que le permitiera obtener por sí misma los ingresos suficientes para su nivel de vida óptimo.

Sin embargo, como ya se ha señalado esta será la última normativa concordante a esta tesis, ya que como veremos a continuación la siguiente normativa cambió dicha interpretación de la cobertura desdibujando la naturaleza propia de la prestación.

1.4. Desvío en la naturaleza de la prestación

En la Ley 24/1972, de Financiación y Perfeccionamiento de la Ley de Seguridad Social, de 21 de junio se hacen desaparecer los condicionamientos dados hasta ese momento, deshabilitando los establecidos en la normativa anterior: el requisito de 40 años de edad; incapacidad para el

trabajo; existencia o no de hijos/as con dependencia; pero manteniendo las establecidas para el viudo.

En consecuencia, desde este momento las mujeres no tenían que acreditar ninguno de los requisitos establecidos en las legislaciones anteriores, y a mayor abundamiento, se hace desaparecer la prestación de carácter temporal estableciéndose únicamente la de carácter vitalicio con independencia de la contingencia que hubiera ocasionado el fallecimiento del esposo.

Se abandona por tanto esa tendencia a destruir los roles dentro del matrimonio estableciendo una evidente presunción de que la mujer, por sí sola, no podía acceder a un nivel de ingresos suficientes que garantizara un nivel de vida óptimo para sí misma, así como para los descendientes a su cargo en caso de tenerlos.

Pero el verdadero problema no es únicamente que dicha norma fulmina el verdadero espíritu de la prestación hasta este momento, sino que además generó un problema aún mayor a futuro, ya que la automaticidad del reconocimiento en todo tipo circunstancias a la mujer y el fuerte condicionamiento del acceso a la prestación para el hombre chocó de forma frontal con el principio de igualdad que vino establecer la Constitución española en 1978.

Por este motivo, el Tribunal Constitucional en sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, sentencia 144/1989 y sentencia 176/1989 establecen la inconstitucionalidad del precepto normativo ya que generan una evidente situación de desigualdad en función del género:

> *«…La situación más beneficiosa de las viudas se concreta en dos puntos capitales: a) el automatismo en la producción de la consecuencia jurídica, sin necesidad de la intermediación de trámites o de comprobaciones, y b) la presunción de necesidad de la pensión que es "iuris et de iure".»*[4]

De esta forma, con la nulidad del precepto discriminatorio queda establecida una automaticidad de la cobertura para ambos sexos, terminando de esta manera con un diferente condicionamiento basado en circunstancias históricas y sociales.

Se debe señalar en este sentido, que las propias sentencias referidas por parte del constitucional señalan una evidente llamada al legislador para que, teniendo en cuenta ese principio de igualdad promulgado por la Carta Magna, rediseñe la prestación y vuelva a atender a los criterios de razonabilidad que históricamente la habían regido.

Sin embargo, el legislador optó por la inactividad y durante años mantuvo la legislación enmendada por nuestro más alto tribunal, e incluso, con la introducción del texto refundido de la Legislación General de la Seguridad Social de 1994 arrastra el error descrito y perpetúa el mismo que ya venía siendo señalado por diferentes autores en la década de los ochenta:

> *«El resultado no ha podido ser más extraño, pues neutraliza la exigencia de situación de necesidad, las pensiones de viudedad se convierten en prestaciones contributivas automáticas, contra el espíritu que habían inspirado su regulación en la regulación precedente.»*[5]

---

[4] Sempere Navarro, A.V.: "Las pensiones de viudedad ante la no discriminación por razón de sexo o estado civil", *Anales de la Facultad de Derecho*, Murcia, nº6, 1984.

[5] Martínez Calcerrada, L.: "En torno a la pensión de viudedad", RSS, nº25, 1985. Martínez Calcerrada, L., Zorrilla Ruiz, M. y Gómez de Aranda, L., *Nueva pensión de viudedad*, COLEX, Madrid, 1986; Martínez Calcerrada, L.: "Nueva pensión de viudedad Doctrina general. Comentarios a la Ley de 17 de julio de 1981", Madrid, Edersa, 1986.

> *«Efectivamente,, aquella regulación que presumía la dependencia de la mujer y la independencia del varón no parecía tener cabida en el nuevo sistema, que proclamaba la igualdad de los sexos, pero nada obstaba para presumir la independencia de ambos, permitiendo por descontado su ruptura con la aportación de datos que demostrasen que el fallecimiento del trabajador/a dejaba al beneficiario en una situación de necesidad merecedora de protección, igual que acontecía con el resto de prestaciones por muerte y supervivencia. De este modo se hubiese salvado la inconstitucionalidad de la norma preservando al mismo tiempo el sentido de estas prestaciones.»*[6]

1.5. La prestación en la actualidad

Finalmente llegamos a la última reforma de calado, que aún se mantiene vigente en la actualidad, la Ley 40/2007, influenciada claramente por dos normativas de carácter civil: la Ley del divorcio de 1981; así como la Ley 13/2005 que permitió la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo.

En base a lo expuesto llegamos a las tres situaciones que actualmente comprende y protege la cobertura: la situación matrimonial; la situación convivencia; y la situación ex matrimonial.

En primer lugar, la situación de matrimonio vigente otorga de forma automática el derecho a la cobertura social en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, si bien es cierto, que a fin de evitar posibles situaciones fraudulentas en las que el matrimonio se contrae ante inminente fallecimiento de uno de los cónyuges se establece un requisito de carencia temporal en caso de que los contrayentes hubieran formalizado el mismo con la enfermedad común ya contraída por uno de ellos, de esta forma se intenta poner coto a una posible práctica fraudulenta en la que únicamente se contraería matrimonio a fin de crear el derecho en favor del cónyuge superviviente.

En segundo lugar, la situación de matrimonios ya disueltos o cónyuge histórico, en este caso cuando se genera un desequilibrio económico y se acredita una cierta dependencia económica respecto del causante reconociéndose en caso de proceder la misma de forma totalmente análoga a la del primero de los supuestos, el de matrimonio.

Y por último, se reconoce la de pareja de hecho, en dicho caso, de forma similar a la del matrimonio se reconoce la prestación ante el cumplimiento de unas carencias temporales si bien es cierto que el verdadero debate a este respecto radica en la consideración de existencia de dicha unidad de convivencia.

Como se procede a analizar a continuación, resulta complicado para nuestra jurisprudencia realizar una interpretación de nuestra legislación al respecto, como se ha analizado, desde la legislación promulgada en 1972 la propia cobertura ha quedado ciertamente desdibujada al dotar a la misma de automaticidad y privar el legislador a la prestación de una verdadera finalidad de subsidio ante una posible situación de necesidad otorgando la misma en cierta forma de manera indiscriminada. Esta circunstancia, sumada a una evidente transformación social en la que la institución jurídica matrimonial se ve reducida y se opta por simplemente establecer unidades de convivencia que no resultan en muchos casos inscritas, y otras veces, aun estando inscritas, se da diferente valoración jurídica al régimen de pareja de hecho según la CCAA ante la que nos encontremos, ha dejado en manos de nuestros Tribunales interpretar la aplicación de una prestación, a la que evidentemente le es intrínseca la evitación de una situación de necesidad o posible exclusión social con motivo del fallecimiento de uno de los miembros de la unidad

[6] Alonso Olea, M.: "Familia, matrimonio y pensión de viudedad", *REDT*, nº46, 1991, pagina 311-312.

de convivencia, pero que se ha visto claramente desdibujada al establecer requisito jurídicos totalmente ajenos e independientes de la valoración de dicha situación.

Esto, como se desarrolla, provoca circunstancias en las que evidentemente nos encontramos con supuestos de hecho en los que se da el desequilibrio que la cobertura busca proteger pero impide el acceso por circunstancias netamente jurídicas de carácter formal. Esta deriva legislativa en la que se ha desdibujado la razonabilidad de la cobertura, da como resultado que nos encontramos con supuestos en los que la protección despliega un efecto vitalicio en circunstancias en las que el cónyuge superviviente es perfectamente capaz de mantener un nivel de vida similar, sin la colaboración del cónyuge fallecido/a, pues esta realidad no se entra a valorar en la actualidad, y sin embargo puede generar desprotección en la nueva forma que han adquirido en nuestra sociedad las unidades convivenciales, en las que realmente se pueden generar situación de posible vulnerabilidad.

2. Posición jurisprudencia favorable a la flexibilización hermenéutica

Ejemplo de esta corriente hermenéutica resulta ineludible la mención de la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sección Cuarta número 480/2022, recurso de casación para unificación de doctrina número 2479/2020 de la que es ponente la Excelentísima Doña Celsa Pico Lorenzo, careciendo además dicha Resolución de votos particulares.

En referida sentencia se analiza un supuesto en el que el fallecido ha convivido durante más de treinta años con su mujer, fruto de esa relación han tenido tres hijos. Si bien es cierto que dicha relación no constituyó matrimonio, ni tampoco registraron la pareja de hecho en ninguno de los registros oficiales para tal usó, así como tampoco realizaron constar la misma en documento alguno.

Sin embargo, se acredita una convivencia de más de treinta años, así como un documento público de compraventa en el que se refleja la existencia de la unidad de convivencia, empadronamiento que confirma una cohabitación en un mismo domicilio y declaraciones de IRPF conjuntas entre ambos.

De la misma forma, la mujer superviviente, acredita no tener empleo remunerado, ya que se dedica al mantenimiento de la vida familiar, y en consecuencia, ante el fallecimiento de su compañero queda en evidente situación de necesidad y posible desprotección.

Cabe señalar, que el presente supuesto atiende a la interpretación del artículo 38.4 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado en el Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30 de abril, ya que el fallecido era miembro en activo del cuerpo de la Guardia Civil, pero dicha disquisición no tiene relevancia ya que es perfectamente aplicable la hermenéutica a lo que aquí atendemos puesto que dicho precepto es paralelo a lo establecido en la Ley General de la Seguridad Social.

Posterior denegación por parte de la Administración Pública del reconocimiento del Derecho debido a la no inscripción de la pareja en registro alguno, resuelve el Tribunal Supremo:

> «*…la prueba de la existencia de una pareja de hecho no solo puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, es decir mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante, sino también mediante el certificado de*

> *empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca.»*[7]

En referida resolución, el Tribunal Supremo supera el propio positivismo de la norma a fin de salvaguardar la propia naturaleza de la prestación, comprende dicha sentencia la posibilidad de que existan unidades de convivencia diferenciadas a la constitución de matrimonio o registro de parejas de hecho, permitiendo que la misma pueda ser acreditada mediante ostras formas válidas en Derecho.

Esta misma línea de interpretación ha sido la seguida por otros Tribunales de Justicia superiores, especialmente reseñable a este respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, Sentencia 364/2021 de 18 de noviembre de 2021, recurso 365/2021, siendo ponente Miguel Azagra Solano.

En dicho supuesto se analiza el caso de una pareja que inicio su proyecto en el año 2011, no contrayendo matrimonio hasta fecha de 26/01/2018, falleciendo el esposo en fecha 22/04/2018 con causa en enfermedad común diagnosticada previas nupcias.

Además, desde el comienzo de la relación la pareja no convivía de forma constante compartiendo domicilio únicamente durante los fines de semana, periodos vacacionales o no laborables. Queda acreditado que la pareja realizaba viajes de ocio conjuntos, así como asistían de forma conjunta a celebraciones familiares. Sin embargo, nunca compartieron empadronamiento ya que la esposa residía en Pamplona y el esposo en la localidad de Tudela de forma inicial y posteriormente en Etxarri Aranatz, dicho distanciamiento se debía a motivos laborables.

En este caso resuelve el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en su Fundamento de Derecho Tercero:

> *«A este respecto, debemos recordar, como hace la sentencia de instancia que la interpretación de las normas debe adaptarse a la realidad social, como impone el artículo 3 del Código Civil, y ésta a la vista de la evolución de las nuevas formas de organización del trabajo y de la propia distribución de éste en el hoja familiar, está imponiendo unas exigencias de movilidad territorial que obligan a los trabajadores a ajustes continuos en el lugar de trabajo. De este modo, es evidente que las nuevas exigencias y vicisitudes que conforma las relaciones actuales de trabajo, inciden no solo en el desarrollo profesional del trabajador, sino también en el ámbito de su convivencia personal. Así, las exigencias de movilidad territorial, cada vez más frecuentes, hacen que el trabajador deba variar su lugar de prestación de servicios, sin que sea posible o conveniente, un cambio de domicilio familiar que en ocasiones resulta inasumible para la unidad convivencial, al trabajar en el lugar de residencia uno o varios miembros de la familia, o, como decimos, resulta inconveniente dada la temporalidad del cambio de lugar d trabajo o del desplazamiento de uno de los miembros de la unidad familiar.*
>
> *De este modo, la interpretación de normas debe adecuarse a las nuevas exigencias laborales para, de esta manera y respetando la voluntad del legislador, no dejar vacío de contenido el reconocimiento de un derecho como el que ahora se solicita.*

[7] Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia.

> *Conforme a lo expuesto, resulta evidente que el requisito de una convivencia estable y notoria al que hace referencia los preceptos que se denuncia infringidos en el recurso, debe entenderse cumplido por quienes solo conviven separadamente por estrictos motivos laborales y, por el contrario, mantienen una relación sentimental estable, pública, notoria con una convivencia more uxuorio durante los fines de semana, lo periodos no laborales, las vacaciones.*
>
> *No es infrecuente que en la actualidad los miembros de una pareja estable presen sus servicios laborales en localidades distintas, y tampoco es infrecuente que, por esa razón, deban residir en localidades diferentes, lo que no es impedimento para apreciar la presencia de una verdadera relación convivencial estable y notoria.*
>
> *En el caso analizado, esa convivencia, que ha resultado acreditada con el alcance expuesto, es la que permite el acceso a la prestación reclamada, sin que a ello puedan oponerse las alegaciones efectuadas por la recurrente, toda vez que la rigidez interpretativa que preconocida, contraría la finalidad de la norma y el alcance de la interpretación normativa a la que antes hemos hecho referencia.»*

Como podemos apreciar, nuevamente el Tribunal acude a la naturaleza de la prestación para determinar si el supuesto ante el cual se encuentra merece o no de la cobertura protectora, flexibilizando la interpretación de la literalidad de la norma, ya que una hermenéutica puramente positivista dejaría evidentemente fuera de cobertura el supuesto de hecho por carecer de las carencias temporales que la misma establece, así como de la inscripción registral de la pareja de hecho.

3. Posición jurisprudencial contraria a la flexibilización de la literalidad

Recientemente, nuestro Tribunal Supremo en Sentencia 1290/2022, número de recurso 3981/2020 y número de resolución 372/2022, siendo ponente el Excelentísimo Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, ha dado respuesta claramente contradictoria a lo expuesto de forma previa, es decir, se aferra nuevamente a la literalidad de la propia norma y a los requisitos que en ella se establecen.

En el referido supuesto podemos ver una unidad convivencial acreditada, pues se da por probada la convivencia de la pareja desde el año 1965 hasta el fallecimiento el 08/04/2019 de forma ininterrumpida, en la que además se han tenido 4 hijos comunes de ambos dos, así como una escritura pública de compraventa de una vivienda de forma conjunta. Por otra parte, queda acreditada la falta de inscripción en registro adecuado para la acreditación de la existencia de pareja de hecho.

Dicho con otras palabras, nos encontramos ante un supuesto análogo al que analiza previamente también la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia 1283/2021 analizada en el presente documento.

Sin embargo, en el presente supuesto, el Fundamento de Derecho Noveno viene a determinar:

> *«…la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, es decir mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento*

público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante.»

Es decir, en el presente supuesto el Tribunal Supremo viene a cambiar claramente de criterio estableciendo como requisito indispensable que la unidad de convivencia conste en registro público como pareja de hecho y en caso de no cumplir dicho requisito no desplegará efecto la cobertura independientemente quede acreditado el proyecto vital conjunto de ambas personas mediante otros medios perfectamente válidos en Derecho, o la realidad de una posible situación de desequilibrio económico.

4. Conclusiones

Posterior al análisis y aproximación histórica realizada se alcanzan en la presente las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la pensión de viudedad nace a principios del siglo XX con un objetivo muy claro, se vio ampliado de forma paulatina, pero conservando un constante horizonte hasta el año 1972. Dicho objetivo es garantizar que la unidad de convivencia no sufra un desequilibrio económico, o bien, un riesgo de exclusión social, con motivo del fallecimiento de uno de sus miembros. Es decir, la cobertura nace como garantía de mínimos, dando un respaldo de que, en el caso de que se de esa necesidad o desequilibrio, desplegará su eficacia para evitar una situación de desamparo. Esta naturaleza se comienza ha perder con la reforma de 1972 y se culmina su pérdida con las sentencias del Tribunal Constitucional, las cuales dan automaticidad a la prestación.

En segundo lugar, en relación con la primera conclusión, si bien es cierto que por razones históricas siempre se ha referido la normativa a la institución matrimonial, el análisis realizado pone de relieve que el objetivo de la cobertura es generar una garantía de protección para el conjunto de personas que componen la unidad de convivencia o proyecto vital familiar del que era parte el fallecido/a. En consecuencia, si en la actualidad estas nuevas unidades de convivencia, o de proyectos de vida, adquieren formas diferentes a la matrimonial es desde luego coherente al objeto de la cobertura que las mismas también queden asumidas por esta.

En tercer lugar, como se ha señalado, desde la reforma realizada en 1972, junto con las sentencias del Tribunal Constitucional al respecto, se ha producido una clara desviación en el objetivo de la prestación, ya que como se ha analizado, esta prestación siempre ha tenido una naturaleza de subsidio para el caso en el que sea necesaria la cobertura, y no una cobertura de carácter automático que en nada atienda a las características del perceptor o perceptora.

A mayor abundamiento en este mismo sentido, resulta palmario que el contexto social ante el cual se produjo el nacimiento de la prestación es claramente diferente al actual: la mujer goza de una mayor incorporación al mercado de trabajo; además de que las políticas sociales, así como la propia acción protectora de la Seguridad Social, se han visto claramente expandidas protegiendo de mejor forma a los y las supervivientes. Todo ello puede suponer que una pensión de carácter vitalicio resulte una acción claramente sobreprotectora y no subsidiaria para el perceptor o perceptora y por tanto una sobreexplotación de recursos del sistema.

En cuarto lugar, la desviación producida en 1972 en la normativa, conjunto con las sentencias de nuestro más alto tribunal, el Tribunal Constitucional, han dejado una tarea pendiente al legislador de: bien refundación de la propia cobertura; bien de corrección de la misma a fin de que vuelva a proteger los supuestos de hecho para los que realmente fue originada.

Ante la falta de esta acción legislativa encontramos una deriva jurisprudencial, tal como se ha expuesto, en la que se genera una importante indefensión. Como se ha analizado, ante dos

supuestos totalmente análogos se dan resoluciones contradictorias reconociéndose en un caso el Derecho y en el otro no. En consecuencia, es tarea pendiente de nuestro poder legislativo acometer una reforma necesaria de la prestación que de cobertura a todas las unidades convivenciales con necesidad de la misma, independientemente se haya formalizado la misma mediante la institución matrimonial o no, ya que la formalización de una u otra forma puede atender a cuestiones ideológicas de la propia pareja por lo que dejar acceder a la prestación o no en función de se han registrado o no su unidad de convivencia pudiera suponer una discriminación de carácter ideológico frente a las que si lo han hecho.

5. Bibliografía y fuentes

5.1. Autores

Almansa Pastor, J.M.: *El derecho de los beneficiarios en caso de muerte del trabajador accidentado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965.

Almansa Pastor, J.M.: "La protección por muerte en la Seguridad Social Española", *RISS*, nº2, 1969

Alonso Olea, M.: "Familia, matrimonio y pensión de viudedad", *REDT*, nº46, 1991.

Blanco Pérez-Rubio, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Editorial Trivium, 1992.

Cabeza Pereiro, J.: *La pensión de viudedad*, Editorial Imprenta Nacional del BOE, 2004.

Desdentado Daroca, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia, un estudio crítico para una prestación en crisis*, Editorial Bomarzo, 2009.

Díaz Aznarte, M.: *"Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia."* Ediciones Bosch, 2003.

Gascón y Marín, J.: *"Los planes de Seguridad Social. De la beneficencia al seguro, Instituto Nacional de previsión"*, Madrid, 1944

Guillermo Rodriguez, I.: *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, 2006.

Hernaiz Márquez, M.: "Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", *Revista de derecho Privado*, Madrid, 1953

Martínez Calcerrada, L.: "En torno a la pensión de viudedad", *RSS*, nº25, 1985.

Martínez Calcerrada, L.: *Nueva pensión de viudedad Doctrina general. Comentarios a la Ley de 17 de julio de 1981*, Madrid, Edersa, 1986.

Martínez Calcerrada, L., Zorrilla Ruiz, M. y Gómez De Aranda, L.: *Nueva pensión de viudedad*, COLEX, Madrid, 1986.

Navarro Roldan, R.: *Pensión de supervivencia, presente y futuro de la pensión de viudedad*, Editorial LA LEY, 2006.

Paz Méndez, S.: *Beneficiarios de la pensión de viudedad* Editorial Aranzadi, 2020.

Pérez Antonia, M.A.: *"La pensión de viudedad en el régimen general de la seguridad social"* Editorial Tirant lo Blanch, 2000.

Sempere Navarro, A.V.: "Las pensiones de viudedad ante la no discriminación por razón de sexo o estado civil", *Anales de la Facultad de Derecho*, Murcia, nº6, 1984.

Ureña Martínez, M.: *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad* Editorial Aranzadi, 2011.

VV.AA.: *La pensión de viudedad, una necesaria reforma ante los cambios estructurales familiares,* Moreno Vida, M.N., Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, M.T., Editorial Comares, 2013.

5.2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1983 de 22 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1989 de 18 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1989 de 30 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo de la Sección Cuarta número 480/2022, recurso de casación para unificación de doctrina número 2479/2020 de la que es ponente la Excelentísima Doña Celsa Pico Lorenzo.

Sentencia del Tribunal Supremo de la Sección Cuarta número 1290/2022, número de recurso 3981/2020 y número de resolución 372/2022 de la que es ponente el Excelentísimo Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, Sentencia 364/2021 de 18 de noviembre de 2021, recurso 365/2021, siendo ponente Miguel Azagra Solano.

“Aportación demográfica” y “brecha de género” en las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad

Francisco Jiménez Rojas
Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
ORCID ID https://orcid.org/0000-0001-5800-7158

1. Introducción a la materia objeto de estudio

Nuestro Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la Constitución española; CE) propugna como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico la igualdad, y el art. 14 CE proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Asimismo, el art. 9.2 atribuye a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias para que la igualdad del individuo y de los grupos en que este se integra, sean reales y efectivas. Por otra parte, la igualdad de sexos es un principio jurídico universal que viene reconocido en diversos textos internacionales relacionados con los derechos humanos; y asimismo la Ley Orgánica LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece que la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres es un “principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas” (art. 4).

Muy recientemente, la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Ley 15/22), ha reconocido este derecho de toda persona, abundando en la consigna de que nadie podrá ser discriminado, entre otras, por razón de sexo[1].

Sin embargo, un reconocimiento pleno de la igualdad (ante la ley) jurídico-formal entre mujeres y hombres, aun habiendo supuesto un impulso extraordinario en ese propósito igualador de derechos, no ha sido suficiente hasta ahora para conseguir la igualdad "efectiva y real" que, trascendiendo el mero formalismo, predica la norma suprema.

Entre otras manifestaciones adversas para las mujeres de esa igualdad plena deseable, que se proclama jurídicamente pero que en la realidad no se consigue, al menos no hasta ahora, se constatan tratamientos discriminatorios que tienen su origen en diversos ámbitos de la vida cotidiana -la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, pongamos por caso-, y como no, en el de la relación laboral, y en conexión con ella el de la Seguridad Social (SS). Así ocurre por ejemplo con los salarios o con las pensiones contributivas de las mujeres (entre otras la de jubilación o la de viudedad).

En la idea de corregir esa indeseable desigualdad por razón de sexo -de las que el Tribunal Constitucional (TC) calificara en su momento como "particularmente odiosa"-, que ha venido generando en las mujeres trabajadoras la circunstancia de haberse tenido que dedicar, de manera crónica y casi en exclusiva, al nacimiento y el cuidado de sus hijos, con el consiguiente perjuicio de ver interrumpidas sus carreras de cotización, y por ende reducidas sus cotizaciones a la SS y sus pensiones contributivas, el legislador de 2021 ha querido construir una arquitectura jurídica -curiosamente, sobre un texto legal promulgado un lustro antes (en 2016), que resultó ser discriminatorio, pero no precisamente en contra de las mujeres sino de los hombres que se hallaren en situación idéntica o similar comparable-, cuyo resultado es aún pronto para evaluar.

La iniciativa jurídica de transformar el complemento de aportación demográfica -sólo de las madres trabajadoras- en otro para reducir claramente la brecha de género que se produce en las pensiones de las mujeres con respecto a las de los hombres (Real Decreto-ley -RD-ley- 3/2021), nos parece sensata y más que razonable, cuenta con el respaldo de la jurisprudencia constitucional y europea más avanzada, y si viniera a conseguir su propósito resultaría de un beneficio incalculable para el devenir del desarrollo de la convivencia; y no solo eso, sino que la consecución de los derechos que asisten a las mujeres en esta materia contribuirá sin duda a perfeccionar -y democratizar- las relaciones laborales.

Veremos si la norma consigue su objetivo, en cuyo caso el precepto jurídico que le está dando soporte (art. 60 de la LGSS/15[2]) -afortunadamente conforme a lo querido por el propio legislador-, estaría llamado a desaparecer.

[1] Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Boletín Oficial del Estado -BOE- del 13 julio), vigente desde el 14/07/22.

[2] Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

2. Génesis y cronología de la mutación del complemento: de la aportación demográfica por maternidad a la reducción por brecha de género

2.1. Complemento (contributivo) de pensión por maternidad, vinculado a la aportación demográfica de las "madres" a la Seguridad Social

2.1.1. El origen del complemento de pensión

Casi a finales de 2015, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el siguiente año (LPGE/16; Ley 48/2015), a través de su disposición final (DF) segunda (apartado 1) introdujo una modificación -con efectos de 1 de enero de 2016 y vigencia indefinida- en el Texto Refundido de la LGSS por entonces vigente (art. 50 bis añadido al RD-Leg 1/1994, ahora ubicado en el art. 60 de la actual LGSS aprobada por RD-Leg 8/2015), que consistió en reconocer un complemento (de pensión) "por maternidad" para determinadas pensiones contributivas del sistema de SS causadas en cualquier régimen -concretamente las de jubilación, viudedad e incapacidad permanente-, vinculado a la "aportación demográfica" de las mujeres madres, ya lo hubieran sido por naturaleza o por adopción, que fueran beneficiarias de dichas pensiones.

La cuantía mensual del complemento por maternidad, consignado conforme a una determinada escala en función del número de hijos a partir del segundo -al primer hijo no se aplica el complemento-, alcanzó un importe porcentual de la cuantía inicial de la pensión causada del 5 % para el caso de dos hijos, 10 % para el caso de tres y 15 % en el supuesto de cuatro o más hijos, en todo caso nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente[3].

Tal complemento por hijos (más de uno) -no aplicable respecto del acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada (art. 161 bis 2. B, LGSS/94), ni tampoco respecto de la jubilación parcial (art. 166 LGSS/94) sino hasta el momento de acceder a la jubilación plena una vez cumplida la edad correspondiente-, se reconoce sólo a una de las pensiones que, en su caso, puedan concurrir en la madre beneficiaria, atendiendo al siguiente orden de preferencia: 1º a la pensión más favorable; y 2º a la de jubilación, si concurre con la de viudedad (art. 50 bis, apartados 4 y 5, LGSS/94)[4].

Finalmente, el derecho al complemento corre la misma suerte que la pensión de la que procede, respecto de su "nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización" (art. 50 bis. 6 LGSS/94), si bien la disposición transitoria (DT) 33 de la vigente LGSS/15 (que en su versión original derogó a la anterior LGSS/94[5]), contempla que quienes a la entrada en vigor (el 4

[3] En relación con los límites de las cuantías iniciales de las pensiones (art. 47 y 50 LGSS/94, antes de ser derogado este texto legal), si la cuantía de la pensión inicial supera el límite fijado en la LPGE, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 % del complemento asignado. Y si tal cuantía alcanza dicho límite "aplicando solo parcialmente el complemento", la (madre) interesada percibirá el 50 % del exceso del complemento sobre el límite máximo vigente. En caso de totalización de periodos (*prorrata temporis*), el complemento se calcula sobre la pensión teórica y al resultado se aplica la prorrata porcentual (art. 50 bis. 2). Por otro lado, si la pensión inicial no alcanza la mínima establecida en la correspondiente LPGE, se reconocerá dicha cuantía teniendo en cuenta el complemento para pensiones inferiores a la mínima, y es a este importe al que se suma el porcentaje correspondiente (art. 50 bis. 3).

[4] Reitera aquí la norma las previsiones expuestas en la nota a pie de página anterior, respecto de la superación del límite máximo, bien por la pensión inicial por sí sola o bien por dicha pensión y solamente parte del complemento (art. 50 bis. 5, LGSS/94).

[5] Disposición derogatoria única.1 del RD-Leg 8/2015, conforme a la habilitación contenida en su preámbulo, según el cual el artículo uno.c) de la Ley 20/2014 (vigente desde el 31 de octubre) autoriza al Gobierno para aprobar un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, entre otras normas, el texto

de febrero de 2021) del complemento para la reducción de la brecha de género (art. 60 LGSS/15), vinieran percibiendo el -sustituido- complemento de maternidad por aportación demográfica, "mantendrán su percibo", ello sin perjuicio de que la percepción de aquel complemento será incompatible con el percibo de este, "pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro"[6]. Mas, si el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicita el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponde percibirlo, "la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución…"[7].

El régimen jurídico del complemento de pensión que sumariamente antecede, no tiene sin embargo un firme asidero en la aludida LPGE/16 que fue la norma que lo concibió y lo introdujo en la LGSS/94. En la exposición de motivos de aquella ley presupuestaria, no consta referencia alguna al complemento, que no aparece incluido en el proyecto de ley, sino que fue incorporado posteriormente durante su tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados, a través de las enmiendas 4241 y 4242 del grupo parlamentario popular[8], en las que se justificó la medida de forma genérica y poco desarrollada, afirmando que pretendía conseguir "varios objetivos principales", conforme al siguiente tenor literal:

> "*-Reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de SS de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad.*
>
> *-Valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la SS, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres.*
>
> *-Eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea.*
>
> *-Finalmente, dar concreción a los objetivos generales que atienden a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar, en cumplimiento del Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017".*

Pero por muy loables y ambiciosas que fueran las pretensiones de las citadas enmiendas, y aunque haya en ellas una referencia a la brecha de género y otra a la dimensión de género (ambas sobre las pensiones), lo cierto es que acudiendo a la literalidad en la que finalmente quedó configurado el precepto normativo (en el art. 50 bis LGSS/94), no se advierte en la intervención

refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RD-Leg 1/1994) en un plazo de doce meses.

[6] Art. 1.4 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, que modifica el art. 60 LGSS/15 (cuya rúbrica actual es complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género). La medida se extiende también al ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (RD-Leg 670/1987, de 30 de abril).

[7] Siempre que tal resolución se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause, y pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta.

[8] Véanse las citadas ENMIENDAS en el BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES (BOCG) de 1 de septiembre de 2015. El complemento por aportación demográfica a la Seguridad Social, que se regula en el artículo 50 bis de la LGSS/94, será aplicable a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente que se causen a partir de 1 de enero de 2016 y cuya titular sea una mujer. En la X legislatura el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contaba con 224 Diputados (para la mayoría absoluta se necesitaban 176).

legislativa otra intención concreta que la de favorecer, con un complemento de pensión por su aportación demográfica a la SS, a las mujeres madres, beneficiarias de determinadas pensiones contributivas, por haber tenido o adoptado más de un hijo o hija. El resto de los objetivos confesados por las enmiendas, cabe suponerlos -si acaso indirectamente- por añadidura a este primero y principal, que fue el que terminó fijando el tenor literal del complemento.

Sin embargo la cuestión es de una importancia notable, en tanto que de la diferencia entre que el complemento de maternidad estuviera o no destinado, además de a proteger la aportación demográfica, a combatir -directamente- la brecha de género en las pensiones -como así lo afirma la correspondiente enmienda parlamentaria-, depende que la extensión del complemento de maternidad a los hombres contravenga o no -al menos parcialmente- la finalidad inicial de la norma (art. 50 bis LGSS/94 y luego versión originaria del art. 60 LGSS/15), toda vez que en ese caso tal reconocimiento a los varones como consecuencia derivada de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE pronunciada el 12/12/2019) -que enseguida abordaremos-, no ayudaría precisamente a reducir la brecha de género entre las pensiones contributivas de las mujeres y los hombres, sino que vendría cuando menos a neutralizarla.

Precisamente en ese sentido, conforme a las enmiendas a la LPGE/16 antes referenciadas, procede reconocer que -al menos indirectamente- el objetivo del complemento maternal por contribución demográfica al sistema de SS, tiene también un componente parcial que confiesa el propósito de reducir la brecha de género en las pensiones (siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea -UE-); y este aspecto no fue anulado -ni siquiera aludido- por la referida sentencia del TJUE[9]. Sin embargo, como el objetivo perseguido por la norma acerca de la brecha de género -reiteramos- no se recoge en modo alguno en la ley, aunque tal objetivo fuera alegado en su momento en el procedimiento ante el TJUE por el Gobierno español[10], es como poco dudoso que una enmienda alcance eficacia jurídica, si no termina aprobada y plasmada en el BOE; lo que no consta que llegara a ocurrir.

2.1.2. Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019 (asunto C 450/18): el contenido discriminatorio del precepto legal

De otra parte, téngase presente también que el TJUE en su aludida sentencia[11], publicada en el diario oficial de la Unión Europea (DOUE) el 17.02.2020[12], dio cuenta de que, 1º el Gobierno español -en respuesta a pregunta escrita de aquel Tribunal- sostuvo que el mencionado complemento no protegía únicamente a las mujeres por su aportación demográfica a la SS, sino que pretendía asimismo minorar la brecha de género de las pensiones entre mujeres y hombres, producida por sus distintas trayectorias laborales -la reducida capacidad de cotización de ellas al haber tenido dos o más hijos, y haberse tenido que dedicar a su cuidado y por ello vieron "interrumpidas o acortadas" sus carreras profesionales-;

y 2º que el INSS, en sus observaciones escritas, justificó el complemento por "razones de política social", aportando datos estadísticos, que revelaban una diferencia entre los importes de las pensiones de los hombres y los de las mujeres, así como, entre las pensiones de las mujeres sin hijos o con un solo hijo, respecto de las mujeres que tuvieron dos o más hijos.

[9] Véanse al respecto los parágrafos 50, 22 y 23 de la sentencia del TJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019. Asunto C 450/18.

[10] Parágrafos 45 y 48 de la sentencia TJUE de 12 diciembre de 2019.

[11] STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019. Asunto C 450/18.

[12] Pero esta sentencia fue pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo el 12 de diciembre de 2019, unos meses antes de ser publicada en el diario oficial, siendo por tanto obligatoria desde aquel mismo día, por disposición expresa del art. 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012 (DOUE 29.09.2012).

De manera que sobre el objetivo concreto de reducir la brecha de género entre las pensiones de las mujeres y las de los hombres, mediante la atribución del complemento de pensión jurídicamente controvertido en el pleito que originó la cuestión prejudicial[13], nada contrario al ordenamiento europeo pudo advertir el TJUE en el originario art. 60.1 de la LGSS/15 (heredero del art. 50 bis LGSS/94), por cuanto, el objeto -al menos "parcial"- de aquel artículo era el de "la protección de las mujeres en su condición de progenitor" (parágrafos 48 a 50 de la sentencia).

Sin embargo lo que sí estimó en dicha sentencia el TJUE contrario al Derecho de la Unión -en relación con ese mismo artículo 60.1 de la LGSS/15 (alojado anteriormente en el art. 50 bis de la LGSS/94, vigente a partir del 1 de enero de 2016)-; y he aquí el origen de la modificación legislativa y la mutación del complemento que estudiamos[14], fue la concesión del complemento de pensión a las mujeres madres trabajadoras -en las circunstancias antes mencionadas-, pero no así a los hombres en una situación idéntica (parágrafo 40), concediendo por ello un trato menos favorable a los hombres basado en el sexo (parágrafo 41), por lo que la diferencia de trato entre hombres y mujeres que se encuentren en situaciones comparables (parágrafo 43) -que no es necesario que sean idénticas, sino que basta con que lo sean análogas (parágrafo 44)-, tendría que haber estado adecuada y suficientemente justificada.

Así, acerca del objetivo perseguido por el art. 60.1 LGSS/15, consistente en recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la SS, señaló el TJUE que "la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres". De forma que esta circunstancia por sí sola no puede justificar que los hombres y las mujeres no se hallaren en situación comparable al respecto del discutido complemento (parágrafos 46 y 47 de la sentencia), en tanto que tal cualidad -la aportación demográfica- se predica tanto de las mujeres como de los hombres, así como "las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos" (parágrafo 51), y por consiguiente, el hecho de que las mujeres acusen más las desventajas profesionales que derivan del cuidado de los hijos -porque generalmente asumen esta tarea-, "no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera" (parágrafo 52)[15].

Y aunque en el ordenamiento de la UE el principio de igualdad de trato no se opone a la protección de la mujer por motivos de maternidad, y es legítima -entre sexos- la protección "biológica" de la mujer, tanto durante su embarazo (y después del mismo), como en sus particulares relaciones con su hijo "durante el período que sigue al embarazo y al parto" (parágrafos 55 y 56), ello no subsana que el precepto legal sobre el controvertido complemento adolezca de no contener elemento alguno que vincule su concesión al "disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto" (parágrafo 57).

De ahí deduce el TJUE que el legislador (de 2016) no tuvo la intención de limitar la aplicación del art. 60.1 LGSS/15 "a la protección de la condición biológica de las mujeres" que hubieran dado

[13] STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019. Asunto C 450/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona, mediante auto de 21 de junio de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia el 9 de julio de 2018, en el procedimiento entre WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

[14] Que se llevó a cabo a través del RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero.

[15] "…la existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resulta suficiente" para concluir que, acerca del complemento de pensión controvertido, "las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores" (parágrafo 53).

a luz (parágrafo 58), ni tal precepto legal exige que las mujeres "hayan dejado efectivamente de trabajar" al momento de tener sus hijos, y en consecuencia haber disfrutado de un permiso de maternidad (parágrafo 59).

Y tampoco el art. 60.1 tantas veces mencionado supedita la concesión del complemento de pensión "a la educación de los hijos" o a la constatación de "períodos de interrupción" en el empleo a causa de la educación de los hijos. Se concede -en lo que aquí interesa decir-, tan sólo por ser mujer y madre -incluso adoptiva- perceptora de una determinada clase de pensión contributiva del sistema de SS en cualquier régimen (parágrafo 62).

Es cierto que el art. 157.4 TFUE garantiza "en la práctica" una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, para lo cual el principio de igualdad de trato no ha de impedir a un Estado miembro mantener ventajas que estimulen el ejercicio de actividades profesionales del sexo menos representado, ni compensar las desventajas de sus carreras profesionales (parágrafo 64). Pero esta disposición no es aplicable al art. 60.1 LGSS/15, toda vez que el complemento de pensión que analizamos "se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión (…) sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional" (parágrafo 65)[16].

En definitiva, para el TJUE el derecho al complemento de maternidad vinculado a la aportación demográfica, reconocido únicamente a las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos (biológicos o adoptados) y sean beneficiarias de pensiones contributivas -en este caso de incapacidad permanente- en cualquiera de los regímenes del sistema de SS, pero no así a los hombres que se encuentren en una situación idéntica a las mujeres, constituye una discriminación directa por razón de sexo (adversa para los hombres) que contraviene el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, y por lo tanto deviene prohibida por ser contraria al Derecho de la UE al oponerse a su ordenamiento jurídico, concretamente a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de SS (parágrafos 66 y 67 de la sentencia)[17].

3. La brecha de género en las pensiones de las mujeres con respecto a las de los hombres

3.1. La conexión entre los Pactos de Toledo y la aportación demográfica (por maternidad) o el intento de reducción de la brecha de género

Rastreando en las recomendaciones de los sucesivos Pactos de Toledo (de 1995, 2003, 2011 y 2020), acerca de la brecha de género o de la aportación demográfica a la SS por maternidad, acaso convenga subrayar algunos de sus aspectos que tienen cierta relación con la materia que ahora nos ocupa.

[16] Al respecto, STC 152/2021, de 13 de septiembre, FJ 4.

[17] El TJUE declaró "que un complemento de pensión como el controvertido en el litigio principal no está comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción a la prohibición de discriminación establecida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva" 79/7/CE, de 19 de diciembre de 1978 (parágrafo 60 de la sentencia).

3.1.1. El Pacto de Toledo originario (1995)

Sobre el primer Pacto de Toledo (suscrito en 1995)[18], no mucho se puede decir que venga al caso. No aparecen en él los términos "brecha" o "género", tampoco se prodigan los de "igualdad" (una vez) o "sexo" (tres veces), y los términos demográficos tan solo se refieren al envejecimiento de la población; ni siquiera destaca entre sus quince recomendaciones alguna relativa a la protección social de la mujer, como sí ocurre en los posteriores Pactos (de 2003, 2011 y 2020), según iremos viendo.

Tal vez interese advertir, en relación con las recomendaciones primera, sobre separación y clarificación de las fuentes de financiación; tercera, sobre la mejora de las bases de cotización; y novena, sobre la equidad y el carácter contributivo del sistema, que en principio estas recomendaciones de estímulo contributivista[19], desprovistas de cualquier otro matiz que concilie ese carácter con la solidaridad que imprime, por su propia naturaleza, la política social, tropezarían al día de hoy con la consideración de que el complemento de pensión del que hablamos -ya sea como aportación demográfica de las madres, ya lo sea como mecanismo para reducir la incidencia de la brecha de género en las pensiones de las mujeres-, tiene a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva (art. 50 bis 1, párrafo 2 LGSS/94; art. 60.3 LGSS/15), y por lo tanto, en esa condición estaría llamado, ordinariamente, a ser financiado con las cotizaciones de los agentes sociales. Tal inconveniente se salva al día de hoy -así lo ha hecho expresamente la norma vigente (art. 60.3 LGSS/15, disposición adicional -DA- 36 añadida por el art. 1. Dos del RD-Ley 3/2021, siguiendo la recomendación 11 del vigente Pacto de Toledo de 2020[20])-, disponiendo que la financiación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género se ha de realizar por medio de una transferencia del Estado al presupuesto de la SS.

Por lo demás, ningún arraigo parece tener el complemento de pensión que analizamos con aquel pacto (de Toledo) primigenio, cuyo propósito era resolver los problemas estructurales del sistema de SS.

3.1.2. Primera renovación: segundo Pacto de Toledo (2003)

Por entonces, en 2003[21], las recomendaciones sobre la reforma estructural del sistema de SS siguieron una línea continuista con el anterior, si bien este nuevo pacto incorpora diversas recomendaciones adicionales, una de las cuales, "mujer y protección social", tiene un cierto interés para nuestro análisis.

Digamos de entrada que las principales recomendaciones efectuadas desde las instituciones comunitarias en materia de pensiones, se refieren a la mejora de la capacidad de respuesta de los sistemas de pensiones frente a los cambios de las necesidades de la sociedad y de las personas, y vienen relacionadas con la "flexibilidad del mercado de trabajo, la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en materia de empleo y de protección social, y la adaptación de los

[18] Publicado bajo la referencia siguiente: BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES de 12 de abril de 1995 Núm. 134. 154/000004 APROBACIÓN POR EL PLENO DEL CONGRESO (…).

[19] Se contempla en el Pacto de Toledo de 1995 que "la financiación de las prestaciones de naturaleza contributiva dependerá básicamente de las cotizaciones sociales y la financiación de las prestaciones no contributivas y universales (sanidad y servicios sociales entre otras) exclusivamente de la imposición general".

[20] El cual dispone literalmente que "este tipo de medidas debe financiarse mediante la consignación presupuestaria correspondiente, con cargo a la tributación general y sin afectar, en modo alguno, a las cotizaciones propias de la Seguridad Social".

[21] Segundo Pacto de Toledo publicado en el BOCG de 2 de octubre de 2003. Informe de la Comisión no permanente… Texto del Informe y votos particulares.

sistemas de pensiones a las necesidades individuales". Se predica la potenciación de la mujer en el mercado de trabajo a través de ajustes e incentivos, así como la mejora de su situación en el mismo.

Por fin como recomendación "adicional" específica relativa a la mujer -"2. Mujer y protección social"- la Comisión del pacto da cuenta de los avances en "políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, de conciliación de la vida laboral y familiar y en materia de integración laboral de la mujer". Pero subraya, no obstante, que al constituir los salarios la base sobre la que se asientan las cotizaciones, y comoquiera que estas a su vez determinan las prestaciones a percibir, insta por ello a remover cuantos obstáculos impidan la "equiparación de los salarios realmente percibidos a igual trabajo realizado por hombres y mujeres". Inequívocamente, la igualdad real -afirma- consiste en una protección social sin discriminación entre ambos sexos.

Considera asimismo dicha Comisión una prioridad seguir avanzando en las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar[22], y por entonces ya le parece oportuno estudiar la incorporación en las carreras de cotización de los períodos de atención y cuidado de los hijos o de las personas dependientes, evitando de ese modo que los costes y las desventajas de asumir responsabilidades familiares, dificulten la natalidad en tanto redunden en "penalizaciones o menores niveles de protección individual".

Con todo, parece que este segundo pacto no aborda todavía con la suficiente claridad y nitidez el problema -no tiene conciencia aún- de la infracotización de las mujeres que dedican parte de su trayectoria laboral al cuidado de sus hijos, y por esa razón generan prestaciones de menor cuantía que las de los hombres; diferenciación que podemos identificar como brecha de género en las pensiones de las mujeres, y que a todas luces es necesario -y socialmente deseable- reducir o, mejor aún, eliminar.

3.1.3. Tercer Pacto de Toledo: segunda renovación (2011)

A la altura de 2011, esta nueva versión del Pacto de Toledo incorpora aspectos de cierta trascendencia respecto de la brecha de género en las pensiones[23].

Atendiendo primero a las orientaciones comunitarias[24], cabe afirmar que desde el ámbito europeo las principales reformas efectuadas por los países en sus sistemas de pensiones orbitaron -entre otros aspectos que aquí no viene al caso comentar- sobre la dimensión de género en materia de pensiones[25]. Así, las reformas en el sistema de pensiones se orientaron para hacer frente al hecho constatado de que las mujeres suelen tener contratos "menos favorables" (que también se podría decir más precarios, al menos en España) y ganar menos que los hombres, así como verse obligadas a interrumpir su carrera profesional para atender al cuidado de sus familiares, y a consecuencia de ello sus pensiones son inferiores y el riesgo de pobreza más elevado (y todavía más, considerando su mayor esperanza de vida).

Entre las recomendaciones de este nuevo pacto, esta vez sí la relativa a la mujer y su protección social (la número 17)[26] adquiere pleno protagonismo, en tanto la Comisión del pacto constata de

[22] La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras se había promulgado muy pocos años antes (escasamente cuatro).

[23] Publicación en el BOCG de 31 de enero de 2011. Informe de Evaluación y reforma del Pacto de Toledo.

[24] Véanse, en las páginas 15-16 del Pacto, "III. ORIENTACIONES COMUNITARIAS (…) en materia de pensiones parten de lo establecido en la Comunicación «Europa 2020.

[25] "6. Dimensión de género en materia de pensiones", página 18 del Pacto.

[26] Pacto de Toledo de 2011, página 30.

nuevo avances significativos respecto de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la conciliación personal, familiar y laboral, en términos de igualdad de género. Se han de seguir removiendo los obstáculos -dice-, que dificulten la consecución de una "efectiva" igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres respecto del empleo y la ocupación, y asimismo aquellos que impidan una conciliación personal, familiar y laboral adecuada; y una "incorporación e integración laboral acorde con las aspiraciones de las mujeres".

El pacto respalda las medidas necesarias para alcanzar una equiparación real de los salarios entre mujeres y hombres ("a igual desempeño igual retribución"), lo cual incide directamente en los derechos de cotización, y apuesta por eliminar las discriminaciones amparadas exclusivamente en consideraciones de género. Esta dimensión -la de género- se debe tener en cuenta en materia de pensiones, toda vez que existen retribuciones diferenciadas (entre hombres y mujeres), mayores periodos de interrupción laboral para el cuidado de hijos o familiares dependientes -elementos que, se dice, deben ser tenidos en cuenta en las carreras de cotización-, y mayores dificultades para conciliar (personal, familiar y laboralmente), todas estas "entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a las mujeres que a los hombres". Se atiende de ese modo tanto a la consideración social de la maternidad, cuanto a la importancia de la natalidad para el sostén del sistema de pensiones en el futuro. Además, se han de mejorar las pensiones de jubilación -configurando derechos propios- de las mujeres, a través de ventajas fiscales o "situaciones asimiladas al alta"[27].

Tiene cierto interés el voto particular (número 8) formulado a la recomendación número 17, mujer y protección social, del apartado V del Informe[28], el cual pretendió añadir un texto al comienzo de la citada recomendación, que viene a sugerir que al haberse diseñado nuestro sistema de SS conforme a un modelo de familia "sustentador masculino/esposa dependiente", donde el hombre es titular de salario y las prestaciones sociales y la mujer beneficiaria, no por derecho propio sino derivado del marido, se requiere un esfuerzo especial para "seguir avanzando" en la dirección de un "modelo socioeconómico de mujeres y hombres sustentadores y cuidadores en igualdad".

3.1.4. El Pacto de Toledo actualmente vigente (2020)

No ha sido hasta muy recientemente, en el año 2020[29], cuando la Comisión del Congreso para la Evaluación y reforma del Pacto de Toledo ha comenzado a tomar conciencia real del problema de la brecha de género. Esta última versión del informe sobre el pacto, mantiene entre sus recomendaciones la adecuación de las bases y periodos de cotización (la número 5[30]), enfatizando el reforzamiento de la contributividad de las pensiones, mediante la ampliación de quince a veinticinco años del periodo de cálculo de la base reguladora, así como la del periodo cotizado exigible para alcanzar el cien por cien de dicha base. Acerca de estas ampliaciones -y sin entrar ahora en otros matices al respecto-, sugiere la Comisión evaluar su impacto en las pensiones (debido a los periodos de desempleo y de precariedad dentro de las carreras de cotización); y lo que aquí más interesa: esta evaluación deberá poner un "especial cuidado en contemplar y paliar las consecuencias negativas" que las referidas ampliaciones "podrían tener para la brecha de género en materia de pensiones".

---

[27] Pacto de Toledo de 2011, página 30.

[28] Pacto de Toledo de 2011, páginas 64 y 72. Voto particular -que si no es aprobado no tiene eficacia, en tanto que no se incorpora como parte del Informe de la Comisión- presentado a la Mesa del Congreso por el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa Per Catalunya Verds y el Grupo Parlamentario Mixto.

[29] INFORME DE EVALUACIÓN Y REFORMA del Pacto de Toledo, publicado en el BOCG de 10 de noviembre de 2020.

[30] Informe del Pacto de Toledo 2020, páginas 64-65.

Siguiendo con el principio de contributividad[31], ahora acerca de la recomendación 11[32], y en línea con el contenido de los anteriores Pactos de Toledo "y con experiencias del entorno europeo", el alcance del objetivo contributivista se debe combinar con la triple solidaridad inherente al sistema de SS (entre las generaciones, los territorios y los sectores productivos), mejorando las pensiones más bajas, pero sin desincentivar el deber de cotizar, y evitando las consecuencias adversas "sobre la brecha de género en materia de pensiones", atendiendo a la recomendación mujeres y SS (la 17, que seguidamente veremos[33]), y sin coste alguno para las cotizaciones, sino con cargo financiero a la consignación presupuestaria, es decir a la tributación general por cuenta del Estado.

Así, afirma el pacto que las modificaciones normativas de los últimos años, en punto a reducir la brecha (de género) entre las pensiones de los hombres y de las mujeres, han sido más coyunturales (o reactivas) corrigiendo disfunciones puntuales, que estructurales (o preventivas) en el sentido de reducir eficazmente tal brecha. De manera que pese al largo recorrido de algunas de estas medidas, no se ha conseguido una "equiparación efectiva en la cobertura" de mujeres y hombres, lo que evidencia la necesidad de adoptar disposiciones (estructurales) laborales y de SS, en lo que se refiere a la "propia configuración del sistema y a la forma de acceso a las prestaciones".

Se trata de actuar en un escenario múltiple que -para el acceso a las prestaciones- garantice la igualdad laboral efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo y en las condiciones laborales, evitando así que las mujeres soporten carreras profesionales "más cortas, irregulares e inestables", lo que viene a repercutir negativamente en sus prestaciones.

Ello exige tener en cuenta varios aspectos:

1. Evitar los vacíos de cotización en las carreras profesionales de quienes tengan personas dependientes a su cargo, potenciando la corresponsabilidad entre mujeres y hombres -en particular sobre los permisos parentales- y evitando que los "roles de cuidado" se perpetúen;

2. Garantizar que por trabajo de igual valor se reciba la misma remuneración, en tanto que esta igualdad retributiva resulta ser clave para que se equiparen las pensiones. La igualdad en la base reguladora de la pensión y en la carrera de cotización que deriva del reparto de responsabilidades, evitará que la renta menor asuma sacrificios de cotización;

3. Tampoco las lagunas -involuntarias- de cotización han de causar perjuicios desproporcionados en las pensiones. Las medidas correctoras han de favorecer también "el acceso pleno de las mujeres a pensiones propias"[34];

4. Hay que actuar también en el ámbito del trabajo a tiempo parcial, desarrollado principalmente por las mujeres -y no por libre elección-, impulsando reformas que corrijan discriminaciones en cuanto al cálculo de los periodos de carencia y

[31] Entendiendo como tal "la existencia de una relación equilibrada entre el importe de la prestación reconocida y el esfuerzo de cotización previamente realizado por cada trabajador".

[32] Informe del Pacto de Toledo 2020, página 67.

[33] Informe del Pacto de Toledo 2020, páginas 71-72.

[34] "Y, además, debe reformarse la prestación por desempleo que sirve de enlace con la jubilación, teniendo presente su particular relevancia para las carreras profesionales cortas o irregulares y otras circunstancias que afectan, de manera particular, a las mujeres" (Pacto de Toledo 2022, página 71).

en cuanto a las reducciones (proporcionales) sobre las rentas mínimas, teniendo presente a ese respecto la jurisprudencia europea y la constitucional[35];

5. Por último, hay que asegurar unas rentas mínimas suficientes para una subsistencia digna. Mayoritariamente las mujeres perciben pensiones más bajas y por ello, en aras de una política igualitaria, hay que revisar las pensiones no contributivas, los complementos por mínimos y las pensiones de viudedad, en garantía de ese umbral económico universal "suficiente y digno". El principio de transversalidad político-normativa (con una mayor intervención técnica de organismos públicos independientes), debe analizar específica y destacadamente el impacto de género.

3.2. Régimen jurídico del complemento para la reducción de la brecha de género

3.2.1. La norma extraordinaria y urgente (RD-Ley 3/2021) que sustituye la aportación demográfica por la reducción de la brecha de género

Llegados a este punto, conviene ya a nuestro propósito acometer los aspectos jurídicos más sobresalientes del intento legislativo de reducir, a través del reconocimiento del complemento contributivo de pensión, el impacto que viene produciendo la brecha de género en las pensiones de las mujeres. Tal complemento, ubicado en la versión actual del art. 60 LGSS/15, supone una reformulación de su antecedente originario, el que entonces denominó la ley complemento de maternidad por aportación demográfica a la SS (que fuera insertado inicialmente por la LPGE/16 en el art. 50 bis de la LGSS/94, y que luego heredó la LGSS/15 en el art. 60 de su versión inicial), el cual desplegó efectos desde el 1 de enero de 2016 hasta el 3 de febrero de 2021, fecha a partir de la cual -al día siguiente- fue sustituido por la vigencia del complemento para la reducción de la brecha de género instituida por el RD-ley del que hablamos.

El origen de la mutación del complemento de pensión, ya se dijo más arriba, procede de la sentencia del TJUE de 12/12/2019 (asunto C-450/18), que al declarar discriminatorio en contra del sexo masculino -en igualdad de condiciones- el complemento de aportación demográfica, obligó al legislador a reconfigurar dicho complemento, de forma que viniera a dar respuesta a lo que realmente es y siempre fue el problema. Se trata en definitiva de que las personas -muy mayoritariamente las mujeres-, por el hecho de tener que asumir obligaciones relacionadas con la maternidad o el cuidado de los hijos, no tengan que soportar mermas en sus carreras de cotización, que a la postre vienen a redundar en perjuicio de sus pensiones contributivas (de jubilación, de incapacidad permanente y de viudedad).

[35] A ese respecto la sentencia TJUE, Sala Tercera, de 8 de mayo de 2019 (Asunto Villar Láiz C-161/18), rechaza que el importe de la pensión de jubilación contributiva a tiempo parcial se calcule conforme a un coeficiente de parcialidad que perjudique "en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino".
En la misma línea, la STC 91/2019 (FJ 12), que a través de cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por su Sala Segunda, declaró la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "de jubilación y" del párrafo primero de la regla tercera, letra c), de la DA 7ª, parágrafo 1, de la LGSS/94, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013. "En la medida en que (…) el coeficiente de parcialidad es inferior al 67 %, al no quedar compensado por la aplicación del coeficiente del 1,5, se reduce proporcionalmente la cuantía de la pensión por debajo de la base reguladora. Ese efecto reductor de la base reguladora para quienes tienen el tiempo mínimo de quince años que permite el acceso a la prestación constituye una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el inciso segundo del art. 14 CE…".

La norma -de extraordinaria y urgente necesidad- llamada a producir la modificación legislativa, el RD-Ley 3/2021, cuya eficacia jurídica arranca el 4 de febrero de 2021[36], configuró una nueva literalidad en la LGSS/15 (art. 60) cuyos rasgos más importantes serán ahora objeto de comentario.

Atendiendo a su exposición de motivos (apartado I), el primer objetivo al que dice atender la norma de urgencia es el de "reforzar la fortaleza y viabilidad" del sistema de SS, actuando al mismo tiempo contra la "brecha de género manifestada en las pensiones". La sentencia del TJUE que se acaba de referenciar, que declaró el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema contrario a la Directiva 79/7/CEE, puso de manifiesto su inadecuada configuración legal, en tanto compensación por la aportación demográfica -sólo- de las madres, de manera que se hubo de redefinir tal complemento, orientándolo, ahora sí directamente, hacía la reducción de la brecha de género en las pensiones.

Esta brecha, que aparece como un problema de primer orden en la acción protectora prácticamente de todos los países de la UE, revela la discriminación estructural e histórica que atenaza a las mujeres, al haber asumido ellas desde siempre ese "rol de cuidadoras" de sus hijos, evidenciando así que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral activa de las mujeres, lo que supone la más importante causa de la citada brecha. Afirma el RD-ley con rotundidad que "cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida"; y en defensa del propósito de la norma, alude a dos recientes resoluciones del TC (autos 114 y 119, ambos de 2018) que vendrían a avalar la compensación a las madres por el cuidado de sus hijos generador de la brecha de género, y por ende las acciones positivas -condicionadas a determinados requisitos legítimos- en favor de las mujeres.

Es decir, que el TC entiende legítimo que el objetivo del complemento de maternidad sea el de compensar a las madres "que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores", y precisamente por ello también "parece razonable no reconocerlo a quien, pudiendo haber cotizado más años, se acoge a la jubilación anticipada voluntaria (…). Así pues, desde la óptica de la finalidad de la norma enjuiciada, la diferencia introducida entre quien se jubila anticipadamente de forma voluntaria y quien intenta agotar su período de cotización obedece a un criterio objetivo y razonable".

En fin, que la nueva regulación que el RD-ley 3/2021 incorpora al art. 60 LGSS/15[37], muta el complemento por maternidad vinculado a la aportación demográfica a la SS -más hijos futuros trabajadores y cotizantes-, por otro complemento de distinta configuración dirigido a reducir la brecha de género en las pensiones de las mujeres respecto a las de los hombres, adoptando como criterio objetivo para articular la medida el número de hijos, en tanto que "su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género". Pero lo hace -para ser respetuoso con la citada jurisprudencia del TJUE, según afirma- "dejando la puerta abierta" para que también puedan acceder al complemento los progenitores hombres "que acrediten" haber sufrido un perjuicio en su carrera de cotización profesional, a consecuencia del nacimiento (o la adopción) de un hijo y la asunción de sus cuidados; esto es, combinando una acción positiva en favor de las mujeres (madres trabajadoras) -que, por presunción jurídico-legal perciben el complemento, si

[36] Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. La Resolución de 18 de febrero de 2021, del Congreso de los Diputados, ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del RD-Ley 3/2021.

[37] Asimismo, en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el RD-Leg 670/1987, de 30 de abril (DA 18ª).

ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en la carrera de cotización- con una previsión que, a nuestro modo de ver, no sólo es posible sino también deseable: la de que sea el padre quien se encuentre en esa situación comparable a la de la madre, por haberse hecho cargo él del cuidado de sus hijos.

Comoquiera que la nueva norma trata de corregir una injusticia estructural histórica que encuentra proyección en el ámbito de las pensiones -las tareas que en el rol de cuidadoras de sus hijos han venido asumiendo hasta hoy las mujeres-, la medida legal se orienta hacia la reparación de ese perjuicio generado desde el pasado, de modo que desarrollando políticas de igualdad ambiciosas, no tiene por qué permanecer ilimitadamente en el tiempo, razón por la cual el alcance temporal del complemento se condiciona a que la brecha de género (respecto de la pensión contributiva de jubilación) se reduzca hasta alcanzar -respecto de un año antes- una cota inferior al 5 %[38] [39].

Por lo demás, los preceptos normativos que el RD-Ley modifica o incorpora a la LGSS/15 o que tienen relación con ella[40], serán abordados al estudiar en el siguiente apartado los rasgos caracterizadores del nuevo complemento.

3.2.2. Aspectos esenciales del complemento de pensión contributiva para la reducción de la brecha de género

A) El art. 60 LGSS/15 en la redacción dada al mismo por el art. 1.1 del RD-ley 3/2021 (con vigencia desde el 4 de febrero de 2021)

A) 1. No está de más comenzar aquí exponiendo la definición legal que ofrece el complemento del que hablamos. Así, "se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres" (DA 37.2 LGSS/15).

Anticipemos también que este complemento, que pretende atajar la brecha de género en uno de sus aspectos más importantes, el de las pensiones de las mujeres, no coincide con su precedente -el de maternidad por aportación demográfica- ni en sus objetivos, ni en su dinámica, ni en su finalidad, ni por supuesto en su régimen jurídico.

Dicho lo cual, el aludido complemento destinado a combatir el impacto de la brecha de género en las pensiones contributivas, alguna de ellas necesariamente de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, se reconoce a las pensiones causadas a partir del 4 de febrero de 2021 (fecha de entrada en vigor del RD-ley 3/2021)[41], y se extiende a las "mujeres" que habiendo tenido uno o más hijos -no sólo a partir de dos, como su antecesor-, sean beneficiarias de alguna de estas pensiones. Tal complemento asignado por cada hijo o hija, se atribuye a "la incidencia"

[38] DA 37.2 LGSS/15, añadida por art. 1.3 RD-ley 3/2021. "A los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres".

[39] "Todas estas medidas exigen establecer el sistema de financiación, así como precisar qué alcance tendrá el nuevo complemento para los pensionistas que vienen percibiendo el complemento por maternidad".

[40] A ese respecto, el art. 60 y las DDAA 36 y 37, así como la DT 33 de la LGSS/15; y la DA 1ª del RD-ley 3/2021.

[41] Según la DA 1ª (párrafo 2) del RD-ley 3/2021, "el complemento para la reducción la brecha de género introducido en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, se reconocerá a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley". Conforme a su disposición final -DF- 3ª, la entrada en vigor se produjo al día siguiente de su publicación (el 3 de febrero) en el BOE, es decir, el 4 de febrero de 2021.

que, por lo general, tiene esa brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la SS de las mujeres.

Y ese derecho se le reconoce o se le mantiene a la "mujer", siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor que, a diferencia de lo que ocurría con el complemento de aportación demográfica, puede ser "hombre". Mas si el otro progenitor también es "mujer", se reconocerá a la que de ellas perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

Ahora bien, como ya se dijo en su momento, la presunción legal del cuidado de sus hijos que opera en favor de las mujeres a la hora de reconocer el complemento, se convierte, para el caso de los hombres, en la necesidad de acreditar tales cuidados; esa "puerta abierta" para el acceso de los hombres al complemento que más arriba se dijo, consiste precisamente en ello. De manera que, para que a los "hombres" se les reconozca, deberá concurrir alguno de estos dos requisitos:

1. Ser causante de una pensión de viudedad, por el fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de esos hijos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad;

2. O bien causar una pensión contributiva de jubilación o de incapacidad permanente y haber interrumpido o haber sufrido perjuicio en su carrera profesional con ocasión del nacimiento o la adopción de un hijo, conforme a las condiciones siguientes:

    a) Si se trata de hijos o hijas nacidos o adoptados antes del 1 de enero de 1995, acreditar más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores al mismo; o si se trata de adopción, en los tres años desde la fecha de la resolución judicial por la que se constituya tal adopción. En ambos casos, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

    b) En caso de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento -o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción- sea inferior, en más de un 15 %, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores. También en este caso, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

    c) Si los dos progenitores son "hombres" y ambos reúnen las condiciones, se reconocerá a quien de ellos perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

    d) En todo caso, para causar derecho al complemento, el requisito de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, es exigible "en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma".

A) 2. Reconocido que lo sea el complemento al segundo progenitor, ello supondrá la extinción del complemento del primero, con efectos económicos desde el día primero del mes siguiente al

de la resolución[42]. Y, lo que nos parece muy importante a la hora de intentar evitar controversias jurídicas que puedan terminar en pleito: antes de que se dicte resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor, hay que dar audiencia al que viniera percibiendo el complemento.

Sin perjuicio de lo anterior, el complemento se abona mientras la persona beneficiaria perciba alguna de las pensiones que dan derecho a él. Por lo tanto, "su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento", lo que no obsta que en caso de suspensión o extinción de dicha pensión, si la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra de entre aquellas contributivas -de jubilación, incapacidad permanente o viudedad-, se mantenga su abono, si bien ahora vinculado al complemento de esta última pensión.

A) 3. Este complemento -también se dijo-, tiene "a todos los efectos" naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, cuyo importe se ha de fijar en la correspondiente LPGE. La cuantía máxima mensual se limita a cuatro veces el importe por hija o hijo y se incrementa cada año conforme a dicha LPGE para las pensiones contributivas[43].

El percibo del complemento queda sujeto, además, a determinadas reglas, entre otras que cada hijo (o hija), nacido "con vida"[44] o adoptado con anterioridad al hecho causante de la correspondiente pensión, genera el derecho únicamente a un complemento, que se abonará en catorce pagas -igual que la pensión que determine su derecho-, y su importe no ha de ser tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones[45].

Y tampoco se considera un ingreso o rendimiento de trabajo computable respecto del derecho al complemento para pensiones inferiores a la mínima[46]. En tal caso, si concurren los requisitos se reconocerá la cuantía mínima de pensión, conforme a la LPGE del año en curso, y a este importe se sumará el complemento para la reducción de la brecha de género.

Mas, cuando se trate de totalización de períodos de seguro a *prorrata temporis*, como ocurriera con su complemento de pensión antecesor, este se calcula sobre la pensión teórica y al resultado se aplica la prorrata porcentual correspondiente.

---

[42] Ello, "siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes".

[43] Con arreglo a la DA 1ª (párrafo 1) del RD-ley 3/2021, acerca de la "determinación y aplicación del importe mensual del complemento", su importe previsto en el art. 60 LGSS/15, y en la DA 18ª del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, será para el año 2021 de 27 € mensuales. Conforme a la DA 39.2 de la LPGE/2022 (Ley 22/2021, de 28 de diciembre), con efectos de 1/01/22 la cuantía del complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género queda establecido en 28 € mensuales.

[44] La STSJ Cantabria, Sala Social (rec 757/2021), FD 3º -que cita otras- aborda la cuestión del nacimiento de un hijo sin vida. En el caso se alude a que nació muerto a los nueve meses de gestación, "y se debe compensar una situación de discriminación (…) si el legislador, en aras a superar la brecha pensional derivada de esa brecha salarial histórica, ha tomado en consideración el nacimiento de un hijo para generar el complemento, esa expresión se debe entender en el sentido amplio de incluir todo desprendimiento del seno materno transcurridos los 180 días de gestación". En el presente caso se está ante un caso prácticamente idéntico a aquel (…) aunque no haya alcanzado el tiempo máximo, no consta que, por sí mismo, fuera incompatible con su viabilidad y que, por tanto, ha generado una situación de discriminación que, como tal, se debe compensar".

[45] Conforme a los arts. 57 y 58.4 LGSS/15 (inicialmente 58.7, y actualmente 58.4, en vigor desde el 1/01/22, conforme a la nueva redacción dada al art. 58 LGSS/15 por el art. 1.1 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas…), respectivamente, sobre limitación de la cuantía inicial de las pensiones y revalorización anual de pensiones contributivas.

[46] Art. 59 LGSS/15.

En relación con el comportamiento de los progenitores, si por sentencia[47] se privó a alguno de ellos de la patria potestad, no le será reconocido el derecho al complemento. Tampoco al padre condenado por violencia contra la mujer[48], o que la haya ejercido sobre la madre, ni al padre condenado, o a la madre condenada, por ejercer violencia contra los hijos o hijas.

A) 4. Tampoco se tiene derecho al complemento de pensión para la reducción de la brecha de género en caso de jubilación parcial[49], sino hasta que se acceda a la plena jubilación, llegada la edad correspondiente.

Pero adviértase que la norma silencia ahora -parece que con la intención de reconocer[50]- lo que la anterior regulación -con respecto al complemento de maternidad por aportación demográfica- negaba: que tal complemento (de maternidad) no era de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la (madre) interesada[51], lo que no ha impedido a la doctrina judicial, como se verá en el apartado siguiente, pronunciarse de manera contraria sobre esta cuestión[52].

[47] La sentencia ha de ser "fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial".

[48] En los términos que se definan en la ley o en los instrumentos internacionales ratificados por España.

[49] Al respecto, art. 215 y DT 4ª.6 LGSS/15.

[50] No obstante, hay que tener en cuenta que la exposición de motivos (I) del RD-ley 3/2021, que acomete la mutación legislativa del complemento, alude al auto del Tribunal Constitucional -ATC- 114/2018 para resaltar la idea de "… compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores", lo que, al no cerrar del todo la puerta, parece no excluir del reconocimiento del complemento para la reducción de la brecha de género los supuestos de acceso a la jubilación anticipada también cuando no es forzosa (sólo excluye la jubilación parcial, hasta que se acceda a la jubilación plena).

[51] Así en el art. 60.4 LGSS/15 de la versión inicial que estuvo vigente desde el 01/01/2016 hasta el 03/02/2021.
La sentencia del TSJ Asturias, Sala Social, de 28/06/2022 (rec 750/2022), FD Cuarto, resuelve con respecto al acceso a una "pensión de jubilación anticipada voluntaria, sin que las circunstancias (…) previamente al hecho causante permitan entender (…) que se trató de una jubilación forzosa", en la que "al tiempo del hecho causante de la jubilación la norma de aplicación excluía el complemento de maternidad cuando se había accedido a la jubilación de manera anticipada y voluntaria (…) y, por ello, no tiene derecho al complemento reclamado". Al tiempo de la solicitud del complemento discutido, la nueva regulación exige [entre otros, y en el caso del recurrente], tener "más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento de sus hijos y los tres años posteriores a dicha fecha, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer. No consta el cumplimiento de estos requisitos y, por ello, tampoco tendría derecho al complemento reclamado". En la misma línea, STSJ Asturias, Sala Social, de 28/06/22 (rec 779/2022).
Por su parte el ATC 89/2019, de 16 de julio, FJ 6, párrafo 5, concluye que desde la perspectiva del art. 14 CE, "…la aplicación del complemento por maternidad únicamente a las mujeres que causen una pensión contributiva a partir del 1 de enero de 2016 no implica, por ese solo hecho, la vulneración de aquel precepto constitucional, ni tampoco puede ser tachada de arbitraria, pues no responde a una decisión caprichosa o injustificada del legislador (…) el art. 14 CE no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales, motivado por la sucesión normativa, porque no exige que se deba dispensar un idéntico tratamiento a todos los supuestos con independencia del tiempo en que se originaron o produjeron sus efectos (…) nos hallamos ante una cuestión vinculada a la libertad de configuración de la que goza el legislador para determinar los efectos temporales de la norma, tarea en la cual no ha establecido un criterio injustificado o irrazonable que lesione los derechos de quienes ya fueran beneficiarias de una pensión contributiva en aquella fecha, sino que, en una decisión que se ajusta a los principios generales de derecho transitorio de la Seguridad Social y a la regla general de irretroactividad de las leyes del art. 2.3 del Código civil, ha optado por establecer el momento a partir del cual el incremento de la concreta prestación surtiera efecto (…). En este proceso corresponde al legislador, en atención al margen que constitucionalmente tiene reconocido para la regulación del sistema de Seguridad Social, valorar las circunstancias y los múltiples condicionantes, entre ellos los económicos, para introducir la modificación legislativa que supone el reconocimiento del complemento por maternidad, y, a tal efecto, fijar los límites y establecer el alcance de la modificación, en atención a las disponibilidades del momento y a las necesidades de los grupos sociales (…)".

[52] En ese sentido, TSJ Cataluña de 24/01/2022 (rec 6251/2021), FD 3º (2º repetido) y de 17/02/2021 (rec 4447/2020), FD 3º, así como STSJ Galicia de 12/07/2021 (rec 184/2021), FD 2º.

A) 5. Finalmente, los complementos que se pudieran reconocer en cualesquiera regímenes de la SS serán "incompatibles entre sí", de modo tal que el complemento lo abona aquel régimen en el que el causante de la pensión acredite más periodos de alta.

B) Las disposiciones adicionales 36ª y 37ª, así como la transitoria 33ª, añadidas a la LGSS/15 por el RD-ley 3/2021, art. 1, apartados 1 a 4

La financiación de este complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (art. 60 LGSS/15), pese a ser de naturaleza contributiva corre a cargo del Estado, el cual la llevará a efecto a través de transferencia desde sus arcas al presupuesto de la SS (DA 36ª añadida por art. 1.2 RD-ley 3/2021). E, insiste en ello la ley que mandata -en atención a la separación de las fuentes de financiación de la SS para cumplir con la primera recomendación del vigente Pacto de Toledo[53]-, que la LPGE contemplará anualmente una transferencia del Estado al presupuesto de la SS para la financiación, entre otros, del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

El carácter transitorio del complemento, en línea con la doctrina constitucional (pues la vigencia de la medida se presupone limitada en el tiempo hasta que desaparezca la situación de desigualdad material que la propició; auto del Tribunal Constitucional -ATC- 119/2018), obliga a que el alcance del complemento de pensiones contributivas sea temporal. De manera que se mantendrá sólo mientras la brecha de género -tal como fue definida antes- de las pensiones de jubilación causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento (DA 37ª.1), y una vez que ello ocurra, el Gobierno, previa consulta con los interlocutores sociales, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar tal complemento (como se sabe, alojado en el art. 60 LGSS/15; DA 37ª.4). Entretanto el Ejecutivo, en el marco del diálogo social, realizará una "evaluación periódica" de sus efectos cada cinco años (DA 37ª.3).

Sobre la coexistencia de los dos complementos -un tanto polémica y sujeta a controversias jurídicas, como casi siempre ocurre cuando la regulación afecta transitoriamente a varios regímenes-, la ley contempla que quienes a la entrada en vigor del nuevo complemento de reducción de la brecha de género (el 4 de febrero de 2021) vinieran percibiendo el extinto complemento de maternidad por aportación demográfica, seguirán (transitoriamente) percibiéndolo. No obstante, la percepción del mismo es incompatible con el de reducción de la brecha de género que pueda corresponder "por el reconocimiento de una nueva pensión pública", si bien las personas interesadas pueden optar entre un complemento y otro.

Mas, en el caso de que el otro progenitor de alguno de los hijos o hijas que generó el derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo[54], "la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo", ello con efectos económicos desde el día primero del mes siguiente al de la resolución que se dicte[55].

[53] LGSS/15, DA 32ª modificada por el art. 1.16 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones (…) sistema público de pensiones; arts. 109.1.a. y 109.2 inciso final LGSS/15.

[54] Conforme al art. 60 LGSS/15 o, en su caso, a la DA 19 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el RD-Leg 670/1987, de 30 de abril.

[55] "Siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta"; DT 33 LGSS/15 añadida por art. 1.4 del RD-ley 3/2021.

4. Pronunciamientos judiciales recientes: la resolución de las dudas sobre el complemento de maternidad para la aportación demográfica

Pese a que el complemento para reducir la brecha de género (art. 60 LGSS/15 en su versión vigente a partir del 4/02/2021) parece haber mostrado -hasta ahora- una regulación sólida, que prevé respuesta para una amplia variedad de supuestos potencialmente conflictivos respecto del régimen transitorio del sustituido complemento por maternidad, la sentencia del TJUE (de 12/12/2019, asunto C-450/18) al declarar discriminatorio el tratamiento sobre la aportación demográfica otorgado por la ley a las mujeres pero negado a los hombres -en similares condiciones a ellas-, ha generado respecto del periodo de vigencia de esa versión inicial de la ley mientras se estuvo aplicando de forma contraria al ordenamiento de la UE (art. 60 LGSS/15 entre el 01/01/16 y el 03/02/21), una cascada exponencial de litigios, de evolución -por su número- incierta, que por ahora están resolviendo las Salas Sociales de los TSJ de las CCAA[56], pero cuya doctrina finalmente tendrá que confirmar o revocar el TS de cara al futuro, que ya lo ha hecho en tres ocasiones, sin contar las más reciente (de finales de julio de este mismo año), en la que no entra en el fondo del asunto. De manera que en este apartado expondremos -sumarísimamente, dada la limitación de espacio- los aspectos más relevantes de esos pronunciamientos del TS, así como sobre algunos de los TSJ.

4.1. La escasa y reciente doctrina del tribunal supremo en la materia hasta el momento

Comenzando por la fecha de efectos del reconocimiento a un varón del complemento de pensión (de maternidad) por la aportación demográfica a la SS, teniendo que decidir entre la fecha de publicación en el DOUE de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), la de tres meses anteriores a la solicitud del complemento de maternidad, o la fecha de jubilación del actor, la Sala Social del TS (en pleno)[57], resolvió -como doctrina general, al margen del caso concreto- que la "norma interpretada" del Derecho de la UE deberá ser aplicada "a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia" que resuelva sobre la petición de interpretación (en este caso sobre la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE), y por tanto procede la retroacción de sus efectos -cuando sea el caso- hasta el nacimiento mismo de la norma (el 1/01/2016) y consecuente acaecimiento del hecho causante -por desplegar efectos *ex tunc* (desde siempre o hacia el pasado)-, en tanto debía ser "entendida y

[56] Constátese la extraordinaria y exponencial progresión de asuntos que están siendo recibidos en los tribunales sobre esta materia, por ejemplo en la base de datos "CENDOJ" (del Consejo General del Poder Judicial) en la que al día de hoy, acerca del vocablo "aportación demográfica", aparecen 1528 documentos, de ellos en la jurisdicción social 1170 y en la contencioso-administrativa 358. La Sala Social del TS ha producido 18 resoluciones, todas ellas del año 2022. Aparecen hasta hoy 4 sentencias y 14 autos, todos de inadmisión, por falta de contenido casacional o falta de contradicción. Las Salas Sociales de los TSJ se pronunciaron en 1124 ocasiones siguiendo esta evolución: en lo que va del presente año 2022 resoluciones 688; en 2021 resoluciones 371; en 2020 resoluciones 14; en 2019 resoluciones 18; en 2018 resoluciones 23; en 2017 resoluciones 9; y en 2016 resoluciones 1. Por su parte la jurisdicción contencioso-administrativa 353 documentos, en el año 2022 resoluciones 328; en 2021 resoluciones 22; en 2020 resoluciones 2; y en 2019 resoluciones 1.

[57] STS, Sala Social (en Pleno), de 30/05/2022, RCUD 3192/2021. La sentencia resuelve teniendo en consideración el art. 32.6 de la Ley 40/2015 -cuya aplicación descartó-, el art. 264 del TFUE, el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 2012 (art. 91), la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2021 (asunto C-585/19) (parágrafo 78), la sentencia del TS de 7 de febrero de 2018, recurso 486/2016, el art. 4. bis, 1 LOPJ, la sentencia del TJUE de 19 abril 2016 (asunto C-441/14), el art. 60 de la LGSS/15, en su redacción original (anterior al 4/2/21 de la vigencia del RD-ley 3/2021), el art. 4 de la LO 3/2007, y las dos sentencias del Pleno de la Sala Social del TS de 17/02/2022 (recursos 2872/2021 y 3379/2021) inmediatamente anteriores a ella.

aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento" respecto de los efectos de aquel complemento.

Sostiene la doctrina legal, en definitiva, que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión, en este caso de jubilación (con el límite retroactivo hasta el nacimiento de la norma interpretada por el TJUE), siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 de la LGSS/15 (vigente entre el 01/01/16 y el 03/02/21)[58].

En la muy reciente STS de 26/07/2022, Sala Social (en Pleno) RCUD 504/2022, en la que se debía resolver acerca de "si un progenitor tiene derecho o no a lucrar el complemento por aportación demográfica de su pensión de jubilación contributiva, cuando tal complemento ha sido ya reconocido y está siendo percibido por el otro progenitor", en un supuesto en el que ambos complementos "se desprenden de la redacción originaria" del artículo 60 LGSS/15, y en relación con la interpretación del mismo que deriva de la sentencia del TJUE de 12/12/19 (asunto C-450/18), el TS desestimó el recurso del trabajador, que aportó como resolución de contraste -no idónea a los efectos del RCUD- un auto de la Sala Tercera del TS de 4/03/21 (FD 2º.1); y asimismo entendió mayoritariamente la Sala Social del Supremo que no concurre presupuesto alguno (de los que recoge el art. 219.3 LRJS) que otorgue legitimación al Ministerio Fiscal para recurrir en casación unificadora la sentencia de origen que se pretendía revocar, dictada por el TSJ Social de Cantabria de 3/12/21 (rec 757/2021), la cual declaró firme el Alto Tribunal (FD 4º.2)[59].

Hasta aquí la escasa doctrina de la Sala Social del Supremo hasta la fecha.

4.2. Las decisiones adoptadas por la sala social de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas

Como decimos, uno de los aspectos más polémicos -si no el que más- a los que se ha tenido que enfrentar, de forma un tanto abrupta, la doctrina judicial respecto del complemento de pensiones contributivas, a partir de la sentencia del TJUE de 12/12/19 (asunto C-450/18), ha sido la de interpretar si en el periodo que transcurre durante la vigencia exclusiva del complemento de aportación demográfica hasta que se regula el de reducción de brecha de género, es decir entre el primero de enero de 2016 y el 3 de febrero de 2021, una vez extendida judicialmente la posibilidad de lucrar el complemento de aportación demográfica a los hombres que se hallaren en similar situación a la de las mujeres, este complemento podía ser percibido por ambos progenitores o solamente podía serlo por uno de ellos.

El INSS ha venido sosteniendo en -esencia[60]- desde siempre, desde la vertiente procesal que cabía estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, cuando se pretendiera reconocer el complemento a ambos progenitores. Y sobre el fondo del asunto, a) que un reconocimiento "doble" del complemento contraría su finalidad y el bien jurídico que trata de proteger, en cuanto la dedicación a la familia -por parte de las madres- conlleva un perjuicio en la proyección profesional, en la carrera de cotización y en las futuras pensiones; b) asimismo, que la norma original partía de la presunción de que solo las mujeres sufrían -en mayor medida- esos efectos

[58] La STS, Sala Social (en Pleno), de 30/05/2022, reitera y confirma la doctrina del TS recogida en las dos sentencias anteriores (también del Pleno) a las que hace referencia, a saber, SSTS, Sala Social, ambas de 17/02/2022, recursos (RCUD) 2872/2021 y 3379/2021.

[59] La sentencia del Pleno (de 9 magistrados/as) presenta Voto Particular discrepante con el fallo, que formula Sempere Navarro, al que se adhieren 3 magistradas.

[60] Así, por ejemplo, se deduce de las sentencias de los TSJ siguientes: La Rioja (2) de 11/03/2022, rec 61/2022 y 68/2022, en ambas FD 2º; Aragón de 20/12/2021 rec 822/2021, FD 2º; Cantabria de 03/02/2021 rec 757/2021, FD 2º.

adversos, y no se contemplaba la posibilidad de reconocerlo "a más de un beneficiario en razón de una misma aportación demográfica de varios hijos, ni siquiera cuando ambas solicitantes fueran mujeres"; c) que la nueva regulación (a través del RD-ley 3/2021) -que deriva de la jurisprudencia del TJUE- prevé la "extinción del complemento o la reducción de su importe, en el caso de concurrencia de progenitores con derecho a su percepción"; d) que una interpretación discordante con estos argumentos "haría de peor condición a los beneficiarios cuyo hecho causante se hubiera producido tras la reforma legal", que a los otros cuyo derecho se asienta en la normativa vigente entre el 1/01/2016 y el 3/02/2021; e) que sería incongruente con la finalidad pretendida por la norma que en el citado periodo el complemento discutido se pudiera devengar por los dos progenitores y con posterioridad solo por uno de ellos; f) y que si esa hubiera sido la intención del legislador, así lo habría establecido (expresamente).

Por todo ello defiende el INSS, en definitiva, la unicidad del complemento de maternidad, "tanto en la versión original del precepto que lo reguló como en su actual versión normativa".

Y en una línea muy cercana a esa argumentación del Ente Gestor, el TSJ de Extremadura ha sido el único que -hasta la fecha-, ha considerado que atendiendo a la regulación y finalidad del complemento de maternidad (art. 60 LGSS en su primitiva redacción), dicho complemento era "único" y no podía reconocerse a ambos progenitores por los mismos hijos, fundamentando su decisión el TSJ en los razonamientos siguientes[61]:

De la regulación original de la norma cabe deducir "que el legislador no contemplaba la posibilidad de reconocer un complemento a cada uno de los progenitores, por naturaleza o adopción, en atención a su común aportación demográfica", ni tan siquiera en el caso de que ambos fueran mujeres. La aportación de eventuales futuros cotizantes para sostener el sistema público de SS se imputaba sólo a las madres, bajo la presunción legal de que "eran ellas las dedicadas, por lo general, al cuidado de los hijos, lo que repercutía negativamente en sus carreras profesionales". Se pretendía así, adicionalmente, "reducir la brecha de género en las pensiones[62]. Por lo tanto, sería ilógico pensar que la norma pudiera regular una incompatibilidad -la del reconocimiento del complemento a ambos progenitores- no contemplada como posible en tanto que su diseño y finalidad excluía tal posibilidad desde el origen. Concluye por ello el TSJ "que el complemento era único" y solo podría reconocerse a uno de los progenitores.

Y -continúa diciendo-, pese a que la tras la sentencia del TJUE (de 2019) era obligado extender -de forma potencial- el complemento para incluir a los hombres, "ello no altera un ápice su naturaleza unitaria" originada por la aportación demográfica, de modo tal que los mismos hijos no pueden generar más de un complemento de pensión, lo cual excluye no solo la concurrencia de pensiones sino también la de beneficiarios. Repárese en que, para el TSJ extremeño, el motivo para denegar el complemento no es la condición de hombre del solicitante, sino que la solicitud se realiza en atención a unos hijos que ya causaron anteriormente el derecho al complemento reconocido a la madre, tratándose de un complemento único.

De manera que el pronunciamiento del TJUE -entiende el TSJ- no alcanza a ofrecer una interpretación que lleve aparejado el reconocimiento del complemento a ambos progenitores por una misma aportación demográfica. Lo que hace es determinar que no se puede excluir a los varones -atendiendo a su sexo- del derecho al complemento cuando se hallen en situación

[61] STSJ Extremadura de 24/03/22 (rec 946/2021), FD 2º.

[62] La STSJ Madrid, Sala Social, de 30/06/2022 (rec 131/2022), FD 4º, ha considerado que el complemento de maternidad "se concedía inicial y exclusivamente a las mujeres [madres de dos o más hijos] por su aportación demográfica", con la finalidad de "recortar la brecha de género" en la cuantía percibida en las prestaciones entre mujeres y hombres, por el motivo de las distintas trayectorias laborales que hubieran podido tener.

idéntica a las mujeres, lo que le permite deducir de ello que si reúnen ambos progenitores los requisitos para lucrar el complemento, se mantenga el del primero que lo solicitó y lo obtuvo, "y se deniegue el solicitado después por el otro".

Pero, contrariamente al razonamiento ofrecido por el TSJ extremeño, por lo general, todos los demás TSJ han venido a concluir que no se establece incompatibilidad alguna en los complementos de maternidad por aportación demográfica anteriores a la reforma del art. 60 por el RD-ley 3/2021[63], y que la configuración del complemento como complemento único incompatible, lo es en el complemento para la reducción de la brecha de género creado por RDL 3/2021, y (con arreglo a la disposición transitoria -DT- 33 LGSS/15) cuando uno de los progenitores percibe el complemento de maternidad y el otro progenitor solicite y le corresponda percibir el complemento para la reducción de la brecha de género, en cuyo caso la cantidad reconocida se deducirá de la del complemento de maternidad; "pero nada se dice en la norma respecto de la incompatibilidad de los complementos de maternidad de ambos progenitores"[64]. Es decir, que no se establece limitación alguna a la percepción del antiguo complemento de maternidad por varios beneficiarios concurrentes, a diferencia de lo que dispone para los casos de concurrencia con el de reducción de la brecha de género, ya en un mismo beneficiario, bien en el otro progenitor[65].

Y, asimismo, que no es requisito exigible al progenitor varón, para percibir el complemento de aportación demográfica del art. 60 LGSS/15 (en su redacción original), que tenga que acreditar "la dedicación y cuidado de los hijos de forma comparable a la de la mujer". El objetivo de aquella norma era recompensar la aportación demográfica, siendo en este aspecto igual la aportación de los hombres y las mujeres, pues no se supedita la concesión del complemento a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos, sino únicamente al hecho de que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados[66].

Incluso si quien fuera cónyuge del demandante percibió el complemento de maternidad (respecto de su pensión contributiva) hasta la fecha de su fallecimiento, ello no impide el devengo de tal complemento por el otro progenitor de los hijos de la causante[67].

Por lo que se refiere al complemento por aportación demográfica que venía percibiendo el actor, con fecha de efectos desde el reconocimiento de su pensión (el 27/02/18), cuyo importe se minoró en la cuantía (de 56 €) que pasó a percibir su cónyuge (también progenitora y madre de los dos hijos comunes) por complemento de reducción de brecha de género, el TSJ resolvió sobre

[63] Sirva aquí de referencia, por ejemplo, la STSJ Madrid 24/06/2022 (rec 142/2022).

[64] SSTSJ Aragón, de 21/02/2022 (rec 969/2021), FD 2º y de 20/12/2021 (rec 822/2021, FFDD 4º a 6º. También STSJ Cantabria, de 03/21/2021 (rec 757/2021), FD 2º.1.

[65] STSJ Rioja, de 10/02/22 (rec 25/2022), FD 2º (letra N). También en la STSJ Rioja, de 18/01/2022 (rec 5/2022), FD 2º (letra L), que afirma que "la literalidad del primitivo Art. 60 LGSS, al emplear la expresión mujeres pensionistas, sin distinción alguna, incluye dentro de su radio de acción a las familias homoparentales de sexo femenino, respecto, a las que, no hace ninguna exclusión". Asimismo (FD 3º, letra B), la "innecesariedad de expresa solicitud específica y diferenciada de la de reclamación inicial de la pensión para la procedencia" del reconocimiento del complemento, y por ello es posible volver a interesar el reconocimiento del complemento por maternidad anteriormente denegado, si no se ha producido modificación fáctica ni jurídica, en relación con la primera solicitud.

[66] STSJ Aragón, de 15/02/2022 (rec 959/2021), FD 7º. En igual sentido -si bien a partir de la reforma del complemento- considera la STSJ Madrid, de 14/01/2022 (rec 776/2021), FD 6º, que el RD-ley 3/2021 no se aparta de las consideraciones del TJUE, sino que reconoce a los hombres la posibilidad de acceder al complemento de la pensión, y que está justificado objetivamente y es proporcionado exigir a los varones, para acceder al complemento, el haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción de los hijo.

[67] SSTSJ Rioja, de 10/02/22 (rec 25/2022), FD 2º y 13/01/2022 (rec 243/2021), FD 2º.

aquella minoración (FD 3º)[68], que en estos supuestos el complemento de brecha de género de la esposa del actor no se ve afectado por el reconocimiento del complemento de maternidad del actor, sino que el efecto es el contrario; esto es, el actor ve reducida en la cuantía de su derecho el importe del reconocimiento del complemento a su esposa.

Con respecto al complemento de maternidad que pudiera derivar del acceso a una pensión de jubilación anticipada "voluntaria", ha de estarse al momento del hecho causante de dicha pensión, y comparar esa fecha con la de la vigencia del art. 60.4 de la LGSS/15 (bien en su versión inicial, o bien en la versión posterior modificada por el RD-Ley 3/2021), para determinar si se tiene o no derecho a tal complemento[69], en tanto que el legislador modificó la norma, pero no por ello vulneró el principio de igualdad al no reconocer el derecho al complemento a las mujeres que accedieron a la pensión de jubilación anticipada voluntaria, cuando en la normativa actual -tras la reforma con efectos a partir del 4/02/21- no se excluye aquella sino únicamente la jubilación parcial[70] (que también lo estaba antes). Y esa modificación legislativa no tiene efectos retroactivos, porque al tratarse de prestaciones de SS, el lucro de estas viene ligado a la "fecha del hecho causante de la prestación de que se trate", en el caso (el 26/09/2019), en un momento anterior al RD-ley 3/2021[71] (el 4/02/21).

No obstante, se ha entendido también -en sentido contrario[72]-, que al reconocer el complemento de aportación demográfica en caso de jubilación anticipada voluntaria, no se está aplicando retroactivamente una norma, sino que se aplica la reforma del art. 60 LGSS/15 "a un supuesto de hecho anterior a la misma, cuando dicha norma había sido declarada por el TJUE contraria al ordenamiento eurounitario", y cuando el propio legislador reconoce que "la anterior exclusión del complemento de maternidad de las mujeres que accedían a la jubilación voluntaria anticipada era discriminatorio y ahondaba en la brecha de género, lo que en una interpretación respetuosa con la perspectiva de género (art. 4 LOIHM)" llevaría a considerar que "la legislación vigente a la fecha del hecho causante era discriminatoria, por tanto inaplicable y, al contrario, ha de aplicarse la posterior que viene a dar cumplimiento a la doctrina del TJUE y que es respetuosa con el principio de no discriminación".

5. Una consideración final

La ampliación del reconocimiento del complemento por aportación demográfica a los padres en circunstancias similares a las madres, que deriva de la sentencia del TJUE (de 12/12/19), ha desbordado las previsiones iniciales de un legislador, que pretendía favorecer la -presunta y exclusiva- dedicación de aquellas madres al cuidado y la educación de sus hijos. La consecuencia directa del pronunciamiento del tribunal europeo se ha traducido en que la doctrina judicial

[68] STSJ Cantabria de 30/06/2022 (rec 557/2022), FD 3º, que cita ATC 114/2018 (rec 3307/2018). La DF 3ª de la LPGE/16 limitó el complemento a las pensiones causadas con posterioridad al 1/01/16, y la DF única de la LGSS/15 ha vuelto a limitar su ámbito a las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016. Véase al respecto la DT 33 LGSS/15 (parágrafo 3º).

[69] STSJ Asturias, a 28 de junio de 2022 (rec 750/2022), FD 4º.2. La misma Sala de Asturias, en sentencia de 15/02/22 (rec 2854/2021), FFDD 5º.4 y 6º.

[70] STSJ Asturias, a 28 de junio de 2022 (rec 779/2022). FD 1º.4. Cita otra anterior de la propia Sala, de 15/02/22 (rec 2854/21). En idéntico sentido, la sentencia de la misma Sala, de 08/06/22 (rec 890/22), FD 5º, así como STSJ Murcia, de 31/05/22 (rec 807/2021), FD 2º, que cita al respecto de la licitud legislativa, ATC 114/18 y STJUE de 12/05/2021 (asunto C-130/20). Al respecto, también ATC 89/2019, de 16 de julio, FFJJ 4 y 6, en tanto que la igualdad ante la ley (art. 14 CE) no impide que a través de cambios normativos pueda producirse un trato diferenciado entre situaciones iguales motivado por las distintas fechas en que cada una de ellas se originaron.

[71] STSJ Murcia, de 31/05/22 (rec 807/2021), FD 2º, que cita STS, Sala Social, de 16/10/2003 (rec 981/2003).

[72] En sentido contrario a la apreciación de las demás Salas Sociales, la STSJ Cataluña de 24/01/2022 (rec 6251/2021), FD 3º (se supone que por error pone 2º), citando la de la misma Sala, de 17/02/2021 (rec 4447/2020), FD 3º. Asimismo, STSJ Galicia de 12/07/2021 (rec 184/2021), FD 2º.

está reconociendo ese complemento a ambos progenitores (en los casos de dos o más hijos) -con respecto al periodo que media entre el 01/01/16 y el 03/02/21-, sin necesidad de exigir que los padres acrediten esa dedicación que para las madres se presume. Ello ha supuesto en muchos casos -y especialmente en lo que va de este año 2022- un reconocimiento "doble" del citado complemento que -por imprevisto- puede afectar de manera considerable a las arcas de la SS.

Sin perjuicio de lo que decida finalmente el TS acerca de esta cuestión -sobre todo de cara al futuro, porque tanto si confirma como si revoca la doctrina emanada hasta ahora de los TSJ, las sentencias devenidas firmes que se hayan dictado conservarán sus efectos-, lo más importante desde el punto de vista económico de la SS, es determinar si potencialmente quedan todavía muchas pensiones contributivas (de jubilación, incapacidad permanente o viudedad), que causadas en el periodo que transcurre entre la sentencia del TJUE (12/12/19) y la reforma legislativa del complemento (04/02/21), se hallen sus progenitores -ya se trate de uno o de los dos respecto de los mismos hijos- pendientes de solicitar el complemento de aportación demográfica.

A la vista de la evolución exponencial que viene experimentando el número de solicitudes[73] -y al margen de los datos que al respecto pueda tener el INSS-, el panorama se aventura por ahora un tanto incierto.

[73] Véase al respecto la nota a pie de página 54.

Digitalización, género y pensiones: una cuenta pendiente en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social[1]

Sheila López Vico
Contratada predoctoral FPU
Universidad de Granada
ORCID:0000-0002-2608-3436

1. Introducción

El estudio del origen y la evolución de nuestro sistema de Seguridad Social no se alza ni mucho menos como una cuestión novedosa en el marco jurídico-laboral español, habiéndose sucedido desde la constitución del denominado Estado Social y de Bienestar en nuestro país importantes estudios en torno a dicha figura y las distintas instituciones que la conforman. Sin embargo, no por ello debe de pensarse que resulta carente de todo interés desde un punto de vista jurídico y social, abordar nuevamente esta cuestión, ya que la dinamicidad característica de dicho sistema y los importantes cambios que a lo largo de los años -y especialmente en la última década- se han sucedido en nuestro país, justifican de manera más que suficiente la realización de un estudio crítico que permita evidenciar cuales son los principales retos presentes en materia de Seguridad Social.

[1] Este estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de Investigación "El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar" (ref. B1-2021_11).

Como decimos, si bien desde hace décadas se había venido detectando la concurrencia de importantes cambios sociales y de otra índole[2] que mostraban tener una especial repercusión en materia de Derecho del Trabajo y también de la Seguridad Social, en los últimos años se ha producido un relevante y disruptivo avance de los mismos, hasta el punto de que ha llegado a plantearse si dichos sistemas se encuentran preparados para afrontar de manera adecuada y suficiente los retos que el nuevo marco empresarial y social plantea.

Debemos de recordar que, el fin con el cual nace nuestro sistema de Seguridad Social no es otro que la directa "*provisión de medios a los ciudadanos, en dinero o en especie, para subvenir sus situaciones de necesidad, económicas y de carácter individual, cuando éstos no pueden por sí mismos hacerles frente de manera suficiente*[3]". En consecuencia, para poder dar cumplimiento a dicho objetivo, no basta con el establecimiento de un sistema sólido e integral que en un momento determinado -como si de una foto se tratase- permita afrontar de manera certera dichos problemas sociales -cuestión que de por sí ya parece inalcanzable- sino que además, el mismo debe de estar continuamente adaptándose a las nuevas necesidades socioeconómicas, necesidades que en el marco en el cual se inserta este estudio son cada vez más *virulentas, impredecibles y precipitadas*[4], especialmente tras la incidencia que en todos los ámbitos ha tenido la pandemia del COVID-19.

Precisamente, ha sido la pandemia uno de los factores que mayor impacto ha mostrado tener en los sistemas mencionados, ya que esta no solo ha incidido en materia sanitaria -donde por desgracia ha asolado un número importantes de vidas, incidiendo especialmente en las personas de mayor edad- sino que también *"impacta y convulsa el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, y conmociona a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social*[5]."

Así, uno de los efectos que la misma ha tenido en el marco laboral ha sido el impulso de la implantación y utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación -en adelante y para abreviar TICS-, tanto en las grandes empresas como en las pequeñas y medianas empresas -en adelante PYMES-. Siendo esta una tendencia que, si bien ya se preveía, se ha adelantado considerablemente como consecuencia de la pandemia, no encontrándose así pues preparado nuestro país, ni desde un punto de vista material -en la dotación por parte de las empresas de equipos y herramientas adecuados-, ni personal -ante el escaso número de profesionales formados en el uso de dichos dispositivos electrónicos-, ni normativamente. Cuestión esta última que puede verse de manera clara ante la expansión de la modalidad de teletrabajo durante los primeros meses de la pandemia, pasando los trabajadores de manera abrupta y masiva a esta modalidad de trabajo a distancia, sin la existencia de experiencia previa -al menos en la mayoría de los casos- y bajo el amparo de una normativa patentemente insuficiente.

---

[2] Tales como son aquellos vinculados a la robotización, la inteligencia artificial, las reconversiones digitales y ecológicas, la globalización, etc. Al respecto Cfr. Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G.: "La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario", en *Revista crítica de relaciones de trabajo*, núm. 2, 2022.

[3] *Vid.* Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2021.

[4] En este sentido, Cfr. Grau Pineda, C.: "La economía digital o de plataformas («platform economy») como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario)", en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 213, 2018.

[5] Cfr. Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Murcia, Laborum, 2021, p. 31.

El conjunto de dichos factores, como puede deducirse, tuvo un negativo impacto en la población, disminuyendo la tasa de ocupación[6], el número de personas que debían de compaginar el cuidado de familiares e hijos enfermos con la realización de su trabajo, las enfermedades profesionales -especialmente aquellas ligadas al uso de las TICS[7]-, etc. Así, para hacer frente a esta situación, y dado que nuestro marco jurídico laboral no puede desligarse de la realidad social que ordena, de manera urgente y con gran celeridad se llevó a cabo un proceso de reforma y modernización de nuestro marco normativo laboral y de seguridad social.

En un marco como el descrito, resulta fundamental analizar cual está siendo la respuesta que, ante dichos cambios, está teniendo nuestro sistema, así como también cual está siendo el impacto real en la sociedad a la cual se dirige. No obstante, la relevancia y amplitud de dicha cuestión hace imposible realizar un análisis detallado de la misma, ya que ello requeriría un análisis propio y exhaustivo de cada una de las distintas cuestiones mencionadas.

Es por ello que, en este estudio, nos centraremos en analizar el impacto que la digitalización y modernización del sistema laboral y empresarial presentan en nuestro sistema de pensiones, y en particular, en uno de los colectivos que en mayor medida pueden verse perjudicado como consecuencia de la digitalización del mercado laboral, siendo este precisamente el de las mujeres al haberse detectado como la introducción y generalización de algunas de dichas tendencias ligadas a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación pueden dar lugar a un retroceso en materia de igualdad.

Realizado dicho análisis preliminar, el cual nos permitirá conocer los principales retos que la digitalización plantea desde un punto de vista de género, nos centraremos en estudiar con mayor detenimiento cual es el tratamiento que ha dichas cuestiones le ha otorgado el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo del año 2020.

Finalmente, cerraremos este análisis recogiendo, sobre la base del conjunto del estudio realizado, una serie de conclusiones críticas que permitan evidenciar las líneas de actuación que en esta materia se deberán de seguir en los años venideros si realmente se quiere conseguir que la virtualización de nuestro sistema económico y productivo no suponga un retroceso en materia de igualdad de género.

2. Digitalización, trabajo y género: ¿una oportunidad o una trampa?

En primer lugar, y antes de entrar a analizar de forma específica como la digitalización puede afectar a este colectivo, debemos de partir estudiando cuál es su situación en el mercado laboral actual, lo cual nos permitirá a su vez conocer cuáles son los principales problemas que deberán de ser abordados en el presente, así como también los retos y desafíos que ante los cambios producidos en el mercado de trabajo surgirán en lo que a la incorporación, mantenimiento y desarrollo profesional de la mujer en el mercado de trabajo se refiere.

[6] Si analizamos las distintas Encuestas de Población Activas publicadas por el INE a lo largo del año 2020 vemos como la tasa de ocupación sufrió una acusada caída , especialmente en el segundo trimestre del año en el cual el número de ocupados disminuyó en un total de El número de ocupados disminuye en 1.074.000 personas. Cfr. EPA: Segundo trimestre de 2020, disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/ep. 0220.pdf

[7] *Vid.* OIT: "El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica", Ginebra, 2020, p. 13, disponible: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf

2.1. Mujer y mercado de trabajo: retos y desafíos para conseguir una plena igualdad de género

Como se ha indicado, la situación en la cual se encuentra actualmente el mercado de trabajo español es compleja e inestable. Ello se debe, tal y como veremos a continuación, a la incidencia que en el mismo han tenido un conjunto de factores de carácter coyuntural y de carácter estructural[8] que, en última instancia, han marcado y guiado los pronunciamientos del legislador español en los últimos años.

En lo que al primero de dichos factores se refiere, destaca con diferencia el impacto que en el mercado laboral han tenido las continuas crisis que de manera cíclica han azotado nuestro país. En la última década, se han sucedido en un corto periodo de tiempo dos crisis de importante calado social y económico. En primer término la «*Gran recesión*» del año 2008, seguida -cuando empezaban a superarse los estragos de esta última- por la crisis generada por la pandemia del COVID-19. Ambas crisis, además de un evidente efecto negativo en el empleo -habiéndose acudido de manera masiva en todas ellas a las medidas de flexibilidad externa-, han propiciado la adopción de una serie de medidas legislativas que han acentuado la precariedad en nuestro mercado de trabajo en general, y en el colectivo femenino en particular.

En segundo lugar, en lo que a los factores de carácter estructural se refiere, destaca la incidencia que las distintas tendencias señaladas, como son la digitalización, la globalización o las reconversiones ecológicas, han tenido en el mercado de trabajo alterando en su totalidad la concepción de trabajo tal y como se conocía. No debemos olvidar que nuestro marco normativo fue diseñado conforme a un modelo de trabajo fordista, basado en un trabajo de carácter eminentemente manual, realizado presencialmente en grandes fábricas o empresas, y bajo la supervisión y vigilancia directa del empresario[9]. Sin embargo, tras el impacto que ha tenido en nuestro sistema la tercera y cuarta revolución industrial, este marco ha sufrido un cambio radical, cobrando un protagonismo cada vez mayor las TICS, y con ello, transformando el modelo de organización y de prestación del servicio. Así, las relaciones laborales propias del siglo XXI, se basan en el tratamiento masivo de un gran volumen de datos y de información, donde el trabajo de carácter intelectual ha dejado de ser la excepción para convertirse en la regla y donde el lugar y horario de trabajo se flexibilizan cada vez más para lograr los objetivos organizacionales de la empresa y de conciliación de la vida personal y profesional del trabajador.

Por otro lado, tampoco podemos obviar en este punto los relevantes cambios que se han producido en la sociedad española tanto en la composición como estructura del modelo de familia -habiéndose reducido a lo largo de los años la tasa de natalidad y con ello el número de miembros integrantes de cada hogar familiar-, retrasándose en el tiempo la incorporación de los jóvenes en el mercado laboral como consecuencia del mayor número de años que los mismos dedican a su formación[10], y con ello el momento en el cual se independizan de sus progenitores y comienzan a cotizar en el sistema de seguridad social. También se ha producido un aumento en el número de mujeres que realizan una actividad de carácter retribuido, desligándose -aunque no

[8] *Vid.* Monereo Pérez, J.L. y López Vico, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 53 y ss.

[9] Cfr. Marín Alonso, I.: "Las zonas grises", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Iustel, 2002.

[10] Cfr. López Vico, S.: "Juventud y trabajo: ¿dónde están los puestos de trabajo? ¿dónde no?", en *Noticias Cielo*, núm. 6, 2022.

a una velocidad acorde a los cambios sociales mencionados- de las tareas que tradicionalmente le han venido siendo encomendadas de cuidado de los hijos y del hogar[11], etc.

Esta situación, para la cual nuestro sistema no se encontraba de por sí preparado -al no haberse producido una modernización de la normativa laboral y de seguridad social síncrona a los cambios del sistema al cual se dirigen-, aumentó su complejidad ante la incidencia de la pandemia del COVID-19, al impulsar la misma en un escaso periodo de tiempo y con una gran intensidad la introducción de dichos cambios en nuestro sistema.

El conjunto de los factores señalados han marcado la dirección que ha seguido, y que probablemente seguirá en los próximos años, nuestro sistema laboral en general. Sin embargo, la respuesta normativa ante dicha modernización del mercado de trabajo ha venido siendo de carácter errática e improvisada[12] -especialmente en la última década[13]- centrándose la misma fundamentalmente en la introducción de un conjunto de medidas flexibilizadoras -que permitiesen conseguir los objetivos anteriormente señalados- y desreguladoras, que han propulsado un aumento de los poderes empresariales en detrimento de las garantías y derechos reconocidos a los trabajadores, todo en ello en aras de lograr la tan ansiada flexibilidad y capacidad de adaptación a un entorno, como se ha indicado ya, altamente cambiante.

Todo ello ha causado graves perjuicios en el mercado de trabajo y especialmente en las personas que en el prestan sus servicios, situándose actualmente España entre los peores países de la Unión Europea en materia de trabajo decente. Así puede extraerse del índice de crecimiento sostenible y trabajo decente elaborado por la Confederación Europea de Sindicatos[14], el cual muestra el negativo impacto que las medidas de austeridad adoptadas en nuestro país para hacer frente a la crisis del año 2008 tuvieron en materia de bienestar económico, calidad en el empleo y vulnerabilidad laboral, y que han provocado que España se sitúe como el quinto país a la cola en esta materia[15]. Estas medidas han provocado, en definitiva, que la precariedad, temporalidad, la inestabilidad laboral y el desempleo se conviertan en características estructurales de nuestro sistema, estando sometidos los trabajadores -especialmente aquellos de menor cualificación- a altos niveles de rotación, viéndose obligados a enlazar contratos temporales, con bajas expectativas de promoción y formación, diluyendo el sentimiento de colectividad en la empresa -al cambiar frecuentemente la composición de la misma- y con ello su fuerza colectiva, etc.

Además, esta cuestión no afecta de manera aislada al ámbito laboral, sino que el mismo irremediablemente extiende sus efectos al resto del sistema de protección social, al no constituir los mismos compartimentos estancos y diferenciados en nuestro sistema sino dos instituciones íntimamente ligadas, ya que la inexistencia de un trabajo decente, que permita a las personas obtener los recursos mínimos para garantizar su existencia digna o incluso que no garantice unas condiciones mínimas de salud y seguridad en el desempeño de sus labores, deriva en un

[11] Siendo además, como señala Grau Pineda, C.: "Las nuevas recomendaciones del Pacto de Toledo 2020 para combatir la brecha de las pensiones", en VV.AA.: *Perspectivas jurídica y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo»* (2020), Hierro Hierro, F.J. (Dir.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 780, en este punto donde "reside el nudo gordiano de la brecha salarial" actualmente existente en nuestro país.

[12] Cfr. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD Ley 3/2021, de 3 de febrero)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 27, 2021, p. 14.

[13] Por medio de las reformas operadas a partir del año 2012 a través del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

[14] Disponible en: https://est.etuc.org/?page_id=858

[15] *Vid*. Unión Sindical Obrera: "España, entre los peores países de la Unión Europea en trabajo decente", 2022, disponible en: https://www.uso.es/espana-entre-los-peores-paises-de-la-union-europea-en-trabajo-decente/

aumento del número solicitantes de prestaciones y servicios sociales que permitan paliar dichas situaciones de necesidad. Es por ello que a lo largo de las sucesivas crisis que han azotado nuestro mercado de trabajo, y como no podía ser de otro modo, ante el importante volumen de despidos que vienen produciéndose con cada una de ellas, han aumentado el número de demandantes de estas medidas de protección. Todo ello hace que dicha precariedad no agote sus efectos al desarrollo de la vida laboral de nuestros ciudadanos, sino también posteriormente, esto es en el momento de salida del mismo, siendo escaso el volumen de población que al final de su vida laboral puede obtener una pensión de la máxima cuantía y en muchos casos, no pudiendo ni tan si quiera acceder a una pensión de carácter contributivo[16].

Asimismo, se ha detectado como determinados colectivos de trabajadores se encuentran más expuestos a dichos riesgos, entre los que destacan los jóvenes[17] y las mujeres[18]. Precisamente con el fin de afrontar todos estos problemas, fue recientemente aprobada la LRL, la cual ha marcado como uno de sus principales objetivos acabar con las elevadas tasas de desempleo, temporalidad y precariedad existentes en nuestro mercado laboral[19] y reconociendo expresamente que los colectivos señalados son con diferencia los que en mayor medida se han visto afectados por dicha "*lacra*[20]".

Entrando propiamente a analizar el efecto de todas estas cuestiones en el colectivo femenino, no resultará novedoso ni revolucionario afirmar que, pese a los avances que desde un punto de vista laboral se han conseguido, el mismo sigue sufriendo las consecuencias derivadas de los aún arraigados roles y estereotipos de género presentes tanto en nuestro país como en el ámbito europeo, y que tienden a perpetuar la concepción tradicional de la mujer como la responsable del cuidado del hogar y de la familia[21], con las nocivas consecuencias que ello tiene tanto en su desarrollo y crecimiento profesional, como posteriormente en la posibilidad de que las mismas opten a una pensión contributiva de jubilación de la máxima cuantía[22].

Tal es la relevancia de esta cuestión que la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones sobre

[16] *Vid.* Fernández Collados, M.B.: "Avances y retos pendientes en el derecho a la pensión de jubilación contributiva de los trabajadores a tiempo parcial", en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 220, 2019.

[17] Cfr. Hierro Hierro, F.J.: "El reto de ofertar una protección adecuada a colectivos precarizados en un sistema construido sobre la estabilidad en el empleo: acceso a una ocupación de calidad y apuesta por una campaña pedagógica clara", en VV.AA: *Perspectivas jurídica y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo»* (2020), Hierro Hierro, F.J. (Dir.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 613.

[18] Un estudio completo puede encontrarse en Kahale Carrillo, D.T.: "La brecha de género en el sistema de pensiones: cuestiones para tener en cuenta", en *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 62, 2022.

[19] Así lo recoge críticamente la propia exposición de motivos de dicha norma, la cual muestra su intención de constituir "reforma laboral que camina en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos."

[20] Así puede verse en la propia exposición de motivos de la LRL.

[21] Cfr. González Almuiña, E.: "El teletrabajo con perspectiva de género" en VV.AA.: T*eletrabajo, elementos técnicos, jurídicos y gestión de conflictos*, Sánchez García, A. (Coord.), México, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 66-67, el cual recoge como históricamente la discriminación desde un punto de vista de género nace en el momento en el cual "se les otorga el valor reproductivo a las mujeres, es este mismo valor pero con connotaciones diferentes, el que las coloca en una situación subordinada…, Así se institucionaliza el estado y la familia patriarcal, caracterizada por la preponderancia del poder que los hombres poseen sobre la estructura socioeconómica, legal y política (rol productivo), que prevalece en todas las culturas y, por la vinculación de las mujeres a las labores domésticas y de cuidados (rol reproductivo)."

[22] En este sentido lo han recogido Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD Ley 3/2021, de 3 de febrero)", cit., p. 12, al recoger la "doble penalización que sufren las mujeres trabajadoras como consecuencia de la maternidad, a saber: a) salarios más bajos o carreras de cotización más cortas o discontinuas por tener que recurrir al trabajo tiempo parcial; y b) como consecuencia de ello, pensiones más reducidas (un 38 % inferior, de media, a la de los hombres)."

una Unión de la igualdad: estrategia para la igualdad de género 2020-2025[23] -en adelante y para abreviar Estrategia para la igualdad de género 2020-2025-, recoge como principal causa de desigualdad[24] la existencia y mantenimiento de dichos estereotipos de género, al constituir los mismos "*expectativas estereotipadas basadas en normas fijas para mujeres y hombres, niñas y niños limitan sus aspiraciones, sus elecciones y su libertad.*[25]"

Así, pese al avance que gracias a las diversas normativas promulgadas tanto a nivel europeo como nacional se ha conseguido en esta materia, sigue siendo preocupante la concepción de la mujer como principal responsable de dichas tareas. Hasta el punto de que aún un "*44 % de los europeos considera que el cometido más importante de una mujer es cuidar su hogar y su familia…*", mientras que "*el 43 % cree que el cometido más importante de un hombre es ganar dinero*[26]."

En la práctica, como decimos, esta cuestión repercute no solo en el acceso a determinados empleos, existiendo todavía en la actualidad un importante número de trabajos feminizados[27] -especialmente aquellos de menor cualificación y peores condiciones laborales- sino también en lo que al mantenimiento del mismo se refiere -existiendo un amplio número de mujeres que deben de abandonar su actividad profesional para cumplir con las tareas domésticas y de cuidado de la familia[28] que tradicionalmente le han venido siendo encomendadas-.

Todo estos aspectos, acaban repercutiendo en el momento de salida del mercado laboral, siendo las mujeres el colectivo que mayores dificultades encuentren a la hora de acceder en términos generales a las prestaciones de carácter contributivo[29].

Por otro lado, esta patente desigualdad de género no agota sus efectos a dicha prestación de jubilación, sino que también hace que existan un amplio número de prestaciones -especialmente de carácter no contributivo[30]- feminizadas en nuestro país, ante las dificultades existentes en

[23] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152

[24] Estrategia para la igualdad de género 2020-2025, p. 5.

[25] *Ibidem*.

[26] *Vid.* Estrategia para la igualdad de género 2020-2025, p. 6

[27] Entre los que pueden señalarse aquellos ligados al comercio -al por mayor y al por menor-, actividades sanitarias -auxiliares de enfermería hospitalaria-, trabajos de cuidados personales a domicilio, empleadas domésticas, personal de limpieza o aquellas relacionadas con la educación o con los servicios sociales. Al respecto Cfr. INE: "Ocupados por ramas de actividad, por tipo de ocupación, por situación profesional y por tipo de puesto laboral", disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259931459725&p.1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout y Observatorio de las ocupaciones: "Informe de del mercado de trabajo de las mujeres estatal. Datos 2021, 2022, p. 74, disponible en: https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-mujeres.html

[28] En este sentido, la pandemia del COVID-19 ha acrecentado aún la brecha de genero existente en el reparto de las tareas domésticas y del cuidado de los hijos y familiares. Así lo recoge el Instituto de la mujer: "La perspectiva de género, esencial en la respuesta a la COVID-19", 2020, p. 6, disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/actualidad/noticias/2020/Mayo/InformeCOVID19.htm, al haber detectado durante el periodo de confinamiento que: "son las que realizan la mayor parte del trabajo doméstico: el 70 % de las tareas de cuidado recae en las mujeres. Además, a las dificultades habituales de conciliación y falta de corresponsabilidad debe sumarse el cierre de los centros educativos, el teletrabajo y el confinamiento de la población en sus domicilios, provocando una sobrecarga de trabajo."

[29] *Vid.* Aragón Gómez, C.: "El impacto de la conciliación en el acceso a la protección en el sistema de seguridad social y en la intensidad de la cobertura: la brecha prestacional entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social" en VV.AA.: *Protección a la familia y seguridad social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Murcia, Laborum, 2018, p. 127.

[30] Tal y como recoge el Instituto de las Mujeres en su análisis sobre las personas beneficiarias de pensiones y prestaciones no contributivas en el año 2020 existía un mayor porcentaje de mujeres que acudía a dicho tipo de prestaciones en contraposición a los hombres. En concreto, mientras que se contabilizó un 158.660 hombres beneficiarios el número

el marco descrito para que este colectivo pueda obtener en el momento de su jubilación una prestación que permita garantizar su existencia digna.

De este modo, y evidenciada dicha conexión entre las condiciones presentes en el mercado de trabajo y el posterior acceso a una pensión de jubilación de carácter contributivo suficiente, analizaremos a continuación cuales son los principales rasgos presentes en la actividad que actualmente desarrollan las mujeres en el mercado de trabajo.

2.1.1. Ocupaciones y sectores de actividad en el que se insertan las mujeres en España

En primer lugar, debemos de partir analizando cual es el tipo de ocupación y sector en el cual se encuentran insertas un mayor número de mujeres, lo cual nos permitirá entender porque la pandemia ha mostrado tener un mayor impacto en este colectivo. En este punto, los intensos estereotipos de género a los que anteriormente se hizo alusión y que, como señalábamos, siguen teniendo un fuerte arraigo tanto en nuestro país como en el plano europeo, han condicionado la existencia de una fuerte segmentación del mercado de trabajo, existiendo una diferente concentración de hombres y mujeres en los distintos sectores económicos y ocupaciones. Así, se ha detectado como existe una mayor concentración de mujeres en determinados sectores como son la *sanidad, la educación o el comercio al por menor -cuidadores personales a domicilio, trabajadoras domésticas, auxiliares de enfermería, personal de limpieza, etc.,- donde "ocho de cada diez contratos fueron suscritos por mujeres*[31]*",* mientras que *los hombres ocupan la mayoría de los puestos de alta dirección y los trabajos manuales*[32]." Este desigual reparto del mercado de trabajo, ha repercutido en la incidencia que la pandemia del COVID-19 ha tenido en el empleo de este colectivo de trabajadoras, al haber afectado especialmente a actividades altamente feminizadas[33].

Así, los distintos informes y encuestas que analizan los efectos de la pandemia en nuestro mercado laboral, arrojan como, tanto en el momento de irrupción de la pandemia como dos años después, el colectivo femenino sigue siendo uno de los que en mayor medida ha sufrido el impacto de la crisis. Un análisis detallado de las distintas encuestas de población del año 2020 muestran cómo, si bien en el primer trimestre del año los datos de ocupación, paro y actividad se vieron paliados por la menor presencia de la pandemia -al haber comenzado la misma en marzo de dicho año-, no ocurre así en los sucesivos trimestres, arrojando los datos del último trimestre un número de mujeres en paro de 1.991.400 (18,33 %.) frente a un paro masculino

de mujeres ascendió a un total de 291.319, esto es, un 64,74 % del total. Disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/EmpleoPrestaciones/PensionesNOcontributivas.htm

[31] Cfr. Observatorio de las ocupaciones: Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres Estatal. Datos 2021, Madrid, Servicio Público de Empleo Estatal, 2022, p. 17, disponible en: https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-mujeres.html

[32] *Vid*. INE: "Ocupados por ramas de actividad, por tipo de ocupación, por situación profesional y por tipo de puesto laboral", disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259931459725&p.1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout#:~:text=Las%20ocupaciones%20con%20mayor%20porcentaje,oficina%20(15 %2C6%25).

[33] Así lo ha recogido a título ejemplificativo la OIT: "Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente", 2021, p. 3, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_806097.pdf, al establecer que: "las mujeres han padecido pérdidas de empleo e ingresos desproporcionadas, debido entre otras causas a que están sobrerrepresentadas en los sectores más afectados; muchas de ellas siguen trabajando en primera línea, sosteniendo los sistemas del cuidado, las economías y las sociedades, y ocupándose además de la mayoría de las actividades del cuidado no remuneradas, lo que pone de manifiesto la necesidad de que la recuperación tenga una perspectiva de género."

cifrado en 1.728.400 hombres (14,17 %)[34]. Actualmente, si bien dichos índices han mejorado significativamente, sigue apreciándose una marcada desigualdad de género en la tasa de ocupación y desempleo, ascendiendo el número de hombres en paro a 1.355.300 (10,99 %), mientras que en el caso de las mujeres se sitúa en 1.564.100 en total, esto es un 14,15 %, y por lo tanto casi cuatro puntos porcentuales por encima de la tasa de paro masculina[35]. Lo mismo ocurre si analizamos la tasa de actividad, manteniéndose la tasa de actividad femenina en torno al 52-54 % durante los distintos trimestres del año 2021, mientras que la masculina, con un índice mucho mayor, osciló entre el 62 % y 64 %[36].

Asimismo, los datos analizados arrojan como si bien puede apreciarse una recuperación de las tasas de actividad y afiliación femenina la misma no llega a alcanzar los niveles existentes con anterioridad a la pandemia[37] y además, dicha recuperación sigue enmarcándose en sectores donde existe una sobrerrepresentación femenina, destacando en particular el sector servicios donde se enmarcan *"más de nueve de cada diez nuevas afiliadas en 2021*[38]."

Es por ello que, para lograr una efectiva igualdad en el mercado de trabajo, se alza como una cuestión central promover la formación e incorporación de la mujer en aquellos sectores donde existe una menor representación de las mismas, siendo estos sectores, además, los que presentan mejores condiciones laborales y expectativas de futuro ante la cada vez más marcada digitalización del sector empresarial.

2.1.2. El contrato a tiempo parcial y temporal: su feminización en el mercado de trabajo español

En segundo lugar, otro rasgo que ha venido siendo predominante en el empleo femenino han sido las altas dosis de precariedad, tanto por las elevadas tasas de temporalidad presentes en los contratos de trabajo suscritos por estas, así como también por el predominio de los contratos de trabajo a tiempo parcial o de interinidad a los cuales se encuentran sujetas[39]. Esta cuestión, tiene una importante repercusión en la calidad y estabilidad del empleo de dichas trabajadoras, y es que, en la práctica, si bien dichos contratos de trabajo de carácter temporal o a tiempo parcial fueron instaurados en nuestro sistema como una medida de fomento del empleo, de modo que permitiesen afrontar las elevadas tasas de desempleo que sufría nuestro mercado de trabajo tras la crisis del año 2008[40], así como también como un mecanismo que permitiese aumentar la

[34] Cfr. EPA: Cuarto trimestre de 2020, disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/ep. 0420.pdf

[35] *Vid.* EPA: Segundo trimestre de 2022, disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/ep. 0222.pdf

[36] *Vid.* Observatorio de igualdad y empleo: Informe Estadístico Empleo con Perspectiva de Género 2021-2022, p. 5, disponible en: https://www.observatorioigualdadyempleo.es/downloads/empleo/

[37] Cfr. Observatorio de las ocupaciones: Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres Estatal. Datos 2021, cit., p. 16, disponible en: https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-mujeres.html

[38] Cfr. Gobierno de España: "La situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2021", 2021, disponible en:https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/situacion-mujeres/Mujeres-y-Mercado-de-Trabajo-2021.pdf , al establecer que las mujeres "desarrollan su actividad mayoritariamente en el sector servicios, donde trabajan más de 8 millones de mujeres, 8.099.100, el 88,8 % de las mujeres con empleo, en las actividades de comercio, sanidad, educación y hostelería, siendo relativamente baja su presencia en industria y mínima en construcción".

[39] *Vid.* Observatorio de las ocupaciones: Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres Estatal. Datos 2021, cit., p. 17, disponible en: https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-mujeres.html

[40] Así lo recoge CCOO: "Informe sobre la temporalidad en España", 2021, p. 2, disponible en: https://www.ccoo.es/5a5b506467d83d6b8a7535cd4a2bd260000001.pdf. Al disponer como "entre 2012 y 2020, el 91 % de los contratos que se firmaron era de carácter temporal."

flexibilidad empresarial, no existe indicio alguno de la relación entre el uso de dichas técnicas y la reducción de los índices de desempleo[41]. Lo que sí ha generado la utilización abusiva de dichos tipos de contrato en los últimos años, ha sido la consolidación en nuestro sistema laboral de la precariedad laboral y la reducción de las garantías de los trabajadores. Cuestión en la que, de nuevo, se alzan como principales víctimas las mujeres trabajadoras que, a raíz de dicho momento, han presentado mayores índices de temporalidad, de trabajo a tiempo parcial, de rotación, y han sido víctimas de un mercado altamente cambiante, ya que ante las débiles garantías laborales presentes en este tipo de contratos, han sido las primeras en ser expulsadas del mercado laboral en las épocas de crisis, cuestión que ha quedado más que demostrada, una vez más, ante la crisis del COVID-19. Basta con revisar las encuestas existentes en nuestro país sobre estas cuestiones para comprobar que, tal y como ha indicado la doctrina[42], los esfuerzos realizados por las distintas modificaciones legales operadas tanto en nuestro país como en el plano europeo son insuficientes en materia de desigualdad en el mercado de trabajo.

En la lucha contra esta cuestión, presenta un papel protagonista la LRL, la cual plasma entre sus objetivos la lucha contra las abusivas tasas de temporalidad y precariedad presentes en términos generales en nuestro marco laboral, y que afecta de manera especialmente acusada a mujeres y jóvenes. Pese a lo cual, si bien dicha reforma ocupa un papel relevante en el camino seguido en los últimos años para lograr una efectiva igualdad y paridad de género en nuestro mercado de trabajo, no podemos obviar que la misma se limita a realizar una "*consideración global de las distintas situaciones en que puede desplegarse de forma eficaz el intento de superación de las desigualdades de género*[43]*"*, centrándose posteriormente -prácticamente en exclusiva- a luchar contra la elevada temporalidad, pero sin abordar el resto de las posibles causas de dicha desigualdad en materia laboral.

En todo caso, tras la aprobación de dicha reforma, se ha apreciado una reducción significativa de los índices de temporalidad existentes en nuestro país, habiéndose disminuido el número de contratos temporales en 241.300 en el segundo trimestre del año 2022, lo que supone una reducción de la tasa de temporalidad de 1,92 centésimas[44], situándose en un 22,29 %. Si comparamos dichos datos con los del mismo trimestre del año 2021 vemos como en dicho caso la tasa de temporalidad no solo no disminuyó, sino que aumentó en 1,27 puntos, hasta situarse en el 25,06 %[45].

[41] *Vid.* Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: "El debate europeo sobre flexiguridad en el trabajo (reflexiones en torno al «libro verde» de la comisión de las comunidades europeas)", en *Revista Lan Harremanak*, núm. 16, 2007, p. 190.

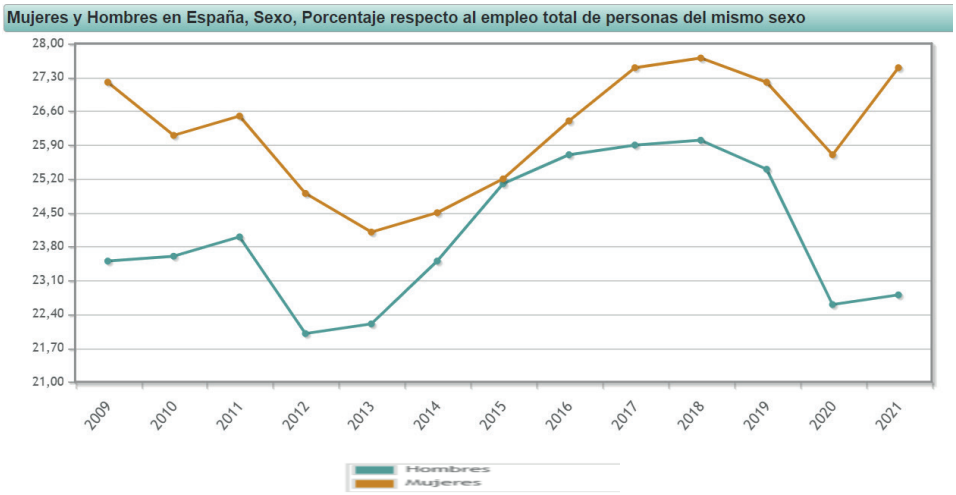
[42] *Vid.* Rodríguez Escanciano, S.: "Mujer y empleo: perspectiva de género y políticas activas en la contratación administrativa", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. Extra 1, 2019, p. 51.

[43] *Vid.* Goñi Sein, J.L.: "La perspectiva de género en la reforma laboral", en *Briefs* de la AEATSS, 2022, disponible en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/02/LA-PERSPECTIVA-DE-GENERO-EN-LA-REFORMA-LABORAL-goni.pdf

[44] *Vid.* EPA: Segundo trimestre de 2022, disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/ep. 0222.pdf

[45] *Vid.* EPA: Segundo trimestre de 2021, disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/ep. 0221.pdf

Empero, ello no significa que en este punto se haya eliminado las desigualdades de género existentes:



Fuente: INE-Porcentaje de asalariados con contrato temporal según periodo[46]

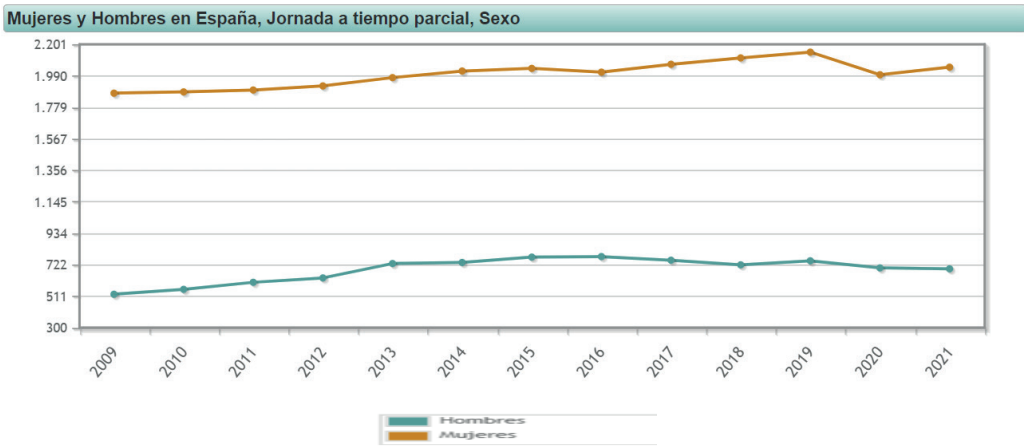
Tal y como puede apreciarse en el gráfico señalado sigue siendo muy superior el número de mujeres sujetas a un contrato de carácter temporal que el de sus homónimos masculinos, cuestión que, pese a la reducción obtenida por medio de la reforma laboral -y de la cual aún no tenemos datos diferenciados según género- requerirá un mayor tiempo para ser eliminada de nuestro sistema.

Si analizamos ahora las tasas de trabajo a tiempo parcial, vemos como la situación es mucho más preocupante desde un punto de vista de género. Así, mientras que el número de mujeres sujetas a un contrato de esta naturaleza asciende a un total de 2,071.6, dicha cantidad se reduce a 746.7 en el caso de los hombres[47], ello implica que prácticamente la totalidad de los contratos celebrados a tiempo parcial son realizados por mujeres, ya que la cantidad total de dichos contratos en el segundo trimestre del año 2022 se cifró en 2,818.3 personas.

[46] *Vid.* INE: Porcentaje de asalariados con contrato temporal según periodo, disponible en: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10898#!tabs-grafico

[47] Téngase en cuenta que las cantidades señaladas aparecen recogidas en miles según los criterios utilizados por el INE. Cfr. EPA: Segundo trimestre de 2022, disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/ep. 0222.pdf

De manera gráfica la evolución del trabajo a tiempo parcial en España ha sido la siguiente:



Fuente: INE- Número de trabajadores a tiempo parcial en el empleo total según periodo[48]

2.1.3. La brecha salarial en España

Además de la temporalidad y la precariedad, existen otros puntos donde la desigualdad existente entre hombres y mujeres en el ámbito laboral acaba repercutiendo posteriormente en el momento de acceder a una pensión de jubilación de carácter contributivo, como son el hecho de que las mujeres presenten carreras de cotización más irregulares -cuestión en la que como veremos incide de manera directa y determinante la maternidad-, así como también el hecho de que las mismas tiendan a ser peor remuneradas[49] por un trabajo de igual valor-lo que se conoce como la brecha salarial-."

En lo que respecta a la primera de dichas cuestiones, en los últimos años se han impulsado una serie de medidas destinadas a paliar la patente desigualdad de género existente en materia salarial[50]. Si bien es cierto que a raíz de la implantación de dichas medidas ha venido apreciándose una disminución de la brecha salarial -habiéndose reducido en casi tres puntos en el año 2019 respecto a años anteriores-, la misma sigue manteniendo una cifra preocupante, estimándose que las mujeres perciben únicamente un 79 % del salario que perciben sus homólogos masculinos[51], cifra que empeora considerablemente si la analizamos en el marco del trabajo informal, en el cual predomina el número de mujeres[52]. En este sentido, los últimos datos disponibles en esta materia,

[48] Cfr. INE: Número de trabajadores a tiempo parcial en el empleo total según periodo, disponible en: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10893#!tabs-grafico

[49] Cfr. Sánchez-Urán Azaña, M.Y.: "Seguridad Social y economía digitalizada", en VV.AA.: Perspectivas jurídica y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020), cit., p. 940.

[50] Entre los que puede destacarse el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación o más recientemente el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

[51] Cfr. OIT: "Global Wage Report 2020-21: Wages and minimum wages in the time of COVID-19 International Labour Office", Genova, 2020, P. 96, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_762534.pdf

[52] Ibidem, p. 28.

arrojan como en el año 2019 mientras las mujeres en términos medios percibieron un total de 21.682,02 € anuales, los hombres en la misma situación ganaron en torno a 26.934,38 €[53].

Estas diferencias salariales encuentran en muchas ocasiones su justificación en las barreras con las que las mujeres se encuentran a la hora de acceder a un empleo remunerado, acorde a su cualificación, a tiempo completo y sin interrupciones, y es que, a menudo la vida laboral de las mismas es de carácter discontinuo, acumulando en consecuencia menos experiencia y paliando sus posibilidades de desarrollarse y crecer profesionalmente, lo que a su vez *"puede incidir negativamente en complementos salariales vinculados a la permanencia en la empresa o a la productividad*[54]*."* No obstante, la mayor desigualdad existente en este punto carece de toda justificación más allá del propio género, utilizándose los complementos salariales como mecanismo para ocultar la evidente discriminación de género que ellos esconden[55].

En todo caso, es evidente que existe una relación directa entre dichas desigualdades en materia salarial y la existente brecha de género en las pensiones, ya que en un sistema de protección social de carácter contributivo, donde el importe de las prestaciones se encuentra vinculado a las "*cotizaciones o aportaciones previamente efectuadas para la financiación de dichos regímenes contributivos*, *las cotizaciones sociales, a su vez, guardan una relación directa con los salarios o remuneraciones percibidas, puesto que constituyen su base económica de cálculo*[56]*."* Es por ello que, para alcanzar una igualdad formal[57] tanto en materia laboral como el ámbito de la protección social, resulta indispensable avanzar significativamente en este punto, logrando que dichas diferencias injustificadas en materia salarial, y en general en el resto de condiciones laborales, desaparezcan.

En segundo lugar, como otra de las cuestiones que marca el camino profesional de un amplio número de mujeres, debemos de hacer referencia a la maternidad. Como se ha señalado, uno de los principales problemas que lastran el desarrollo profesional de las mujeres son precisamente los arraigados estereotipos y roles de género existentes en nuestro país, los cuales ligan de manera directa las obligaciones familiares y del cuidado del hogar a la figura de la mujer, como responsable de las mismas, mientras que el hombre ha sido retratado como el obligado a sustentar a su familia aportando suficientes recursos económicos.

Si bien, tal y como vimos anteriormente, se ha avanzado positivamente en este punto -habiéndose producido una progresiva y cada vez mayor incorporación de la mujer al mercado laboral, promoviéndose la corresponsabilidad y luchándose por eliminar los estereotipos de

---

[53] *Vid.* CCOO: "Informe 22 de febrero de 2022 día para la eliminación de la brecha salarial", 2022, disponible en: https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Informe-BRECHA-SALARIAL-2022.pdf

[54] *Vid.* Aragón Gómez, C.: "El impacto de la conciliación en el acceso a la protección en el sistema de seguridad social y en la intensidad de la cobertura: la brecha prestacional entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social", cit., p. 124.

[55] Ejemplo de esta cuestión pueden encontrarse en Lozano Lares, F.: "Los déficits de protección social del trabajo femenino", en *Revista General De Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, p. 91, el cual recoge a título ejemplificativo "la segregación ocupacional horizontal, que se da cuando, en el mismo nivel ocupacional y con idéntico e incluso superior nivel educativo, las mujeres ejercen actividades laborales diferentes y peor remuneradas, o la peculiar relación inversa entre salarios y feminización que se constata en el caso de empresas altamente feminizadas, donde se advierte que cuanto mayor es el grado de feminización, menor es el salario promedio por hora de trabajo que se paga en esa empresa."

[56] Cfr. Lozano Lares, F.: "Los déficits de protección social del trabajo femenino", cit., p. 90.

[57] Ya que como señalan Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad", en *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, "la igualdad formal no impide el desarrollo de lo diferente, que es lo que precisamente define al ser humano"

género que coartan la libertad de las mujeres a la hora de acceder a determinados puestos de trabajo, etc.- siguen existiendo indicadores suficientes que nos muestran la cruda realidad. Y es que, la maternidad, pese a las distintas medidas adoptadas para evitarlo, sigue presentando un impacto negativo en el empleo femenino[58].

Es significativo el número de mujeres que deben de poner en una balanza el mantener su carrera profesional o abandonarla para asumir las obligaciones familiares que socialmente se le siguen imponiendo. Son diversos los informes que muestran como "*las condiciones de trabajo de las mujeres suelen empeorar mientras que su carga general de trabajo y responsabilidades de prestación de cuidados aumenta*[59]*",* ya que si en términos generales es mayor el número de hombres que dedican un mayor porcentaje de su tiempo al trabajo de carácter extradoméstico, "*cuando en el hogar se constata la existencia de hijos pequeños o de personas adultas en situación de dependencia el tiempo de dedicación al hogar de las mujeres se duplica, permaneciendo inalterable el tiempo de dedicación de los hombres*[60]*.*"

2.2. La incidencia de la digitalización en el trabajo desde una perspectiva de género

Junto a todos estos significantes fenómenos, cabe destacar como uno de los más relevantes, las modificaciones que en nuestro país ha introducido la denominada como «*cuarta revolución industrial*» o «*Industria 4.0.*». La digitalización de las empresas y de nuestro propio sistema de Seguridad Social ha supuesto sin duda importantes ventajas, mejorando y facilitando el tratamiento de datos y de la información, permitiendo manejar en un menor tiempo un mayor número de solicitudes o incluso facultando la presentación de documentación o solicitud de prestaciones y servicios de carácter social de manera telemática, esto es, sin necesidad de acudir presencialmente a las distintas oficinas existentes, lo cual facilita el acceso a toda la población a las mismas independientemente del lugar en el cual se encuentren -cuestión de indudable relevancia ante los problemas de despoblación de las zonas rurales y concentración en la urbe existente en nuestro país-, así como para aquellas personas que presentan problemas de movilidad o que encuentran barreras de accesibilidad, agilizando con todo ello también los procedimientos[61].

No obstante, también son relevantes los riesgos y retos que ello plantea, como son aquellos ligados a la protección de datos, los ciberataques, la inversión en medios, etc. Y por supuesto, también en lo que a la actividad laboral se refiere ya que, como ha venido señalando la doctrina, la introducción de dichas innovaciones tecnológicas supone en numerosas ocasiones un cambio radical en la forma de realización de la labor productiva, suprimiendo un importante número de puestos de trabajo y sustituyéndolo por otros nuevos[62].

Si bien nuestro sistema laboral ya venía enfrentándose a los distintos cambios impulsados en nuestro entorno en los últimos años, dicho proceso ha sufrido un cambio radical a raíz de la

[58] Así lo recoge el Gobierno de España: "La situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2021", 2021, p. 4, disponible en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/situacion-mujeres/Mujeres-y-Mercado-de-Trabajo-2021.pdf

[59] Cfr. OIT: "Igualdad de género y empoderamiento de la mujer en el mundo del trabajo en situaciones de fragilidad, conflicto y desastre", 2022, disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/employment-promotion/recovery-and-reconstruction/WCMS_844044/lang--es/index.htm

[60] *Vid.* Aragón Gómez, C.: "El impacto de la conciliación en el acceso a la protección en el sistema de seguridad social y en la intensidad de la cobertura: la brecha prestacional entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social" en VV.AA.: *Protección a la familia y seguridad social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, cit., p. 123.

[61] Cfr. PT 2020, p. 65.

[62] Cfr. Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G.: "La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario", en Revista crítica de relaciones de trabajo, núm. 2, 2022.

pandemia del COVID-19, habiendo la misma acelerado y ampliado la llegada e implantación de todas las tendencias señaladas en nuestro sistema laboral[63].

Pese a los esfuerzos realizados, era ya manifiesto en el año 2020 que la velocidad a la cual se producían los cambios en nuestro sistema social no se encontraba en línea con las necesarias modificaciones que ello requería en el sistema de Seguridad Social. Cuestión que, como no podía ser de otra forma, se vio aún más agravada como consecuencia de la irrupción de la pandemia, la cual, tal y como ha recogido la doctrina, se ha mostrado como un «*hecho social total*[64]» incidiendo desde un punto de vista no solo sanitario, sino también social, económico, político y también jurídico.

Uno de los cambios introducidos por la pandemia ha sido la generalización masiva y sin precedentes de tendencias que, si bien venían cobrando fuerza y relevancia en el debate jurídico-laboral en los años precedentes, sin la misma no habrían alcanzado la relevancia que hoy en día presentan. En particular, nos referimos a la generalización de modalidades de trabajo como por ejemplo es el teletrabajo o el trabajo en plataformas digitales, haciendo con ello patente la necesidad de establecer medidas legales que permitan garantizar la protección de los trabajadores en estas formas de trabajo hasta entonces, prácticamente residuales en nuestro país.

Así, la misma dio lugar a una generalización masiva en el uso de las TICS o como vienen denominándolas las voces más autorizadas en la materia, las Tecnologías de la Relación, la Información y la Comunicación -en adelante TRICS-. y mostró que el futuro del trabajo pasaba, en un importante número de empleos, por el uso de las facilidades que las mismas presentan.

Sin embargo, no todo son beneficios y oportunidades, sino que la introducción y generalización de estas novedosas formas de trabajo a través de las TICS o plataformas digitales, caracterizadas por una mayor flexibilidad y autonomía en la prestación del servicio, han dado lugar al surgimiento o aumento a lo largo de los últimos años de las denominadas «*zonas grises*[65]» o incluso, han sido vistas como una nueva oportunidad para desplazar la protección que nuestro sistema jurídico laboral establece para los trabajadores, camuflando auténticas relaciones de trabajo de carácter asalariado y por cuenta ajena bajo la falsa apariencia de una relación por cuenta propia, aumentando con ello el número de falsos autónomos[66] o, en el peor de los casos, el número de trabajadores informales.

Este tipo de relaciones laborales, que tradicionalmente presentaban un carácter excepcional, se han convertido ahora en la regla[67], no habiéndose producido sin embargo una adaptación acorde del sistema normativo laboral a esta nueva realidad, lo cual deriva en una desprotección de los trabajadores sujetos a estas formas de trabajo.

---

[63] *Vid.* Pérez González, E.: "El potencial de la tecnología para el futuro del trabajo" en VV.AA.: *Digitalización y protección social. 30 desafíos para el 2030*, Madrid, Gerencia de Informática de la Seguridad Social, 2021, p. 32.

[64] *Vid.* Monereo Pérez, J.L. y López Vico, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*, Murcia, Laborum, 2022, p. 24.

[65] Cfr. Grau Pineda, C.: "La economía digital o de plataformas («platform economy») como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario)", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit.

[66] Cfr. Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G.: "La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario", en *Revista crítica de relaciones de trabajo*, núm. 2, 2022, p. 13.

[67] *Vid.* Sánchez-Urán Azaña, M.Y.: "Seguridad Social y economía digitalizada", en VV.AA.: *Perspectivas jurídica y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo»* (2020), Hierro Hierro, F.J. (Dir.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 918.

En los últimos años, son ya numerosos los estudios e informes que han advertido de dichos riesgos, resaltando estos como determinados colectivos pueden verse especialmente afectados por los mismos, entre los que destaca el colectivo femenino. La fuente de dicha desigualdad se encuentra en los estereotipos y tradicionales roles de género anteriormente analizados y que trasladan sus efectos también al ámbito laboral causando dicho tratamiento desigual de la mujer respecto a sus homólogos masculinos.

Como decimos, si bien por medio de las múltiples iniciativas tanto normativas como no normativas promovidas tanto en el plano nacional como europeo se han logrado importantes avances en esta materia, la digitalización ha resaltado la existencia de nuevos riesgos que amenazan con reforzar dichos roles tradicionales de género y con ello, la consideración de la mujer como un trabajador de segunda, cuyo trabajo tiene un menor valor y por tanto, cerrándole la puerta a optar a unas condiciones de trabajo dignas y acordes a su formación y cualificación.

La tónica señalada puede verse en diversos aspectos que, dado el límite de espacio, no entraremos a analizar. No obstante, una vez estudiada ya la actual situación de la mujer en el plano laboral, resulta imperativo realizar al menos una breve referencia a cuáles son sus expectativas de futuro en el mercado laboral. En tal modo, si bien desde un primer momento ha existido una infrarrepresentación de las mujeres en determinadas carreras universitarias, especialmente en aquellas cuyo desempeño se encuentra ligado a la figura masculina como son aquellas de la rama científica tales como las matemáticas, las distintas ingenierías o la tecnología, en los últimos años se ha detectado una progresiva disminución[68] del número de mujeres matriculadas en las mismas[69]. En este mismo sentido, estudios recientes muestran como únicamente un 0,5 % de mujeres son graduadas en TIC en España, estando este porcentaje por debajo de la media europea pero bastante cerca de los porcentajes de países vecinos como son Italia, en el que la cifra de graduadas cae a un 0,1 % o Francia, el cual muestra el mismo porcentaje de graduadas en TIC que España pero con una menor diferencia de género[70]. Ello, en un mercado como el actual, donde los dispositivos electrónicos se han convertido una herramienta indispensable de trabajo, hace patente la situación de indefensión y vulnerabilidad ante el cual se encuentra este colectivo, ya que precisamente los profesionales en esta rama de conocimiento son los que presentan mayores oportunidades de encontrar trabajo y de crecer profesionalmente[71], reflejándose ello posteriormente en el momento de acceder a una pensión de jubilación de carácter contributivo. Es por ello que la doctrina ha evidenciado que, en una situación como la descrita, cobra un papel protagonista la formación, tanto de cara a "reducir la vulnerabilidad de los trabajadores ante el riesgo de pérdida de sus empleos en el momento presente" como a garantizar su futura

[68] Así puede verse en Mella Méndez, L.: "Mujer trabajadora y empleo tecnológico: medidas de actuación urgente contra la brecha digital de género , la brecha de género en el ámbito digital", en *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 66, 2020, la cual recoge como "la participación de las mujeres en la de Ingeniería y arquitectura (en universidades públicas) ha descendido durante los últimos cuatro cursos académicos, representando un 24,9 % en el curso 2018-2019, frente al 25,5 % del curso 2015-2016 (14). En esta línea, si tomamos la serie histórica desde el curso académico 2010-2011 hasta el 2016-2017, el descenso de la matrícula de las chicas en la citada rama supone el 33 %, con lo que se sitúa en la bajada más significativa en todas las ramas"

[69] Gobierno de España: Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, 2021, p. 106, disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

[70] Así se encuentra reflejado en el estudio ofrecido por el Observatorio Nacional de la Tecnología y la Sociedad: "Indicadores de Género de la Sociedad Digital", 2021, pp. 95-96. Disponible en: https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2021-08/indicadoresgeneromarzo2021.pdf

[71] *Vid.* Sierra Benítez, E.M.: "¿Las nuevas tecnologías influyen en la discriminación o la van a eliminar? (El empleo 4.0 desde una perspectiva de género)",en *Noticias Cielo*, núm. 4, 2019, al disponer que la propia Comisión Europea estimó que en el año 2020 en España podía "haber una demanda de perfiles digitales sin cubrir en torno a 80.000 puestos."

empleabilidad[72], siendo este uno de los puntos clave en el que deben de centrarse las distintas medidas que se dirijan en nuestro país a conseguir la igualdad en el mercado de trabajo.

2.3. La brecha de género en las pensiones

El conjunto de rasgos característicos de la labor prestada por el colectivo femenino en nuestro país, entre los que destacan la desigualdad, la existencia de un amplio número de trabajos feminizados, el techo de cristal, la brecha salarial, las interrupciones como consecuencia de la maternidad, el abuso de la temporalidad y del trabajo a tiempo parcial, etc., hacen que dichas desigualdades de carácter estructural que sufren las mujeres en el mercado de trabajo, se trasladen también posteriormente al momento de acceder a las prestaciones de carácter contributivo en general -al fijarse las mismas como su propio nombre indica sobre la base del tiempo y de la cantidad cotizada- y especialmente en la pensión de jubilación, donde los datos publicados por distintos organismos en nuestro país permiten apreciar la marcada brecha de género existente[73], con las consecuencias que ello tiene en aras de garantizar la existencia digna de este colectivo. En este sentido, los últimos datos publicados por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales -en adelante IMSERSO-, muestran el sesgo existente en el número de beneficiarios de las pensiones de jubilación de carácter no contributivo, en el cual predominan significativamente las mujeres. En concreto, mientras que el número de hombres beneficiarios de este tipo de prestación asciende en nuestro país a un total de 54.755 personas, el número de beneficiarias se encuentra en un total de 152.492, esto es, un 74,17 % de los beneficiarios de esta prestación son mujeres[74]. Por el contrario, si analizamos los datos disponibles sobre las beneficiarios por sexo de la pensión de jubilación de carácter contributivo vemos como dichas cifras se invierten, ascendiendo el número de mujeres pensionistas a 2.389.469 personas, mientras que el de hombres es significativamente mayor, ascendiendo a 3.733.472 personas[75].

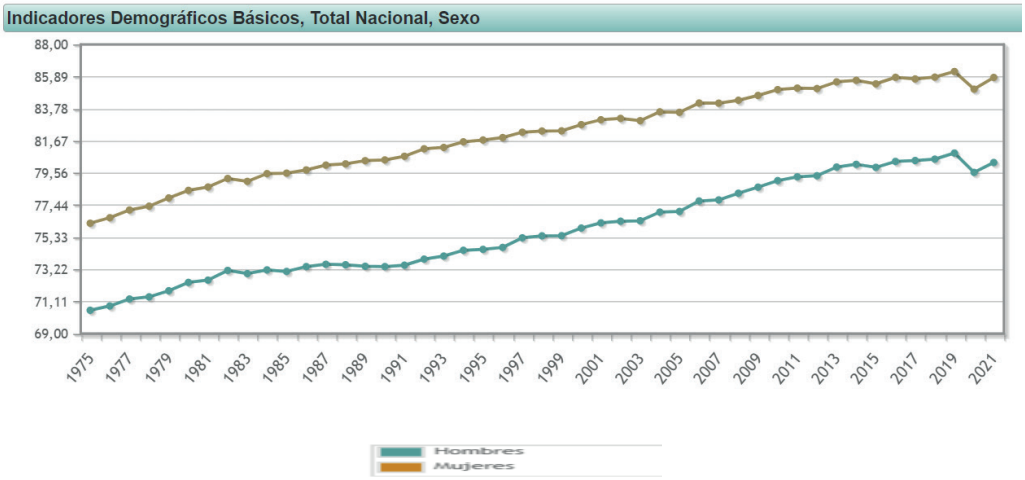
Además, tenemos que tener en cuenta el aumento significativo que a lo largo de las últimas décadas ha sufrido el índice de la esperanza de vida en nuestro país, el cual refleja como las mujeres presentan una esperanza de vida significativamente mayor que sus homólogos masculinos. Así puede verse en el siguiente gráfico:

[72] Cfr. Sánchez-Urán Azaña, M.Y.: "Seguridad Social y economía digitalizada", en VV.AA.: *Perspectivas jurídica y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo»* (2020), Hierro Hierro, F.J. (Dir.), cit., p. 932.

[73] *Vid.* Grau Pineda, C.: "Las nuevas recomendaciones del Pacto de Toledo 2020 para combatir la brecha de las pensiones", en VV.AA.: Perspectivas jurídica y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020), cit., p. 770.

[74] IMSERSO: "Pensiones no contributivas de la seguridad social prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad informe del seguimiento y evolución de la gestión", 2022, disponible en: https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/infene2022.pdf

[75] *Vid.* Gobierno de España: "El gasto en pensiones contributivas se sitúa en el 11,8 % del PIB", 2022, disponible en: https://www.inclusion.gob.es/web/guest/w/el-gasto-en-pensiones-contributivas-se-situa-en-el-11-8-del-pib-2



Fuente: INE- Esperanza de Vida al Nacimiento según sexo[76].

Como puede observarse en el mismo, en el año 2021 la esperanza de vida estimada en el colectivo masculino se cifraba en torno a los 80 años, mientras que el de las mujeres en casi 86 años, esto es prácticamente 6 años de diferencia. Asimismo, en este punto no solo nos interesa la esperanza de vida, sino también, y en mayor medida, lo que se denomina como «*esperanza de vida en buena salud*» o «*esperanza de vida libre de discapacidad*», esto es, "*el promedio de número de años esperados que vive una persona disfrutando de buena salud (en ausencia de limitaciones funcionales o de discapacidad)*[77]", ya que ello derivará en una serie de necesidades de carácter económico y social que permitan garantizar el envejecimiento digno. Si analizamos los datos disponibles en este punto, vemos como la esperanza de vida en buena salud es significativamente inferior a la esperanza de vida en términos generales, y más próxima entre ambos sexos. En concreto, la misma se cifraba según los últimos datos del año 2019 en unos 70 años en el caso de las mujeres -es decir, unos 16 años menos de lo estimado para la esperanza de vida-, y en torno a 69 años para los hombres -unos 11 años menos-.

El conjunto de los datos analizados nos permiten ver dos cuestiones relevantes y que no resultan coherentes con los actuales problemas de género señalados en materia de pensiones. Por un lado, al ser significativamente mayor la esperanza de vida de las mujeres que de los hombres, las mismas *"pueden necesitar más ingresos de pensiones que los hombres*[78]*."* Pese a lo cual, tal y como se ha visto, dados los rasgos imperantes en las relaciones laborales de la mayor parte de las mujeres en nuestro país, son precisamente estas las que presentan mayores dificultades para acceder a la pensión de jubilación de carácter contributivo. Por otro lado, no podemos obviar como la esperanza de vida en buena salud es significativamente menor en nuestro país, aproximándose además el índice de los hombres y de las mujeres en este punto. Ello significa, que

[76] Disponible en: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1414#!tabs-grafico

[77] *Vid.* Instituto Nacional de Estadística: "Esperanza de vida en buena salud", disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259944484675&p.1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleFichaIndicador&param3=1259937499084

[78] Domínguez Fabián, I.: "Complemento de maternidad y eliminación de la discriminación indirecta en los tiempos parciales: avanzando en la reducción de la brecha de género", en VV.AA.: *Perspectivas jurídica y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo»* (2020), Hierro Hierro, F.J.(Dir.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 800.

además de acceder en la mayoría de los casos las mujeres a una pensión de menor cuantía o de carácter no contributivo, van a tener unos mayores gastos asociados a la salud.

3. Referencias contenidas en el informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo en torno a esta cuestión

Ante el relevante impacto que esta cuestión presenta en nuestro marco social, el PT 2020 no ha quedado ajeno al mismo dedicando varias de sus recomendaciones a los puntos que a lo largo de todo este estudio han ido evidenciándose dentro de lo que la situación y protección laboral de las mujeres en nuestro país se refiere. En particular, por su alusión directa a este colectivo, cabe subrayar lo dispuesto en la recomendación número 17, la cual, bajo la rúbrica «*mujeres y Seguridad Social*», alude de manera expresa a como pese a las distintas medidas normativas adoptadas en nuestro país en los últimos años, sigue existiendo una marcada brecha de género en materia de pensiones. Lo cual, tal y como señala el propio informe, se debe a que en nuestro país las distintas intervenciones normativas en esta materia se han producido de manera desorganizada, surgiendo en momentos de crisis para otorgar una respuesta coyuntural a una situación de necesidad concreta, pero no con carácter preventivo como forma de afrontar un problema que, sobre la base del análisis señalado, es de carácter estructural[79]. En aras de lograr una mayor protección de este colectivo, se señala la necesidad de comenzar abordando los problemas que en esta materia existen en el plano laboral, ya que ello, tal y como hemos visto, posteriormente termina por reflejarse en materia de seguridad social. Así, se alude en el informe a una serie de retos que deben de perseguirse para lograr la efectiva igualdad en ambos planos, señalándose entre otros, el fomento de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, eliminándose así los tradicionales roles de género que asocian la figura de la mujer a la de la responsable del cuidado del hogar y de la familia. Por otro lado, también se evidencia el impacto que la desigualdad retributiva presenta en el acceso a la pensión en iguales condiciones que sus homólogos masculinos. Por último, también se alude a la repercusión negativa que en este punto presenta la temporalidad y parcialidad en el trabajo, siendo en ambos casos mayor el número de mujeres sujetas a este régimen que el de hombres. Si bien todos los puntos señalados reflejan cuestiones clave que, tal y como hemos visto, siguen constituyendo rasgos presentes en la mayor parte del trabajo desempeñado por las mujeres en nuestro país, y que deben de ser afrontados para lograr alcanzar la igualdad en materia de pensiones, nos sorprende que en ningún punto de esta recomendación se aluda a los posibles riesgos que, en materia de igualdad en el ámbito laboral y de seguridad social, puede generar la digitalización de la economía.

Si analizamos el resto de disposiciones, encontramos que la número 19 bis, bajo la rúbrica «*Seguridad Social y Economía Digitalizada*», hace alusión al impacto que esta tendencia puede tener en el plano laboral. No obstante, tampoco en la misma encontramos una alusión directa al colectivo femenino, pese a que, tal y como se ha visto a lo largo de este estudio, es uno de los que en mayor medida puede sufrir las consecuencias de dicha digitalización, tanto por el tipo de sectores productivos donde las mismas se encuentran en su mayoría afiliadas como por el refuerzo de los tradicionales roles de género que estas nuevas tecnologías pueden suponer, ya que, el hecho de realizar la labor productiva desde el domicilio gracias a las TICS, puede dar lugar -y de hecho así se está viendo ya en la práctica- a un aumento de la carga que recae sobre la mujer, al deber de afrontar la misma tanto las tareas de cuidado del hogar y de la familia que cultural y socialmente se le siguen imponiendo, al mismo tiempo que aquellas asociadas a su actividad productiva -habiendo prolongado significativamente las TICS las jornadas laborales más allá de

[79] *Vid.* Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD Ley 3/2021, de 3 de febrero)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, cit, p. 13.

los límites legalmente establecidos-. Ello hace no solo que dicho estrés acabe repercutiendo a su salud, sino que en muchos casos ante la imposibilidad de compatibilizar ambas obligaciones un amplio número de mujeres acabe abandonando su actividad retribuida, perjudicando así tanto su desarrollo profesional como posteriormente la pensión a la que la misma podrá acceder, al estar basado nuestro sistema en el tiempo y cuantía de cotización.

Además, como señala dicha recomendación, no podemos obviar el riesgo de que las TICS supongan el "surgimiento de nuevas formas de empleo atípico y de autoempleo", aumentando con ello el número de falsos autónomos o incluso de trabajadores informales, donde también las mujeres siguen siendo uno de los colectivos que más siguen sufriendo este tipo de abusos[80].

Con el fin de afrontar dichos problemas, se han impulsado en nuestro país desde la aprobación del PT 2020 una serie de normas. Entre ellas, cabe destacar el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico -en adelante y para abreviar RD 3/2021-, el cual recoge de manera expresa que "*no es exagerado afirmar que la brecha de género constituye la principal insuficiencia de la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas*." Constatándose en este sentido como "*la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida*." Estableciéndose como objetivo concreto "*reducir la brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación por debajo del 5 por ciento*" por medio del denominado como « *Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género*». Además de esta medida dedicada específicamente a impulsar la igualdad en materia de pensiones, en este caso paliando la incidencia negativa que en la misma ha mostrado tener la maternidad, nos interesan también aquellas que se dirigen no al problema en sí una vez que surge, sino aquellas que directamente buscan el núcleo del mismo para eliminarlo, esto es, aquellas que de manera directa tratan de eliminar la discriminación existente en el mercado de trabajo. Así puede señalarse por ejemplo aquellas medidas aprobadas para la lucha contra el abuso de la temporalidad y precariedad laboral -a través de la reciente reforma laboral-.

No obstante, pese a la existencia de dichas medidas normativas, para garantizar que la digitalización no suponga un retroceso en los avances conseguidos en esta materia, son muchas las cuestiones que han quedado pendientes. En primer lugar, resulta crucial derribar los estereotipos de género que siguen existiendo en torno a ciertas carreras universitarias y oficios, de modo que la mujer se encuentre presente también en aquellos sectores ligados a la ciencia y a las TICS, ya que son los sectores que mayores expectativas de futuro presentan. En este mismo sentido, debe de potenciarse la adquisición por parte de las mismas de las habilidades necesarias para manejar dichos dispositivos electrónicos, al haberse convertido este en un requisito fundamental para acceder a un amplio número de oficios. Por otro lado, la expansión de formas de trabajo novedosas como el teletrabajo no pueden ser vistas como una vía de escape de las garantías legalmente recogidas en nuestra normativa laboral, como ya ocurría con las plataformas colaborativas, sino que ante las especialidades presentes en estas formas de trabajo y la falta de adaptación

[80] Basta para ello con pensar por ejemplo en la figura de los cuidadores no profesionales, colectivo en el que también predomina el número de mujeres, y que tradicionalmente ha sufrido la ausencia de una adecuada "protección social que dignifique su trabajo y que compense la pérdida o reducción de sus expectativas de inserción laboral en el mercado de trabajo." Al respecto, *Vid.* Guindo Morales, S.: "El derecho a la Seguridad Social de los cuidadores familiares de las personas dependientes: un derecho al trabajo decente", en VV.AA.: *Protección a la familia y seguridad social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral,* Murcia, Laborum, 2018, p. 202.

de nuestra normativa laboral, será necesario llevar a cabo las modificaciones pertinentes o la aprobación de nuevas normas o reglamentos que permitan garantizar que los trabajadores sujetos a estas formas de trabajo no sean objeto de abusos, camuflando una auténtica relación laboral de carácter asalariado bajo la forma de un falso autónomo o de un TRADE o, en el peor de los casos, en trabajadores informales, exentos de toda garantía y protección. Al ser las mujeres uno de los colectivos más expuestos a estos nuevos peligros derivados de la expansión de las TICS, cabe adoptar una serie de garantías adicionales, y es que, en su caso, además de todos los peligros señalados, estas nuevas formas de trabajo pueden aumentar la desigualdad de género ya existente en nuestro mercado laboral, expulsando a las mismas de los centros empresariales, convirtiéndolas en trabajadoras «*invisibles*» sin voz en la empresa, sin fuerza colectiva como consecuencia del aislamiento en sus domicilios, y convirtiéndose con ello en una vía para esconder posibles desigualdades retributivas o de otra índole al dificultar que, al prestar las mismas su trabajo desde su domicilio u otro lugar -bajo la excusa de fomentar la conciliación de la vida personal y profesional- puedan tomar conocimiento de dichas desigualdades. Esta situación puede provocar que de nuevo las tareas de cuidado del hogar y de la familia recaigan sobre la misma, aumentándose así la carga a la que debe de hacer frente, con las nocivas consecuencias que ello puede tener en su desempeño y desarrollo profesional.

4. Conclusiones críticas

La digitalización, al igual que ha ocurrido en el resto de las revoluciones que han impactado en nuestro mercado de trabajo, supone un cambio radical en la propia configuración del trabajo asalariado, introduciendo nuevas formas -hasta entonces desconocidas o residuales en nuestro país-, difuminando la línea divisoria entre trabajo dependiente y autónomo, y, en definitiva, haciendo necesario adaptar nuestro sistema normativo en tu totalidad a dichas nuevas formas de trabajo en las que las TICS han pasado de ser un recurso de apoyo para convertirse en una herramienta indispensable.

Ante esta situación, resulta imperativo continuar con la modernización que desde unos años atrás se ha venido produciendo en nuestro país y que, si bien no ha logrado acabar con la raíz del problema, si han permitido apreciar ciertos avances positivos. Así, ante los marcados y evidentes riesgos que desde un punto de vista de género supone la digitalización, no puede dejarse recaer el peso de esta cuestión en los convenios colectivos o individuales, debiéndose garantizar que la digitalización y la utilización de las TICS no aumenten las desigualdades de género ya presentes en el ámbito laboral.

5. Bibliografía

Aragón Gómez, C.: "El impacto de la conciliación en el acceso a la protección en el sistema de seguridad social y en la intensidad de la cobertura: la brecha prestacional entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social", en VV.AA.: *Protección a la familia y seguridad social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral,* Murcia, Laborum, 2018.

Domínguez Fabián, I.: "Complemento de maternidad y eliminación de la discriminación indirecta en los tiempos parciales: avanzando en la reducción de la brecha de género", en VV.AA.: *Perspectivas jurídica y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020)*, Hierro Hierro, F.J. (Dir.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Fernández Collados, M.B.: "Avances y retos pendientes en el derecho a la pensión de jubilación contributiva de los trabajadores a tiempo parcial", en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 220, 2019.

González Almuiña, E.: "El teletrabajo con perspectiva de género" en VV.AA.: *Teletrabajo, elementos técnicos, jurídicos y gestión de conflictos*, Sánchez García, A. (Coord.), México, Tirant lo Blanch, 2020.

Goñi Sein, J.L.: "La perspectiva de género en la reforma laboral", en *Briefs de la AEATSS*, 2022.

Grau Pineda, C.: "La economía digital o de plataformas («platform economy») como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario)", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 213, 2018.

Grau Pineda, C.: "Las nuevas recomendaciones del Pacto de Toledo 2020 para combatir la brecha de las pensiones", en VV.AA.: *Perspectivas jurídica y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020)*, Hierro Hierro, F.J. (Dir.*),* Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Guindo Morales, S.: "El derecho a la Seguridad Social de los cuidadores familiares de las personas dependientes: un derecho al trabajo decente", en VV.AA.: *Protección a la familia y seguridad social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Murcia, Laborum, 2018.

Hierro Hierro, F.J.: "El reto de ofertar una protección adecuada a colectivos precarizados en un sistema construido sobre la estabilidad en el empleo: acceso a una ocupación de calidad y apuesta por una campaña pedagógica clara", en VV.AA: *Perspectivas jurídica y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020)*, Hierro Hierro, F.J (Dir.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Kahale Carrillo, D.T.: "La brecha de género en el sistema de pensiones: cuestiones para tener en cuenta", en *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 62, 2022.

López Vico, S.: "Juventud y trabajo: ¿dónde están los puestos de trabajo? ¿dónde no?", en *Noticias Cielo*, núm. 6, 2022.

Lozano Lares, F.: "Los déficits de protección social del trabajo femenino", en *Revista General De Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021.

Marín Alonso, I.: "Las zonas grises", en *Tratado de Derecho del Trabajo,* Iustel, 2002.

Mella Méndez, L.: "Mujer trabajadora y empleo tecnológico: medidas de actuación urgente contra la brecha digital de género , la brecha de género en el ámbito digital", en *Revista Trabajo y Derecho,* núm. 66, 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad", en *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: "El debate europeo sobre flexiguridad en el trabajo (reflexiones en torno al «libro verde» de la comisión de las comunidades europeas)", en *Revista Lan Harremanak,* núm. 16, 2007.

Monereo Pérez, J.L. y López Vico, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica,* Murcia, Laborum, 2022.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD Ley 3/2021, de 3 de febrero)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 27, 2021.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2021.

Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A., Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G.: "La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario", en *Revista crítica de relaciones de trabajo*, núm. 2, 2022.

Pérez González, E.: "El potencial de la tecnología para el futuro del trabajo" en VV.AA.: *Digitalización y protección social. 30 desafíos para el 2030*, Gerencia de Informática de la Seguridad Social, 2021.

Rodríguez Escanciano, S.: "Mujer y empleo: perspectiva de género y políticas activas en la contratación administrativa", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. Extra 1, 2019.

Sánchez-Urán Azaña, M.Y.: "Seguridad Social y economía digitalizada", en VV.AA.: *Perspectivas jurídica y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020),* Hierro Hierro, F.J. (Dir.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Sierra Benítez, E.M.: "¿Las nuevas tecnologías influyen en la discriminación o la van a eliminar? (El empleo 4.0 desde una perspectiva de género)",en *Noticias Cielo*, núm. 4, 2019.

VV.AA.: Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.):*La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico,* Murcia, Laborum, 2022.

La discriminación de las parejas de hecho en el acceso a la pensión de viudedad. Una visión jurisprudencial y doctrinal

María del Carmen Macías García
Profesora Ayudante Doctora
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

Dijo Guasp que el Derecho mata a la sociología porque desde el momento en que toma una realidad social para regularla, necesita definirla y en esa definición, la petrifica porque necesita operar con categorías jurídicas cerradas en aras de la necesaria seguridad jurídica. Esta afirmación es especialmente válida para la pensión de viudedad[1].

1. Diacronia de la pensión de viudedad en España

1.1. Antecedentes históricos (1900-1965)

La denominada pensión de viudedad surge ante la exigencia de cubrir la carencia de ingresos y, por tanto, la situación de necesidad que se presentaba en la familia cuando el hombre, principal proveedor de los recursos económicos fallecía.

[1] La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social. Como reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante (FIPROS 2006). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Universidad Jaime I.

El origen de la prestación de viudedad lo podemos encontrar en la Ley de Accidentes de 1900[2], no obstante, unos años antes, en 1883 se crea en nuestro país la Comisión de Reformas Sociales[3] con el objetivo del *estudio de todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora y bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales y que afectan a las relaciones entre el capital y trabajo.*

La ley nombrada *ut supra*[4] recoge un registro de indemnizaciones en los supuestos de muerte y supervivencia:

- Obligación del patrono de sufragar los gastos de sepelio con un límite de 100 pesetas.
- Obligación del patrono de indemnizar a la viuda, descendientes legítimos menores de 16 años y ascendientes, sobre el salario medio que percibía el trabajador y según los parientes supervivientes y su grado de parentesco.

La posterior reforma operada en 1922 trae consigo una serie de novedades, a saber:

- La cuantía a pagar por los gastos de sepelio se establecen en función de una
- escala según el número de habitantes de la población.
- Se eleva a los 18 años la edad máxima de los beneficiarios que sean descendientes, sin límite cuando fueran inútiles para el trabajo.
- Se permite que el varón acceda a la prestación, siempre que su subsistencia dependiera de la víctima.
- Se establece que el pago de la pensión pueda hacerse de una sola vez o en forma de pensión.

Años después[5] y debido al entramado de normas que habían ido dictándose para cada sector, la Ley de 4 de julio de 1932 autorizó la refundición sobre accidentes de trabajo en la industria que quedó consolidada en el Decreto 8 de octubre de ese mismo año.

Posteriormente, la Ley de 22 de diciembre de 1955 vino a unificar la legislación de accidentes de trabajo, ampliando a los trabajadores agrícolas los beneficios de que gozaban los trabajadores de la industria, lo que dio lugar al Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956.

En ellos se introducían las siguientes novedades:

- La indemnización a entregar se hará en forma de renta, salvo que se solicite el abono en todo o en parte en forma de indemnización y la autoridad competente lo estime.
- La indemnización por gastos de sepelio consistirá en el importe de dos mensualidades del salario del causante.
- La cuantía a percibir por los beneficiarios se establecerá en función de un porcentaje a aplicar sobre el salario de la víctima.

---

[2] Llamada la Ley Dato por el Ministro de Gobernación Eduardo Dato.

[3] Rodríguez Iniesta, G.: *La viudedad en el Sistema Español de Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2006, p. 63.

[4] Estas obligaciones se extendieron a otros sectores como el mar y el campo. Real Decreto de 26 de marzo de 1902 y Decreto de 12 de junio de 1931 respectivamente.

[5] Bonache Miralles, J.: La pensión de viudedad en España. Análisis crítico de la regulación actual, *Anales de Derecho,* Universidad de Murcia, vol. 35, núm. 1, 2017, p. 6.

— Si el obrero fallecido carece de beneficiarios se establece como tal al Fondo de Garantía.

— Se prevé una forma de incremento de las pensiones de la viuda y de los huérfanos ante determinadas situaciones.

La protección del fallecimiento derivado de riesgos comunes (enfermedad común y accidente no laboral) tuvo su punto de partida a través del llamado Retiro Obrero[6] que tenía como características las siguientes:

— Protegía a los trabajadores industriales asalariados, de edad comprendida entre 16 y 65 años y retribución inferior a 4.000 ptas anuales.

— Concebía la vejez como invalidez por edad (invalidez fisiológica).

— Se nutría de aportaciones realizadas por empresarios y el Estado.

— Otorgaba una acción protectora uniforme: pensión a los 65 años de 365 pesetas al año, es decir 1 peseta diaria.

— La gestión era descentralizada y junto al Instituto Nacional de Previsión existían Cajas Colaboradoras.

— Se operaba mediante el sistema financiero de capitalización.

El Retiro Obrero protegía la vejez y el fallecimiento únicamente se protegía indirectamente mediante el acceso de los derechohabientes a las prestaciones devengadas y no percibidas por el fallecido beneficiario del Retiro Obrero. También en supuesto de ausencia del causante se establecía la posibilidad de que las familias recibieran las prestaciones cuando el beneficiario desapareciera o se careciera de noticias suyas durante un largo periodo de tiempo[7].

En 1939 se establece otra vía de protección de la vejez, el Subsidio de Vejez[8] que vendría a sustituir al Retiro Obrero. Posteriormente se crea el Seguro Obligatorio de Enfermedad[9], que prevé una cuantía económica destinada a cubrir los gastos funerarios.

Es en el año 1947 cuando se crea el conocido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez[10] (SOVI). Dispuso que las pensiones de invalidez devengadas y no percibidas por el beneficiario se entregarían al cónyuge y, en su defecto, a los hijos, sin que contuviera ninguna previsión referida al resto de parientes o personas encargadas del cuidado del fallecido.

Con todo, no es hasta 1955 cuando el SOVI recoge de forma específica una prestación de viudedad, reconociendo como riesgo protegido la supervivencia del cónyuge[11], siempre que el sujeto causante fuese un varón beneficiario del SOVI o con derecho a sus prestaciones y falleciese con posterioridad a la entrada en vigor de la norma.

---

[6] Real Decreto 11 de marzo de 1919.

[7] La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social. Como reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante (FIPROS 2006). *Ministerio de Trabajo…Op. Cit.* p. 50.

[8] Ley 1 de septiembre de 1939.

[9] Ley 14 de diciembre 1942.

[10] Decreto de 18 de abril de 1947.

[11] Bonache Miralles, J.: *La pensión de viudedad en España. Análisis crítico…Op. Cit.* p. 7.

La beneficiaria de la pensión (cuya cuantía ascendía al 50 % del subsidio reconocido o que hubiera correspondido al causante) era la mujer y debía:

- Tener 65 años cumplidos o estar incapacitada para el trabajo (si no alcanzaba dicha edad a la muerte del marido, pero tenía más de 50 años, podía solicitar la prestación al cumplir los sesenta y cinco).
- No tener derecho al Seguro de Vejez o Invalidez.
- Haber contraído matrimonio mínimo 10 años antes.
- Haber convivido con el causante hasta la fecha del fallecimiento, y en caso de separación, siempre que no se hubiese producido por culpa de la mujer.

Se crea en 1938 el denominado Régimen obligatorio de subsidios familiares, para cubrir la Situación de necesidad exigida por el artículo 3 de la O. 11-6-1941, con estos requisitos:

- que ni la viuda, ni ninguno de sus hijos o nietos huérfanos absolutos, tenga carácter de subsidiados;
- que carezcan de medios de fortuna suficientes para su sostenimiento y que no disfruten de pensión de viudedad u orfandad superior a 4000 pesetas anuales[12].

Dada la cobertura insuficiente que proporcionan estos seguros, surge un sistema complementario de aseguramiento social obligatorio, pero por ramas de producción[13]. Este será gestionado a través de la creación de Mutualidades al amparo de la Ley 6 diciembre 1941 que se consolida finalmente en 1954 con la aprobación del Reglamento General del Mutualismo Laboral el 10 septiembre de ese año.

En este se establecían diferentes prestaciones, entre ellas la de viudedad, en la cual se incluye por primera vez al hombre como sujeto beneficiario. Para poder ser sujeto causante se exigía:

- Haber contraído matrimonio antes de los sesenta años y como mínimo con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, salvo que dejara hijos a cargo.
- Tener cubierto un periodo de carencia.
- Que la muerte no derivase de accidente de trabajo (AT) o enfermedad profesional (EP).

Y para ser beneficiario de la misma, a la mujer se le reclamaba haber hecho vida conyugal con el causante hasta su muerte y no haber abandonado a sus hijos. Y al varón, se le exigía, además, estar incapacitado de manera permanente y absoluta para todo trabajo, no tener derecho a pensión de AT o EP y carecer de medios de subsistencia.

En resumen, la protección por muerte y supervivencia se encontraba en ese momento cubierta por la Ley de Accidentes de Trabajo y varios seguros sociales: el SOVI, el Régimen de Subsidios Familiares y el Mutualismo Laboral.

[12] Rodríguez Iniesta, G.: *La viudedad en el Sistema Español de Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2006, p. 72.

[13] Bonache Miralles, J.: *La pensión de viudedad en España. Análisis crítico…Op. Cit.* p. 8.

1.2. El nacimiento de la Seguridad Social y su protección a la viudedad

Llegamos a este punto del recorrido a la aprobación de la Ley de Bases de la Seguridad Social[14] cuya principal idea o misión era la de implantar un modelo unitario e integrado de protección social con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en dicha financiación.

En palabras Del Peso y Calvo[15] la Ley reflejaba la preocupación del legislador por atender todas las situaciones de emergencia que se produjeran, tendentes siempre a la mejora de la protección al trabajador. A partir de ahí se entra en una etapa de desarrollo de las previsiones de la Ley de Bases hacia la construcción del Régimen unificado de Seguridad Social, con los textos articulados de la Ley de Bases de Seguridad Social. Al final el tránsito de un conjunto de Servicios Sociales a un sistema de Seguridad Social no fue lineal y se tuvo que enfrentar numerosos obstáculos[16].

Con todo, destaca Del Peso, la Ley de Bases de la Seguridad Social, fue como la meta alcanzada de un fin que se venía persiguiendo casi desde los comienzos de la implantación en España de la protección al trabajador frente a los riesgos y situaciones de necesidad. En realidad, el propósito unificador nunca fue abandonado, y que la Ley de Bases de la Seguridad Social, que tras tanta discusión fue al fin aprobada el 28 de diciembre de 1963, no fue otra cosa que el logro del objetivo tantas veces deseado y trabajado.

La Base X reconocía el derecho a la pensión de viudedad con independencia de la duración del matrimonio pero se exigía que la viuda hubiera cumplido cuarenta años, o se encontrara incapacitada para el trabajo, o tuviera a su cargo hijos habidos con el causante con derecho a pensión de orfandad. Cuando la viuda no reunía estos requisitos no tenía derecho a pensión de viudedad sino únicamente a un subsidio temporal. Tanto la pensión como el subsidio eran compatibles con cualesquiera rentas de trabajo de la viuda.

En cuanto al viudo, solamente tenía derecho a pensión si estaba incapacitado para el trabajo y sostenido por la mujer en vida de ésta. Tanto a la viuda como al viudo se les exigía convivencia habitual con el cónyuge causante, y en supuesto de separación judicial, que la sentencia firme lo reconociera como inocente.

La ley establecía que la pensión de viudedad consistía en un porcentaje fijado reglamentariamente y que se aplicaría sobre la base reguladora de prestaciones del causante que hubiera completado el correspondiente periodo de carencia si estuviera en activo en la fecha del fallecimiento, o en su caso, sobre la pensión de vejez o invalidez que percibiera el causante en el momento del fallecimiento.

La pensión tenía carácter vitalicio salvo que se concurriera alguna de las causas de extinción previstas reglamentariamente.

En lo que concierne a los requisitos, para la pensión de viudedad la norma establecía los siguientes;

[14] Ley 193/163 de Bases de Seguridad Social y su texto articulado de 21 abril de 1966.

[15] De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social: apuntes históricos comentados, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid/Talleres Gráficos Vda. de C. Bermejo, 1967, p. 14.

[16] Monereo Pérez, J.L.: "CARLOS DEL PESO Y CALVO (1910-1992): El largo y controvertido proceso de construcción del sistema de Seguridad Social". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum. Clásicos de la Seguridad Social, nº 21 (4º Trimestre 2019), p. 272.

a) En el caso del sujeto causante, que hubiera completado un periodo de cotización de 500 días dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento, salvo que la causa fuera un AT o EP.

b) En el caso del sujeto beneficiario, si era mujer que hubiese convivido habitualmente con su cónyuge y que se encontrase en alguna de las siguientes situaciones:

- Haber cumplido la edad de cuarenta años
- Estar incapacitada para el trabajo
- Tener a su cargo hijos con derecho a pensión de orfandad.

Y si era hombre, además del requisito de la convivencia se exigía que se encontrara incapacitado para el trabajo y sostenido económicamente por la mujer.

La norma también recoge, de forma novedosa, un subsidio temporal[17] para las mujeres en aquellos casos en los que no se reuniesen los requisitos de edad, incapacidad o hijos a cargo, con una duración máxima de 24 meses y en cuantía igual a la que le hubiera correspondido en concepto de pensión de viudedad.

La primeras reformas de este régimen jurídico vinieron con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social. La ley tuvo como principal aportación a estos efectos la modificación del sistema de financiación al sustituir el sistema de bases tarifadas según categorías profesionales por un sistema de cotización que tomaba en cuenta las retribuciones reales de los trabajadores y todo ello con la finalidad de alcanzar la suficiencia de las prestaciones económicas de cuantía variable sustitutivas del salario. Por otra parte, en los que se refiere al perfeccionamiento del régimen de pensiones la Ley, entre otras medidas, modificó el reconocimiento de la situación de pensionista dejando sin efecto limitaciones legales existentes hasta el momento para las viudas de trabajadores en activo o pensionistas y previendo la periódica revalorización de las cuantías de las pensiones a fin de que no perdieran su poder adquisitivo.

Los aspectos nuevos más relevantes de la pensión de viudedad fueron:

- Se eliminan los requisitos de acceso de las viudas referentes a la edad, la incapacidad y el tener hijos a su cargo (y con ello el subsidio temporal). Por lo que solamente quedará condicionado a que hubiera convivido habitualmente con el causante. Se estableció una presunción *iuris et de iure* de la situación de necesidad de la viuda de tal forma que cumpliendo el requisito de la convivencia se accedía a la prestación, o en el supuesto de ser declarada inocente en caso de separación judicial.
- Estableció que los trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, fuera o no de trabajo, en circunstancias que hicieran presumible su muerte y sin que se hubieran tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente, podían causar las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción. En este caso los efectos económicos se retrotraerían a la fecha del accidente.
- Se elimina el requisito de cotización previa cuando la muerte derivara de accidente no laboral.

[17] Arts. 12 a 15 de la OM de 13 de febrero de 1967. *Vid.* Bonache Miralles, J.: *La pensión de viudedad en España. Análisis crítico…Op. Cit.* p. 9.

— Se estableció la imprescriptibilidad del derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción de auxilio por defunción. Los efectos del reconocimiento del derecho se producirían a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presentara la correspondiente solicitud.

— Se estableció la revalorización periódica por el Gobierno de las prestaciones por muerte y supervivencia, cualquiera que fuera la contingencia que la hubiera determinado, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta, entre otros factores indicativos, la elevación del nivel medio de los salarios, el índice del coste de la vida y la evolución general de la economía, así como las posibilidades económicas del Sistema de la Seguridad Social

Como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 24/1972, y lo dispuesto en su Disposición Final Tercera que establecía la aprobación de un Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social, se aprobó por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social refundiendo las modificaciones introducidas anteriormente[18].

El Texto Refundido tenía como finalidad la sistematización y depuración técnica adecuada para lograr regularizar, aclarar y armonizar las normas en materia de Seguridad Social. En su capítulo IX recogía en los art. 157 a 166 la regulación de las prestaciones de Muerte y Supervivencia.

En cuanto a la pensión de viudedad de forma clarificadora determinó lo siguiente:

— Que serían sujetos causantes los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen General que, además de cumplir los requisitos establecidos para la prestación de viudedad, reuniesen el requisito de estar afiliados y en alta en el Régimen o en situación asimilada al alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida.

También estableció como sujetos causantes a los inválidos provisionales y los pensionistas por invalidez permanente o jubilación. Recogió igualmente la presunción *iuris et de iure* de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional de quienes tuvieran reconocida una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, y la posibilidad de causar la prestación para los trabajadores desaparecidos con ocasión de un accidente de hiciera presumir su muerte.

— Reconocía pensión de viudedad para la viuda que hubiera convivido habitualmente con el causante, salvo en caso de separación judicial en que la sentencia la reconociese como inocente en cuyo caso no se exigía la convivencia habitual. En el caso del varón viudo se exigía, además, que al tiempo de fallecer su esposa se encontrase incapacitado para el trabajo y a cargo de la esposa. En ambos casos se exigía que el causante hubiese completado el periodo de cotización establecido (500 días dentro de los cinco años anteriores al hecho causante) salvo que la causa del fallecimiento fuese un accidente de trabajo o accidente no laboral, o una enfermedad profesional.

— Se reconocía la indemnización a tanto alzado en caso de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional para viudos, huérfanos y padre y madre.

— La cuantía de la prestación de viudedad era la señalada reglamentariamente teniendo en cuenta que se determinaba en función de la totalidad de las bases

[18] La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social. Como reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante (FIPROS 2006). *Ministerio de Trabajo…Op. Cit.* p. 61.

por las que se hubiera efectuado cotización en los períodos que se señalaban. La base reguladora de la prestación no podía superar el tope máximo de las bases de cotización. La suma de la cuantía de la pensión de viudedad y orfandad no podía exceder el importe de la base reguladora en función de las cotizaciones del causante si bien esta limitación se aplicaba para la determinación inicial de la cuantía, pero no afectaba a las revalorizaciones periódicas de las pensiones de viudedad y orfandad.

— La pensión de viudedad era compatible con cualesquiera rentas de trabajo y el derecho a su reconocimiento era imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos del reconocimiento se produjeran a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presentara la correspondiente solicitud.

1.3. La constitución de 6 de diciembre de 1978 y posterior desarrollo

Aunque la Constitución de 27 de diciembre de 1978 no hace referencia explícita a las prestaciones por muerte y supervivencia, pero no adolece de una referencia al sistema de Seguridad Social;

"Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres"[19].

El art. 41 CE es un precepto que informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53 CE) y aunque queda fuera de los derechos y deberes fundamentales, el Tribunal Constitucional[20] ha declarado que los principios rectores de la política social y económica se deben tener presentes en la interpretación de las restantes normas constitucionales y de las leyes.

El propio Tribunal Constitucional ha sentenciado 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, de forma que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar"*.

En el año 1981 la aprobación de la Ley del Divorcio supuso una modificación en el Código Civil. La posibilidad de disolver un matrimonio vía divorcio y la previsión respecto a situaciones anteriores de convivencia de hecho, abrirá por un lado la posibilidad de concurrencia de varios beneficiarios a una misma pensión de viudedad[21] y a tomar en consideración situaciones de convivencia de hecho idóneas para lucrar o acceder a la pensión de viudedad[22].

La nueva regulación venía a reconocer de forma provisional el derecho a acceder a la pensión a quienes convivieron *more uxorio,* ampliando de esta forma su ámbito de protección[23].

---

[19] Art. 41. Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

[20] STC 19/1982, de 5 de mayo.

[21] Así lo entendió el Tribunal Central de Trabajo a partir de 1986 (TCT de 18 de enero de 1986 Ar.250) y dio lugar a que se dictara una Resolución en 23 de junio de 1989 por la Secretaria General de la Seguridad Social confirmándolo.

[22] Rodríguez Iniesta, G.: "Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)", *e-Revista Internacional de la Protección Social,* nº 2, vol. IV, 2019, Vol. IV, p. 45.

[23] Disposición adicional décima. Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición

Interpretación que se basaba en que la mentada disposición adicional 10ª, no solo se refería al caso de las separación judicial, sino a otros supuestos de separación, es decir a la de hecho u otras aceptadas de forma voluntaria por los interesados que respectivamente se contemplan en los artículos 81 y 82 del Código Civil[24].

La norma exigía tres requisitos para acceder a la prestación:

— Convivencia continuada de pareja heterosexual, con estabilidad, comunidad de vida entre hombre y mujer, quedando excluidas las relaciones ocultas, clandestinas o intermitentes, y las que no comportaron ruptura de la convivencia de matrimonio anterior de uno de los sujetos,

— Imposibilidad de contraer matrimonio al existir un anterior vínculo matrimonial; es decir, que uno de los componentes de la pareja o ambos debían estar casados con un tercero;

— Fallecimiento del causante con anterioridad a la Ley, aunque con posterioridad la práctica puso de manifiesto que para contraer matrimonio era preciso iniciar los trámites de la separación judicial o el divorcio y así en virtud de aplicación jurisprudencial se flexibilizó esta exigencia incluyendo los supuestos en los que el fallecimiento acaecía con posterioridad a la norma pero durante la tramitación de la separación judicial o divorcio, entendiendo que en estos supuestos también existía impedimento legal de contraer nuevo matrimonio, convivencia ininterrumpida y no existía voluntad contraria a contraer matrimonio[25]

De aquí que el requisito de la convivencia no fuere exigible como condición al "viudo" que hubiere sido cónyuge legítimo al fallecimiento del causante sino únicamente tuviera valor cuantitativo para distribuir la pensión entre los posibles beneficiarios. La discrepancia con la postura sostenida por la entidad gestora era evidente.

Las recomendaciones del Defensor del Pueblo llevaron a que la Secretaria General de la Seguridad Social, dictara una Resolución en 23 de junio de 1989, 242 acordando que "*La pensión de viudedad de los distintos regímenes que componen el Sistema de la Seguridad Social, se reconocerá en lo sucesivo sin exigir, en ningún caso, el cumplimiento del requisito de convivencia a que se refiere el apartado a) del número 1 del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social*".

Es más, incluso su aplicación con efectos retroactivos para aquellos casos de fallecimiento anteriores a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, cuando el peticionario no acreditase el requisito de la convivencia con el cónyuge fallecido[26].

La equiparación del hombre a la mujer respecto al acceso a la pensión de viudedad se produce vía jurisprudencia mediante sendas sentencias del Tribunal Constitucional[27] de 22 y 23 de

y a la pensión correspondiente conforme a lo que establece en el apartado siguiente.

[24] STCT 18-1-1986, art. 250. *Vid.* Rodríguez Iniesta, G.: "Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)", *e-Revista Internacional de la Protección…,* óp. cit. p. 46.

[25] STCO 260/1988, de 22 de diciembre, (RTC 1998\260).

[26] (Escrito núm. 50787 de 13 junio de 1994, de la Subdirección General de Gestión del INSS, BISS 5-6/1994). *Vid.* Rodríguez Iniesta, G.: "Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)", *e-Revista Internacional de la Protección…, op. cit.* p. 46.

[27] STC 103/1983 de 22 de noviembre y STC 104/1983 de 23 de noviembre respectivamente.

noviembre de 1983[28] que declararon la inconstitucionalidad sobrevenida por discriminatorios de los preceptos del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 en los que se limitaba, con carácter general, el reconocimiento de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad a la mujer exigiendo al varón para ser beneficiario de pensiones de viudedad requisitos adicionales a los exigidos a la mujer: la incapacidad para el trabajo y la dependencia económica de su esposa fallecida.

El actor[29] venía percibiendo pensión de invalidez permanente en cuantía reglamentaria desde 1973. Su esposa que también lucraba pensión de invalidez falleció en 1980 y solicitó del INSS pensión de viudedad, pero la entidad gestora le denegó la pensión de supervivencia al entender que el solicitante tenía medios de subsistencia, recordándole que era pensionista de invalidez. No se aquietó y tras agotar la vía administrativa interpuso demanda ante la jurisdicción social.

En ella se alegaba en sustento de su pretensión que él había convivido con su fallecida esposa y se encontraba a cargo de ella, ya que consideraba que para subsistir ambos necesitaban acumular las dos pensiones, sosteniendo que el art. 7.2 de la OMS[30] debía de considerarse derogado y aplicable en cambio el art. 10 de la citada OMS que establece la compatibilidad de la pensión de viudedad con las rentas de trabajo u otras pensiones. Aduciendo además que las normas que contienen discriminaciones por razón de sexo han sido expresamente derogadas por la Constitución en cuanto que lesiona precisamente el artículo 14 de nuestra Carta Magna.

La Magistratura de Trabajo a instancia del actor, a la que se adhirió el Fiscal, planteó cuestión de inconstitucionalidad contra el párrafo segundo del artículo 160 de la LGSS, por ser contrario a los arts. 14 y 41 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional concluyó que el párrafo segundo del art. 160 LGSS era inconstitucional y por tanto nulo, así como el párrafo 1° de dicho artículo en cuanto que dice "la viuda". Básicamente se llega a tal conclusión en razón a que:

- La situación de partida de la norma contenida en el artículo 160 LGSS presenta una práctica igualdad; en uno y otro caso se trata del fallecimiento del cónyuge de un trabajador afiliado a la Seguridad Social que ha efectuado las correspondientes cotizaciones y del derecho de su consorte a obtener pensión de viudedad.
- Sin embargo, hay una diferencia notoria del régimen jurídico entre el derecho a la pensión de viudedad de las viudas y los viudos.
- El único factor diferencial de cada una de las situaciones previstas en los apartados 1 y 2 es el sexo de la persona, viudo o viuda, lo que sitúa el precepto directamente en el marco del artículo 14 de la Constitución.
- El precepto legal cuestionado supone un trato desigual en perjuicio del varón, desde el momento en que el fallecimiento de éste es determinante en todo caso de

[28] Otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional que equiparan al hombre respecto a la mujer en el acceso a las prestaciones de supervivencia, pueden verse en: STC 102/1992, 25 junio (RTC 1992/102), sobre viudedad del régimen SOVI; STC 5/1992, 16 enero, sobre derechos pasivos del marido; STC 3/1993, 14 enero, sobre favor familiares para hermanos e hijos.

[29] Rodríguez Iniesta, G.: "Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)", *e-Revista Internacional de la Protección…, o.p*. cit. p. 47.

[30] Recuérdese que dicho apartado venía señalaba lo siguiente: "El viudo tendrá derecho a pensión, en las condiciones señaladas en el párrafo 1° del número anterior, únicamente en el caso de que, además de concurrir los requisitos señalados en los apartados a) y b) de dicho número, se encuentre al tiempo de fallecer su esposa, incapacitado para el trabajo y sostenido económicamente por ella".

pensión de viudedad a favor de su esposa, mientras que el de ésta solamente lo es si concurren las exigencias específicas que allí se señalan, pues sólo ellas determinan que sea idéntica la consecuencia. El trato desigual en perjuicio del varón es un hecho indiscutible desde el momento en que en identidad de circunstancias el legislador atribuye secuelas distintas247.

— Que el derecho del artículo 41 de la Constitución es un mínimum constitucionalmente garantizado. El legislador puede, a impulso de motivaciones de orden de política jurídica o de política social, ampliar el ámbito de la protección.

En nuestro Derecho, la idea de la "situación de necesidad" o "estado de necesidad", como determinante de la protección de la Seguridad Social, se produjo con anterioridad a la Ley que ahora estamos examinando, aun cuando subsista todavía, parcialmente una actuación diferenciada del estado de necesidad en algunos casos. Concretamente, en el supuesto de la pensión de viudedad de la viuda la situación de necesidad no es tomada en cuenta, aunque sí lo es en la de los viudos, por lo que el razonamiento lleva a la igualdad rota ya su justificación, y en este sentido no debe olvidarse que la igualdad es un valor preeminente en nuestro ordenamiento jurídico, al que debe colocarse en un rango central, como demuestra el artículo 1.1 de la Constitución. Lo que lleva a que si el derecho discutido se funda en la situación de necesidad ésta debe existir para todos los eventuales titulares del derecho y si el derecho puede carecer de este fundamento debe ocurrir así para todos sus titulares.

— Y esa diferencia no se salva considerando que a favor de la mujer hay una presunción de necesidad *iuris et de iure* basada en datos sociológicos y en la realidad histórica. Sea o no realidad lo cierto es que no se considera fundamento suficiente para ese trato discriminatorio.

En resumen, la consecuencia de ambas resoluciones judiciales fue que el vínculo matrimonial se convirtió en el requisito básico para acceder a la pensión de viudedad con abstracción de cualquier otro como la dependencia económica o la incapacidad para el trabajo[31].

Aunque la equiparación llevada a cabo por el TC y los subsiguientes criterios judiciales habían llevado a la entidad gestora a reconducir sus criterios de aplicación literal de la Ley, formalmente los textos normativos mantuvieran esas diferencias.

Será la Ley 20/1990, 20 diciembre, por la que se establecían en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, la que procederá formalmente a ordenar la supresión de tal discriminación. Nada tenía que ver tal norma con las prestaciones por muerte y supervivencia, pero su artículo 4 introducirá "Modificaciones en orden a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombre y mujer", ordenando que se sustituyeran los términos "esposa", "esposas" y "viuda" por "cónyuge", "cónyuges" y "cónyuges supervivientes" que se recogían en los arts. 36, 100, 159, 160 y 163 de la LGSS.

También reconocerá expresamente la igualdad en el acceso de los hijos y hermanos en la pensión a favor de familiares248. Si bien, olvidó que también se mantenían las diferencias en el

[31] La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social. Como reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante (FIPROS 2006). *Ministerio de Trabajo…Op. Cit.* p. 64.

subsidio temporal a favor de familiares y será el RD 1676/1990, 28 diciembre, de revalorización de pensiones, disposición adicional séptima el que resuelva tal omisión[32].

Llegamos ya en este punto del nuestro recorrido a la aprobación del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado en Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, nuestra norma de Seguridad Social por excelencia, la cual recogió en el capítulo VIII (arts. 171 a 179), las prestaciones por muerte y supervivencia, de la manera siguiente:

- En caso de fallecimiento se reconoce derecho a pensión vitalicia de viudedad; si además es por accidente de trabajo o enfermedad profesional se concede una indemnización a tanto alzado.
- Son sujetos causantes las personas integradas en el Régimen General que estén afiliadas y en alta o situación asimilada al alta, y que cumplan determinado periodo de cotización si éste es requerido. También son sujetos causantes los inválidos provisionales y los pensionistas por invalidez permanente y jubilación en su modalidad contributiva.
- Se recoge la presunción *iuris et de iure* de considerarse muertos por accidente de trabajo o enfermedad profesional a quienes tengan reconocida por esa contingencia una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. En caso contrario se establece un plazo de cinco años para probar el fallecimiento derivado de accidente de trabajo y en caso de enfermedad profesional se admite su prueba en cualquier momento.
- Se cita igualmente la referencia a los trabajadores desaparecidos por accidente sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumir su muerte y sin que se tengan noticias en los noventa días siguientes al del accidente.
- Se reconoce el derecho a la pensión de viudedad del cónyuge superviviente con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción, cuando al fallecimiento del causante, éste se encontrase en alta o en situación asimilada al alta, y hubiera completado el periodo de cotización. Si la causa del fallecimiento fuese accidente, sea o no de trabajo, o enfermedad profesional, no se exige periodo previo de cotización.
- En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad se reconoce a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en66cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio. Los derechos derivados en este supuesto quedan sin efecto en los supuestos del art. 101 del Código Civil.
- En el supuesto de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge superviviente y los huérfanos tienen derecho a indemnización a tanto alzado, que en el supuesto de separación o divorcio se reconoce en cuantía proporcional. Cuando no existen otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia, el padre o la madre que viven a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tengan derecho a las prestaciones en favor de familiares, tienen derecho a la indemnización especial a tanto alzado.

[32] Rodríguez Iniesta, G.: "Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)", *e-Revista Internacional de la Protección…, o.p. cit*. p. 49.

— El derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción es imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

— La pensión de viudedad es compatible con cualesquiera rentas de trabajo. La suma de las cuantías de las pensiones de viudedad y orfandad no puede exceder del importe de la base reguladora que corresponda en función de las cotizaciones efectuadas por el causante. Esta limitación resulta aplicable a la determinación inicial de las cuantías, pero no afecta a las revalorizaciones periódicas de las pensiones de viudedad y orfandad que procedan.

En 1995 tiene lugar el "Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse", más conocido como Pacto de Toledo.

Este acuerdo político, con el que se comprometieron todos los grupos parlamentarios, recogía quince recomendaciones, entre las cuales se encontraba la número XII, vinculada directamente con la prestación objeto de estudio, que decía así: "Reforzar el principio de solidaridad y de garantía de suficiencia, en la medida en que la situación financiera lo permita, adoptando medidas como pueden ser: la elevación de la edad máxima de permanencia en el percibo de la pensión de orfandad, o la mejora de las pensiones de viudedad en el caso de menores ingresos".

El pacto político de poco servía si luego no lleva una concreción positiva. El Gobierno de aquellas fechas optó por contar también con el refrendo social más amplio posible. Así que en 9 octubre de 1996 se suscribió el conocido "Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema Seguridad Social", suscrito entre el Gobierno y las Organizaciones Sindicales CCOO y UGT en la que se perfilaron una parte de las medidas de reforma del ordenamiento jurídico de la Seguridad Social para el cumplimiento de las recomendaciones del Pacto de Toledo. Su plasmación positiva se llevó a cabo a través de la Ley 24/1997, 15 julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema[33].

Los primeros frutos de este Pacto se hallan en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificando el artículo 174 de la LGSS/1994 referente a la pensión de viudedad en dos aspectos:

— Permitió que pudieran acceder a la pensión de viudedad los cónyuges supervivientes, aunque el causante en la fecha del fallecimiento no se encontrase en alta o situación asimilada al alta, siempre que hubiera completado un periodo mínimo de cotización de veintidós años. En ningún caso se tenía derecho al cobro de las cantidades correspondientes a ejercicios anteriores a 1 de enero de 1998.

— Aclaró la regulación del reconocimiento de la pensión en los casos de nulidad matrimonial añadiendo un segundo párrafo que decía: En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante[34].

[33] Rodríguez Iniesta, G.: "Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)", *e-Revista Internacional de la Protección…, o.p. cit*. p. 50.

[34] También la Ley 66/1997 recogió la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la distribución de la pensión de viudedad para casos de separación y divorcio, colmando la laguna relativa a los matrimonios nulos, equiparándolos a los resultados de una separación o divorcio. a doctrina judicial ya la venía recogiendo sin mayores problemas, v. gr:

Justo un año después, y dada la excesiva duración del periodo carencial requerido en ausencia de alta, la Ley 50/1998 volvió a modificar el artículo 174 de la LGSS/1994 reduciendo el periodo mínimo de cotización de 22 a 15 años, cuando el causante no se encontrase en alta ni en situación asimilada al alta en el momento del hecho causante.

2. El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de las parejas de hecho. De la Ley 40/2007 a la Ley 21/2021

De cualquier forma y a pesar de la ampliación en las cuantías y situaciones protegidas que se fueron articulando en torno a la pensión de viudedad era inexistente referencia alguna a las parejas de hecho. La LGSS únicamente reservaba el derecho a la prestación de viudedad a las personas que previamente al hecho causante estuvieran unidas a través de un vínculo matrimonial.

De hecho[35], la jurisprudencia social solía negar de raíz la equiparación de una relación *more uxorio* con la marital, incluso, cuando existía previamente el firme propósito de contraer matrimonio y este no se llegaba a celebrar por la enfermedad y posterior fallecimiento de una de las partes, sin que se lleve a cabo siquiera *in articulo mortis*. Así lo consideró la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 19 de noviembre de 1998 (rec. 53/1998), que vino a expresar que «la naturaleza del matrimonio impide que el consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio sea equivalente al consentimiento formal».

El Tribunal Constitucional, por su parte, impuso limitaciones al reconocimiento de la pensión de viudedad para parejas no casadas[36] ya que indicó que matrimonio y unión de hecho no era realidades equivalentes, justificando dicha diferenciación de trato en que el matrimonio viene configurado constitucionalmente como un derecho de los ciudadanos (art. 32 CE), con la consiguiente generación de derechos y deberes entre las partes, lo que no ocurría con la convivencia *more uxorio*[37].

Consecuencia lógica es que se observaron numerosas sentencias que impedían causar derecho a la pensión de viudedad a los sobrevivientes de las parejas de hecho. No obstante, esta última sentencia citada, la STC 184/1990, recuerda que es de configuración legal el acceso a las pensiones de viudedad, por lo que perfectamente, el legislador podría reconocer una pensión de viudedad al supérstite de una pareja de hecho[38].

---

s. TS 11-2-1985 as. 634 que venía a recoger lo siguiente "....porque si es verdad que las reglas 1ª y 3ª de la ya citada disposición adicional 10ª de la Ley de 7 julio de 1981 no regulan específicamente las situaciones derivadas de nulidad del matrimonio y sólo contemplan las de separación y divorcio, entre estas últimas y las primeras existe una clara identidad de razón, pues si es divorcio disuelve el matrimonio y hace desaparecer el vínculo conyugal *ex nunc*, es decir desde la fecha de la sentencia, la declaración de nulidad , aunque comporta que no existió matrimonio ni vínculo *ex nunc*, desde el principio, no invalida los efectos ya producidos respecto al o a los contrayentes de buena fe, que se presume (artículo 79 CC), es decir, que también cesan *ex nunc*, al ser declarada la nulidad, los efectos del matrimonio; identidad que no sólo autoriza sino que exige que lo dispuesto para la mujer divorciada sea aplicable por razón de analogía a la mujer cuyo matrimonio se anuló".

[35] Taléns Visconti, E.E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre". *Revista de Trabajo y Seguridad Social.* CEF, 468, p. 172.

[36] Álvarez Cortés, J.C.: "Un acercamiento de la regulación de las prestaciones por viudedad de las parejas de hecho a la protección dispensada por tales prestaciones a las parejas que han contraído matrimonio. (Breves notas a las modificaciones producidas en la protección de viudedad de las parejas de hecho en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones)", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado,* 5, 2022, p. 261.

[37] STC 45/1989 y 184/1990.

[38] Álvarez Cortés, J.C.: *Un acercamiento de la regulación de las prestaciones por viudedad de las parejas de hecho a la protección dispensada…Op. Cit.* p. 262.

Por todo ello, y a pesar de que las uniones de hecho podrían considerarse como familia dicha igualación "entre una y otra clase de familia no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales"[39].

2.1. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre

La Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, introdujo finalmente un nuevo apartado dentro del anterior artículo 174 de la LGSS por el que se incluyó como sujetos pasivos de la pensión de viudedad a las personas que acreditaran ser pareja de hecho estable.

En consecuencia, el legislador optó por incrementar el ámbito subjetivo de la pensión, algo que, por lo demás, se venía reclamando desde distintos sectores[40]. Ahora bien, el acceso a la pensión de viudedad por parte de las personas que están unidas a través de una pareja de hecho se llevó a cabo sin equiparar esta situación con la de la persona cónyuge viuda, como ya adelantaba la exposición de motivos de dicha norma al afirmar que "habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de la prestación de viudedad", por lo que la regulación de las pensiones de viudedad para los supervivientes de las parejas de hecho se aleja de la establecida para los supérstites de una relación matrimonial[41].

En este sentido, se introdujeron en la normativa de Seguridad Social una serie de requisitos adicionales que debían concurrir para que la pareja de hecho supérstite pudiera optar a la pensión de viudedad[42].Los aspectos más destacables de esta norma son los[43]:

- Posibilitar el acceso a la pensión de viudedad, auxilio por defunción e indemnización especial a tanto alzado a los supervivientes de uniones no matrimoniales.
- Restringir el acceso a la pensión de viudedad a las uniones matrimoniales cuando la muerte deriva de enfermedad común, exigiendo una antigüedad mínima en el matrimonio.
- Establecer una nueva prestación de viudedad para cuando las uniones matrimoniales no cumplan los requisitos para causar la pensión.
- Fijar un nuevo modelo de distribuir la pensión de viudedad cuando estemos ante supuestos de concurrencia de beneficiarios, estableciendo una garantía mínima para el cónyuge o pareja actual.
- Y por otro lado deja la "puerta abierta" a una reformulación total de la pensión de viudedad.

[39] STC 74/1997.

[40] El Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 2006262, planteó las siguientes medidas a tomar en relación con dos prestaciones de supervivencia: la pensión de viudedad y la pensión de orfandad. Suscrito por el Gobierno de la Nación, CEOE, CEPYME, UGT y CCOO en 13 julio de 2006. Ver Rodríguez Iniesta, G.: "La reforma de la protección por muerte y supervivencia", capítulo VIII, de la obra colectiva. *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo*, Coord. F. Ferrando García, Ed. Bomarzo, Albacete, 2007, p. 187.

[41] Álvarez Cortés, J.C.: Un acercamiento de la regulación de las prestaciones por viudedad de las parejas de hecho a la protección dispensada…*Op. Cit.* p. 262.

[42] Taléns Visconti, E.E.: La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre…*Op. Cit*. p. 172.

[43] Rodríguez Iniesta, G.: "Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)", *e-Revista Internacional de la Protección*…, *o.p.* cit. p. 56.

De especial interés para este artículo resulta el apartado 3º del artículo 174 de la ya derogada LGSS de 1994 donde encontramos un nuevo beneficiario de la prestación de viudedad, el superviviendo de una pareja de hecho, eso sí, exigía los siguientes requisitos;

- El causante debe reunir los mismos que si estuviéramos ante una unión matrimonial, es decir: afiliación, alta o situación asimilada y período de cotización que en atención a la causa de la muerte proceda. Queda también comprendida la situación en que se puede causar la pensión desde situaciones de no alta o situación asimilada a ella.
- Encontrarse unido al causante al momento del fallecimiento formando pareja de hecho.
- Los ingresos del beneficiario, durante el año natural anterior al hecho causante, no deben alcanzar el 50 % de la suma de los propios y los del causante en el mismo período. Caso de hubiere hijos comunes con derecho a pensión de orfandad el porcentaje será del 25 %. También cabe la posibilidad de reconocer la pensión de viudedad cuando los ingresos del superviviente resulten inferiores a las 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá de mantenerse durante todo el percibo de la prestación. Se consideran ingresos los rendimientos de trabajo y de capital, así como los de carácter patrimonial, en los términos en que se computan para el reconocimiento de los complementos para mínimos[44].

Como se puede apreciar no toda superviviente de una pareja de hecho accederá a la pensión de viudedad[45], tendrá que acreditar la dependencia económica respecto del causante que oscila en función de la existencia de hijos comunes, algo que para los unidos por matrimonio no se exige, puesto que parece que se presume y una doble exigencia respecto a la acreditación de la convivencia de la pareja de hecho, que veremos en las siguientes líneas.

Siguiendo al Prof. Rodríguez Iniesta[46] el problema radicaba o radica en determinar que se entiende por pareja de hecho, puesto que no hay una concreción legal de que es una pareja de hecha a nivel estatal, tampoco encontramos uniformidad en la legislación autonómica. La LGSS en el art. 174, con todo, establece una serie de requisitos que deben reunir para acceder a la prestación de viudedad[47]:

- La pareja deberá estar constituida *"… con análoga relación de afectividad a la conyugal"*.
- Que no haya impedimento para contraer matrimonio.
- Ni vínculo matrimonial con otra persona (aunque este requisito está implícito en el anterior).
- Acreditar una *"... una convivencia estable y notoria inmediata al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años"*.

[44] RD 1578/2006, de 22 diciembre. Art. 6.

[45] Rodríguez Iniesta, G.: "Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)", *e-Revista Internacional de la Protección*…, o.p. cit. p. 60.

[46] En el mismo sentido el Prof. Álvarez Cortes, J.C.: Un acercamiento de la regulación de las prestaciones por viudedad de las parejas de hecho a la protección dispensada…*Op. Cit.* p. 263.

[47] En similares términos la Disposición final tercera del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 modifica el art. 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

— Demostrar la existencia de pareja de hecho y ello "*… se acreditará mediante certificación de inscripción en los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja*". En ambos casos -inscripción o constitución- deberán de haberse producido con una antelación mínima de 2 años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

Un dato importante que podrá plantear problema, de lo reproducido no parece que sea suficiente que en el documento por el que se formalice tal unión se declaré en muchas ocasiones así se hace constar- que hay una convivencia previa de, por ejemplo, cinco años, ya que faltaría su acreditación por el certificado de empadronamiento.

Se puede observar la doble acreditación exigida respecto a la convivencia mencionada anteriormente, puesto que, tendrá que demostrarla, de un lado, con el certificado de empadronamiento y, de otro, la existencia de la pareja de hecho mediante la inscripción en el registro de parejas de hecho o con el otorgamiento de documento público.

Esto es, de un lado, se exige la demostración de la convivencia ininterrumpida durante cinco años sería más que suficiente para acreditar esta "análoga relación de afectividad a la conyugal" que "conlleva también una convivencia estable y notoria, es decir una convivencia '*more uxorio*' en plena vida común, cual si de verdadero matrimonio se tratase". De otro lado, la existencia como pareja de hecho "oficializada" (registrada en oficina pública o mediante documento público) con dos años de antigüedad anteriores a la muerte del trabajador.

En palabras del Prof. Álvarez Cortes[48] parece un requisito excesivo, se trata de dos exigencias como si se tratase de dos cuestiones distintas y no lo son ya que la convivencia durante cinco años, "absorbería", a su juicio, al otro de los requisitos ya que lo que se pretende es acreditar la estabilidad de la situación. Y es que, hablar de parejas estables no casadas implica "referirnos a una situación de coexistencia diaria y con vocación de permanencia, creándose entre los convivientes unidos sentimentalmente un ámbito común de intereses y fines, dentro del núcleo común de su hogar compartido, siendo el deseo de los mismos no sujetarse a reglas preestablecidas que pudieran condicionar su libertad de elección".

La deseada igualación de las parejas de hecho en el acceso a la prestación de viudedad no era idéntica al de las parejas casadas.

2.2. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre[49] viene a reformar el art. 221 de nuestra vigente LGSS en relación con el acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de parejas de hecho.

2.2.1. La eliminación del requisito de dependencia económica del superviviente de la pareja de hecho

La primera modificación, la más importante, es que se ha puesto fin a la necesidad, por parte del superviviente de la unión de hecho, de acreditar dependencia económica del sujeto causante

[48] Álvarez Cortes, J.C.: Un acercamiento de la regulación de las prestaciones por viudedad de las parejas de hecho a la protección dispensada…*Op. Cit.* p. 263

[49] Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. «BOE» núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

para devengar la prestación. Una exigencia, rodeada de polémica[50], que ha estado vigente desde 1 de enero de 2008 hasta 31 de diciembre de 2021. Desde este momento, los supervivientes para ser beneficiarios de la pensión, no tendrán que demostrar que dependían económicamente de su pareja fallecida, sea matrimonial o de hecho.

Con esta reforma, se produce un avance importantísimo[51] ya que, desde la misma, no se exige la demostración de dependencia económica o de carencia de rentas, a partir de 1 de enero de 2022.

2.2.2. La acreditación de la condición legal de pareja de hecho

Respecto a este doble requisito debemos decir que se mantiene la necesidad de acreditar la existencia de la pareja de hecho durante un periodo mínimo de 2 años anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión[52] y, probar también, una convivencia mínima de 5 años de forma ininterrumpida.

La novedad se materializa en la convivencia ininterrumpida mínima de 5 años, no será exigible cuando la pareja tenga hijos en común que exime al superviviente del deber de acreditar convivencia estable y notoria mediante el correspondiente certificado de empadronamiento.

De este modo, nos encontramos ante una duplicidad de posibilidades[53], que conduce a la exigencia de distintos requisitos, dependiendo de si la pareja de hecho tiene o no hijos en común:

- En el primer caso, si existen hijos en común, solo se requerirá la aportación de la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público, que tendrá que haberse formalizado al menos dos años antes del fallecimiento del sujeto causante. Por tanto, desde el 1 de enero de 2022, en este supuesto, ya no se tendrá que demostrar convivencia estable y notoria durante los cinco años inmediatamente anteriores a la muerte del causante.
- En la segunda hipótesis, si la pareja de hecho no ha tenido hijos en común, el superviviente continúa viéndose obligado a acreditar dos requisitos, que son acumulativos: la acreditación de la convivencia estable y notoria durante los cinco años inmediatamente anteriores a la muerte del causante y, además, la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público, que tendrá que haberse formalizado al menos dos años antes del fallecimiento del sujeto causante. Esta duplicidad, queda así reafirmada con la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, si bien únicamente para los supervivientes de parejas de hecho que careciesen de hijos en común.

[50] Díaz Aznarte, M.T.: Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* nº 4, 2022, p. 115.

[51] Álvarez Cortés, J.C.: Un acercamiento de la regulación de las prestaciones por viudedad de las parejas de hecho a la protección dispensada…*Op. Cit.* p. 264.

[52] La sala IV del Tribunal Supremo ha mantenido en reiteradas sentencias, la existencia de un requisito constitutivo y *"ad solemnitatem"* otorgado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entre otras sTC 40/2014 respecto de los requisitos para acreditar la existencia de pareja de hecho. Así pues, es, según la jurisprudencia del Tribunal supremo, obligada inscripción de la pareja de hecho en el registro de la Comunidades Autónomas, registro del Ayuntamiento o mediante documento público (ssTs de 4 de febrero de 2015, de 10 de febrero de 2015, de 29 de abril de 2015 o de 16 de diciembre de 2015), *Ibidem,* p. 264.

[53] Díaz Aznarte, M.T.: Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa, *Revista de Estudios…Op. Cit.* p. 118.

2.2.3. La prestación temporal de viudedad y las parejas de hecho

La nombrada Ley 40/2007 vino a establecer la prestación temporal de viudedad de forma independiente a la necesidad real del beneficiario o del grado de dependencia económica que tuviese del sujeto causante, pero solo esta prevista para los matrimonios.

La duración del matrimonio (más de un año o al menos dos años computando la convivencia como pareja de hecho formalmente constituida y el tiempo de vínculo matrimonial) o la existencia de hijos en común, inicialmente fueron los elementos esenciales para determinar el nacimiento de la pensión vitalicia de viudedad.

Inexplicablemente[54], el legislador decidió en aquel momento que la prestación temporal de viudedad solo incluyese como beneficiarios a los supervivientes de parejas matrimoniales, dejando sin cobertura a las uniones de hecho, al margen de las circunstancias que concurriesen. El precepto aludía, de manera expresa e inequívoca, al "cónyuge superviviente", como único beneficiario de esta prestación que se podrá devengar durante solo dos años, colocando extramuros de esta prestación, a los supervivientes de parejas de hecho.

Al fin, la Ley 21/2021 ha incluido la prestación temporal de viudedad a las parejas de hecho. Del suerte que, "tanto el cónyuge como la pareja de hecho superviviente no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad por no acreditar, respectivamente, que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año en los términos del artículo 219.2, o por la inexistencia de hijos comunes, o que su inscripción como pareja de hecho en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o su constitución mediante documento público se han producido con una antelación mínima de dos años respecto de la fecha del fallecimiento del causante, pero concurran el resto de requisitos enumerados en el artículo 219, tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años".

2.2.4. Supuestos excepcionales de la pensión de viudedad y parejas de hecho

La Ley 20/2021 recoge en su disposición adicional cuadragésima la posibilidad de que los supervivientes de parejas de hecho soliciten la pensión en aquellos supuestos en que el fallecimiento del sujeto causante se hubiese producido con anterioridad a la entrada en vigor la norma citada *ut supra,* a la postre, el 1 de enero de 2022.

El legislador, concreta una serie de circunstancias que deben concurrir para poder aplicar esta disposición normativa:

- El sujeto causante, en el momento de su fallecimiento, ha de reunir los requisitos de alta y cotización a que se refiere el artículo 219 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- El miembro supérstite de la unión de hecho, ha de acreditar que, en el momento de fallecimiento del causante, ambos formaban una pareja de hecho, en los términos establecidos en art. 221.2 TRLGSS (convivencia estable y notoria durante al menos cinco años inmediatamente anteriores a la muerte y, si no tenían hijos en común, además, inscripción en el registro correspondiente o constancia en documento público como mínimo dos años antes del hecho causante)

[54] *Ibidem, Op. Cit*. p. 124.

— El beneficiario no ha de tener reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

— Se arbitra un plazo improrrogable de doce meses, contados desde la entrada en vigor de esta norma (1 de enero de 2022) para presentar la solicitud de la pensión de viudedad. La prestación, una vez que se reconozca cumpliendo los requisitos anteriormente señalados, tendrá efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a la solicitud.

3. Breves consideraciones finales

La pensión de viudedad para las parejas de hecho viene siendo regulada en nuestro marco normativo desde 2007. En ese año se produce un tímido acercamiento al acceso a dicha prestación por parte de dicho colectivo, no obstante, establece importantes diferencias con las uniones matrimoniales como se ha tenido ocasión de analizar.

Con la aprobación de la Ley 20/2021 se producen algunos cambios significativos en los requisitos y en el ámbito subjetivo de aplicación, como se la eliminación de la dependencia económica de la pareja supersite.

Un asunto, espinoso a nuestro entender, sigue siendo la doble necesidad de acreditación de convivencia de un lado, y de registro de pareja de hecho, de otro. Si bien, se elimina la necesidad de probar la convivencia continuada durante 5 años de forma consecutiva para aquellas parejas de hecho que tengan hijos, se excluye o al menos el legislador no hace mención a las parejas del mismo sexo o aquellas que deciden no tener hijos por voluntad propia, alejándose de esta forma del matrimonio.

Las esperanzas depositadas en una nueva regulación de la pensión de viudedad para las parejas de hecho llegaban el pasado mes de diciembre de 2021, sin embargo, esta norma no ha venido a equiparar de forma igualitaria los requisitos de acceso a la prestación de las parejas de hecho al de las uniones matrimoniales. Siguen existiendo diferencias de trato jurídica y normativa entre el superviviente de una unión matrimonial y el de una pareja de hecho. Por tanto, queda pendiente para el legislador una reforma integral y en profundidad de la prestación de viudedad de forma particular, una remodelación *sine die.*

4. Bibliografía

Álvarez Cortés, J.C.: "Un acercamiento de la regulación de las prestaciones por viudedad de las parejas de hecho a la protección dispensada por tales prestaciones a las parejas que han contraído matrimonio. (Breves notas a las modificaciones producidas en la protección de viudedad de las parejas de hecho en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones)", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 5, 2022.

Bonache Miralles, J.: "La pensión de viudedad en España. Análisis crítico de la regulación actual", *Anales de Derecho,* Universidad de Murcia, vol. 35, núm. 1, 2017.

Díaz Aznarte, M.T.: "Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* nº 4, 2022.

Monereo Pérez, J.L.: "CARLOS DEL PESO Y CALVO (1910-1992): El largo y controvertido proceso de construcción del sistema de Seguridad Social". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum. Clásicos de la Seguridad Social, nº 21 (4º Trimestre 2019).

Rodríguez Iniesta, G.: "Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)", *e-Revista Internacional de la Protección Social,* nº 2, vol. IV, 2019, Vol. IV.

Rodríguez Iniesta, G.: *La viudedad en el Sistema Español de Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2006.

Taléns Visconti, E.E.*:* "La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF 468*.

La inacabada y errática regulación del complemento por brecha de género: contradicciones normativas y jurisprudenciales a la espera de una revisión institucional integral

María Cristina Polo Sánchez
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca

La mujer es auxiliar y compañera intelectual del hombre,
lo mismo en la vida pública y en la vida privada. Sin ella,
olvidaríamos los verdaderos ideales.

Una mujer sin importancia, Oscar Wilde

Es práctica habitual entre los iuslaboralistas poner en cuestión muchas de las decisiones legislativas que, bien por vía tradicional a través de la aprobación en Cortes de un concreto proyecto de ley o mediante la excesiva y recurrente utilización del RDLey (no siempre bajo las prescripciones del art. 86 C.E. ante una pretendida y urgente necesidad) terminan provocando un efecto totalmente contrario al planteado en un inicio. Tal es el caso del en su día denominado complemento por maternidad, en apariencia de aplicación pacífica durante sus tres primeros años de vida y que, a raíz de la aprobación posterior del RDLey 3/21 2 de febrero, por imposición de los órganos judiciales de la Unión Europea, no ha hecho sino intensificar fallos legislativos sin solución que aún hoy siguen generando opiniones encontradas.

Una primera consideración ha de hacerse a lo largo de las próximas reflexiones desde el punto de vista de la metodología utilizada: no es nuestra intención formular una exposición pormenorizada y comparada de cuál fue y cuál es el régimen actual de dicho complemento, sino que pretendemos poner de manifiesto las irregularidades, vacíos, lagunas, inconcreciones, contradicciones y sinsentidos en los que han incurrido posiciones políticas de distinto signo (en sus orígenes, con un gobierno conservador y, a partir de la nueva redacción de la norma, en 2021, con un ejecutivo más progresista que optó por regular directamente esta figura jurídica, aunque se ha previsto su tramitación parlamentaria como proyecto de ley).

Para aportar un punto de originalidad, hemos decidido asociar cada epígrafe a una obra de Oscar Wilde, máxima personificación de la fina ironía que, en este caso, no podemos por menos que predicar de una institución como la que analizaremos a continuación, en la que la precipitación ha sido su seña de identidad y sus resultados, de dudosa eficacia.

1. La importancia de (no) llamarse maternidad

El origen de esta prestación se remonta a una fase bastante reciente, cuando la Ley 48/2015 29 de octubre de Presupuestos Generales del Estado para 2016 (LPGE) reconoce un complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social, dando lugar a un nuevo art. 50 bis en la entonces vigente Ley General de Seguridad Social (aprobada por RDLegislativo 1/1994 29 de junio), transformado luego en art. 60 en la actual versión de la Ley (RDLegislativo 8/2015 30 de octubre), siendo concebido como un mecanismo de reequilibrio en la diferente posición de hombres y mujeres a la hora de obtener una pensión del nivel contributivo de Seguridad Social que, basándose en la aportación demográfica de las mujeres al sistema y considerando a sus hijos en tanto que futuros sujetos cotizantes, premiaba la maternidad como merecedora de una prestación específica.

Así, la D.F. 2ª Ley 48/2015 contemplaba un complemento dirigido en exclusiva a las mujeres con hijos naturales (descartaba, en un primer momento, el término "biológicos") o adoptados, beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. Aunque luego se aclara quiénes habrán de ser las personas beneficiarias, la redacción literal de este precepto suscitó la duda inicial acerca del momento de su aplicación, si a las nuevas pensiones causadas a partir de la entrada en vigor de la norma o a las que ya hubieran sido reconocidas ("mujeres … *que sean* beneficiarias … de pensiones contributivas"). Más tarde, la D. F. 3ª Ley 48/2015 marca ya el punto de referencia en las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016 y cuya titular sea una mujer.

Lo realmente curioso es que la Ley 48/2015 no aportó motivación alguna acerca de la incorporación de una figura como la descrita, limitándose a enumerar una miscelánea de disposiciones finales que afectan a normas de muy distinta índole y que nos mantienen en la incógnita de descubrir por qué se acometió una actuación legislativa de esta naturaleza.

Ante la ausencia de cualquier indicio de justificación en la propia Exposición de Motivos, convendría investigar cómo se conformó semejante regulación: fue a través de una enmienda introducida durante la tramitación parlamentaria[1], con vistas, probablemente, a obtener unos mejores resultados electorales en una convocatoria que se anunciaba como próxima.

El objetivo principal era el reconocimiento a todas aquellas mujeres que, siendo madres, pudieran eventualmente haberse visto perjudicadas durante su carrera activa a causa de

[1] Enmienda nª 4.242 del Grupo Parlamentario Popular, que apostaba por reconocer a las mujeres trabajadoras que hubieran compatibilizado su carrera profesional con la maternidad una prestación social pública por haber realizado una contribución demográfica al sistema de Seguridad Social.

interrupciones en su vida laboral o de una afectación en la jornada desempeñada. Solo en un segundo plano, y éste fue el error que el legislador cometió, por no atribuir su justo valor a una finalidad que terminó por volverse en su contra, se mencionaba la voluntad de eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en las pensiones, muy por encima de la media europea, y que había afectado en mayor medida a las mujeres.

De ahí la conveniencia de relegar ese primer objetivo recogido en la versión inicial del complemento y de reforzar el segundo, en lo que sería una sustitución de la "maternidad" por la más adecuada alusión a "brecha de género".

2. El secreto de la vida

A pesar de que no se definió como tal, esta decisión no dejaba de ser una medida de acción positiva, en una fase más avanzada de desigualdad ya surgida desde que se produce la incorporación al mercado de trabajo, sobre la que sería imprescindible actuar pero que no debiera dejarse para un momento tan ulterior, puesto que se estaría combatiendo el efecto y no la causa[2]. Hemos de recordar un hecho cierto, y es que, aun habiendo transcurrido quince años desde la aprobación de la LO 3/2007 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, el legislador aún olvida con frecuencia que la elaboración normativa ha de tomar en cuenta la perspectiva de género, tanto directa como inversa, para evitar un perjuicio, por razón de sexo, no buscado de propósito. Es lo que ha sucedido con el complemento por maternidad y lo que en esta última década y media se ha seguido manteniendo, al redactar normas con resultados aparentemente neutrales, pero con distinta incidencia atendiendo al género de la persona trabajadora[3].

Según los datos más recientes[4], son más de un millón las personas que se benefician de este complemento (el 97 %, mujeres), obteniendo un resultado moderadamente optimista que ha permitido reducir la brecha pensional del 34 % al 25 % desde su implantación. Destaca, indudablemente, la cifra ya acumulada de mujeres que desde 2016 accedieron a esta prestación, en tanto que complemento por maternidad, que las que sucesivamente han solicitado en algo más de un año su pensión acompañada del complemento por brecha de género. En cambio, la cifra de perceptores varones de ambos complementos apenas sobrepasa los 30.000, a la espera de resolución de los centenares de demandas que colapsan en la actualidad los Juzgados y que en su mayor parte son resueltas en sentido estimatorio.

3. De profundis: el giro jurisprudencial determinante de un nuevo ¿rumbo? normativo

Como ya apuntábamos, el complemento por maternidad fue aplicado durante sus primeros años de vigencia sin mayores discusiones doctrinales que las que provoca cualquier otra decisión legislativa. Todo cambia cuando, tras la negativa del INSS a dar cauce a la petición de un trabajador solicitante de una pensión de incapacidad permanente, se desencadena una sucesión de actuaciones que desembocan en un pronunciamiento del TJUE fundada en la presentación

[2] Si se actuara directamente sobre la brecha salarial, ello permitiría atajar también la brecha prestacional, a pesar de que las causas no siempre se puedan combatir desde una perspectiva jurídica, por obedecer a decisiones o renuncias de índole personal. *Vid.* Rodríguez Cardo, I.A.: "La inusitada utilidad del complemento por maternidad: causas de la notable litigiosidad y posibles consecuencias en fase de ultraactividad", *Trabajo y Derecho* nº 87, 2022, p. 1.

[3] Como pone de relieve López Aniorte, M.C.:, que recuerda las consecuencias de legislar sin perspectiva de género tomando como modelo a los trabajadores varones con largas carreras de cotización, lo que no se corresponde con la realidad del trabajo femenino. "Hacia la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y el disfrute de la pensión de jubilación", *Lan Harremanak* nº 43, 2020, p. 136.

[4] https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a335845f-6dd4-4246-a180-d305287ef7af/BM202207.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-a335845f-6dd4-4246-a180-d305287ef7af-o96QLc3

de una cuestión prejudicial. Sin entrar en un análisis exhaustivo del caso, profusamente tratado en los múltiples mecanismos de difusión doctrinal que se han hecho eco de ello, se reclamaba la misma igualdad trato que a cualquier mujer trabajadora con dos hijos para obtener el citado complemento, algo que el INSS negó apoyándose en la redacción literal del art. 60 LGSS, que mencionaba en exclusiva a las madres por su aportación demográfica a la Seguridad Social. Presentada demanda ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Girona, a éste se le plantean dudas tanto de constitucionalidad como de conformidad del precepto a la normativa comunitaria, en aplicación del principio de primacía normativa, y acuerda remitir al TJUE una cuestión prejudicial. El resto ya es sobradamente conocido, con unas consideraciones (advertencias) del TJUE en Sentencia 12 de diciembre de 2019 (C-450/18) que alejan al ordenamiento español de lo que había sido hasta entonces el devenir legislativo de países cercanos pero que habían planteado sus reformas con otra orientación igualitaria y no discriminatoria, como entendió el órgano judicial europeo.

En línea de principio, y por lo que se refiere al objetivo preponderante a cumplir por el art. 60 LGSS, la aportación demográfica no era, en opinión del TJUE, patrimonio exclusivo de las mujeres, también los hombres se encuentran en igualdad de posición en este sentido, por lo que no cabía otorgar un diferente tratamiento por razón de género beneficiando a las mujeres por delante de los trabajadores varones, al no ser causa suficiente, por cuanto "resulta obvio que los hombres tienen idéntica participación en el proceso de reproducción".

Bien es cierto que la maternidad con frecuencia ha devenido en una falta de continuidad laboral de las mujeres, pero ni todas las mujeres han quedado expuestas a tales perjuicios ni ningún hombre ha resultado a salvo de ver afectada su carrera profesional por tal motivo, por lo que este argumento tampoco merece triunfar, en opinión del Tribunal.

En el examen que éste realiza sobre la normativa presuntamente vulnerada, el eje de la argumentación gira en torno a la Directiva 79/7/CEE, la cual, y a juicio del órgano juzgador, se contrapone al precepto en cuestión, al no quedar su contenido integrado en los supuestos que permiten exceptuar la prohibición genérica de discriminación por razón de sexo contemplados en el art. 4.2 de la misma.

El Tribunal admite la conformidad entre el principio de igualdad de trato y la cobertura de las características biológicas de la mujer vinculadas al embarazo y al parto, lo que permitiría la implantación de acciones positivas tendentes a la protección de la maternidad, pero es que el art. 60 no se refiere en absoluto a esta etapa en la vida de la mujer, sino a un momento posterior de acceso a un complemento por la presunta afectación prestacional sufrida. Ni siquiera la posible dedicación a la educación de los hijos tendría encaje en esta interpretación, por cuanto el art. 7.1 b) de la Directiva, que permite a los estados miembros excluir de su ámbito de aplicación las ventajas que pueden reconocer en seguros de vejez (pensiones de jubilación) a quienes hayan educado a sus hijos (hombres o mujeres) para adquirir derecho a las prestaciones tras el tiempo destinado a tal tarea, no se identifica con lo previsto en el art. 60, que en nada se refiere a estos aspectos sino simple y llanamente al hecho de que una mujer trabajadora haya tenido al menos dos hijos.

Queda cerrada, asimismo, otra posible vía interpretativa, la del art. 157.4 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que permite a los estados miembros la adopción o mantenimiento de medidas para ofrecer ventajas en beneficio del sexo menos representado a la hora de ejercer actividades profesionales o evitar o compensar desventajas en sus carreras laborales y que, en opinión del TJUE, es algo que el art. 60 LGSS no está destinado a cumplir, porque no remueve los obstáculos que una mujer trabajadora puede encontrar a lo largo de

su trayectoria, y se limita a incrementar la cuantía final de la pensión reconocida, con un plus insuficiente para superar las desventajas que padecieron a lo largo de su carrera.

En definitiva, este es un ejemplo evidente de cómo una equivocada denominación, discordante con los objetivos reales perseguidos, deviene en una expulsión del ordenamiento de un precepto que mostraba sus mejores intenciones pero que no fue capaz de transmitirlas finalmente. No es tanto que el legislador no supiera definir adecuadamente el contenido de la norma (a pesar de que muestra notables deficiencias técnicas), sino que quiso presentar una nueva figura jurídica basculando en favor de un criterio (la aportación demográfica) que no había de sustentarse en el género y que hubiera debido ceder su espacio a la voluntad, absolutamente irreprochable, de reducir la brecha en la cuantía pensional entre mujeres y hombres, que requería una actuación inmediata. Se equivocó el legislador en el "envoltorio" de ese producto: un pensionista se sintió perjudicado en su derecho y, a partir de aquí, toda la maquinaria se puso en marcha hasta ser decretada la falta de conformidad a los postulados del Derecho Comunitario. Fue la forma, y no tanto el fondo, a pesar de que el Gobierno español intentó luego rectificar ante el TJUE declarando (y aclarando) que realmente el objetivo de la norma era el segundo (la reducción de la brecha) y no el primero (los factores demográficos), lo que dio lugar a la nulidad (veremos más adelante bajo qué condiciones) de este precepto, que fracasó en su intento de avanzar hacia la igualdad creando, por el contrario, y en opinión del Tribunal, una discriminación directa hacia los varones, algo que en modo alguno se había planteado el legislador.

Se imponía, por tanto, una redefinición de la prestación, algo que el Tribunal dejó en el aire, ofreciendo solamente unas pautas muy genéricas que el legislador español debía asumir, lo que hizo más de un año después, con el RDLey 3/21, dejando en el limbo todas las solicitudes de complemento que, a partir de 2020, debieron ser resueltas por los órganos jurisdiccionales españoles, no todas con la misma suerte.

Queremos resaltar, llegados a este punto que, del mismo modo que el art. 60 no contenía una perfecta técnica legislativa, el pronunciamiento del TJUE no supo adaptarse a la compleja y peculiar realidad del mercado laboral español, con diferencias salariales irresolubles durante décadas y que han desplegado todos sus efectos en el momento de obtener una pensión en perjuicio de las trabajadoras y con el hecho real de la maternidad como trasfondo[5].

[5] Muy crítica se muestra Rivas Vallejo, P.:, para quien el TJUE mantuvo una tesis "aséptica y quirúrgica", sin entrar en mayores disquisiciones, con un "reduccionismo" extremo, puesto que los efectos de la brecha de género provienen, sin duda alguna, de una maternidad que no se protege en sí misma con unas cuantas semanas de descanso, sino que abarca "un tiempo notablemente superior de sus vidas, condicionadas por la perpetuación de los roles de género", con cita de la STSJ Madrid 24 de septiembre de 2018. Rec. 592/17. Se llega así al esperpento de considerar discriminatoria una medida que perseguía todo lo contrario, como era la compensación a las mujeres por su tradicional exclusión del mercado laboral, sobre todo para aquellas que en su día renunciaron a un trabajo remunerado y conseguían un incremento en una, con frecuencia, exigua cuantía en su pensión de viudedad. "La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad". *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 1/20, p. 10. Polo Sánchez, M.C.: suscribe tales críticas, en lo que sería un erróneo punto de partida, que sitúa la posible solución en la protección a la maternidad y todas las medidas que puedan asegurarla, cuando lo que se está ventilando es el otorgamiento de una cuantía adicional a pensiones de nivel más bajo que las de los trabajadores varones, que habrían ejercido o no en su día la paternidad responsable, pero que no ha tenido reflejo en el montante de las prestaciones que la Seguridad Social les reconoce. "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12-XII-2019, WA contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, asunto C-450/18. El complemento por maternidad español discrimina a los trabajadores varones y contraviene la normativa de la Unión Europea", *Ars Iuris Salmanticensis,* vol. 8, 2020, p. 343.

4. La decadencia de la mentira: la nueva regulación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género

Con las directrices marcadas por el TJUE, el legislador español debía acometer una nueva regulación de este complemento cuyo contenido básico había sido calificado de discriminatorio y, por tanto, inaplicable. La difícil situación motivada por la crisis del COVID, con la necesidad imperiosa de adoptar decisiones inmediatas en todos los órdenes de la vida social y económica, relegaron esta tarea durante catorce meses hasta que, en febrero de 2021, se aprueba por parte del Gobierno el RDLey 3/2021 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. Como ha sucedido en estos dos últimos años y medio, se recrudece la tendencia a utilizar no el propio instrumento jurídico del RDLey en sustitución de la actividad parlamentaria (que, obviamente, sobre todo durante el primer año de pandemia, apenas pudo mostrar movilidad y que amparaba el recurso gubernamental a esta técnica), sino como obsesión recurrente por aprobar normas diversas, inconexas entre sí, con repercusión y destinatarios diferentes que dificultan la posterior convalidación por el Congreso. Como suele ser habitual, la Exposición de Motivos nos ofrece la imagen de lo que quería conseguirse. Con esa revisión del art. 60 (lo que es, en principio, de agradecer, pues en su versión original desconocimos de modo absoluto cuáles eran sus aspiraciones), se expone un triple objetivo, reiterativo y en exceso genérico que no necesariamente ha de asociarse a este nuevo complemento: en primer término, reforzar la fortaleza (desacertada expresión: ¿cómo fortalecer lo que ya se considera fuerte previamente?) y viabilidad del sistema de pensiones, algo que no concuerda con un indudable aumento del gasto con el que no se contaba antes de la regulación del complemento y que no iba a cambiar en términos sustanciales con la revisión de su contenido, sin poner en peligro, es cierto, la sostenibilidad del sistema pero, y desde luego, no actuando desde la perspectiva de un ahorro futuro. En segundo término, "mejorar los mecanismos protectores en favor de los colectivos que más lo precisan", predicable de los beneficiarios del Ingreso Mínimo Vital al que se dedica el Capítulo II del Título I, pero que no se compadece con la extensión del complemento también a los varones, en una decisión adoptada según criterios antidiscriminatorios y no porque justamente se encontraran en peor posición económica que los hasta entonces beneficiarios; para finalizar, en un tercer objetivo, destacando la garantía de suficiencia en los recursos de familias y autónomos en relación a cuestiones meramente económicas y sin vinculación con el específico complemento del que venimos hablando. En consecuencia, los objetivos que marca el RDLey para proceder a una regulación del art. 60 no quedan plasmados dentro de la exposición de los objetivos generales de la norma.

A continuación, no tanto en cuanto objetivos, sino en cuanto razones o motivaciones de por qué su regulación en el RDLey, se trae a colación de modo inevitable la STJUE, como origen de esta modificación (deja entrever, de modo contradictorio, que no se hubiera alterado su redacción si no hubiera sido por dicho pronunciamiento) para, y como actitud positiva, aprovechar la coyuntura para convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones, como si, con anterioridad, el reconocimiento solo a las mujeres no hubiera sido de mucha utilidad.

No deja muy claro hasta dónde y con qué extensión han de aplicarse medidas de acción positiva, refrendadas por el TC, siempre que exista una "concreción normativa previa" (que debería acomodarse a los criterios marcados por el TJUE) y que, en todo caso, habrán de fundamentarse en el cuidado de hijos, causa principal de la brecha de género pensional.

Como quiera que esta situación se viene arrastrando históricamente, las mujeres serán el objetivo prioritario de estas medidas, pero no debemos olvidar a aquellos padres que hayan

sufrido, por este motivo, una merma en sus cotizaciones y que, en aplicación de la doctrina comunitaria, deberían beneficiarse igualmente de esta prestación. Ahí es donde el RDLey utiliza la expresión "puerta abierta" para dar cabida a los trabajadores que se hallen en tal tesitura.

Con ser este complemento una figura debatida, no se plantea con una vigencia indefinida, puesto que se prevé su mantenimiento en el momento en que, tomando como referencia la pensión de jubilación, la brecha entre hombres y mujeres se sitúe por debajo del 5 %. Es largo el camino por recorrer, pero incidiendo en esas dos variables (pensiones ya causadas y progresiva aproximación de salarios) es deseable que se evolucione hacia una progresiva desaparición de dicho complemento.

5. La importancia de discutirlo todo

5.1. En términos conceptuales

El renovado art. 60 LGSS incurre en su apartado 1º en el mismo fallo de redacción que ya apuntábamos respecto a su predecesor: se reconoce el complemento a las mujeres "que sean beneficiarias de una pensión contributiva", como si de dos fases sucesivas se tratara: primero haber obtenido la pensión y luego posibilidad de optar a una prestación complementaria no necesariamente reconocida de modo sistemático. Nada más lejos de la realidad: ya dejamos claro en su momento que las mujeres ya beneficiarias de una pensión causada con anterioridad a la entrada en vigor de la D. F. 2ª de la Ley 48/15 quedaban excluidas de su reconocimiento, y solo las nuevas pensiones serían merecedoras de la citada prestación. Sin haber reparado en este equívoco conceptual, el RDLey vuelve a reproducir en los mismos términos la condición de beneficiaria cuando, en realidad, tal circunstancia se producirá a partir del reconocimiento simultáneo de pensión y complemento, en este caso ya con la nueva denominación de "por brecha de género".

Por otro lado, el Gobierno, al dar nueva redacción al art. 60 LGSS, ha asumido relativamente las indicaciones del TJUE en punto a la conformidad con la Directiva 79/7/CEE, por cuanto sigue manteniendo la prioridad de las mujeres en la obtención del complemento, y en esos términos se expresa, para dejar en un segundo plano a los posibles beneficiarios varones, que podrán llegar a serlo bajo ciertas premisas.

Las dificultades financieras del sistema se encuentran siempre bajo el establecimiento de fronteras entre sujetos protegidos, en este caso, mujeres pensionistas antes y después del 1 de enero de 2016, pero es inevitable apreciar una nueva fractura interna entre beneficiarias actuales y pensionistas anteriores excluidas de la protección a pesar de que, según la redacción original del precepto, su nivel de aportación demográfica fue sustancialmente mayor que en décadas posteriores. Sería discutible, pues, la prevalencia que se ha dado a nuevas pensionistas, nacidas en los años 50 del pasado siglo y que comenzaron a tener hijos a finales de los 70, precisamente cuando la tasa de natalidad empezaba a decaer. Si lo que se pretendió con la redacción originaria fue reconocer el valor de la maternidad y de un número significativo de hijos por mujer, se hubiera debido procurar una solución intermedia, que pasara por no otorgar un complemento por todos los hijos que una mujer hubiera tenido, sino establecer un mismo porcentaje para todas las pensiones, que hubiera así evitado una brecha intergénero entre las propias mujeres[6].

Precisamente, la norma contiene una definición de qué ha de entenderse por brecha de género, centrándose de modo preferente en la pensión de jubilación, en lo que sería un porcentaje que

[6] Cfr. Polo Sánchez, M.C.: "Protección social y brecha de género en la vejez: medidas de acción positiva en la lucha contra la discriminación postlaboral", *Trayectorias Humanas Transcontinentales*, nº 5, 2019, p. 50.

representa la diferencia entre el importe medio de dicha pensión para hombres y mujeres en el período de un año (D.A. 33ª LGSS).

5.2. En materia de filiación

Con buen criterio, el RDLey extiende la concesión del complemento a aquellas mujeres que hayan tenido al menos un hijo o hija (lo que en la redacción anterior se entendía como excluyente a efectos de constituir una aportación demográfica al sistema, situando la cifra en al menos dos), suprimiendo la mención a hijos biológicos o adoptados (que luego el apartado b) del art. 60.1 sí recoge respecto a los requisitos que han de cumplir los trabajadores varones). Surge así la duda de si a los padres se les piden distintas exigencias que a las mujeres, y si sería esta también una diferencia añadida, dando entrada a los supuestos de acogimiento para las madres y excluyendo tal opción para los padres.

No parece que la explicación vaya por ese camino: da la impresión de que la voluntad legislativa se ha decantado por estadios ya definitivos, como la adopción, sin incluir aquellas situaciones que puedan ser de duración prolongada pero que no garantizan un vínculo ya permanente con la posterior pensionista. Así sucede con el acogimiento familiar para un grupo familiar o personas individuales que sucesivamente acogen a menores de manera solidaria. Es algo voluntario que, en caso de que afectara a la continuidad laboral de la persona que luego solicita la pensión, no sería merecedor del complemento. Y lo mismo podríamos afirmar de la guarda con fines de adopción, como etapa anterior a una adopción aún no declarada judicialmente.

El art. 178.1 CC es claro en este sentido: los vínculos jurídicos existentes entre la persona adoptada y su familia de origen quedarán extinguidos a partir del momento en que se declara la adopción, por lo que ni la madre ni mucho menos el padre biológico, podrían optar al complemento ni siquiera distribuyéndolo entre quienes mantuvieron sucesivamente la condición de madre o padre. Si antes esta denegación era fácil de mantener, pues no era posible desconocer que, en realidad, quien había realizado una aportación demográfica era la madre biológica, aunque luego se hubiera desligado de su hijo, con la nueva redacción del art. 60.1 este argumento no adquiere mayor trascendencia, y se valora quién se hizo realmente cargo del menor para así reconocerle el complemento con causa en una eventual renuncia a su trabajo.

Algunas dudas sobre este particular fueron resueltas por el INSS en sucesivos Criterios de gestión, entre ellos, el de 1 de febrero de 2018, que atribuye en exclusiva a la madre adoptante el derecho al complemento por ser quien se ha hecho cargo del menor y ha contribuido a su crianza y educación, dejando fuera, sin embargo, a la madre biológica, que ha renunciado a tales responsabilidades y que, por consiguiente y de manera presunta, no ha experimentado perjuicio alguno en su trayectoria laboral.

Al plantear esta hipótesis, pensamos en un menor de corta edad cuya madre biológica apenas ha tenido tiempo de establecer vínculos afectivos antes de cederle en adopción, por lo que la consecuencia que lleva aparejada, según el art. 60 LGSS, sería la atribución del complemento a la madre adoptiva. Pueden producirse, sin embargo, otras situaciones en las que cabría debatir si este mismo resultado debe conservarse. Tal sería el supuesto de una madre biológica (generalmente, al frente de una familia monoparental) que, por dificultades económicas o de otro tipo, se ve obligada ceder a su hijo, primero en régimen preadoptivo y luego, en vista de que las circunstancias no han cambiado, en adopción. Es posible que durante varios años se hubiera dedicado al cuidado de su hijo y, por tanto, hubiera sufrido interrupciones en la progresión de su carrera laboral. Indudablemente, estos años de impasse provocarían un perjuicio económico que el legislador no ha sabido prever.

La solución que se nos ocurre deviene pareja a la pensión de viudedad cuando son dos o más personas las que tendrían derecho al reparto de una única pensión en función del tiempo de convivencia con quien ha sido causante. Se atendería, con ello, al período temporal durante el cual la madre biológica convivió con el menor, lo tuvo a su cargo y hubo de renunciar a desarrollar su trayectoria profesional. El porcentaje que habría de corresponder a cada persona beneficiaria (en este caso, previa demostración de los períodos de tiempo afectados) se calcularía en función de los años trabajados por cada una en los que se observara una alteración en cotizaciones debida al cuidado del menor. También, por citar algún ejemplo más, cuando la pérdida de custodia haya sido debida a un desamparo del menor, con origen en una insuficiencia de recursos económicos, precisamente porque la atención del hijo no permitía trabajar de forma continuada ni a jornada completa. El ingreso en un centro de acogida, en ocasiones preludio de una posterior adopción no siempre voluntaria, podría ser tenida en cuenta para obtener una parte del complemento si logra demostrar que, antes de que se desencadenaran tales acontecimientos, había renunciado a parte de su desarrollo profesional.

Por otro lado, y en relación con el número de hijos que se deben acreditar para optar al complemento, nada indica el RDLey sobre la necesidad de que permanezcan vivos en el momento de solicitar la pensión. Se refiere únicamente a que "hayan tenido" uno o más hijos e hijas y que hubieran nacido con vida (art. 60.3), no a que estén vivos más adelante ni, por supuesto, a que hayan de estar a su cargo, porque, y a pesar del retraso en la independización de los jóvenes en España, muchos de los solicitantes de pensión complementada ya habrán quedado libres de las tareas de educación y crianza.

En cuanto a que sigan con vida, el complemento solo tiene sentido si el nacimiento de cada hijo hubiera repercutido, en hipótesis y sin necesidad de demostración, en un perjuicio en términos laborales para la mujer, algo que, evidentemente, no sucede si el feto nace muerto o sobrevive apenas unos días sin superar el período de descanso por maternidad (por nacimiento del menor) asignado a la madre[7]. A partir de ahí, con su reincorporación al trabajo, si el hijo fallece, se supone que ha habido un tiempo, aunque breve, durante el cual aquella ha podido desatender sus obligaciones laborales que luego redundarán en una brecha de género pensional.

5.3. En relación con el género

De forma indiscutible, este complemento va dirigido a las mujeres para paliar la brecha pensional que les afecta con especial incidencia, pero ello no significa que los hombres vayan a quedar excluidos de su reconocimiento, como indicación expresa que el TJUE dirigió al legislador español para que rectificara en este sentido.

Así las cosas, y en competencia surgida entre ambos progenitores, el art. 60.1 presenta a la mujer como beneficiaria preferente siempre que no haya solicitud y posterior reconocimiento estimatorio del complemento en favor del otro progenitor, es decir, que el hecho de que una madre haya obtenido dicha prestación no constituye un estadio definitivo e inamovible, pues puede haber razones, fundamentalmente de índole económica, para sustituir la persona del beneficiario con la intención de incrementar los ingresos finales del grupo familiar (sobre todo en la legislación anterior, cuando se aplicaban porcentajes). Para el supuesto concreto de que el otro progenitor sea también mujer, el complemento iría a parar a aquella que reciba una menor cuantía en la suma de sus pensiones públicas (que, lógicamente, no tiene por qué ser más de una).

[7] El fallecimiento del hijo en el momento del parto podría equipararse a una adopción, en que la madre biológica no ha experimentado ningún quebranto en su trayectoria profesional. Polo Sánchez, M.C.:, "Protección social y brecha de género …", *Op. Cit.* p. 64.

Reconociendo entonces esa prioridad para que sean las mujeres las primeras beneficiarias del complemento, sin más aditamento que haber sido madres y solicitantes de una de las tres pensiones contributivas fijadas en el art. 60, a los hombres, por el contrario, sí se les imponen una serie de exigencias que han de cumplir de modo alternativo:

bien "causar" una pensión de viudedad (en sentido propio, quien la causaría sería el cotizante que fallece, fuera mujer u hombre), siempre que ambos progenitores tuvieran hijos en común y que alguno de ellos (no todos, por lo tanto) tenga derecho simultáneo a percibir una pensión de orfandad. Esto significa, a sensu contrario, que aquellos hijos con edades superiores a 21 años (o 25, si no trabajan o, haciéndolo, no superan la cuantía del SMI) y que no padezcan discapacidad alguna, no son generadores indirectos del complemento (causante directo, insistimos, sería la pareja fallecida), por lo que el viudo deberá esperar a obtener otro tipo de pensión (jubilación, incapacidad permanente) para acceder al complemento. La misma solución cabría aplicar al reconocimiento de una pensión de viudedad, que el viudo vería reconocida sin el complemento, cuando la persona fallecida lo que deja son hijastros (hijos únicamente del superviviente).

causar una pensión de jubilación o de incapacidad permanente (aquí, bien utilizado el término, pues es él mismo quien ha cotizado el tiempo suficiente como para acceder a cualquiera de esas dos prestaciones) y haber interrumpido o visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción de hijos. Se dulcifica así el estricto contenido del originario art. 60, que impedía de forma radical la extensión del complemento a los hombres: ahora sí podrán ser beneficiarios, pero con unos requisitos que en modo alguno las mujeres han de acreditar, en lo que sería una discriminación de género más tenue, de cuya oposición al principio de igualdad constitucional nadie, de momento, ha alzado la voz.

Las repercusiones negativas de esa paternidad ejercida sobre los hijos nacidos o adoptados se bifurca en dos direcciones, atendiendo al momento cronológico en que dicha responsabilidad haya surgido.

etapa anterior al 31 de diciembre de 1994, en que se supone que los hijos (salvo que padezcan alguna discapacidad) ya quedarían fuera de la pensión de orfandad: el viudo deberá acreditar una pérdida de al menos 120 días de cotización a contar entre los nueve meses anteriores al nacimiento (en este caso, la ausencia de cotizaciones no sería atribuible al cuidado de un hijo que está por nacer) y los tres años posteriores a esa fecha (ya con mayor lógica), si bien teniendo en cuenta que durante ese tiempo, sobre todo en las primeras etapas, no se pierde el derecho a cotizar ni durante la suspensión del contrato por nacimiento de hijo, ni hasta que el menor cumple un año, con la prestación por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante ni, incluso, con la excedencia por cuidado de hijos en que, de modo ficticio, se reconoce ese período como tiempo cotizado. Serían, entonces, otros los motivos por los que en la carrera profesional del padre pudieran aparecer lagunas de cotización (ej. desempleo), pero no por el ejercicio de su paternidad que desde hace tiempo la Seguridad Social protege.

Por otra parte, el volumen de pérdida de cotizaciones como requisito necesario para obtener el complemento es muy exiguo: apenas 120 días, es decir, cuatro meses, continuados o interrumpidos, en los que el padre ha sufrido ese perjuicio en su cotización, sin que el motivo de esa laguna deba justificarse. Se supone que debería coincidir con el nacimiento del menor pero, insistimos, pudieran ser otras las causas por las que el trabajador dejó de cotizar y que, sin embargo, serían apreciadas para acompañar a la pensión de jubilación o de incapacidad causada.

En lo que se refiere a la adopción, el plazo desde que se produce la falta de cotización empieza a contar desde la resolución judicial por la que se constituye aquella hasta los tres años siguientes, aquí con una fundamentación mas adecuada, pues hasta que la adopción no se declara como

tal, no empezará el cómputo del plazo. Lo que hubiera podido ser un requisito de relativo fácil cumplimiento, encuentra un obstáculo de compleja comprensión, como es comparar la cuantía de la suma de las pensiones que cada progenitor por separado vaya a obtener, esto es, que se atendería a futuras pensiones de la mujer que, por distintas razones (p. ej., su menor edad), no ha obtenido aún en el momento en que el padre se propone solicitar su propia pensión con el complemento añadido. La lógica nos diría que lo más razonable es la solicitud del padre, que lograría pensión y complemento siquiera de manera provisional, y que en el momento en que a la madre, a su vez, le fuera reconocida su pensión específica (una o más de una) si la suma fuera inferior a la cuantía obtenida por el padre, de oficio actuaría la Entidad Gestora para asignársela a la madre.

Varias objeciones deberíamos formular a la regla aplicada en el art. 60.1: en principio, que no necesariamente ha de existir suma de pensiones públicas, no es circunstancia habitual ser beneficiario de varias pensiones simultáneamente; en segundo lugar, que es indiferente reconocer el complemento a hombre o mujer, cuando conforman una unidad familiar y el cálculo no se hace sobre un porcentaje de la base reguladora sino que se retribuye con una cantidad fija por hijo; por último, que habría que conocer en términos reales cuál sería en su día la cuantía total de la pensión o pensiones que la mujer obtendrá, por lo que esa referencia *ad futurum* no resulta en absoluto acertada. Pero parece que esa ha de ser la interpretación conferida a este apartado, puesto que el art. 60.1 in fine difiere el derecho al complemento al instante en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva, con lo que surgen varios interrogantes: ¿Se retrasaría el complemento hasta que los dos se conviertan en pensionistas y veamos entonces quién obtiene mayores ingresos pensionales? ¿Se aplicaría este apartado únicamente cuando se trata de dos solicitantes mujeres, como previene el primer párrafo del art. 60.1, en donde se da prioridad a aquella cuya pensión sea de cuantía inferior? ¿Se refiere a la pareja hombre/mujer y al momento de solicitud de la pensión por parte del segundo progenitor para, desde ese momento, dilucidar quién obtendrá el complemento definitivamente? Son muchas preguntas que, en el devenir diario, el INSS resuelve automáticamente en favor de la madre y, si se trata de un padre, comprobará que a tal fecha el complemento no ha sido aún asignado, para otorgarlo siquiera de modo provisional en espera de quién haya de ser su definitivo beneficiario.

hijos nacidos o adoptados a partir del 1 de enero de 1995: el requisito que se exige en este nivel para los padres, próximos pensionistas de jubilación o incapacidad permanente, no atiende a pérdidas de cotización, sino a variaciones en las bases de cotización anteriores y posteriores al nacimiento o adopción. El marco de referencia serían los dos años posteriores al nacimiento o a la resolución judicial por la que se constituye la adopción, en que las bases debieran ser al menos un 15 % inferiores a las de los 24 meses inmediatamente precedentes, con una disminución en su cuantía que hiciera pensar que el motivo ha sido el ejercicio de la paternidad a través de una reducción de jornada y no de cualquier otro instrumento de conciliación alternativo. Obsérvese que, en el apartado anterior, cuando el nacimiento o la adopción se han producido antes de 1995, lo que se valora es una falta de actividad acompañada de lagunas de cotización; en cambio, en este supuesto a lo que se atiende es a una desviación de cotizaciones, comparativamente menores en la etapa inmediatamente anterior al presunto ejercicio de las tareas de atención y cuidado del menor. Todo ello condicionado, además, a la misma regla de atender a la cuantía de la pensión o pensiones de la mujer en el momento en que se convierte en beneficiaria, que daría lugar a los mismos interrogantes deducidos más arriba.

Si los dos progenitores son hombres, la solución sería parcialmente la misma que cuando concurren dos mujeres: tendrá preferencia aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía, con la particularidad de que deberán cumplir (se entiende que ambos) los

requisitos que el art. 60 viene exigiendo en exclusiva a los hombres en función de la contingencia por la que solicitan la pensión.

5.4. En relación con el número de beneficiarios

Todos estos problemas interpretativos no se darían si cada uno de los progenitores tuviera por sí mismo derecho a su propio complemento. Pero no es esta la voluntad del legislador: desde la primera versión del art. 60, en que solo eran beneficiarias las mujeres y, por tanto, solo uno de los progenitores podía obtener esa prestación, hasta la fase actual en que se imponen requisitos a los hombres que las mujeres resultan exoneradas de cumplir[8], lo que está claro es que ese complemento solo podrá percibirlo una u otro, sin ninguna excepción en este sentido[9].

La LGSS nos ofrece algunos ejemplos de esta exclusividad: el art. 60.2 dispone la extinción del complemento a un primer progenitor cuando el segundo haya visto reconocida la prestación. Ello significa que puede haber un segundo reconocimiento del derecho, pero solo un beneficiario en cada momento, y que los efectos económicos se producirán el primer día del mes siguiente al de la resolución extintiva dictada dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, el primer día del mes siguiente al de reconocimiento de la pensión que lo cause. Si, por el contrario, transcurre ese plazo de seis meses, los efectos se harán sentir a partir del primer día del séptimo mes. De este modo, el complemento se mantendría hasta el final del mes que corresponda, para evitar cálculos porcentuales que añadirían mayor complejidad, al tiempo que se aprovechan esos días hasta que finalice el mes para poner en conocimiento del primer beneficiario que su complemento está llamado a extinguirse en favor de la otra persona. A tal fin, el art. 60.2 prevé el trámite de audiencia al primer beneficiario antes de que se dicte resolución estimatoria en favor del segundo. En cuanto al devengo del complemento, de nuevo asistimos a una falta de técnica legislativa depurada, que se dedica a afirmar que cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento, cuando con mayor exactitud hubiera debido indicarse que cada uno de ellos generará una determinada cuantía, la que fije en cada momento la LPGE vigente, y que integrará el total de un solo complemento.

5.5. En relación con la responsabilidad penal

Ha sido tendencia durante los últimos años privar de ciertos derechos prestacionales a los condenados por violencia de género, en aras a proteger a las víctimas pero, sobre todo, como pena accesoria que contribuya a desincentivar este tipo de conductas.

El RDLey 3/21 va más allá en este terreno, pues impide tanto al padre como a la madre, en su caso, obtener el complemento si han sido privados de la patria potestad por sentencia basada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o dictada en causa criminal o matrimonial. Atendiendo, pues, al origen del complemento (nacimiento o adopción de hijos), la falta de atención y cuidado susceptible de generar una retirada de la patria potestad constituye, a juicio del legislador, una causa de indignidad que impediría incrementar la pensión. Igualmente, motivos de suficiente gravedad como para que el juez decida en consecuencia, tanto en un proceso penal como matrimonial, impedirán el nacimiento del derecho. Lo que la norma silencia es la posible suspensión o extinción del complemento por tal motivo, siendo entonces de aplicación,

[8] Así se pronuncia, entre otras, la STSJ Castilla y León (Valladolid) 14-6-22 Rec. 2344/21 cuando afirma que el complemento para las mujeres seguirá vinculado a la persistencia de la brecha de género y para los padres, si se acredita compromiso de crianza que afecte a su carrera profesional o resulte una viudedad con hijos que perciban orfandad.

[9] El Criterio de gestión 35/21 2 de diciembre solo lo reconoce a uno de ellos, denegándolo si ya había un previo beneficiario.

entendemos, lo prevenido en el art. 60.5, que dispone un efecto "acompañamiento" a la pensión, por lo que seguirá la misma suerte si esta se ve afectada de algún modo.

El agresor condenado por violencia de género (lo que en algunos casos va vinculado también a la violencia vicaria sobre los hijos) no verá reconocido el derecho al complemento, remitiéndose para su concreción a la ley o a los instrumentos internacionales ratificados por España. Se ha optado por privar de ese derecho al padre por haber ejercido violencia contra la madre de aquellos hijos que darían lugar, en otro contexto, al complemento. Como es obvio, si el padre viera cancelada cualquier opción de lograr el complemento, nuevamente la prioridad de reconocimiento en favor de la mujer actuaría en estos supuestos sin ningún género de dudas.

Mención expresa se realiza a la violencia ejercida por el padre o madre contra sus hijos, de la que se haya derivado una condena penal. No se indica si el objeto de tal conducta sería una forma sofisticada de violencia de género (la de carácter vicario, que mencionábamos antes) para causar un mayor daño a la expareja o, simplemente, una conducta aleatoria que ha convertido a los hijos en víctimas directas. El hecho está en que deben haberse producido ese tipo de conductas como factor indispensable para que no nazca el derecho al complemento y, aunque no lo diga la norma, que las víctimas fueran menores de edad, pues de lo contrario, superada ya esa edad, dispondrían de los mecanismos legales suficientes como para protegerse de forma autónoma.

5.6. En relación con la cuantía económica

Una de las novedades que mayores consecuencias acarrea en la percepción de esta prestación es la cuantía que cada beneficiario ha de percibir. En origen, el art. 60 aplicaba a la pensión inicial un porcentaje determinado, en función del número de hijos de la (entonces) madre beneficiaria y que oscilaba entre un 5 % (por dos hijos) al 15 % (por cuatro o más hijos), dejando fuera, como sabemos, la atención a un solo hijo. Pues bien, esta exclusión, tan discutida en los más de cinco años de vigencia de la primera versión del precepto, ha sido reparada por RDLey 3/21, que extiende también el complemento a las madres de un hijo y que, en principio, habría de reconocerse también a los padres (si bien con los requisitos que ya indicamos en su momento), puesto que no establece diferenciación en este punto.

La nueva regla cuantitativa del art. 60.3 remite a la LPGE para actualizar periódicamente el complemento por cada hijo, con un máximo de cuatro veces el importe mensual y con un incremento en el mismo porcentaje que las pensiones contributivas.

Si planteamos la cuestión de qué régimen era más ventajoso para las mujeres, antes con el porcentaje aplicable a la pensión o ahora con una cantidad definida en función del número de hijos, la respuesta depende, en buena lógica, de la cuantía de la pensión. Para pensiones bajas es más beneficioso, en general, el modelo actual, si bien esa ventaja disminuye a medida que se incrementa el número de hijos: en cambio, las pensiones más altas se ven proporcionalmente más perjudicadas según aumenta esa cifra. El principio de redistribución adquiere en estos casos un mayor predicamento, como un objetivo consciente que el legislador pretendió alcanzar.

Como prueba de la imposibilidad de percibir simultáneamente un complemento cada uno de los progenitores, la D.T. 33ª LGSS contempla el supuesto de que el padre, cumpliendo los requisitos exigidos, solicite el complemento por brecha de género habiendo ya otra beneficiaria (la madre) del complemento por maternidad. En realidad, no obtendría un segundo complemento individualizado en cuantía reducida, sino que se produciría el efecto inverso: la cantidad mensual recibida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con lo que recibiría un incremento del inicial complemento por maternidad reconocido en su día a la madre, antes de la entrada en vigor del RDLey 3/21.

5.7. En relación a la contingencia generadora de la pensión

De entre las distintas modalidades de jubilación, el RDLey 3/21 mantiene subsistente solo una como impedimento para obtener el complemento: la jubilación parcial que, por combinar trabajo en activo y una pensión de jubilación no definitiva, se mantiene en una etapa de provisionalidad, resuelta a partir del momento en que el retiro pasa a ser pleno. Este es el solo motivo por el que el complemento deberá esperar, y no se reconocerá con efectos retroactivos, pues con anterioridad el/la jubilado/a parcial aún no percibía su pensión en una cuantía estable.

No obstante, y dado que en la actualidad el complemento no se concede porcentualmente sino en una cantidad fija y que, después de todo, estamos hablando de una persona que ha comenzado a percibir ya parte de su pensión y, por tanto, no se le puede negar su condición de pensionista, bien podría ver reconocida esa prestación, en su integridad o de forma proporcional a la pensión ya causada.

La norma elimina, sin embargo, la prohibición de lucrar esta prestación en los casos de jubilación anticipada. Es cierto que no ofrece ninguna explicación concreta de por qué desaparece de su articulado tal modalidad, pero el hecho de que ya no aparezca supone, en consecuencia, la perfecta compatibilidad con el complemento, al ser ya una pensión definitiva, aunque en cuantía inferior a la esperada. La explicación que en su día se ofreció intentaba mostrar una imagen de mujer trabajadora que ha tenido dificultades para alcanzar un período de cotización total comparable a la media masculina y que, por ello, debería apurar al máximo su permanencia en el mercado laboral[10]. Constituye, en opinión del TC, criterio objetivo y razonable introducir una diferencia entre quien se jubila anticipadamente de forma voluntaria y quien intenta agotar su período de cotización[11]. Se planteó un supuesto similar desde la óptica de una eventual discriminación para las mujeres que habían optado por esta modalidad de jubilación, siendo sometida tal argumentación al criterio del TJUE como cuestión prejudicial, quien, con apoyo en la previa sentencia de 12 de diciembre de 2019, aprecia discriminación, pero no para las mujeres que se hallen en semejantes circunstancias, sino en general para los hombres a los que se excluye de la obtención del complemento, por lo que prescinde de la forma y de la fecha de acceso al régimen de jubilación y despacha sin más miramientos el asunto acogiéndose a una falta de inclusión de este tipo de situaciones en la Directiva 79/7/CE[12].

Con la supresión de ese límite, a partir del RDLey, las mujeres ven abierta la vía del retiro antes de la edad ordinaria de jubilación, si bien no de forma masiva, porque también en este terreno los sucesivos incrementos de la edad requerida, combinados con el período mínimo de cotización a acreditar, harán cada vez más difícil la utilización de esta fórmula por parte del colectivo femenino.

Como última cuestión a abordar, la pensión de viudedad constituye asimismo base de apoyo para el reconocimiento del complemento, detalle cuando menos censurado por el hecho de que la beneficiaria no obtiene por sí misma una pensión y que denota un carácter indirecto o derivado, generando un agravio comparativo con las mujeres que sí han trabajado y que, al no poder acceder al nivel contributivo de protección por insuficiencia de cotizaciones, han sido relegadas a la percepción de una prestación no contributiva. Como es sabido, la pensión

[10] El Auto TC 114/2018 16 de octubre abogaba por prolongar lo más posible la carrera laboral, que es lo que permitiría acortar la brecha y, sin embargo, pudiendo llegar a ese objetivo, por su propia iniciativa, la trabajadora se situaba al margen de ese beneficio.

[11] Doctrina que no ha sido seguida en esta materia por algunos órganos jurisdiccionales, como TSJ Galicia en sentencias 11-5-20 Rec. 3745/20; 20-7-21 Rec. 417/21.

[12] S. 12-5-21 C-130/20.

de viudedad va asociada a las cotizaciones de la pareja fallecida: no se atiende así a quién es la persona beneficiaria, sino a su causante. Desde hace décadas, se viene defendiendo la progresiva desaparición de esta pensión, habida cuenta de que el otro miembro de la pareja generalmente suele encontrarse en situación activa y, en consecuencia, no se vería privado de ingresos de modo absoluto. Como quiera que es este un tema aparcado, al menos de momento, se ha apuntado la conveniencia de haber podido excluir la pensión de la aplicación del complemento, primero por ser una pensión no directa y, segundo, por alejarse del objetivo que dicho complemento persigue[13]. Sin entrar ahora en este tipo de disquisiciones sobre la continuidad o no de la pensión, lo cierto es que la finalidad de contribuir a reducir la brecha de género sí que la cumple (o, cuando menos, lo intenta), por lo que, una vez reconocido por la Ley 48/15, no habría motivos para eliminarlo por el RDLey 3/21.

Suele darse con una relativa frecuencia la presencia de varios supervivientes que perciben la pensión en función del tiempo de convivencia con el causante, de manera que una única prestación habría de repartirse entre más de una persona beneficiaria. Ello obligaría, al propio tiempo, a dividir el complemento con el mismo criterio, añadiendo además el factor del número de hijos que el causante dejó. No se ha previsto, ni antes ni ahora, la problemática que puede derivar de cada situación familiar concreta. Lo que está claro es que no se podría privar del complemento a uno de los beneficiarios en detrimento del otro, y que ambas personas habrían de conseguir esa compensación de ingresos que el complemento proporciona: siendo así, si el causante fallecido tuvo cuatro hijos con su primera mujer y dos con la segunda, la solución no pasa, obviamente, por reconocer el complemento únicamente a la primera; tampoco por calcularlo en proporción para que la primera obtuviera, en este ejemplo en concreto, el doble de la cantidad asignada a la segunda. Más bien, como beneficiaria, tendría que solicitar (de forma expresa en este caso, sin esperar a que la Entidad Gestora lo otorgue con carácter automático, que no lo hará) su propio complemento, en función del número de hijos que hubiera tenido con el fallecido, para dar así cumplimiento al objetivo de reducción de la brecha de género, que se vería cuestionado si se actúa de manera restrictiva[14]. De lo contrario, el perjuicio sería doble, por no actuar en favor de tal finalidad y porque, en particular, si a una pensión de viudedad, ya de por sí recortada, se le privara del complemento en función del número real de hijos, algo que no tiene nada que ver con las cotizaciones del causante, se estaría discriminando a las mujeres con menos hijos (recordemos que, a pesar de su origen contributivo, la finalidad asistencial que cumple el complemento es innegable).

6. La importancia de no hacer nada

El giro de tuerca que supuso la STJUE en la regulación del complemento debía ir seguida, a la mayor brevedad posible, de una refundación en el contenido del art. 60 que eliminara la discriminación directa que, en palabras del Tribunal, generaba la normativa interna española.

A la espera de acometer dicha tarea, no faltaron opiniones acerca de la orientación que la nueva norma debía recibir[15]. Aparte de incluir a los hombres que tuvieran dos hijos, se planteó si

[13] Cfr. Gala Durán, C.: "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza mal acaba?", *Temas Laborales,* nº 158, 2021, p. 134.

[14] Opinión discordante mantiene Rodríguez Cardo, I.A.:., que defiende un cálculo diferente, en función de la cuantía de la pensión de cada persona beneficiaria, como señala la STSJ Cataluña 20-5-19 Rec. 1457/19, cuya decisión se sustentaba en los anteriores porcentajes del complemento que ahora han dejado paso a una cuantía fija por cada hijo. "La inusitada utilidad … ", *Op. Cit.* p. 11.

[15] López Aniorte, M.C.: señala cuatro frentes de actuación: cambio de denominación, vinculación a los perjuicios reales causados, de modo que se aplicara prioritariamente a las mujeres; reconocimiento a partir del primer hijo, incluyendo también el acogimiento, y la extensión a las personas beneficiarias de prestaciones no contributivas. "Hacia la igualdad

suprimirlo o suspender su aplicación[16] o prescindir del género del beneficiario para reconocerlo a cada grupo familiar[17]. Lo que sucedió fue algo que, por desgracia, ya es sobradamente conocido dentro del ordenamiento español: la pereza legislativa, el dejar en tierra de nadie a miles de posibles beneficiarios que carecían de una normativa expresa en la que apoyar su petición. Así, desde diciembre de 2019, en que se dictó la sentencia del TJUE calificando de discriminatorio el art. 60 LGSS y, por ende, amparando a partir de entonces el derecho al complemento, hasta el 4 de febrero de 2021, fecha de entrada en vigor del RDLey 3/21, los pensionistas varones se vieron obligados a litigar en los tribunales para que, sin ningún criterio unánime, cada órgano judicial decidiera si estimar o no su demanda.

6.1. Controvertida solución transitoria: diversidad doctrinal en el marco jurisdiccional

El impacto de la STJUE derivó en una avalancha de solicitudes, denegadas en todo caso por el INSS bajo el argumento de que el vigente, hasta febrero de 2021, art. 60 LGSS extendía en exclusiva sus efectos a las mujeres, únicas beneficiarias del complemento. Tuvieron que ser, a partir de entonces, los Juzgados de lo Social y, en ocasiones, los Tribunales Superiores de Justicia los que, cada uno con interpretaciones encontradas, en función del ámbito territorial, decidieran sobre una cuestión que carecía de apoyo normativo expreso.

Estaba claro que los hombres habían de ser igualmente merecedores de esta prestación. La cuestión a dilucidar era desde cuándo, pues el núcleo de la discusión se centró en la fecha de efectos de la STJUE, que declaraba su derecho a percibirla, sin llegar a un acuerdo coincidente en este extremo.

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social emitió el 27 de enero de 2020 un Informe fijando criterios de actuación en tanto no se procediera a adaptar el art. 60: en principio, y hasta que viera la luz la nueva regulación legal, el complemento se seguiría reconociendo en exclusiva a las mujeres, sin excepción alguna que beneficiara a los hombres. Pero dejaba abierta la puerta a que los tribunales lo interpretaran de otro modo, en sentido estimatorio a las solicitudes de los varones. Con ello, todas las sentencias favorables a las demandas presentadas por hombres debían ser ejecutadas y, en lógica correspondencia, el INSS debía iniciar el pago de la prestación cuando fuera interpuesto el pertinente recurso, según lo dispuesto en el art. 230.2 Ley 36/11 10-octubre Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

La secuencia ha sido idéntica en la mayoría de supuestos: el INSS deniega el complemento tanto en solicitud directa como en el preceptivo trámite de reclamación previa y, a partir de ahí, bien reconocía el complemento el Juzgado de instancia o, si acaso, el TSJ en suplicación, siempre que el recurrido se hubiera opuesto al recurso.

Lo que cambia no es el signo de la decisión, generalmente estimatoria, sino el momento a partir del cual el complemento surtirá efectos, oscilando las opciones entre la fecha de la STJUE; la fecha de su publicación en el DOUE; tres meses con efectos retroactivos desde la solicitud ante el INSS; desde el momento en que se reconoce la pensión; desde la fecha del hecho causante, etc., decisiones que no hacían sino crear una notable inseguridad jurídica en función del territorio y del órgano judicial actuante. Podríamos decir que este es ya un tema superado, y en buena

de trato y de oportunidades …", *Op. Cit.* p. 148.

[16] Como ha mantenido Moreno Romero, F.:" La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema español de pensiones: apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/21". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 58, 2021, p. 684.

[17] Gala Durán, C.: "El incierto futuro del "complemento por maternidad" tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA)", *La Administración práctica: enciclopedia de Administración municipal*, nº 4, 2020, p. 67.

medida así es, porque el TS ha resuelto recientemente tal conflicto, unificando doctrina y fijando criterios, pero lo cierto es que las argumentaciones, de contenido muy variado, han generado un distinto tratamiento para los hombres sin posibilidad ahora ya de rectificación.

No pretendemos ahondar en la significación de tales criterios, simplemente y de modo sucinto, recordemos que la STJUE no estableció ningún tipo de limitación temporal en cuanto al efecto directo de la Directiva 79/7/CE cuyo contenido se oponía al precepto interno español. De aquí se deduce que no fue la sentencia la que reconoció derechos a los hombres en esta materia, sino la propia Directiva en su aplicación directa, con efectos *ex tunc* previos a dicha resolución judicial. Tales efectos implican que la discriminación contenida en el art. 60 ha de ser erradicada desde el momento en que se produjo, en concreto cuando este precepto entró en vigor[18]. El propio TJUE en S. 17-3-21[19] abunda en esta cuestión al afirmar que "la interpretación que el Tribunal de Justicia efectúa …de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que ha sido impugnada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación". El art. 91.1 del Reglamento de Procedimiento del TJUE confirma este dato, declarando obligatorias las sentencias del Tribunal desde el día de su pronunciamiento, mientras que el art. 92 solo se refiere a la publicación en el DOUE, en el que se contiene la fecha y el fallo de las sentencias.

De manera reiterada, el INSS se ha opuesto a una interpretación flexible, optando, por el contrario, por admitir bien una retroactividad de tres meses anteriores a la solicitud o, en su defecto, valorar la fecha de publicación de la STJUE (cuando en sede administrativa todas las reclamaciones previas eran, sin excepción, denegadas). Así, el art. 53.2 LGSS prevé una retroacción de tres meses previos a la solicitud, y no se trataría de plantear una cuestión de jerarquía normativa o de primacía del Derecho Comunitario sobre el derecho interno de los estados, sino de la propia aplicación de las normas jurídicas[20]. Dicho principio se superpone a la legislación interna e impone que un tribunal deje inaplicable una norma nacional contraria al Derecho de la Unión Europea y que deba interpretar el derecho nacional conforme a las prescripciones de aquel. Si ello fuera inviable, dejará sin aplicar la norma interna, sea su naturaleza legislativa o constitucional[21].

Por su parte, la Ley 40/15 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, que señala en su art. 32.6 que los efectos de una sentencia nacen desde la publicación en el DOUE (en este caso, desde el 17 de febrero de 2020), fue también uno de los motivos de suplicación más alegados, sin que en la mayoría de los casos fuera tomado en consideración, puesto que se incluye dentro del apartado correspondiente a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y la presentación de una solicitud de prestaciones de Seguridad Social quedaría al margen del contenido de este precepto[22].

Sí fue aplicable, como decíamos, durante unos meses el art. 53 LGSS, que prevé un efecto retroactivo de tres meses a contar desde la fecha de presentación de la solicitud. Si la pensión de que se trata fue reconocida en su día y, por imposibilidad manifiesta (cuando aún no se había cuestionado la posible vulneración del derecho a no ser discriminado por el art. 60), no se procedió a instar el complemento, desde luego no implicaría una revisión de la que trae origen,

[18] STSJ Murcia 8-3-22 Rec. 256/22.

[19] C-585/19

[20] STSJ Galicia 23-3-22 Rec. 1377/22.

[21] SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 13-1-22 Rec. 1024/21; 7-2-22 Rec. 1915/21.

[22] STSJ Galicia 8-4-22 Rec. 5281/21.

que seguiría intacta, y únicamente habría que jugar con los tres meses previos a la petición[23], prescindiendo ya de que aún no hubiera sido dictada la STJUE (hubo que esperar a que se dictara, es obvio, para poder formalizar la solicitud)[24].

Una variante en la retroacción de los tres meses previos la encontramos en una falta de actuación del beneficiario en materia de unificación casacional. Si en instancias inferiores se ha aquietado con la decisión del juzgador, esta "nunca podrá situarse en un momento temporal anterior al determinado en fase de suplicación, dado que tal específica cuestión ha devenido firme" y, por tanto, procede retrasar los efectos únicamente a los tres meses precedentes[25].

La última opción consiste en hacer coincidir el nacimiento de la prestación con el reconocimiento de la pensión de la que trae causa (siempre, claro está, que se trate de pensiones de causación posterior al 1 de enero de 2016), por esa vinculación estrecha entre el nacimiento de la pensión y el posterior complemento[26].

Una vez en vigor el RDLey 3/21, lo que hubiera debido ser un precepto de indiscutible significado, no ha aportado nada nuevo en cuanto al momento de nacimiento del complemento. Así, la D.A. 1ª establece que el complemento por brecha de género se reconocerá a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor de esta norma, esto es, desde el 4 de febrero de 2021. Sería sencillo, aparentemente, interpretar que todas las pensiones generadas desde tal fecha llevarían aparejado, de modo automático, el reconocimiento del complemento, de manera indistinta a hombres o mujeres. Tal conclusión, sin embargo, dista mucho de aproximarse a la intención del legislador: en principio, porque cada uno de los progenitores podría obtener la prestación y, por tanto, tras una comprobación cuantitativa previa, o lo conserva la madre, o renuncia a ello para que sea el otro progenitor el que lo obtenga. Pero es que, en segundo término, solo accederán al complemento por brecha de género (con obligación directa de reconocimiento por parte del INSS) los nuevos pensionistas a partir de febrero de 2021[27]; los que ya lo fueran, sin complemento vinculado, deberán solicitarlo, sin necesidad de cumplir los requisitos que dispone el nuevo art. 60 y con la fecha de efectos situada en el momento de causación de la pensión[28]. No es este un tema intrascendente, puesto que se podría plantear una posible discriminación de los pensionistas más antiguos, al no ver asegurada por ley dicha prestación y tener que solicitarla ante instancias judiciales por no reconocer el INSS las peticiones deducidas antes de que el RDLey produjera efectos, pero también, de modo inverso, para los nuevos pensionistas, que habrían de cumplir requisitos de los que están exentos los beneficiarios anteriores.

La última fase, al menos por el momento, viene de la mano de la unificación de doctrina del TS que, a partir de febrero de 2022, ha intentado ofrecer nuevas pautas interpretativas no siempre seguidas por los órganos jurisdiccionales inferiores[29]. El Alto Tribunal en Pleno se debate entre los dos principios que con mayor frecuencia se venían aplicando: tres meses de retroactividad o fecha de publicación de la STJUE, pero introduciendo un tercer elemento, que es el que actúa como

[23] SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 17-1-22 Rec. 1691/21; 18-3-22 Rec. 1894/21; Rec. 1834/21.

[24] Cfr. SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 14-1-22 Rec. 1406/21; 18-1-22 Rec. 1370/21; 7-2-22 Rec. 1371/21; 1560/21; 1893/21; 18-2-22 Rec. 1106/21, que rechazan la idea de una reiteración de una solicitud inicial y que optan por la reclamación ex novo a raíz de la STJUE.

[25] STSJ Galicia 8-4-22 Rec. 5281/21; 6-6-22 Rec. 5824/21; Comunidad Valenciana 26-5-22 Rec. 2685/21.

[26] Así lo declaran multitud de pronunciamientos. *Vid.*, por todos, STSJ Murcia 8-3-22 Rec. 721/21.

[27] Para el TSJ Madrid en S. 27-4-22 Rec. 232/22, no existiría ni siquiera régimen transitorio, pues esa ha sido la decisión del legislador, por lo que, de forma excepcional, deniega el complemento a quien fue pensionista antes de la STJUE, la cual se declara inaplicable en una curiosa y original doctrina

[28] SSTSJ La Rioja 3-2-22 Rec. 4/22; Rec. 8/22: Rec. 10/22.

[29] SSTS 17-2-22 Rec. 2872/21; Rec. 3379/21.

fecha clave: el pronunciamiento del tribunal europeo que, como ya vimos, se limita a interpretar y aclarar una norma de Derecho Comunitario ya vigente y aplicable, por tanto, desde su entrada en vigor, con lo cual la retroactividad iría más allá. En su fundamentación jurídica trae a colación las pautas de actuación interna que la propia Sala en S. 7-2-18[30] fijó en cuanto a la obligatoriedad de los órganos judiciales nacionales de aplicar las normas y los métodos de interpretación con la mayor fidelidad posible a la letra y a los objetivos de las disposiciones comunitarias, que han de actuar como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas, como previene el art. 3.1 CC.

El TS confirma entonces una de las tendencias ya seguidas por un sector de los tribunales: la retroactividad de los efectos de la norma al momento mismo de su nacimiento. Lo que sucedió en este caso particular fue que el beneficiario no había interpuesto recurso de casación unificadora y se aquietó a la decisión del tribunal de suplicación, por lo que, excepcionalmente, la retroacción no podría ir más allá de los tres meses previos a la solicitud, siendo de aplicación únicamente a este supuesto el art. 53 LGSS. La falta de ese recurso casacional impedía, pues, retrotraer los efectos a un espacio temporal anterior al declarado en fase de suplicación, lo que ha llevado en otras ocasiones, sobre la base de lo dispuesto por el TS, a confirmar la decisión de instancia que sitúa el momento referencial en la fecha de la STJUE[31]. En posteriores pronunciamientos ya sí reconoce efectos *ex tunc* desde el nacimiento de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante.

Esta debiera ser, en buena lógica, la trayectoria a seguir por los juzgados y tribunales inferiores a la hora de enjuiciar supuestos de esta índole, tomando como referencia la fecha de reconocimiento de la pensión[32], e incluso apreciando la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de trato por razón de género entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, que daría lugar a restablecer al interesado en la integridad de su derecho y reponer las cosas al momento previo a la lesión del mismo[33]. En cuanto a las diferentes modalidades en que se puede concretar la pensión de jubilación, si esta es activa, compatible con la prestación de servicios, habría que realizar un doble cálculo: inicial, mientras se combina pensión y trabajo, y ya definitiva, al cesar en la actividad[34], al reconocer el complemento sobre un 50 % de la base reguladora en espera de que se aplique más adelante el 100 %, como también dispuso el Criterio de gestión 15/21 17 de mayo.

6.2. El incierto futuro de este mecanismo jurídico

El legislador ya contaba con el carácter provisional de esta figura, llamada a extinguirse cuando se entendiera cumplido su objetivo de alcanzar una brecha de género por debajo del 5 % en las pensiones de jubilación. Aplicando algunas medidas adicionales, como el registro de salario para

[30] Rec. 486/16.

[31] En el mismo sentido, SSTSJ Galicia 22-3-22 Rec. 2971/21; 31-3-22 Rec. 3717/21; Rec. 3490/21; STSJ Castilla y León (Valladolid) 18-4-22 Rec. 1998/21.

[32] Y así lo han hecho, entre otros, TSJ Cantabria en S. 20-6-22 Rec. 397/22; SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 4-4-22 Rec. 2359/21; 16-6-22 Rec. 1475/21; STSJ Extremadura 7-6-22 Rec. 203/22; STSJ Galicia 17-3-22 Rec. 6495/21; 7-4-22 Rec. 4499/21; STSJ Navarra 28-4-22 Rec. 131/22; STSJ Islas Baleares 30-3-22 Rec. 559/21; STSJ Madrid 22-6-22 Rec. 367/22; 24-6-22 Rec. 150/22, que no exige ninguno de los requisitos que incorpora el RDLey, como el de afectación de la carrera profesional, al igual que la STSJ Castilla y León (Valladolid) 16-3-22 Rec. 1802/21. No obstante, algunas sentencias siguen justificando la retroacción a la fecha de la STJUE o, incluso, a la fecha de su publicación, con lo que el solicitante perdería parte de la cantidad debida. *Vid.* SSTSJ Galicia 3-3-22 Rec. 3695/21; Rec. 4673/21; 23-3-22 Rec. 5744/21; STSJ Madrid 27-4-21 Rec. 163/22

[33] SSTSJ Navarra 28-4-22 Rec. 131/22; 25-5-22 Rec. 193/22.

[34] Como declara la STSJ La Rioja 3-2-22 Rec. 18/22.

verificar la justificación de una distinta cuantía entre hombres y mujeres, sería factible, aunque a un paso lento, evolucionar hacia esa meta. Pero se lograría así por inercia cuando, transcurridas décadas desde la presencia de mujeres en el entorno laboral, sus condiciones salariales fueran mejoradas y controladas, y no porque en este caso el poder ejecutivo haya realizado un mínimo esfuerzo en componer una regulación más perfeccionista y acorde a los modelos de otros países y a las pautas que, con la consiguiente libertad que se traslada a los estados miembros para transponer una Directiva al derecho interno, ha ofrecido el TJUE en reiteradas ocasiones. Del compromiso de tramitación parlamentaria y de su estado actual no tenemos noticias (lleva meses en fase de añadir enmiendas) y mucho nos tememos que la finalización de la legislatura acabe con esa promesa. Los órganos judiciales vienen dando respuesta al devenir cotidiano de problemas puntuales que los pensionistas continúan planteando, con la consiguiente acumulación de asuntos que, es claro, contribuyen a hacer aún más lenta la justicia.

7. Intenciones

Toda labor legislativa ha de ser consecuente con el objetivo que pretende. Las Exposiciones de Motivos, a veces excesivamente farragosas, extensas, reiterativas y muy pegadas a la realidad social del momento en que se publican, con datos volátiles que rápidamente dejan de estar actualizados, constituyen una buena prueba para mostrar qué es lo que se pretende con esa norma. Y aquí es donde falló el art. 60 LGSS (y su inicial versión 50 bis contenida en la LPGE para 2016): una ausencia de motivación y una errónea denominación bastaron para que en instancias jurisdiccionales superiores sus pretensiones se desmoronaran y la brecha de género tuviera que ser combatida desde otros frentes alternativos. Obviamente, si el TJUE decretó que una prestación concreta no se podía denegar en función del género, quienes hasta entonces habían quedado excluidos pasaron a ser solicitantes en masa. Y es un gasto más para el sistema de Seguridad Social, qué duda cabe, no excesivamente alto, pero que en su volumen total sí es perceptible desde el punto de vista financiero. Lo más preocupante sería la pérdida del objetivo buscado por este precepto: disminuir la brecha de género en pensiones entre hombres y mujeres. Si a los hombres también se les reconoce, aun cumpliendo los requisitos que el RDLey impone y que, con frecuencia, aún permitirían posicionarse en un nivel más ventajoso desde la óptica de las cotizaciones que con respecto a las mujeres, el resultado final no es una reducción, sino una ampliación de esa diferencia[35]. Pensiones más altas acompañadas de un complemento de este tipo agravarían las diferencias económicas respecto a aquellas mujeres que, hoy en día y tras un recorrido profesional de discriminación salarial, no serían capaces de alcanzar las cotas de los pensionistas varones ni siquiera percibiendo el complemento. Se rectificó en 2021, incluyendo a las madres de un solo hijo, pero las eternas olvidadas siguen siendo las mujeres perceptoras de una pensión no contributiva, que incluso en su día pudieron haber cotizado un período inferior al legalmente previsto para lucrar pensión[36], y que ven cómo la insuficiencia de recursos se perpetúa para este colectivo. Y qué decir, por supuesto, de las pensionistas anteriores al 1 de enero de 2016, a las que no se reconoce el complemento, algo lógico, por una parte, porque no se podrían retrotraer hasta el infinito nuevas regulaciones en las que está en juego el reconocimiento

[35] Como bien ha destacado Molina Navarrete, C.: la reducción de las brechas de género en el sistema de Seguridad Social "seguirá siendo más una cuestión de horizonte jurídico (legislativo, jurisprudencial) que una real conquista de presente. "Brechas de género" y sistema español de Seguridad Social: balance crítico y algunas propuestas de corrección", *IQUAL, Revista de género e igualdad*, 2020, 3, p. 4.

[36] Sobre todo, cuando las beneficiarias son mujeres de generaciones anteriores que no hubieran alcanzado los mínimos de cotización. *Vid*. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social española con los Tribunales Europeos: el complemento por maternidad de las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)", *Laborum, Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 22, 2020, p. 21.

de una compensación económica, pero que a nadie se le oculta que exteriorizan la auténtica brecha de género a la que se llegó en las últimas décadas.

El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad

Raquel Poquet Catalá
Profesora asociada (acreditada TU)
Universidad de Valencia

1. Introducción

Como es sabido, partiendo del fundamento de la pensión de viudedad, la cual halla su fundamento en el daño sufrido por el sujeto protegido como consecuencia de la muerte y la necesidad a la que se ve expuesta la persona beneficiaria dependiente del sujeto causante o, lo que es lo mismo, la situación familiar de penuria económica que supone la pérdida de ingresos que derivan de la muerte de la persona causante[1], cabe analizar su aplicación a las parejas de hecho. Según la doctrina, lo que se pretende con esta prestación es "reparar la pérdida de rentas del trabajo en las que por mediación del causante participaban los causahabientes, remediando así la necesidad presunta de éstos"[2]. En este sentido, parte de la doctrina considera que la función asignada a esta prestación es favorecer al cónyuge supérstite asegurándole la continuidad de las rentas aportadas por la persona trabajadora fallecida al objeto de prevenir una situación de necesidad y, por tanto, un sustitutivo de la retribución que la persona trabajadora venía percibiendo de la misma naturaleza que ésta y que entraría en el patrimonio de la persona trabajadora[3]. Otra

[1] Sastre Ibarreche, R.: "La protección por muerte en el régimen general de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma", *TL*, núm. 39, p. 7.

[2] Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 136.

[3] Almansa Pastor, J.M.: "El derecho de los beneficiarios en caso de muerte del trabajador accidentado", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 281, 1965, p. 835.

parte de la doctrina entiende que dicha pensión no va dirigida a conservar en el tiempo el aporte económico resultante del trabajo del cónyuge fallecido, porque la pensión tiene una naturaleza distinta de la retribución, sino que la función es resarcir el daño que provoca la muerte de la persona trabajadora y los perjuicios directamente causados a la persona causahabiente al verse privado de los recursos que con su trabajo le proporcionaba para su subsistencia la persona fallecida[4]. El TC[5] argumenta que la pensión de viudedad ya no está vinculada a una situación de necesidad, sino más bien la de compensar un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, y en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, como es la muerte de uno de los cónyuges, otorgando a tal efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora del causante, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad.

En definitiva, se podría afirmar que el elemento definitorio de la pensión de viudedad no es la situación de necesidad, ni la dependencia económica, sino el vínculo matrimonial, pues cuando éste concurre se devenga automáticamente la pensión con independencia de que concurra o no situación de necesidad. De ahí que, en los casos de nulidad o divorcio, la pensión no se reparte en función de la pérdida de ingresos sufrida, ni de la situación de necesidad, sino en función del tiempo de convivencia conyugal.

Actualmente, no cabe duda de que las parejas de hecho constituyen un fenómeno social cada vez más importante al que el legislador debe dar respuesta y su reconocimiento jurídico supone "la afirmación de que el individuo, en el uso de su libertad de creencias y de su dignidad personal, puede establecer formas de convivencia distintas al matrimonio, y a su vez puede exigir al Estado que no le imponga el estatuto matrimonial"[6].

2. Evolución legislativa

La regulación actual de la pensión de viudedad para las parejas de hecho se halla en el art. 221LGSS, donde se prevé la posibilidad de que las parejas de hecho puedan acceder a esta prestación, aunque no sea con total equiparación al matrimonio.

De hecho, la LGSS de 1994 no regulaba a las parejas de hecho como posibles personas beneficiarias de la pensión de viudedad. Se reservaba únicamente para las personas que previamente al hecho causante estuvieran unidas con la persona fallecida a través de matrimonio, excluyéndose pues cualquier persona superviviente que hubiera convivido con la persona causante sin formalizar ningún vínculo o unión. Asimismo, lo estimaba el TS[7] cuando señalaba que no era posible reconocer una pensión de viudedad en las situaciones de convivencia de hecho sin vínculo matrimonial, pues consideraba que dichas situaciones no eran en absoluto equiparables.

---

[4] Blanco Pérez-Rubio, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 54.

[5] STC 184/1990, de 15 de noviembre; Autos TC 204/2003, de 16 de junio; 77/2004, de 9 de marzo; 174/2004, de 11 de mayo. Así también lo estima la doctrina judicial, entre ellas, SSTSJ Cataluña, de 7 de noviembre de 2008, rec. núm. 6602/2007; País Vasco, de 12 de mayo de 2009, rec. núm. 608/2009; País Vasco, de 30 de junio de 2009, rec. núm. 1032/2009.

[6] Porres de Ortiz de Urbina, E.: "Uniones de hecho", *BIMJ*, núm. 1914, 2002, p. 1259.

[7] STS de 19 de noviembre de 1998, rec. núm. 53/1998. Asimismo, lo reitera en el Auto de 18 de octubre de 2000, rec. núm. 4518/1999, que indica que esta falta "se justifica porque tratándose de demandante que reclama pensión de viudedad sin haber contraído matrimonio legal con el causante, sin que existiera impedimento legal para ello, la solución de la sentencia recurrida de negar la prestación por tal razón se ajusta a la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo". En el mismo sentido, STS de 20 de octubre de 2007; SSTSJ Cataluña, de 7 de noviembre de 2008, rec. núm. 6602/2007; Madrid, de 29 de marzo de 2004, rec. núm. 1329/2004.

También el TC[8] reiteraba que no era discriminatoria la situación legislativa que permitía denegar la pensión de viudedad a la persona supérstite de una pareja de hecho, afirmando que el derecho a la pensión de viudedad no estaba estrictamente condicionado en el régimen retributivo a la existencia de una real situación de necesidad o dependencia de la persona cónyuge superviviente, ni a que ésta estuviera incapacitada para el trabajo y a cargo de la persona fallecida, ya que en su configuración actual la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no estado de necesidad. Esta posición del TC no fue unánimemente defendida por todos los miembros del TC, pues destacan dos votos particulares[9], donde se sostiene que el mayor reconocimiento social y la protección constitucional del matrimonio no puede equivaler a "la posibilidad ilimitada de establecer tratamientos favorables para un conjunto de ciudadanos por el hecho de estar, o haber estado casados frente a los que no ostentan tal condición. No basta cualquier diferencia de situación para justificar una diferencia de trato, pues es necesario, además, que el criterio diferenciador sea razonable y no arbitrario en relación con el resultado a conseguir. Aquí, el elemento diferenciador es la existencia o no de vínculo matrimonial y el resultado es el disfrute de la pensión de viudedad, por lo que procede valorar si tal disfrute se justifica en función de la concurrencia del citado vínculo o debe atender a otras razones".

No obstante, en algunas resoluciones judiciales aisladas se había apuntado un criterio más flexible en el que se reconoció la pensión a la viuda con convivencia marital sin haber contraído matrimonio, cuyo causante había fallecido el día anterior al que tenían fijado para la boda[10], o se aceptó como prueba de existencia de matrimonio determinados documentos no matrimoniales[11]. Pero se trataba de supuestos aislados sin llegar a constituirse en una línea jurisprudencial generalizada.

En esta misma línea, el TC[12] sentó claramente que el matrimonio y la unión extramatrimonial no son situaciones equivalentes, al señalar que la "unión de hecho *more uxorio* no es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento", mientras que el matrimonio goza de reconocimiento y protección constitucionales. Pero, ya en ese momento se formuló un voto particular[13] que señalaba que no podía entenderse que se pudiera establecer, en relación con el matrimonio, un ilimitado número de tratamientos favorables "para un conjunto de ciudadanos por el hecho de estar, o haber estado casados, frente a los que no ostentan esa condición. Pues, como es doctrina constante de este Tribunal, no basta aducir cualquier diferencia de situación para justificar una diferencia de trato. Es necesario, además, que el criterio diferenciador sea razonable y no arbitrario. Ello implica que ha de haber una correlación razonable entre el elemento diferenciador y el resultado que de él se deriva, en este caso, la diversidad de tratamiento por el legislador".

[8] SSTC 27/1986, de 19 de febrero; 184/1990, de 15 de noviembre; 29/1991, de 14 de febrero; 30/1991, de 14 de febrero; 35/1991, de 14 de febrero; 66/1994, de 28 de febrero. Así también el Auto TC 174/2004, de 11 de mayo, que excluye que la no concesión de la pensión de viudedad a las parejas de hecho vulnere el principio prohibitivo de toda discriminación por razón de sexo o de cualquier otra condición. En la misma línea, SSTS de 15 de diciembre de 2004, rec. núm. 359/2004; de 3 de mayo de 2007, rec. núm. 140/2006; de 29 de octubre de 2007, rec. núm. 4744/2006

[9] De ellos, destaca el formulado por el Magistrado López Guerra.

[10] STCT de 31 de mayo de 1988.

[11] STSJ Navarra, de 22 de mayo de 1997, rec. núm. 244/1997.

[12] SSTC 157/1987, de 15 de octubre; 788/1987, de 24 de junio.

[13] En la STC 184/1990, de 15 de noviembre.

Como se observa, en estos casos, el elemento diferenciador es el vínculo matrimonial y el resultado, la exclusión de la pensión de viudedad del superviviente de la unión extramatrimonial. Para poder analizar si existe una correlación razonable entre el elemento diferenciador y el resultado que excluye a la pareja de hecho, el TC analiza el art. 160 LGSS de 1974 en relación con los arts. 10.1 y 39 CE. Así, el TC señala que es improcedente contrastar el art. 160 LGSS de 1974 con los preceptos de la CE de forma aislada, sino que, siguiendo la doctrina del TS[14] se trata de reforzar la protección jurídica de la familia mediante el fomento del matrimonio, lo cual es, sin duda, una finalidad constitucionalmente lícita, pero no puede perseguirse en detrimento de las uniones extramatrimoniales, pues así lo indica el TC al señalar el acomodo en el art. 39.1 CE de "aquellas medidas que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales…. siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*". La jurisprudencia[15] más reciente todavía es seguidora de esta doctrina recordándola al señalar que "no se produce vulneración del principio de igualdad cuando no existía derecho de viudedad en el caso de uniones de hecho ya que tal tipo de vínculos no están jurídicamente garantizados ni existe un derecho constitucional que imponga su establecimiento, cabiendo perfectamente que el legislador tome en consideración las diferencias existentes entre vínculo matrimonial y unión de hecho a la hora de regular las pensiones de muerte y supervivencia. El establecimiento de determinadas condiciones para el acceso al derecho es una manifestación más de la facultad del legislador de diferenciar las circunstancias de acceso".

Por todo ello, ya en 2006, en el Acuerdo Social de 13 de julio suscrito por el Gobierno y los interlocutores sociales, se propuso reformar esta prestación con la intención de recuperar su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante. Asimismo, las nuevas realidades sociales y las formas de convivencia no matrimoniales dieron lugar a su debate equiparar las uniones de hecho a las matrimoniales a los efectos de permitir su derecho a la pensión de viudedad[16]. Así, pues, se acordó que las parejas de hecho debían de poder acceder a la pensión de viudedad siempre y cuando se constatara "la convivencia mutua, estable y notoria, durante un periodo amplio". Además, se acordó también que en el supuesto de que concurrieran hijos o hijas comunes con derecho a pensión de orfandad debía acreditarse la dependencia económica del conviviente sobreviviente en más del 50 % de sus ingresos. Y, en los supuestos de inexistencia de hijos comunes se debía de exigir una dependencia económica en más del 75 % de los ingresos por parte de la persona causahabiente[17].

Por ello, ante la necesidad de adecuar esta regulación a la nueva realidad social, y evitar cualquier posible discriminación, se modifica el art. 174 LGSS (1994), para dar entrada también a las parejas de hecho, pero con ciertos requisitos que no se exigen para el matrimonio. Como se observa, esta reforma de la pensión de viudedad que da cobertura a las parejas de hecho es un importante avance en nuestros días, pero la regulación contiene relevantes limitaciones para las mismas, lo cual puede no ser respetuoso con el principio de igualdad. De hecho, la propia Ley

[14] STS de 29 de junio de 1992, rec. núm. 1239/1991.

[15] STS de 7 de junio de 2011, rec. núm. 4579/2009. En el mismo sentido, SSTSJ País Vasco, de 12 de mayo de 2009, rec. núm. 608/2009; País Vasco, de 30 de junio de 2009, rec. núm. 1032/2009.

[16] Concretamente, en la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007 se señala que "es de destacar también el propósito de modernización del sistema al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares. Todo ello en el contexto de las exigencias que se derivan de la situación sociodemográfica de la que resaltan circunstancias tales como el envejecimiento de la población, la incorporación creciente de las mujeres al mercado de trabajo y el fenómeno de la inmigración, así como de los criterios armonizadores hacia los que se apunta en el ámbito de la Unión Europea con el objetivo de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema".

[17] Taléns Visconti, E. E.: "La pensión de viudedad en las parejas de hecho: requisitos especiales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 11, 2019, p. 446.

40/2007 advierte que "habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad", y todo ello en base a la doctrina emanada de la STC 184/1990 que indica que "el legislador podría reconocer el derecho a una pensión de supervivencia idéntica a la de viudedad al supérstite de la unión estable de hecho, en los supuestos y con los requisitos que en su caso se establecieran".

3. Las parejas de hecho como beneficiarias de la pensión de viudedad

Ante todo, debe indicarse que la reforma de la Ley 40/2007 no dio cobertura a todas las parejas de hecho, sino únicamente a las parejas de hecho legalmente constituidas, esto es, las parejas de hecho registradas[18].

Ello significa que para que la persona sobreviviente de estas parejas de hecho tenga derecho a una prestación económica, se precisan, además de los requisitos generales exigidos para la persona cónyuge supérstite de un matrimonio (alta o asimilación y período de cotización), ciertos requisitos específicos, que, en el fondo, vienen a desvirtuar y limitar injustificadamente el avance que supone la aceptación normativa de la realidad social de estas uniones.

3.1. Relación de afectividad

El art. 221.2 LGSS exige a las parejas de hecho que acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, "una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años".

En primer lugar, se requiere que la pareja de hecho esté unida a través de una "análoga relación de afectividad a la conyugal". Ello significa que la pareja debe estar unida por lazos de afectividad, esto es, que la constitución de la pareja de hecho no debe ser por motivos diferentes a los del matrimonio, es decir, deben estar unidos por lazos de afectividad, excluyendo cualquier unión que lo sea por motivos amicales, de estudio, culturales o cualesquiera otros similares[19]. No obstante, éste es un requisito indemostrable de modo pleno, siendo sólo presumible de aquella relación afectiva a partir de determinada conducta de los miembros de la pareja.

Se debe tratar, por tanto, de una unión entre dos personas, cualquiera que sea su sexo, basada en una relación de afectividad y análoga a una relación conyugal[20]. No obstante, en el caso de las parejas de hecho, a diferencia del matrimonio, la convivencia debe ser acreditada. Y cuando la pareja de hecho está debidamente inscrita como tal, se presume que tienen una relación afectiva similar a la conyugal.

3.2. Carencia de impedimentos

En segundo lugar, el citado precepto exige que los miembros de la pareja no tengan impedimento para contraer matrimonio, sean tanto los impedimentos absolutos, que según el art. 46 CC son la minoría de edad o previo vínculo matrimonial, como los relativos, que, según los arts. 47 y 56.2 CC, son parentesco (parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, es decir, padres-hijos o abuelos-nietos, así como los colaterales por consanguinidad hasta el tercer

[18] Cruz Villalón, J.: "La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N (Coord.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación,* Granada, Comares, 2008, p. 893.

[19] Mella Méndez, L.: "El concepto de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *AS*, núm. 2, 2012, p. 4.

[20] Fernández Domínguez, J.J.: Martínez Barroso, M.R., *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 46.

grado, esto es, entre hermanos o tíos-sobrinos), delito (persona condenada por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unido por análoga relación de afectividad a la conyugal) o discapacidad psíquica.

En relación con este requisito, el art. 221.2 LGSS añade que ninguna de las partes tenga vínculo matrimonial. Este requisito, aunque pudiera parecer redundante con el anterior, puesto que el vínculo matrimonial previo ya es una causa que impediría contraer matrimonio, quedando incluido en la locación anterior de "no hallándose impedidos para contraer matrimonio", lo que viene a establecer es que, si una de las dos partes de la pareja proviene de una relación marital anterior de la que no se ha divorciado, no tendría derecho a la pensión de viudedad[21].

De hecho, parte de la doctrina judicial interpreta que estas dos exigencias se pueden considerar como un único requisito, puesto que la existencia de vínculo matrimonial no es más que uno de los posibles impedimentos previstos para contraer matrimonio[22]. Sin embargo, otro sector de la doctrina judicial[23] señala que esta carencia de impedimentos se debe haber mantenido durante los cinco años exigidos de convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante. No obstante, el TS[24], en unificación de doctrina, ha interpretado ambos requisitos temporales indicando que el art. 221 LGSS exige una serie de requisitos para poder considerar cuando se está ante una pareja de hecho, de los cuales "el primero de ellos, es el más obvio de todos, el mismo que existe para poder contraer matrimonio, a saber, no hallarse impedido para contraer matrimonio; y el segundo, igualmente obvio, es el requisito "antibigamia": no tener vínculo matrimonial con otra persona. Es claro que ambos requisitos deben tenerse en el momento en que se pretenda constituir la pareja de hecho, no antes; momento que, en el caso especial que nos ocupa, no puede ya ser otro que el momento inmediatamente anterior al fallecimiento, último en que la constitución de la pareja de hecho puede haberse producido. Pero, a partir de ahí, el legislador ha exigido un requisito más que, como ya ha manifestado esta Sala no es un requisito de constitución de la pareja de hecho sino, con toda exactitud, un período de carencia para acceder a la prestación de viudedad, sea cual sea la fecha de la constitución de la pareja de hecho, la convivencia ha debido durar al menos cinco años ininterrumpidos antes del fallecimiento. Esta es la única manera de congeniar este primer inciso del artículo 174.3, párrafo cuarto, con el segundo inciso en el que se dice que, por ejemplo, la existencia de la pareja de hecho se puede acreditar mediante documento público otorgado con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante".

---

[21] STSJ Castilla y León, de 22 de enero de 2009, rec. núm. 757/2008, que enjuicia el caso de un causante unido matrimonialmente con una mujer de la que se separó años atrás y consta una relación posterior de convivencia *more uxorio* con otra mujer, de cuya relación nació un hijo. Estas dos personas convivieron juntas durante tres años cuando fallece el varón. El TSJ deniega la pensión porque el causante no había disuelto el vínculo matrimonial anterior, es decir, no se había divorciado, pues simplemente se había separado.

[22] Rodríguez Iniesta, G.: "La protección por muerte y supervivencia", en Cavas Martínez, F.; Rodríguez Iniesta, G., (Coords.): *La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social,* Murcia, Laborum, 2007, p. 182.

[23] SSTSJ Castilla-La Mancha, de 24 de julio de 2012, rec. núm. 556/2012; Galicia, de 5 de junio de 2012, rec. núm. 4887/2009; Navarra, de 28 de noviembre de 2011, st. núm. 365/2011. Esta última indica que el citado período de cinco años incorpora "de forma necesaria la premisa subjetiva consagrada en el primer inciso del párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS: la convivencia de cinco años subsistente al momento del fallecimiento debe serlo, durante toda su extensión, de personas no casadas ni impedidas para celebrar matrimonio, porque esa condición personal es el presupuesto indisponible de apreciación sobre el que, en su caso, recaerán los cómputos de plazo o las obligaciones formales de acreditación".

[24] SSTS 24 de octubre de 2012, rec. núm. 83/2012; de 8 de noviembre de 2011, rec. núm. 796/2011; de 14 de julio de 2011, rec. núm. 3857/2010; de 20 de julio de 2011, rec. núm. 2921/2010; auto TS de 26 de junio de 2012.

En definitiva, se trata de que sea una pareja con posibilidades de contraer matrimonio, esto es, que ambos cónyuges sean solteros, viudos, divorciados o tengan anulado su matrimonio anterior. La exigencia de estos requisitos comporta, por tanto, la denegación de la pensión de viudedad en aquellos supuestos en que no se ha acreditado el cumplimiento de los mismos, ya sea por existir algún impedimento para contraer matrimonio o por no aportarse la sentencia de divorcio o la prueba del fallecimiento del cónyuge[25].

3.3. Convivencia estable y notoria

El art. 221. LGSS exige "una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente".

De esta previsión legal, se deduce que se requiere que la convivencia reúna varios requisitos de forma acumulativa, pues debe ser estable, lo que implica que tiene que ser continua y permanente en el tiempo, sin interrupciones importantes o imputables a la voluntad de las partes; notoria, lo que significa que tiene que ser pública o conocida por la gente o, al menos, no convivir de forma secreta y ocultando tal hecho; inmediata al fallecimiento del causante, por lo que de nada sirve que la pareja hubiera estado conviviendo en el pasado de forma estable y prolongada si, en el momento del fallecimiento de aquél, tal convivencia se hubiese interrumpido por una crisis de aquélla; e ininterrumpida durante un período mínimo de cinco años. En otras palabras, el legislador se fija en lo que sucede con la pareja de hecho en el lustro anterior al fallecimiento del sujeto causante, y la pensión del supérstite se condiciona a que durante tal período mínimo la pareja haya convivido como tal de forma estable y notoria.

La duración de la convivencia se establece en relación a dos parámetros: uno, el plazo total de la convivencia ha de tener una duración, con el carácter, además, de ininterrumpida, no inferior a cinco años; otro, el día final del plazo se identifica con el fallecimiento del causante, de modo que el período de cinco años ha de ser inmediato al fallecimiento del mismo[26]. Razonablemente, debe entenderse que el término estable de convivencia de cinco años no se suspende porque se interrumpa la continuidad en el lugar o en el tiempo por causas del trabajo, familiares o de otra naturaleza, que no afecten a la estabilidad y relación de afectividad. Es claro que este requisito de convivencia se instituye al sólo efecto de las pensiones de viudedad, y no afecta a períodos de duración menor establecidos para otros supuestos que se otorga a quien sin ser cónyuge conviva materialmente con el titular, como en el caso de la asistencia sanitaria.

Para acreditar este requisito de convivencia estable y notoria, se cuenta con un medio fundamental de prueba, cual es el certificado de empadronamiento, pero debe tenerse en cuenta que no es el único medio de prueba. El certificado de empadronamiento constituye, pues, un medio de prueba admisible y eficaz, y así se constata cuando el art. 221.2 LGSS lo cita expresamente. No obstante, ello no significa que no puedan utilizarse otros medios de prueba diferentes[27], pues el citado precepto no señala que constituya el único o exclusivo medio de prueba. Por tanto, para acreditar la convivencia establece y notoria pueden utilizarse otros medios de prueba.

[25] SSTSJ Asturias, de 24 de abril de 2009, rec. núm. 408/2009; Castilla y León, de 6 de abril de 2009, rec. núm. 377/2009; Andalucía, de 25 de febrero de 2009, rec. núm. 2670/2008; Castilla y León, de 22 de enero de 2009, rec. núm. 757/2008.

[26] STSJ Madrid, de 22 de octubre de 2012, rec. núm. 991/2012.

[27] SSTS de 25 de mayo de 2010, rec. núm. 2969/2009; de 14 de junio de 2010, rec. núm. 2975/2009; de 15 de marzo de 2011, rec. núm. 1514/2020; de 9 de junio de 2011, rec. núm. 3592/2010.

De hecho, si sólo se admitiera el certificado de empadronamiento como medio de prueba válido, se crearían situaciones de fraude de ley, de tal forma que se crearían de forma ficticia situaciones de empadronamiento a los meros efectos de poder tener derecho a esta prestación.

Por tanto, el empadronamiento no constituye un requisito constitutivo de la relación estable y notoria, sino una prueba más, aunque sea posiblemente la más usual. Así lo señala también la doctrina jurisprudencial cuando señala que: "1) La acreditación de la convivencia en clave de pareja de hecho puede hacerse por cualquier medio de prueba admisible en derecho; 2) El empadronamiento conjunto del causante y el beneficiario no es un elemento constitutivo de la convivencia ni tampoco puede erigirse en el único medio probatorio de tal situación; 3) El certificado de empadronamiento al que se refiere en la actualidad el artículo 221.2 TRLGSS es un medio probatorio privilegiado pero no excluyente de la acreditación por otras vías; 4) El propio artículo 221.2 TRLGSS descartaría que el certificado de empadronamiento fuera la única prueba admisible de la convivencia *more uxorio*, pues acepta que la existencia de pareja de hecho se pueda acreditar mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja"[28].

En definitiva, el certificado de empadronamiento no constituye un requisito *ad solemnitatem*, pues lo decisivo es que exista una convivencia estable durante el plazo indicado en el precepto legislativo. El certificado de empadronamiento constituye un medio de prueba, un indicio de dicha convivencia, pero esta puede ser demostrada a través de otras vías, como la existencia de hijos comunes, la constitución de un préstamo hipotecario conjunto, la existencia de una cuenta bancaria conjunta o declaraciones de testigos, entre otros.

Una vez acreditada la existencia de la pareja de hecho, su duración se verifica por el mero transcurso del tiempo, de tal forma que la persistencia de la pareja de hecho durante los 5 años del periodo de carencia se puede acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. En este sentido, surge lo que se denomina el "noviazgo obligatorio"[29], por el que la necesidad de convivencia debe darse con anterioridad a la inscripción como parejas de hecho en los casos en los que el fallecimiento se ha producido poco tiempo después de la constitución de la relación.

La convivencia como pareja *more uxorio* también puede servir para acceder a la pensión de viudedad a través del matrimonio, cuando dicha vicisitud no haya durado más de dos años por producirse el óbito en una fecha cercana a la unión. En principio, la pensión de viudedad no requiere un tiempo de convivencia mínimo entre las personas cónyuges, salvo que uno de las dos fallezca en fechas próximas al enlace matrimonial. Así, el art. 219.2 LGSS indica que cuando "el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes". No se exigirá un año de matrimonio cuando "en la fecha de celebración del mismo se acreditara un periodo de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el artículo 221.2, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años". Este inciso se está refiriendo a una relación de convivencia de dos años, sumados entre la relación *more uxorio* y la marital. Con todo ello se trata, en fin, de evitar la celebración de matrimonios de mera conveniencia, esto es, personas que contraen nupcias con el único fin de acceder a la pensión de viudedad.

[28] STS de 9 de junio de 2011, rec. núm. 3592/2010. También STS de 3 de diciembre de 2019, rec. núm. 5178/2017.

[29] Fernández Domínguez, J.J., Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y… Op. Cit.* p. 54.

De ahí, que ello únicamente se exige en el caso de que el hecho causante sea una enfermedad y no un accidente. De hecho, en un supuesto en el que el sujeto causante fallece tras poco tiempo de celebrase la boda, y se acredita mediante acta notarial convivencia estable desde hacía más de 7 años, habiéndose además empadronado el causante en el domicilio de la persona solicitante 5 años atrás, el órgano judicial acepta como válida la acreditación de la pareja de hecho. Cabe tener en cuenta que, en este caso, se trataba de la comunidad autónoma de Cataluña, y en el momento en el que la acreditación de la pareja de hecho se refería a cada comunidad autónoma (apartado que ha sido declarado posteriormente como inconstitucional). Al respecto, considero que no debería exigirse a una pareja que primero formalice su relación por medio de una institución de hecho y luego tenga que contraer matrimonio, es decir, no es necesario haber constituido una pareja de hecho para poder acceder a la pensión de viudedad ex art. 219.2 LGSS, siendo suficiente, pues, haber convivido durante dos años[30].

Por tanto, para acreditar la convivencia durante un periodo de tiempo determinado, es válido cualquier medio de prueba admitido en Derecho y no únicamente el certificado de empadronamiento[31]. El certificado de empadronamiento es documento válido para acreditar la convivencia en común, pero no para demostrar que las personas convivientes en un mismo domicilio forman una pareja de hecho, ya que existen muchas situaciones de convivencia que escapan a la conceptuación de parejas de hecho al no concurrir la relación de afectividad requerida para ello. De hecho, la constitución formal de una pareja de hecho es una decisión libre y voluntaria de la pareja, y con ella se asumen todas las consecuencias jurídicas que correspondan, por lo que no puede considerarse válido para sustituirla por otros documentos.

Debe destacarse la interpretación flexible y, especialmente, con perspectiva de género que está llevando a cabo nuestro alto tribunal, al considerar que en el caso de las parejas de hecho con presencia de violencia de género, en cuyo caso, ha comportado que la mujer, debido a dicha situación, ya no estaba unida ni convivía con el causante en el momento del fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad, si se cumplen los restantes requisitos legales, pues justamente la protección de dicha mujer es precisamente que cese la convivencia[32]. Como señala nuestro alto tribunal este requisito de convivencia "no es razonable que se exija en los casos de violencia de género sufrida por la mujer integrante de esa unión de hecho", ya que cuando la otra persona integrante de la pareja de hecho ejerce violencia de género contra la mujer con la que convive, "la protección de esta mujer lo que precisamente exige es, entre otras muchas cosas, que cese la convivencia con vistas a impedir que siga sufriendo una situación de violencia". En estos casos, la convivencia no solo es imposible e indeseable, sino que ha de evitarse a toda costa, por lo que, si se exige y se impone como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la violencia de género". De hecho, la LO 1/2004 protege a las mujeres de la violencia no sólo de sus cónyuges, sino también de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Por ello, el TS considera que la regulación en materia de pensiones de viudedad de las uniones matrimoniales y de las no matrimoniales no tiene por qué ser necesariamente la misma, pero de ello no se puede deducir que se tenga que exigir a las uniones de hecho, en las que existe violencia de género, el requisito de mantener la convivencia en dichas circunstancias. "Hay que descartar una interpretación que provoca tan inaceptables consecuencias y optar por entender que, en caso de que la convivencia haya tenido que cesar por la existencia de violencia de género y si se cumplen el resto de los

[30] En el mismo sentido, Taléns Visconti, E.E.: "La pensión de viudedad… *Op. Cit.* p. 452.

[31] STS de 26 de septiembre de 2011, rec. núm. 3702/2010.

[32] STS de 14 de octubre de 2020, rec. núm. 2753/2018.

requisitos, esa ausencia de convivencia no puede ser un obstáculo infranqueable para que la mujer víctima de esa violencia pueda acceder a la pensión de viudedad".

3.4. Inscripción de la pareja de hecho

Además de la convivencia estable y notoria, la LGSS exige otro requisito adicional, que es que dicha situación esté debidamente formalizada. Por tanto, no es suficiente con una convivencia "*more uxorio*" durante un determinado periodo de tiempo, sino que es necesario que también esté formalizada dicha convivencia.

Cabe destacar que este requisito se configura como un requisito *ad solemnitatem*. En este sentido, debe destacarse que el último párrafo del apartado del anterior art. 174 LGSS fue declarado inconstitucional. Así el actual art. 221 LGSS ya no contiene dicho apartado, el cual establecía que "en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica". Es decir, el anterior art. 174.3 LGSS diferenciaba entre dos sistemas diferentes según si la pareja de hecho residía en una comunidad autónoma con Derecho Civil propio o no. Ello llevó al TS[33] a plantear una cuestión de inconstitucionalidad en base a que dicho apartado podría ser contrario al principio de igualdad ex art. 14 CE. El TC[34] analizó varias normas autonómicas y en su comparativa señaló las diferencias que existen entre las legislaciones de las comunidades autónomas y lo regulado en el art. 174.3 LGSS. Partiendo de que cualquier diferencia de trato debe estar objetivamente justificada y superar el juicio de proporcionalidad, consideró que, si las parejas de hecho de las comunidades autónomas con Derecho Civil propio estuvieran en una situación de necesidad particular que obligara a establecer excepciones a la regla general, podría apreciarse la existencia de una justificación objetiva para realizar un trato diferente. Pero, para el TC en la pensión de viudedad "las diferencias en función del criterio de residencia en una u otra Comunidad Autónoma no gozan de esa justificación objetiva, por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio". Además, consideró que el art. 174.3 LGSS regulaba los requisitos de acceso de las parejas de hecho de tal forma que dichos requisitos "deben ser iguales para todos los que actualicen la contingencia correspondiente". Asimismo, en relación con la competencia estatal para la adopción de normas sobre Seguridad Social, el TC señaló que la determinación de los sujetos beneficiarios de una prestación pública "constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado ex art. 149.1.17 CE y, además, debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura, salvo razones excepcionales debidamente justificadas y vinculadas a la situación de necesidad que se trata de proteger". Por ello, declaró nulo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS.

De hecho, en relación a la consideración de la pareja de hecho existe algún matiz diferente entre el antiguo art. 174.3 LGSS y la regulación de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, pues para el legislador de la Seguridad Social la pareja de hecho es "la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial". Sin embargo, según los arts. 46 y 47 CC no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, los que están ligados con

[33] Auto de 14 de diciembre de 2011. Los hechos que dieron lugar al auto fueron la denegación por el INSS de la pensión de viudedad que había solicitado la persona conviviente al entender que no había acreditado la constitución formal de la pareja de hecho. Se trataba de una pareja asturiana y, por tanto, con Derecho civil propio. Según la legislación asturiana las uniones de hecho son aquellas que han convivido maritalmente como mínimo un periodo ininterrumpido de un año, pudiendo ser acreditada la convivencia por medio de cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

[34] STC 40/2014, de 11 de marzo.

vínculo matrimonial, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Ninguna de las normas sobre parejas de hecho de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio recoge este último impedimento y por lo que se refiere a los colaterales por consanguinidad algunas de dichas normas impiden constituir una pareja de hecho a los colaterales hasta el segundo grado[35].

Asimismo, en relación con la "acreditación" de la pareja de hecho también existen diferencias significativas entre lo señalado en el art. 221 LGSS y las legislaciones de algunas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio. Así, el art. 221.2 LGSS señala que la pareja de hecho debe estar formalizada "mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante". Por el contrario, existen algunas Comunidades Autónomas que admiten la inscripción en algunos registros específicos existentes mientras que otras con Derecho foral han establecido otras formas de acreditación, como el art. 305 Código de Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo) que establece que la existencia de una pareja estable no casada puede acreditarse, si no existe escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, especialmente a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia.

Este requisito, como se ha señalado, es necesario y no puede ser sustituido. Para su acreditación, únicamente existe una vía que es aportar una certificación del registro.

Pero, además, con el fin de evitar situaciones fraudulentas se exige que la inscripción haya tenido lugar como mínimo con dos años de antelación al fallecimiento del causante. Obviamente, este periodo de dos años debe entenderse comprendido dentro de los cinco años de convivencia que se exigen, debiéndose entender, pues, que dentro de los cinco años de convivencia, al menos dos, deben haber sido debidamente formalizados a través de la correspondiente inscripción.

Esta postura es la que sigue la doctrina judicial[36] y jurisprudencial[37], que aboga por considerar que este requisito se configura como un requisito constitutivo y *sine qua non*. Se considera que la publicidad de la situación de convivencia a través de la inscripción en el registro o la constancia de su constitución en documento público es un requisito obligatorio para acceder a la pensión. A diferencia de otros requisitos, donde se ha producido una flexibilización en cuanto a su prueba, en el caso de la pareja de hecho, se ha mantenido la rigurosidad y literalidad a lo largo del tiempo.

De hecho, este requisito de la inscripción como pareja de hecho también se requiere en el caso de que fallezca el padre o la madre, y el cónyuge no haya accedido a la pensión de viudedad por no cumplir todos los requisitos, en cuyo caso el hijo o hija puede aumentar su pensión de orfandad. Este derecho al incremento de la pensión de orfandad viene regulado en el art. 38.1 RD 3158/1966, de 23 de diciembre, que establece que "cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de

[35] Art. 2.1 Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de parejas estables de Navarra; art. 306 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho foral de Aragón; art. 234.2 Ley 25/2010, de 29 de julio, por el que se aprueba el Código civil de Cataluña; art. 2 Ley País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

[36] SSTSJ Cataluña, de 26 de junio de 2019, rec. núm. 873/2019; Navarra, de 30 de septiembre de 2016, rec. núm. 364/2016.

[37] SSTS de 7 de diciembre de 2016, rec. núm. 3765/2014; de 11 de mayo de 20116, rec. núm. 2585/2014; de 18 de diciembre de 2015, rec. núm. 2944/2014; de 18 de julio de 2012, rec. núm. 3971/2011; de 15 de junio de 2011, rec. núm. 3447/2010; de 20 de julio de 2010, rec. núm. 3715/2009.

la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 por ciento". Al respecto, nuestro alto tribunal[38] consideró que del tenor literal del mismo se deduce la necesidad de que, para poder aumentar la pensión de orfandad, esta debe ser absoluta, es decir, que hayan fallecido ambos progenitores, no siendo posible, pues, cuando el cónyuge superviviente no haya obtenido la pensión de viudedad por no haber formalizado la relación de pareja de hecho.

En este sentido, en principio, según la posición jurisprudencial actual no se puede sustituir esta acreditación por el documento en que aparece como beneficiaria del derecho de asistencia sanitaria la persona con la que se convive, pero sin especificarse el motivo del reconocimiento de dicho beneficio[39]. Tampoco es equivalente el certificado de empadronamiento en un mismo domicilio[40], ni una sentencia que da cuenta de la existencia de la pareja de hecho que después se rompió[41], ni la declaración de su existencia en la escritura de constitución de la comunidad de bienes sobre una vivienda[42], ni tampoco la mención en la escritura pública de hipoteca[43].

En definitiva, el art. 221 LGSS establece la exigencia de dos simultáneos requisitos para que la persona supérstite de la pareja de hecho pueda obtener la pensión de viudedad, cuales son, "a) de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años; y b) de otro lado, la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo -con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho". La solución del legislador no consiste en una exigencia probatoria doble sobre un mismo extremo, sino que se trata de dos exigencias diferentes: "a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal -*ad solemnitatem*- de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante". Por ello, la "pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho registradas cuando menos dos años antes"[44].

No obstante, debe destacarse una resolución judicial de lo contencioso-administrativo de nuestro alto tribunal que considera, en el ámbito de la función pública, que "la prueba de la existencia de una pareja de hecho no solo puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo

[38] STS de 29 de enero de 2014, rec. núm. 3119/2012.

[39] STS de 28 de abril de 2015, rec. núm. 2414/2014.

[40] STS de 7 de diciembre de 2016, rec. núm. 3765/2014.

[41] STS de 12 de diciembre de 2017, rec. núm. 203/2017.

[42] STS de 13 de marzo de 2018, rec. núm. 1717/2017.

[43] STSJ Cataluña, de 16 de noviembre de 2016, rec. núm. 4969/2015.

[44] STSJ Navarra, de 30 de septiembre de 2016, rec. núm. 364/2016, recogiendo la doctrina de las SSTS de 20 de julio de 2010, rec. núm. 3715/2009; de 27 de abril de 2011, rec. núm. 2170/2010; de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 2897/2010; de 9 de junio de 2011, rec. núm. 3592/2010; de 15 de junio de 2011, rec. núm. 3447/2010; de 28 de noviembre de 2011, rec. núm. 644/2011; de 20 de diciembre de 2011, rec. núm. 1147/2011; de 23 de enero de 2012, rec. núm. 1929/2011; de 26 de enero de 2012, rec. núm. 2093/2011; de 21 de febrero de 2012, rec. núm. 973/2011; de 12 de marzo de 2012, rec. núm. 2385/2011. En el mismo sentido, SSTSJ Castilla y León, de 3 de octubre de 2012, rec. núm. 614/2012; Murcia, de 14 de septiembre de 2012, rec. núm. 131/2012; Extremadura, de 27 de septiembre de 2011, rec. núm. 369/2011; Murcia, de 7 de junio de 2010, rec. núm. 348/2010; País Vasco de 14 de abril de 2009, rec. núm. 174/2009; Andalucía, de 25 de febrero de 2009, rec. núm. 2670/2008; Asturias, de 30 de octubre de 2009, rec. núm. 1962/2009; Madrid, de 18 de febrero de 2009; Madrid, de 9 de junio de 2010, rec. núm. 6209/2009; La Rioja, de 18 de noviembre de 2009, rec. núm. 311/2009; País Vasco, de 28 de abril de 2009, rec. núm. 428/2009; País Vasco, de 27 de octubre de 2009, rec. núm. 1587/2009; Murcia, de 8 de marzo de 2010, rec. núm. 63/2010; País Vasco, de 9 de febrero de 2010, rec. núm. 3072/2009; País Vasco, de 12 de mayo de 2009, rec. núm. 608/2009; País Vasco, de 30 de junio de 2009, rec. núm. 1032/2009.

38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante, sino también mediante certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca"[45]. Esta decisión la argumenta nuestro TS en base a que, aunque con carácter general no es posible admitir que ha existido una pareja de hecho sin que se haya constituido como tal, sin embargo "estamos ante un caso singular, que por sus propias características no es trasladable a otros supuestos". Concretamente, se trataba de un caso de una pareja con análoga relación de afectividad a la conyugal que, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tenían vínculo matrimonial, ni estaban inscritos en el registro de uniones de hecho, pero sí habían acreditado una convivencia estable y muy dilatada. Para ello se aporta un certificado de empadronamiento que acredita que habían tenido una convivencia estable y notaria de la que nacieron tres hijos y que se ha mantenido hasta el fallecimiento del causante. Por tanto, con esta sentencia se abre el camino a admitir excepciones a la necesidad de acreditar la convivencia estable con el certificado del registro de uniones de hecho.

De cualquier forma, la doctrina del orden social, por el momento considera que los medios de prueba de la existencia de pareja de hecho, a efectos de devengar la pensión de viudedad, aparecen tasados en la ley -concretamente, certificación acreditativa de la inscripción en algún registro público, ya sea autonómico o local, de la existencia de una pareja de hecho o documento público acreditativo de su constitución-. Se descarta así que constituya medio probatorio hábil el libro de familia en el que figuran inscritos hijos o hijas comunes de la persona fallecida y de la persona solicitante de la pensión, las disposiciones testamentarias otorgadas ante notario por una de las personas convivientes en favor de la otra, la cartilla sanitaria en la que la persona solicitante aparece como beneficiaria de asistencia sanitaria por convivir de hecho con la persona fallecida, o el certificado de empadronamiento en un mismo domicilio, habiendo hijos o hijas en común.

Debe recordarse también que en los supuestos de reconciliación de los miembros de parejas de hecho, también se exige que dicha reconciliación se plasme en el correspondiente registro. Esta doctrina deriva de la exigencia de que, en los casos de cónyuges separados judicialmente, se requiere que la reconciliación tenga una plasmación jurídica en el correspondiente registro civil. Por tanto, según la doctrina jurisprudencial[46] y judicial[47], en los supuestos en los que una pareja de hecho se separa y luego se reconcilia, debe procederse de nuevo a la correspondiente inscripción en el Registro de uniones de hecho, no siendo suficiente la convivencia, un testamento, la compra conjunta de bienes inmuebles o la existencia de cuentas corrientes conjuntas, "pues todo ello no supone que aparezca cumplido el requisito de pareja de hecho legalmente constituida mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades

[45] STS, sala de lo contencioso-administrativo, de 7 de abril de 2021, st. núm. 480/2021. Anteriormente, seguía la misma doctrina que el orden social, pues la STS de 28 de mayo de 2020, rec. núm. 6304/2017, entiende que la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el art. 38.4 RD Legislativo 670/1987. Por tanto, es necesario la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante. También la STS, sala de lo contencioso-administrativo, de 9 de junio de 2020, rec. núm. 289/2018.

[46] STS de 4 de marzo de 2014, rec. núm. 1593/2014, que enjuicia el caso de una pareja de hecho que se separa y posteriormente se reconcilia formalizando escritura pública notarial que, no obstante, no fue comunicada al juez. El TS considera que el anterior art. 174.2 LGSS condicionaba la pensión a que no se hayan contraído nuevas nupcias o se hubiera constituido pareja de hecho con otras personas, por lo que sí podrían tener vínculo matrimonial entre ellos mismos. Para que la relación surta efectos tras una separación judicial se necesita intervención judicial, del mismo modo que para validar la separación.

[47] STSJ Cataluña, de 26 de junio de 2019, rec. núm. 873/2019.

Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante".

3.5. Dependencia económica

El art. 221.1 LGSS también exige otro requisito referente a la dependencia económica con el causante. Debe destacarse que este requisito no se exige en el caso del matrimonio, sino únicamente para las parejas de hecho.

Concretamente, este requisito hace referencia a la necesidad de que los ingresos de la persona supérstite "durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período".

En el caso de que existan hijos o hijas comunes con derecho a pensión de orfandad, no obstante, este requisito se relaja, puesto que el porcentaje se reduce a un 25 %. Ello tiene su razón de ser en la necesidad de asumir mayores gastos de la unidad familiar cuando todavía existen hijos o hijas a cargo[48]. De cualquier forma, se prevé una cláusula de cierre por la que, siempre se devengará la pensión "cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el periodo de su percepción". Esta renda disminuye en 0,5 puntos por cada hijo o hija común con derecho a pensión de orfandad a cargo de la pareja sobreviviente.

La mayor dificultad en el acceso a la pensión de viudedad en el primer supuesto podría encontrar explicación en el entendimiento legal de que la persona beneficiaria de la misma no ha de hacer frente en la misma medida que en el segundo a los gastos de la unidad familiar al contar con los ingresos derivados de la pensión de orfandad.

Para ello, cabe analizar el concepto de "ingresos". Este término debe ser conceptualizado de forma amplia y flexible considerando así todos los rendimientos del trabajo, los de capital, y de cualquier modalidad.

Además, debe partirse de que el desequilibrio económico que tiene lugar cuando fallece la pareja no significa necesariamente que la pareja superviviente carezca de rentas, sino simplemente que la situación económica empeora, concretamente, en los porcentajes indicados en el precepto. Asimismo, los porcentajes del 25 y 50 % que se señalan lo son en relación con todo el núcleo familiar, es decir, respecto de los ingresos totales de la familia, de tal forma que puede suceder que una pareja que contaba con unos ingresos menores, puede llevar a que la pareja supérstite no tenga derecho a la pensión de viudedad.

Debe hacerse hincapié en el dato de que la LGSS únicamente hace referencia a la concurrencia de este requisito en el momento del hecho causante, no extendiéndolo a todo el periodo de disfrute de la pensión, como sí sucede en otras pensiones como la pensión compensatoria de los ex cónyuges. En mi opinión, y como indica también un sector doctrinal[49], este requisito debería haberse ampliado a todo el periodo de percepción de la pensión, pues es la única forma a través de la cual se podría asegurar el percibo de la pensión en situaciones de dependencia económica real.

[48] Taléns Visconti, E. E.: "La pensión de viudedad… *Op. Cit.* p. 456.

[49] Taléns Visconti, E.E.: "La pensión de viudedad… *Op. Cit.* p. 457.

Por lo que se refiere al requisito de que las rentas no superen 1,5 veces el SMI, el mismo se refiere únicamente a los ingresos de la pareja sobreviviente, no al desequilibrio que se produce respecto de la situación anterior al fallecimiento. Además, esta escasez de rentas a efectos de percibir la pensión de jubilación debe tener lugar tanto en el momento del hecho causante como durante el disfrute de la misma, pues se trata de un supuesto que, como atiende exclusivamente a los ingresos de la persona supérstite, se asemeja a una prestación asistencial[50].

En definitiva, este requisito puede provocar efectos desproporcionados, ya que en unas ocasiones resultarán protegidas personas beneficiarias cuando la pareja no matrimonial haya contado con elevados ingresos, mientras que, en otras ocasiones, quedarán fuera de protección diferentes personas en el caso de que dispongan de recursos económicos escasos. Además, como se ha indicado, el límite temporal en el que se requiere este requisito es incongruente con la pretensión de diseñar este requisito de la situación económica como renta sustitutiva de los ingresos del que generó el derecho.

4. Conclusión

En los últimos años el aumento de las uniones de hecho o de las parejas no casadas y su aceptación social es un ejemplo del profundo cambio operado en la concepción de la familia en nuestra sociedad. Su evolución ha ido adaptándose a nuevas fórmulas de convivencia, más acordes con el desarrollo de la personalidad y la libertad individual. Se puede detectar el reconocimiento cada vez más importante de las uniones de hecho como grupo familiar que desarrolla una comunidad de vida estable entre sus integrantes, incluso por el TC[51], el cual destaca la importancia de las uniones de hecho en la sociedad actual como una forma más de familia, merecedora de protección.

De ello, se desprende que la concepción tradicional que se mantenía de que el matrimonio era la única forma de constitución familiar está en claro retroceso. Hoy día, una vez superada la concepción tradicional de familia, cada vez, es mayor el número de personas que reclaman un mayor reconocimiento jurídico de la familia constituida por la pareja de hecho, rechazando el tratamiento privilegiado de la unión matrimonial frente a la no matrimonial, argumentando sus propuestas en base a los arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 14 CE así como los valores superiores del ordenamiento jurídico, como son la libertad, la justicia y la igualdad. Asimismo, cabe añadir que el art. 39.1 CE contiene el mandato dirigido a los poderes públicos de proteger de forma integral a la familia, ya sea matrimonial o no matrimonial.

Por todo ello, el sistema de protección social ha de adaptarse también al nuevo modelo social y al sistema de protección del art. 41 CE, que tiende a garantizar prestaciones adecuadas a las situaciones de necesidad y al modelo constitucional de familia, matrimonial y no matrimonial, abierto y plural, que debe ser objeto de protección por parte del sistema público de Seguridad Social.

Con la reforma efectuada en 2007 se intentó llevar a cabo una actualización de la legislación social a las nuevas unidades familiares, incluyendo también a las parejas de hecho como posibles perceptoras de la pensión de viudedad, pero no se han equiparado con totalidad a los matrimonios, pues, como se ha observado, además de los requisitos generales exigidos para los matrimonios, se han añadido otros específicos que limitan, en cierta forma, el acceso de cualquier pareja de hecho a esta prestación. De hecho, la pensión de viudedad que la norma establece no es a favor de todas las parejas "de hecho" con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo

[50] López Gandía, J.; Toscani Giménez., D.: *La reforma de la jubilación,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 110.

[51] STC 222/1992, de 11 de noviembre.

beneficio de las parejas de hecho "registradas" y que asimismo cumplan el requisito convivencial, lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho únicamente corresponde a las "parejas de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho"[52]. Estas diferencias en el acceso a la protección, a mi parecer, y al de parte de la doctrina[53] lleva a apreciar un trato desigual no justificado, lo que constituiría una vulneración del art. 14 CE[54].

Sin embargo, podemos observar una apertura a una posible flexibilización y necesidad de reformar la legislación social con la sentencia indicada del orden contencioso-administrativo que admite la posibilidad de que la inscripción como pareja de hecho pueda ser acreditada por otros medios y no exclusivamente por el certificado del registro de parejas de hecho. Se abre las puertas a una flexibilización y a una reinterpretación de requisitos que, quizás, sean demasiado estrictos o no adecuados a la nueva realidad social.

5. Bibliografía

Almansa Pastor, J.M.: "El derecho de los beneficiarios en caso de muerte del trabajador accidentado", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 281, 1965.

Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1997.

Blanco Pérez-Rubio, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, Tecnos, 1992.

Cruz Villalón, J.: "La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N (Coord.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación,* Granada, Comares, 2008.

Fernández Domínguez, J.J., Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Lamarca i Marqués A., Alascio Carrasco, L.: "Parejas de hecho y pensión de viudedad", *Indret*, 2007, núm. 4.

López Gandía, J.; Toscani Giménez., D.: *La reforma de la jubilación,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Mella Méndez, L.: "El concepto de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *AS*, núm. 2, 2012.

Porres de Ortiz de Urbina, E.: "Uniones de hecho", *BIMJ*, núm. 1914, 2002.

Rodríguez Iniesta, G.: "La protección por muerte y supervivencia", en Cavas Martínez, F.; Rodríguez Iniesta, G., (Coords.): *La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social,* Murcia, Laborum, 2007.

[52] STS de 24 de mayo de 2012, rec. núm. 1148/2011; SSTSJ Castilla y León, de 3 de octubre de 2012, rec. núm. 614/2012; Andalucía, de 21 de junio de 2012, rec. núm. 947/2012; Galicia, de 22 de junio de 2012, rec. núm. 3226/2012; Galicia, de 20 de junio de 2012, rec. núm. 2834/2009.

[53] Lamarca i Marqués A., Alascio Carrasco, L.: "Parejas de hecho y pensión de viudedad", *Indret*, 2007, núm. 4, p. 26.

[54] El voto particular formulado por el profesor Alarcón Caracuel en la STS de 24 de mayo de 2012, rec. núm. 1148/2011, indica que el hecho de que el legislador solamente haya concedido la pensión de viudedad a las "parejas de derecho", y no a las "de hecho", "ello debería llevara plantear la cuestión de inconstitucionalidad por un indebido trato desigual respecto a las uniones matrimoniales".

Sastre Ibarreche, R.: "La protección por muerte en el régimen general de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma", *TL*, núm. 39.

Taléns Visconti, E.E.: "La pensión de viudedad en las parejas de hecho: requisitos especiales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 11, 2019.

La aceptación del estatus de "varón polígamo" en el acceso a las prestaciones de viudedad[1]

Guillermo Rodríguez Iniesta
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

1. Planteamiento de la cuestión

El acceso a las prestaciones de viudedad (pensión, prestación temporal e indemnización especial a tanto alzado en caso de muerte imputable a enfermedad profesional o accidente de trabajo) viene condicionada a que entre causante y beneficiario haya un vínculo previo o lo hubiere habido. Dicho vínculo puede ser matrimonial o como unión o pareja de hecho[2]. Y también cabe la posibilidad de que acceder a la protección en caso de que tales uniones matrimoniales o de hecho se hayan disuelto o incluso interrumpido (caso de separación entre cónyuges).

[1] El presente trabajo es el resultado del Proyecto PID2019-104630RB-100, sobre "El futuro del sistema español de protección social (VI): Soluciones jurídicas a los actuales retos demográficos", Ministerio de Ciencia e Innovación, convocatoria 2019 de Proyectos de I+D-RTI. Tipo B.

[2] Véase Rodríguez Iniesta, G.:
-*La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*, ediciones Laborum, Murcia, 2006, pp. 194 y ss.
-La protección a la viudedad, capítulo V obra colectiva *La reforma de la Seguridad Social de 2007*, ediciones Laborum, Murcia, 2007 pp.163 y ss.
-*Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, Orfandad y Favor Familiares*, Colección Prestaciones de Seguridad Social, ediciones Laborum, Murcia, 2009, pp. 105 y ss.
-Viudedad, Orfandad y protección a otros familiares. Sobre la necesidad de reordenación de su protección, capítulo I, Título I, de la obra colectiva *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, ediciones Laborum, Murcia, 2018, pp. 11 a 43.

En relación con la unión matrimonial esta puede ser procedente de un matrimonio celebrado en forma civil o en cualquiera de las formas religiosa admitidas. Las posibles formas de celebración del matrimonio se encuentran previstas en el art. 49 del CC:

a) Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código Civil[3].

b) En la forma religiosa legalmente prevista[4].

c) De acuerdo con la forma establecida por la Ley del lugar de celebración, cuando estemos ante españoles que contraigan matrimonio fuera de España[5]. Y para el caso de que estemos ante contrayentes extranjeros, podrán optar entre la forma prevista para los españoles o la establecida para la Ley personal de cualquiera de ellos[6].

Celebrado en una forma u otra el matrimonio y a tenor de lo previsto en el art. 61 del CC, deberá inscribirse en el Registro Civil[7]. El artículo 61 del CC viene a disponer que "*El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración*" añadiendo a continuación en su párrafo 2º que "*Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesario su inscripción en el Registro Civil*" y en el párrafo 3º que "*El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas*"[8].

Rectamente entendido este precepto viene a significar que si bien la inscripción no es constitutiva del acto jurídico matrimonial (por tanto, entre los cónyuges, la falta de inscripción no obsta para que este desenvuelva todos sus efectos personales y patrimoniales), de cara a terceros rige la regla establecida en el apartado 3º y en consecuencia el matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas, es decir, por los que aquellas que desconozcan la falta de concordancia entre la realidad (el matrimonio no inscrito) y la registral (la ausencia del mismo)[9].

---

[3] Resulta competente para autorizar un matrimonio el Juez encargado del Registro Civil y el Alcalde del Municipio donde se celebre el matrimonio o Concejal en quien éste delegue; en los municipios en que no resida dicho Juez; el delegado designado reglamentariamente; y en el extranjero el funcionario diplomático o consular encargado del Registro civil, art. 51 Código Civil (CC).
Véase también: arts. 57, 58 y 73 del CC; arts. 15 a 22, 68 a71 y 73 Ley del Registro Civil (LRC); arts. 238 a 250 del Reglamento del Registro Civil (RRC); y la Instrucción de 26 enero de 1995 Dirección General de Registro y Notariado (DGRN) sobre autorización del matrimonio civil por los Alcaldes.

[4] V. LO. 7/1980, 5 julio, de Libertad Religiosa.
-Acuerdo de España con la Santa sede para asuntos jurídicos de 3-1-1979, en concreto art. VI y Protocolo Final.
-Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Ley 24/1992, 10 noviembre.
-Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España, Ley 25/1992, 10 noviembre.
-Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España, Ley 26/1992, 10 noviembre.
V. También la Orden JUS/577/2016, de 19 abril, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso.

[5] Art. 49 último párrafo del CC.

[6] Véase: Art. 9.1 y 50 CC; Convenio de París de 10-9-94 tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, ratificado por Instrumento de 20-7-1976.
-Oficio - Circular de 5-8-1981 de la DGRN sobre celebración de matrimonios ante representantes diplomáticos acreditados en España cuando uno de los contrayentes es español.

[7] V. arts. 58, 62. p. 1, 63, 65 y 327 del CC; arts. 70, 71, 73 y 75 LRC; y arts. 36 a 38 y 255 a 259 RRC.

[8] V. arts. 69 y 70 LRC

[9] V. art. 54 CC sobre el llamado matrimonio secreto o de conciencia y también arts. 70, 72 y 72 a 80 LRC; arts. 260, 261 y 267 a 270 RRC. Y también Instrucción de 31 de enero de 2006 de la DRGN sobre matrimonios de complacencia.

En definitiva y para lo que aquí se pretende analizar la cuestión está en que el acceso a la protección a la viudedad viene condicionado por acreditar su condición de cónyuge o excónyuge. La prueba es -en principio- sencilla, bastará presentar la oportuna certificación del Registro Civil sobre la existencia de un matrimonio previo y la correspondiente al fallecimiento del sujeto causante.

Ahora bien, no puede olvidarse que la realidad que se nos presenta es muy rica y esa aparente sencillez de acreditar el estatus de viudo o viuda, no siempre es tan sencillo. La vida nos presenta, en muchas ocasiones, formas no usuales de matrimonio, situaciones anómalas, uniones a-matrimoniales, crisis y rupturas, etcétera, dibujan un panorama para muchos hipotéticos beneficiarios muy complejo. El análisis de todas estas situaciones es muy sugerente, pero el estudio se limitará a la situación que presentan los matrimonios polígamos válidamente celebrados y aquellas situaciones que en muchas ocasiones transcurren de forma paralela a ello.

En relación con el matrimonio, atendiendo a la nacionalidad de los contrayentes o al lugar de la celebración se pueden contemplar los siguientes supuestos[10]:

a) Matrimonio de español con extranjero en España

El español contraerá matrimonio válido con extranjero cuando se atiene a la ley del lugar de su celebración del mismo, es decir a las formas establecidas en Derecho español, ante el juez o funcionario español competente o en la forma religiosa legalmente prevista[11].

b) Matrimonio contraído por españoles o español y extranjero fuera de España

Para contraer matrimonio válidamente se estará a las formas previstas en la ley del lugar de celebración o en su ley personal. Respecto a las primeras hay que recordar que serán todas aquellas previstas en esa Ley, sean civiles o religiosas, estas últimas, aunque no estén reconocidas o autorizadas en España (*v. gr.* matrimonio celebrado conforme al rito budista válido en la India, etc.). Respecto a las formas permitidas por la ley personal del contrayente español son tanto las formas religiosas previstas en la ley española, como la forma civil del matrimonio contraído ante la autoridad consular española[12].

c) Matrimonio contraído por dos extranjeros en España

Los extranjeros en España puede celebrar matrimonio válido conforme a la "*lex loci",* ante la autoridad civil o religiosa reconocida en España[13], o conforme a la ley personal de cualquiera de ellos (ante la autoridad consular extranjera en España o autoridad religiosa, incluso aunque

[10] En relación con el particular el criterio administrativo del INSS 2006/12, de 31 de marzo de 2006, vino a establecer lo siguiente:
1) Matrimonios celebrados en el extranjero de:
a) Españoles: causantes o beneficiarios de prestaciones, serán las certificaciones del Registro Civil en España, prueba necesaria para acreditar todo lo relativo a su estado civil y a las vicisitudes de ese matrimonio;
b) Extranjeros: el medio más adecuado será siempre la certificación del correspondiente Registro Civil extranjero o documento equivalente, preceptivamente legalizado o no, según los casos.
2) Matrimonio de extranjeros en España:
Se acredita mediante la certificación del Registro Civil español o -cuando se haya contraído conforme a su ley personal- con la aportación del documento público bastante emitido por la autoridad de su país.

[11] V. art. 49 CC. V. RDGRN de 13-1-1996 que deniega la inscripción de un matrimonio en la Embajada de Costa de Marfil en España entre un español y una nacional de tal país por aplicación del art. 73 CC. También R. DGRN 23-1-1999 en el mismo sentido del matrimonio por español y rusa en la Embajada de la Federación Rusa en Madrid.

[12] Debe advertirse que no se admite la celebración del matrimonio conforme a la ley personal del extranjero contrayente; si ante su autoridad consular si ello está reconocido por su lex loci. Para la inscripción de estos matrimonios v. art. 256 RRC.

[13] V. art. 50 CC.

ésta no sea reconocida en España, siempre que a los matrimonios celebrados ante la misma se le reconozcan efectos civiles por cualquiera de las leyes personales de los cónyuges).

d) Matrimonio contraído por extranjeros en el extranjero

La situación no se norma por el Código Civil. Ahora, puede ser preciso que su validez sea planteada ante un Juez español, así como la posibilidad de su inscripción. La validez será analizada conforme a lo prevenido en el art. 50 CC y su inscripción estará sujeta a lo establecido en el art. 257 RRC.

e) Matrimonios de extranjeros sin forma

Cabe la posibilidad de encontrarse con matrimonio "*informales*" admitidos por algún sistema jurídico anglosajón. Se trata de aquellas uniones establecidas sin intervención de la autoridad en virtud de una posesión de estado. Se admite doctrinalmente que cabe la posibilidad de que "*tal matrimonio*" sea reconocido y válido si tal unión es aceptada por la "*lex loci*" o si la ley personal de cualquiera de los cónyuges lo permitiera.

Cuando al menos uno de los contrayentes sea español (independientemente del lugar de la celebración) o cuando el matrimonio se contraiga en España (sea cual fuere la nacionalidad de los cónyuges) el matrimonio es inscribible[14]. El Juez encargado del Registro Civil al instruir el expediente previo o al verificar los ya celebrados comprobará que se cumple los requisitos de validez exigidos por el Derecho Español[15]. Una vez inscrito el acta del Registro será la prueba de la celebración[16].

Para el caso de que no haya inscripción, hubieren desaparecido los libros del Registro Civil o se impugnen en juicio los hechos inscritos, se admitirán otros medios de prueba, pero deberá de haberse instado previa o simultáneamente su inscripción (reconstitución o rectificación). Sirve para ello cualquier medio de prueba admitido en Derecho, si se ha llevado a cabo ante autoridad española. Si lo ha sido ante autoridad extranjera o consular, la admisión de pruebas se rige por la ley española como *lex fori*, si bien se admite la eficacia de prueba documental pre-constituida en el extranjero que reúnan lo prevenido en el art. 323 LEC, medios de prueba que deberán de demostrar que hubo un matrimonio válido ya que su finalidad es el acceso al Registro. Cuando a tenor de la prueba no se considera suficiente para acreditar su validez o para su inscripción cabe la posibilidad de obtener una anotación con valor simplemente informativo[17].

Debe tenerse en cuenta que no tienen acceso al Registro Civil español los matrimonios de extranjeros contraídos en el extranjero. Salvo que deban de servir de base a otras inscripciones exigidas por el Derecho español. Su prueba se lleva a cabo vía art. 323 en relación con el art. 319 de LEC o por cualquier medio de prueba admitido en Derecho español, pero limitándose a la constancia del hecho de la celebración, no a su validez.

Dicho lo anterior, como ya se habrá podido adivinar, el conflicto más importante no es (sin que sea despreciable) el acreditar que hubo matrimonio sino si ese hipotético matrimonio respeta los valores jurídicos de nuestra Constitución recogidos en los artículos 10.1, 14, 16 y 32 que inciden en la forma de celebración, en la capacidad y en el consentimiento matrimonial.

[14] Art. 2 y 15 LRC.

[15] Art. 327 CC y art. 2 y 3 LRC.

[16] Art. 327 CC y art. 2 LRC.

[17] V. Res. DGRN 27-5-1995, 19-10-1998 y 23-1-1999.

Son las cuestiones que afectan al consentimiento y a la capacidad matrimonial, las que mayores problemas plantean. La Ley aplicable al consentimiento y a la capacidad no está expresamente prevista en el Código Civil, aunque dado que es una cuestión que atañe al Derecho de Familia, se entiende que quedarían bajo la ley personal (art. 9.1. CC). A su imperio habría que acudir para analizar todo lo relativo al consentimiento matrimonial, edad para contraer matrimonio, aptitud física de los contrayentes e impedimentos de ligamen. Por tanto, la ley española se aplica al contrayente español en lo relativo al consentimiento y capacidad y la ley nacional al cónyuge extranjero.

Pero la aplicación práctica de esta norma puede suscitar toda una serie de cuestiones problemáticas de las que merece destacarse la relativa al orden público español en la determinación de la aptitud nupcial.

Nuestro ordenamiento ha venido configurando tradicionalmente el derecho a contraer matrimonio en torno a una serie de elementos básicos: libertad consensual[18], heterosexualidad (y desde la reforma introducida en el Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, también los matrimonios de personas del mismo sexo), exogamia[19] y monogamia.

Respecto al último elemento básico señalado, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por el matrimonio monógamo y no polígamo. No cabe la posibilidad de contraer en España o por españoles un segundo matrimonio estando vivo el vínculo matrimonial anterior. Aquel que sigue unido en matrimonio no tiene capacidad para contraer otro.

Téngase en cuenta que aquel que contrae segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año (art. 217 Código Penal). Se trata de la figura o de tipo penal denominado *"matrimonio ilegal"*, también conocido como bigamia.

El problema -para lo que aquí nos ocupa- surge cuando a la muerte de una persona le sobrevive el primer y segundo cónyuge. En principio el cónyuge supérstite *"primero"* sería el viudo al que procedería abonarle la pensión en su totalidad y nada al segundo, que vendría a ser considerado un simple conviviente de hecho.

[18] La libertad hay que tomarla en consideración en sus dos vertientes: a) en la voluntad nupcial individual; y b) en el de una madurez física e intelectual bastante para poder constituir la relación matrimonial. La voluntad nupcial individual o consentimiento es imprescindible y sin ella no hay matrimonio. Una norma extranjera que permita sustituir la misma chocaría frontalmente con nuestro ordenamiento jurídico. La madurez física e intelectual, que se objetiva en nuestro ordenamiento en fijar una edad núbil, plantea conflicto cuando al extranjero su ley personal le permite contraer matrimonio por debajo de tal edad. Si partimos de que según nuestro ordenamiento sólo pueden contraer matrimonio los mayores de edad o los menores emancipados y que cabe la dispensa del impedimento de edad a partir de los 14 años, *¿qué ocurrirá con un matrimonio en que uno de los cónyuges sea menor de edad y no esté emancipado*? En principio parece que puesto que la capacidad se rige por su ley personal habría que estar a ella y si lo permite la misma no cabría cuestionarla, Ver RDGRN 27-5-1994, en la misma se planteaba un problema relativo a un ciudadano español que había contraído nupcias en Marruecos con una ciudadana de aquel país que contaba con 15 años y pretendía su inscripción en el registro español. Ahora bien, el problema tendría difícil admisión caso de que estuviéramos ante una persona con edad inferior a catorce años, nuestro Derecho no reconoce el *ius nubendi* y difícilmente podría operan el principio general del *favor matrimoni.*

[19] Nuestro ordenamiento repudia el matrimonio entre parientes en línea recta y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. No obstante, se permite cierta dispensa, pero se mantiene la prohibición absoluta de padres e hijos y hermanos entre sí. El orden público en definitiva se concreta en la línea recta y en la colateral se situaría en los dos primeros grados

No obstante la solución que se viene dando es asimilar la situación del segundo cónyuge a la figura del matrimonio putativo[20], con lo que este "*segundo cónyuge*" podrá también acceder a la pensión viudedad en concurrencia con el primer cónyuge o viudo[21], todo ello siempre que el supérstite no sea el cónyuge de mala fe. Problema derivado es determinar el reparto de la pensión y el módulo a utilizar. Si hay convivencia sucesiva el problema es de acreditación temporal. La dificultad estará cuando sea simultánea. Otro aspecto a señalar es si es necesario o no que el primer cónyuge inste o no la nulidad del segundo matrimonio para poder acceder en todo o en parte a la pensión. Realmente ello es indiferente el matrimonio segundo carece de validez, pero ello no evita que el cónyuge de buena fe pueda acceder a la pensión de viudedad (art. 79 CC)[22].

Distinta de la situación de bigamia está la de poligamia. La poligamia tanto en su vertiente poliandria (mujer unida a varios hombres) como poliginia (hombre unido a varias mujeres) no tiene otra respuesta que la dicha para la bigamia. Nuestro Código Civil fija como impedimento (no dispensable) en su art. 46 CC que no pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial. De aquí la exigencia al que pretenda contraer matrimonio, de acreditar su soltería o la disolución del anterior matrimonio. Aquel que haga caso omiso de ello incurre, como antes se ha dicho, en el tipo delictivo previsto en el art. 217 Código Penal.

[20] Art. 79 CC. La figura del matrimonio putativo tiene su origen en el Derecho Medieval, -básicamente en el Derecho canónico- con el fin de reducir, respecto de los hijos, las consecuencias de una nulidad matrimonial, especialmente derivada de un impedimento de parentesco, que los colocaba en situación de hijos ilegítimos. Luego se iría ampliando a la protección de los intereses del otro contrayente de buena fe.

[21] V. ss. TSJ Madrid 15-3-2001 (AS. 1731 y 31-5-2005 AS 1525); s. TCT 16-10-1984 (AL 153/1984), STSJ Andalucía 25-5-1999 AS. 2811, esta sentencia aceptando la procedencia de reconocer a ambos supérstites la pensión añade que para ello no resulta preciso acudir a la figura del matrimonio putativo ya que hay dos matrimonios, sin que haya que pronunciarse sobre la validez del matrimonio segundo, ello quedará a resultas de una posible sentencia de nulidad matrimonial.

[22] V. STSJ Asturias 30-11-2001 (AL nº. 11, 11 al 17 marzo de 2002). La sentencia citada contemplaba el caso siguiente. El causante y la actora habían contraído matrimonio el 3-12-1960, y él contrajo un segundo matrimonio con otra mujer en 3 septiembre de 1966, conviviendo con ésta hasta que él falleció, en 19 de mayo de 1991. Solicitada pensión de viudedad por la segunda esposa, le fue reconocida en el 45 % de la base reguladora. A la primera contrayente le es negada la pensión de viudedad, en vía administrativa, pero el Juez de instancia se la reconoce en el 18,8 % de la pensión total causada. La sala de lo Social del TSJ de Asturias desestimó los recursos interpuestos respectivamente por cada una de las dos cónyuges del causante: el de la primera (en el tiempo) porque no es ocasión de declarar la nulidad del segundo matrimonio del causante, que surte eficacia jurídica y proporciona la pensión de viudedad, aunque en proporción al tiempo de convivencia; y el de la segunda cónyuge porque aunque su matrimonio subsistiera al momento del hecho causante, la anterior cónyuge mantiene las consecuencias de su matrimonio y el del tiempo de convivencia con el fallecido.
Más reciente puede verse la STSJ Madrid 31 mayo 2005 (AS 1525), el caso allí analizado era el siguiente: el causante había contraído matrimonio con A en fecha 5-8-1972, habiéndose declarado la separación judicial del matrimonio por s. 22-7-1997, sin que se tramitara posteriormente el divorcio. En fecha 11-7-1998 y ante la oficina del Registro Civil de La Libertad (Perú), contrajo matrimonio con B, de tal nacionalidad constando como estado civil de ambos el de solteros. Fallecido el causante B solicitó pensión de viudedad que le fue reconocida. Después A también la solicitaría. El ente gestor procedió entonces a modificar la cuantía de la pensión, distribuyendo la misma entre ambas personas. Después demandó a B para -así cabe deducirlo- dejar sin efecto la pensión reconocida y la consiguiente devolución de prestaciones abonadas por indebidas. Sostenía en la demanda y luego en el recurso que el causante había incurrido en bigamia, que en la Sra. B no cabía apreciar buena fe ya que cuando contrajo matrimonio debió obtener el certificado de nacimiento del causante, y que su situación no era otra cosa que una simple convivencia de hecho. La sentencia de instancia admitió solo en parte la demanda, la relativa la devolución de cantidades indebidamente percibidas rechazando el otro pedimento. Recurrió en Suplicación el ente gestor y la Sala le recuerda lo prevenido en el art. 73.2 y 79 del CC y en atención a las circunstancias que se notician rechaza dicho recurso. En parecidos términos véase STCT 16-10-1984 (ar 7709), en ella se reconoce pensión de viudedad a quien contrajo matrimonio canónico con quien ya estaba casado, desconociendo la existencia de cónyuge legítimo hasta el momento de solicitar la pensión.

La solución que se viene dando de cara al acceso a las prestaciones de viudedad- también es similar a la vista para la bigamia. Si no hay mala fe se asimila a un matrimonio putativo y por tanto habrá concurrencia de múltiples beneficiarios.

No obstante, un fenómeno cada vez más frecuente, directamente vinculado con la inmigración es la aparición de matrimonios polígamos válidamente celebrados conforme a la ley personal de los contrayentes. Y la pregunta surge a continuación *¿cabe reconocer algunos efectos a estos matrimonios acudiendo a un "orden público atenuado"?*

2. La inicial aceptación de los matrimonios polígamos en la seguridad social española

2.1. El reconocimiento inicial de España de los matrimonios polígamos como hábiles al efecto de causar prestaciones de viudedad

Con fecha 8 de noviembre de 1979 España suscribió un Convenio Bilateral de Seguridad Social con el Reino de Marruecos[23], cuyo artículo 23 dispone lo siguiente:

> *"La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación".*

La propia administración de la Seguridad Social fijó un criterio interpretativo[24]sobre la forma de proceder en el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad a favor de dos esposas de un trabajador marroquí, cuando se da la circunstancia de que una de ellas presenta la solicitud de pensión después de haberse reconocido íntegramente el derecho a dicha pensión a la otra esposa. El criterio que sustenta es el de proceder a reconocer a la nueva beneficiaria la mitad de la pensión asignada a la anterior, que deberá ser revisada judicialmente, en bases a los fundamentos legales antes expuestos (se refiere a los arts. 3 y 23 del Convenio Internacional de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos y el art. 9 CC).

Posteriormente España suscribiría otro Convenio Bilateral de Seguridad Social con Túnez en 26-2-2001[25], cuyo artículo 24 dice así:

> *"Pensión de viudedad compartida*
>
> *En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales"*

2.2. El cambio de postura de la Administración de la Seguridad Social

Pronto a la propia Administración de la Seguridad Social le surgirán dudas sobre la legalidad de admitir de la poligamia como estatus válido para causar y acceder a las prestaciones de supervivencia. Ahora bien, es consciente de que hay unas obligaciones internacionales que están ahí y deben cumplirse y que su propia práctica administrativa ha sido favorable a su concesión, quizás porque era marginal. Quizás no se llegó a medir las consecuencias que las previsiones expresas de dichos convenios pudieran implicar con el paso del tiempo ante la llegada masiva de inmigrantes con culturas, religión, etc., diferentes y en algunos casos de casi imposible

[23] Modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1988, en vigor desde 1 de octubre de 1982 (BOE de 13 octubre y 24 noviembre 2001).

[24] Criterio refundido del INSS: III/4/25.

[25] En vigor desde 1 enero de 2002 (BOE 26 de diciembre de 2001.

compatibilidad con las nuestras. Y por ello se replantea su actuar[26] y se inclinará, en tanto en cuanto no exista un criterio jurisprudencial uniforme, por aplicar el principio de orden público y, en consecuencia excepcionar la aplicación del derecho extranjero que sea contrario al mismo, como sucede en los casos de poligamia, negando los derechos de la viuda del segundo y ulteriores matrimonios, señalando finalmente:

> *" Dicho todo lo cual, y teniendo en consideración por encima de todo, el inevitable pronunciamiento del Tribunal Supremo que previsiblemente habrá de recaer a no tardar, parece lo más prudente considerar que en esta situación actual, dada su provisionalidad, no resulta oportuno cambiar la práctica administrativa que se viene siguiendo por parte de las Entidades Gestora, tanto en lo referido al reconocimiento del derecho como en lo relativo al reparto proporcional de la cuantía de la pensión a reconocer, con el fin de evitar que una decisión contraria al criterio que ahora se pudiera establecer viniera a provocar un encadenamiento de modificaciones en la práctica administrativa" -sic-"*[27]

2.3. La Jurisdicción Social ante la poligamia

Los Tribunales Superiores de Justicia han venido adoptando diferentes posiciones al respecto de este tipo de uniones polígamas concertadas con nacionales de países en los que el matrimonio de tal clase tiene validez jurídica. Las soluciones han venido pasando por admitirlo y conceder la prestación solo al beneficiario de la primera unión, o solo al de la última[28], o prorratear la prestación entre todos los cónyuges supérstites, siendo ésta la que se ha venido imponiendo[29].

Así mismo interesa tener en cuenta -por su relación con lo aquí debatido- el criterio de los Tribunales que consideran que la falta de inscripción en el Registro civil del matrimonio no es un requisito que impida el acceso a la prestación, no solo porque no lo exige el art. 219 LGSS sino porque se ha considerado por los Tribunales un requisito no sustancial a los efectos de poder acceder a la prestación de viudedad. En este sentido recuérdese la STC 2365/2002 y STC nº 199/2004, de 15 de noviembre de 2004 que afirma: *" aun cuando la inscripción fuera susceptible de justificar ciertas diferencias entre matrimonios inscritos y no inscritos, cuestión que excede de nuestra competencia pues no nos corresponde delimitar el polémico debate doctrinal y jurisprudencial entorno al alcance entre "efectos" y "plenos" efectos civiles, lo cierto es que la normativa aplicada en el caso ahora enjuiciado es de carácter "prestacional" y exclusivamente exige haber sido "cónyuge legítimo" del causante de la pensión. Requerir la inscripción cuando se trata de un elemento que nada añade a la existencia de un "vínculo matrimonial" y considerar que la*

[26] Véase criterio administrativo del INSS 1999/40 y su aplicación 40/2008, de 3-3-2008.

[27] Criterio administrativo del INSS 40/2008, de 3 de marzo.

[28] Entre otras véanse: STSJ Comunidad Valenciana 6 junio 2005 (ROJ STSJ CV 3739/2005); STSJ Cataluña 30 julio 2003 (ROJ STSJ CAT. 9067/2003).

[29] Entre otras véanse: STSJ Madrid 29 de julio de 2002 (ROJ STSJM 10820/2002); STSJ Galicia de 2 de abril de 2002 (ROJ STSJ Gal. 2547/2002. En dicha resolución se razona así (FD 3.º) *"Desde lo anterior, a pesar de la proscripción en nuestro país de la bigamia y de la excepción de orden público (el art. 12.3 del Código Civil dispone que en ningún caso tendría aplicación la ley extranjera «cuando resulte contraria al orden público»), sin perjuicio de la incompatibilidad que del sistema matrimonial extranjero con el propio se manifiesta y que, por supuesto, se afirma y subsiste, sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos que del vínculo matrimonial contraído conforme a aquél por el causante con las actoras se derivan en nuestro país en el contexto prestacional de Seguridad Social de que aquí se trata; es decir, que procede reconocer a las demandantes la pensión correspondiente como efecto derivado del matrimonio que contrajo el causante con cada una de ellas conforme a su legislación nacional*
-SSTSJ Andalucía 30 de enero de 2003, 10 junio 2020, 10 mayo 2021 (ROJ STS AND 6196/2021).

misma es definitoria del matrimonio legítimo y de la consideración de un "cónyuge" como "legítimo", provoca la creación de una desigualdad artificiosa y arbitraria por no estar fundada en criterios o juicios de valor generalmente aceptados ". La Sala de lo Social del TS se haría pronto eco de este pronunciamiento y en STS 15 de diciembre de 2004[30] reconocería la pensión de viudedad al cónyuge supérstite de un matrimonio que no sólo no había accedido al Registro Civil, sino que incluso se había celebrado por el rito evangélico antes de que se concediera validez legal al mismo.

En síntesis, el criterio seguido por los Tribunales Superiores de Justicia en relación con los matrimonios polígamos ha sido el siguiente:

- Aceptar la poligamia en aquellas situaciones en que procede la aplicación del Convenio Hispano Marroquí, por ser beneficiarias y causante nacionales de tal país. Incluyendo también supuestos en que una de las beneficias tenga la nacionalidad española[31] sin más exigencia.
- No aceptarla pero admitir que se cause la pensión de viudedad acudiendo al figura del matrimonio putativo[32].
- Rechazarlo en el caso de que no sea de aplicación los convenios bilaterales marroquí o tunecino, mayoritariamente de causantes senegaleses, como es el caso de la STSJ Cataluña 25 abril 2016 que tras razonar detalladamente su negativa a reconocer la pensión de viudedad en favor de dos mujeres de nacionalidad senegalesa (al igual que el causante) en su FD 3.º último párrafo señala[33]: "*Que conforme a todo lo señalado y a la doctrina examinada, no puede sino estimarse el recurso de suplicación formulado por el INSS, no sin antes señalar que en la actualidad y pese a todo lo dicho, existen dos excepciones en cuanto a la pensión de viudedad y que se derivan, no sólo del citado por la instancia, Acuerdo suscrito entre el Reino de España y el de Marruecos de 8-11-79 que establece en su art. 23 que "La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente, entre quienes resulten ser, conforma a la legislación marroquí beneficiarios de dicha prestación", sino también del posterior suscrito con Túnez de 26-2-01 y según el cual, en su art. 24 " En caso de que existan más de una viuda con derecho, la pensión de viudedad se tendrá que prorratear entre las mujeres del difunto", ahora bien, esos son los dos únicos supuestos, en los que pese a que tal institución de la poligamia sea contraria al orden público español y a nuestro ordenamiento civil, se le otorgan efectos respecto de la pensión de viudedad, ahora bien, tal excepción no puede extenderse más allá de los dos supuestos citados y por ende no es de aplicación al supuesto de autos.*

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones, si bien los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos han sido inadmitidos por falta de contradicción según el TS. Un ejemplo lo tenemos en el auto de 28 de marzo de 2017[34] que analiza el recurso de casación interpuesto contra la STSJ Cataluña

[30] Rec. unif. 6074/2003.

[31] STSJ Andalucía 10 mayo de 2021 (ROJ STSJ AND 6196/2021).

[32] STSJ Andalucía 6 noviembre de 2019 (ROJ 19525/2019); STSJ Madrid 31 mayo de 2005 (AS \2005\1525); STSJ Madrid 26 diciembre 2003 (AS\2004\995).

[33] ECLI:ES:TSJCAT:2016:2468. En similares términos STSJ Cataluña 27 septiembre 2017(AS\2018\3683) y STSJ Cataluña 14 septiembre 2018 (JUR\2018\3170046).

[34] Roj: ATS 3554/2017. También pueden verse otras resoluciones de inadmisión como ATS 2 julio 2020 (ROJ: 5062/2020) y ATS 7 noviembre 2018 (ROJ: ATS 12860/2018).

de 25 de abril de 2016[35], que estimaba el recurso de suplicación interpuesto por el INSS, y, revocando la sentencia de instancia, desestimando en consecuencia la demanda de la actora de reconocimiento de pensión de viudedad. A tenor del relato histórico de la resolución combatida consta que: a) Por resolución de 22-5-2014, se denegó a la parte actora la prestación de viudedad, porque no acreditaba debidamente el matrimonio con el causante, atendido a que siendo este de nacionalidad española el matrimonio debía inscribirse en el Registro Civil, aunque lo hubiese contraído anteriormente en su país de origen; b) La actora, nacida en Gambia en 1980, contrajo matrimonio con el causante también nacido en Gambia, por el rito islámico; c) En el momento del óbito el matrimonio no constaba inscrito en el Registro Civil Central español; la solicitud de inscripción ha sido denegada por Acuerdo de 31-15-2015 del Registro Civil Central, por tratarse de un matrimonio polígamo, contrario a nuestra legislación; y d). Al fallecido se le reconoció la nacionalidad española por resolución de 14-11-2011, inscribiéndose en el Registro Civil Central en fecha 9-2-2012 y tuvieron cuatro hijas en común, que perciben la prestación de orfandad.

La sentencia de contraste aportada es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)de 10 de julio de 1998, estimatoria del recurso de suplicación promovido por el INSS y confirma la sentencia de instancia, que estimó la demanda de la actora y reconoció su derecho a la pensión de viudedad. En tal supuesto la actora, de nacionalidad marroquí, en 1935, contrajo matrimonio en Marruecos con un compatriota suyo, por el rito coránico conforme a la ley de lugar y sin que conste la existencia de ningún impedimento para celebrarlo; ambos adquirieron luego, en 1988, la nacionalidad española, pero no inscribieron su matrimonio en el Registro Civil español; y fallecido el esposo, en 1997, solicitó la viuda la correspondiente pensión, que el INSS denegó por considerar que la falta de inscripción impedía el pleno reconocimiento defectos civiles a aquel matrimonio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 61 Civil. El Tribunal Superior estima la pretensión de la actora por entender, en esencia, que su matrimonio era válido conforme a su ley personal (arts. 9.1 y 9.2 CC), sin que se viera afectada tal validez por la adquisición de la nacionalidad española (Ley de 10 de noviembre de 1992 y art. 61 CC), ni por la falta de inscripción formal en el registro Civil español, que se estima como mero requisito formal y no constitutivo.

Para la Sala de lo Social del TS no puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Se considera que en los hechos acreditados en las dos resoluciones existen diferencias de relevancia, que justifican los diversos pronunciamientos alcanzados e impiden toda contradicción. Así, en la sentencia de contraste se trata de un matrimonio celebrado por el rito coránico en Marruecos (país que acredita un Acuerdo internacional sobre el reconocimiento de pensión de viudedad), siendo ambos integrantes de nacionalidad marroquí, y obteniendo posteriormente ambos cónyuges la nacionalidad española, si bien no llevan a cabo la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, sin que en ningún momento se plantee que dicha falta de inscripción se haya producido por rechazo de la misma por Acuerdo del Registro Civil Central por tratarse de un matrimonio polígamo. En la sentencia recurrida se trata de un matrimonio celebrado por el rito islámico en Gambia (país que no acredita un Acuerdo internacional sobre el reconocimiento de pensión de viudedad), siendo ambos integrantes de nacionalidad gambiana, y obteniendo posteriormente el marido la nacionalidad española; y la inscripción del matrimonio en el Registro Civil no se produce por rechazo de la misma por Acuerdo del Registro Civil Central por tratarse de un matrimonio polígamo.

[35] ECLI:ES:TSJCAT:2016:2468.

2.4. La jurisdicción contencioso administrativa

Por su parte la jurisdicción contenciosa administrativa ha tenido ocasión de pronunciarse cuando la pensión de viudedad reclamada era con cargo al régimen de clases pasivas del estado, en varias ocasiones. Una de ellas, la STS 24 enero 2018[36], señala en su FD Sexto (conclusión) lo siguiente[37]:

> *"1º) Que la constatación de una situación de poligamia de un súbdito marroquí no impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español.*
>
> *2º) Que el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979 , por la posición jerárquica que tiene en nuestro ordenamiento jurídico tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 dela Constitución Española , permite que por vía interpretativa se pueda ampliar o extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español que tenga origen marroquí, y que fuesen beneficiarias de la pensión según la legislación marroquí*[38]*.*
>
> *3º) Que el cálculo del importe de la pensión se efectuará partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante.*
>
> *4º) Que el recurso de casación debe ser estimado y, con anulación de la sentencia, apreciando la vulneración del principio de igualdad denunciada en la instancia y por no haber sido cuestionada en ningún momento por la Administración la condición de beneficiaria de la esposa reclamante según la legislación marroquí, se reconocerá a doña Maribel el derecho a la percepción de la pensión de viudedad generada por su fallecido esposo de origen marroquí, don Argimiro , con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento, acaecido el 24 de enero de 2013, y calculándose su importe partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante.*

[36] ROJ: STS 121/2018.

[37] El supuesto de hecho parte de que actora solicitó la pensión de viudedad tras el fallecimiento de su esposo - Argimiro en fecha 24/1/2013, quien era beneficiario de una pensión con cargo al erario público del Reino de España- y siendo su segunda esposa, teniendo reconocida la primera de ellas - Socorro - esa pensión por sentencia dela misma Sala y sección de 21 de julio de 2016.

[38] Si bien en el FD quinto se indica lo siguiente: "*Obsérvese que no hacemos aplicación directa del artículo 23 del Convenio al régimen de clases pasivas del Estado, que por previsión normativa integra un régimen especial de la Seguridad Social para el personal sujeto a su ámbito de aplicación - artículo 1 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado- no previsto en el ámbito de aplicación delimitado por el artículo 2 del Convenio, sino que lo empleamos como criterio de interpretación válido por ser una previsión contenida en una norma de rango superior de nuestro ordenamiento jurídico y por estar en juego el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución y en las Normas Internacionales sobre derechos humanos suscritas por España*".

Así mismo, se reconocerá su derecho al cobro de los haberes dejados de percibir desde esa fecha y hasta la efectiva percepción de la pensión que se le reconoce, más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud y hasta su efectivo pago."

De interés también es de lectura del voto particular que sostiene que:

La previsión del Convenio Bilateral con Marruecos implica reconocer una pensión que, por definición y naturaleza, sólo puede reconocerse en España en quien concurra un doble presupuesto: haber estado unido en matrimonio y un matrimonio conforme a la legislación española y, en todo caso, reconocible desde las señas de identidad de tal instituto conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

- Desde esta perspectiva entiende -el magistrado en su voto particular que procedería la aplicación restrictiva del citado Convenio pues lo contrario implica reconocer un derecho para quien ha estado unido matrimonialmente no ya bajo una forma matrimonial no reconocida en España, sino que se asienta sobre una base constitutiva de delito por ser contrario al sistema de valores que protege el ordenamiento español.

- Reconoce que podrá decirse que ese Convenio no ha sido denunciado, pero que eso no sea así no debe llevar - como hace la sentencia mayoritaria - a aumentar, expandir una previsión puntual sólo prevista para los nacionales marroquíes y para las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, es más, su artículo2.1. A.2 expresamente excluye el régimen especial de clases pasivas.

- Señala que son numerosas las sentencias - de las que se hace eco la sentencia- que vienen declarando la improcedencia de reconocer a efectos del régimen general de extranjería o de nacionalidad a uniones polígamas. Tales pronunciamientos se asientan, como no puede ser de otra forma, en el adecuado entendimiento del concepto de orden público y es que a una figura que pugna con nuestra mentalidad - el matrimonio polígamo - sólo admite una interpretación restrictiva que evite además la fragmentación de un instituto como es el matrimonio.

- Por último, señala que no debe perderse de vista que es muy distinta la situación social de España al tiempo de firmarse el Convenio al que se hace referencia con la situación actual. Hoy día son varios millones las personas que viven legalmente en España y que proceden de países de religión musulmana. Sin entrar ahora en disquisiciones que no son del caso, es necesario posibilitar su integración, lo que es compatible con la idea de que su acogida en España no debe implicar la renuncia a sus costumbres ni a su religión, pero dentro de los límites que marca nuestra cultura y nuestro sistema de valores, lo que tiene su reflejo en el orden público constitucional que protege la dignidad de la mujer. Con pronunciamientos como el de la sentencia mayoritaria se van abriendo poco a poco brechas que debilitan nuestras señas de identidad, y que su aplicación sea en un aspecto muy limitado no quita para que, dado ese paso, se vaya a su extensión a otros supuestos aún más inaceptables.

3. La extensión de la aceptación de la poligamia como hábil a efectos de acreditar el estatus matrimonial exigido para acceso a la protección a la viudedad

Con fecha 22 de noviembre de 2020 España suscribió un convenio de Seguridad Social con la República de Senegal[39], cuyo Capítulo 2. Prestaciones económicas por Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales, artículo 26, dispone lo siguiente:

> *"Prestación de supervivencia.*
>
> *1. Conforme a la legislación senegalesa, en caso de muerte directamente relacionada con un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y si, de acuerdo con su estatuto personal, la víctima tuvo varias esposas, la renta debida al cónyuge superviviente se divide por igual y definitivamente entre las esposas.*
>
> *2. La pensión de orfandad reconocida por Senegal, será pagada por la Institución deudora a la persona física o jurídica responsable de la misma.*
>
> *3. Lo dispuesto en el artículo 19 será de aplicación a las prestaciones de viudedad derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales reconocidas por la seguridad social española".*

Es decir, se acepta la posibilidad de causar prestación de viudedad en favor de las esposas que hubiere tenido el causante si la muerte es imputable a riesgos profesionales. Aunque la rúbrica del artículo sea "Prestación de supervivencia" del contenido del mismo cabe entender que se limita a la pensión y a la prestación de viudedad. La duda puede surgir si comprende o no la prestación de indemnización a tanto alzado que acompaña a la pensión y prestación de viudedad cuando la muerte es imputable a riesgo profesional. Se trata de determinar si la expresión "renta debida", alcanza o no las prestaciones de pago único.

Ahora bien, no se trata de un reconocimiento total de las situaciones de poligamia como estatus válido para un acceso general e ilimitado a las prestaciones de supervivencia.

La situación, queda así:

a) Situaciones en las que sea de aplicación los Convenios de Seguridad Social con Marrueco y Túnez:

-Marruecos:

La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación.

El Convenio con Marruecos no distingue entre la causa de la muerte y específica como prestación a repartir la "pensión de viudedad". Su capítulo IV donde se encuentra el art. 26 lleva como rúbrica "Supervivencia. Pensiones".

-Túnez:

En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales.

[39] Con fecha 8 de marzo de 2022 (BOE 16 de marzo) se suscribió un Acuerdo Administrativo para su aplicación.

El Convenio con Túnez en relación con la pensión de viudedad compartida no distingue entre la causa de la muerte y tiene un tratamiento por separado de las prestaciones de supervivencia, defunción y otras imputables a riesgos profesionales.

b) Situaciones en las que sea de aplicación el Convenio de Seguridad Social con Senegal:

-En caso de muerte directamente relacionada con un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y si, de acuerdo con su estatuto personal, la víctima tuvo varias esposas, la renta debida al cónyuge superviviente se divide por igual y definitivamente entre las esposas

c) Resto de situaciones

Fuera de las situaciones previstas en los Convenios de Seguridad Social con Marruecos, Túnez y Senegal, el rechazo a reconocer las prestaciones de viudedad en caso de bigamia o poligamia parece que estará asegurado por la Administración de la Seguridad Social. Al interesado solo le cabrá intentar el reconocimiento de las prestaciones de viudedad vía matrimonio putativo[40].

4. Conclusiones

Es una opinión generalizada la aceptación en España de que un extranjero goce de los derechos innatos a su condición humana pero también a la dignidad colectiva que le corresponde por su estilo de vida compartido por la minoría de la que forma parte y diferente de la sociedad que lo recibe. Si bien a nadie se le escapa que el sostenimiento de la identidad cultural de una minoría lógicamente incrementará las diferencias y en definitiva más tarde o temprano repercutirá en la convivencia.

El problema o reto de nuestra sociedad es en definitiva lograr convivir en diversidad, si es que ello es posible. De aquí que cuando hablemos de integración haya que buscar no las diferencias sino los valores comunes que nos permitan lograr la convivencia. Un valor que se entiende común, o al menos debe serlo es el respeto a los derechos fundamentales y libertades. Y esto es difícil ya que puede haber instituciones de esas minorías que se pueden llegar a considerar como atentatorias o conculcadoras de los derechos humanos.

Pues bien, el proceso constante de inmigración lleva aparejado que tengamos que enfrentarnos a nuevos conflictos originados por el choque de culturas. Un Juez se encontrará con que tiene que usar, interpretar y aplicar ordenamientos extranjeros, lo que de por si es complejo, pero podrá convertirse en algo imposible cuando dicho ordenamiento presenta una divergencia considerada como insuperable por el estado receptor de los inmigrantes. Y en lo que aquí se analiza cuando chocan las normas del mundo occidental y las pertenecientes, por ejemplo, al "*mundo islámico*".

La divergencia que el Derecho Islámico presenta -en el ámbito de la familia- respecto del occidental es muy importante. En la sociedad familiar islámica la autoridad máxima recae sobre el padre o marido, lo cual es reflejo del Corán 4:34 *"Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan*".

[40] Recuérdese que la figura del matrimonio putativo se refiere a la retroactividad de la declaración de nulidad del matrimonio, esto es, si declarada la misma, todos los efectos del matrimonio han de perecer o si alguno de ellos debe mantenerse. Esta limitación tiene su origen en el Derecho Canónico medieval, conforme al cual en un primer momento los efectos de la nulidad del matrimonio no eran de carácter absoluto, sino que se atenuaban respecto a los hijos. Esto es, inicialmente se reconoció la legitimidad de los hijos nacidos de matrimonio nulo contraído de buena fe, pero sin conceder efectos a los cónyuges, si bien dicho concepto se amplió y los efectos del matrimonio putativo también se extendieron al cónyuge de buena fe. En definitiva, frente al principio de que lo nulo no produce ningún efecto y que la declaración de nulidad produce la retroactividad de la misma, dejando sin efecto las consecuencias ocasionadas aparentemente por el negocio jurídico declarado nulo (efecto *ex tunc* de la declaración de nulidad), en determinados casos, tratándose de la nulidad del matrimonio, dichos efectos se atenúan, manteniéndose algunos ya producidos.

Téngase en cuenta que el Derecho Islámico proviene de fuente divina y la norma suprema es el Corán y la Charia y que aquella preferencia es el centro en torno al que giran las instituciones jurídicas islámicas.

En el Derecho de familia islámico, la desigualdad entre hombre y mujer es una constante. Son múltiples las singularidades que cabrían citarse, pero limitándonos a la cuestión que nos ocupa, pueden destacarse aquellas que afectan a la aptitud para contraer matrimonio y las relativas a la disolución del mismo.

En torno a las relativas a la disolución puede citarse aquella que permite que el hombre pueda repudiar a la mujer a su arbitrio y que la mujer puede negociar con el marido la disolución del matrimonio, a cambio del pago de una compensación. Instituciones estas que nos resultan sorprendentes pero que están exhaustivamente reguladas y debidamente justificadas, bien a causa de la religión o de la propia estructura social que consagra la preeminencia del marido en el seno de la familia y por ende su autoridad sobre la mujer y sus hijos[41].

¿Cómo afrontar o abordar estos conflictos?

Las soluciones que inmediatamente aparecen son varías, pero no -o difícilmente- compatibles entre sí: la nacionalidad es la que marca la legislación aplicable, pero también inciden la residencia, la autonomía de la voluntad y el orden público.

La nacionalidad supone que se acepte la aplicación del Derecho extranjero, en cuanto a que corresponde al Estado de la nacionalidad del inmigrante, evitando entrar en su contenido material. Se trata de hacer valer la ley personal como principio adecuado para el mantenimiento de la identidad cultural del grupo o minoría al que pertenece el extranjero.

La residencia, por el contrario, quiere o parte de fortalecer el vínculo con el país de acogida. Criterio que, aunque puede chocar con el respeto a la identidad cultural responde mejor a las necesidades de integración de esa minoría que a lo mejor incluso ha emigrado de forma o con vocación definitiva.

Y aquí es donde se suelen hacer consideraciones sobre las personas que proceden de países islámicos. Se dice que la situación de la mujer respecto al hombre es inferior en todos los órdenes. Por ello si una mujer decide emigrar, *¿por qué hay que mantenerle la aplicación de una ley nacional, en detrimento de la residencia, que en cualquier país occidental le iguala al varón?* Y recuérdese que este el fin que persigue el art. 3 de la Ley Orgánica 11/2003, 29 septiembre, de medidas concretas

[41] Una curiosa justificación, por ejemplo, de la poligamia puede verse en Sheif Saleh Al Hussayyn, en "Comentario legal sobre la poligamia en Islam", en www.verdeislam.com, en su página 7 se lee lo siguiente: "*...Por tanto, percibimos con claridad que la poligamia no contradice ni anula el principio general islámico de igualdad y no discriminación entre sexos, sino que lo apoya y lo desarrolla, haciéndolo real, y ello porque si las mujeres musulmanas carecieran de esa posibilidad, quedarían en una situación social que limitaría severamente sus posibilidades de realizar sus necesidades naturales (biológicas) y sus derechos humanos fundamentales tales como los matrimoniales y el derecho a formar un hogar donde ser esposa, madre y señora. La opinión de algunas culturas sobre la poligamia no está fundamentada en la lógica ni en un juicio racional que haya sopesado los aspectos perjudiciales y beneficiosos de la misma. La mayor parte de estas opiniones se deben a prejuicios de la tradición cultural de esa sociedad. Por ejemplo, en la tradición cultural cristiana, el matrimonio se sitúa, en la dicotomía cielo-tierra, en el lugar de la tierra y, con respecto al alma, el matrimonio se contempla como un mal necesario. Por ello, para un cristiano no es fácil aceptar la idea de la poligamia ni su práctica, por lo que ello implica en el plano psicológico y emocional. Por tanto, es lógico también que la poligamia no se considere acorde con los valores de la propia cultura cristiana que, por otro lado, sanciona la justicia y la igualdad entre los sexos. En islam, por el contrario, una parte importante de los jurisconsultos consideran la poligamia como una acción digna de recompensa, como una obra buena. En este sentido Ibn Rushd (Averroes), al comienzo de su obra "Analogía" dice: En relación a la opinión sobre la cópula, algunos dicen que es recompensable y son la mayoría, y otros que es obligatoria para algunas personas y para otras está permitida (El Bidaya, p. 6/348). Si lo musulmanes practican la poligamia lo hacen dentro del matrimonio y sujeta a condiciones, que tiene en cuenta los deberes del marido y los derechos de la mujer"*

en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que modifica el art. 107 del CC, cuando señala:

> *"Artículo 107.*
>
> *1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.*
>
> *2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.*
>
> *En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:*
>
> *a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.*
>
> *b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.*
>
> *c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público."*

Otra solución podría ser, incluso en juego con los anteriores, la autonomía de la voluntad. Es decir que sea la propia persona la que determine si debe serle aplicada su ley nacional o la del domicilio. Las ventajas son evidentes ya que se permite mantener su identidad cultural o la del domicilio. Lo que por otro lado no es extraño a nuestro Derecho (véase el art. 9.3 y 9.2 CC). Aunque habría que preguntarse si hombre y mujer se encuentran realmente en pie de igualdad.

La última propuesta parte de la búsqueda de la justicia material mediante la aplicación cuando proceda del orden público internacional. Algo muy complejo ya que no pueden ofrecerse reglas generales. Así se trata de que cuando la Ley extranjera según la norma de conflicto sea aplicable, será descartada si atenta a los principios fundamentales del foro y ello con invocación del orden público internacional.

Ahora bien, una aplicación estricta del orden público internacional, llevaría a excluir sistemáticamente la ley extranjera contraria a nuestros principios. Poligamia, repudio, etc., son un claro ejemplo, ya que en principio cabe considerarlos contrarios al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo reconocido en nuestra Constitución y a nivel internacional. Eso nos llevaría sin más a descartar la ley extranjera en estos casos. Pero entonces ¿*qué va a ocurrir -en caso de poligamia- con esas dos, tres o cuatro esposas?* Aquí es donde surge la llamada mitigación del orden público permitiéndose la aplicación de la ley extranjera. Con este mecanismo se logra reconocer efectos a situaciones en principio intolerables para el foro, que no quiere decir que se asuman, sino un mal menor. Esta parece ser la solución que viene acogiendo los Tribunales. Por tanto, cuando el resultado de la aplicación de la ley extranjera es claramente contrario a los principios del foro y comportan una conculcación de derechos fundamentales habrá antes de rechazarla tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, ponderar su resultado y los propios intereses particulares, teniendo como horizonte satisfacer las exigencias de justicia material a las que el Derecho debe atender.

Pues bien, volviendo a lo que ya se advertía al comienzo de este apartado de que la concesión o reclamación de pensiones de viudedad a prorrata entre varios cónyuges sobrevivientes no es una novedad, sino una realidad cada vez más presente en nuestra sociedad

¿Qué respuesta debe darse actualmente ante una petición de supérstite de una unión polígama?

Nuestro legislador ya ha tomado posición en favor del reconocimiento de ciertos efectos a la poligamia. Lo hizo en los años 1979 con Marruecos, en 2001 con Túnez y ahora en 2020 con Senegal. Por tanto, poco más se puede decir, salvo la opinión personal que se tenga sobre el particular.

Partiendo de los compromisos asumidos por España con estos países, algunas cuestiones o dudas sobre los mismos, podrían plantearse en torno a la pensión de viudedad a las mujeres supérstites de un varón polígamo, como:

a) La muerte protegida

Los convenios suscritos con Marruecos y Túnez no distinguen la causa de la muerte protegida y por tanto cabe entender que queda bajo la cobertura la muerte imputable a riesgos comunes y profesionales. Sin embargo, en el convenio suscrito con Senegal, queda limitada expresamente a la derivada de riesgos profesionales.

b) Atribución y distribución de la pensión

Aparentemente todos los convenios optan por un reparto igual de la pensión de viudedad entre todas las viudas. Y ello con independencia del tiempo de duración del matrimonio con el causante. No obstante, el convenio con Marruecos indica lo siguiente:

> *"Artículo 23*
> *La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación".*

Mientras que en el Convenio con Túnez

> *"Artículo 24.- Pensión de viudedad compartida*
> *En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales."*

Y con Senegal

> *"Artículo 19. Prestación de viudedad compartida.*
> *Si de conformidad con su estatuto personal, el asegurado tuviera, en el momento de su fallecimiento, varias esposas, la prestación de supervivencia, en su caso, se repartirá a partes iguales, entre las viudas que reúnan los requisitos previstos en la legislación española para causar derecho a la misma."*

La duda que surge que surge es si con posterioridad al reconocimiento de la pensión a las viudas una de ellas se extingue, en el caso de Marrueco no habrá un reparto y atribución de la parte de la pensión que se extingue, mientras que en el caso de Túnez o Senegal parece que queda abierta tal posibilidad. Téngase en cuenta que esto además puede tener efecto en incrementos en la pensión de orfandad que se hubieren podido causar.

c) Prestación de supervivencia a causar

Como es sabido la reforma en la protección a la viudedad llevada a cabo en 2007 vino a exigir para las uniones matrimoniales, en determinado supuesto, que el matrimonio tuviera una duración mínima (actual apartado 2 del art. 219 LGSS)[42] y en caso de que no se alcanzase o se estuviera en algunas de las excepciones allí prevista, si bien caso de que no se acceda a la pensión se deja abierta a la posibilidad de acceder prestación temporal de contenido igual a la pensión, pero con una duración máxima de dos años. La duda surge si ello alcanza a las situaciones de poligamia, es decir si se pueden causar ambas prestaciones (pensión o prestación) o bien si pueden reconocerse ambas simultáneamente, una viuda prestación temporal y a otra pensión. Y si procede el reconocimiento de ambas, lo son en su integridad (teniendo en cuenta que son prestaciones diferentes) o se ven afectadas mutuamente. Los convenios con Marruecos y Túnez solo hablan de pensión de viudedad, lo cual es obvio ya que en aquellas fechas no existía la prestación temporal. El convenio con Senegal habla de "prestación de viudedad compartida".

d) Otros matrimonios polígamos

Y una última cuestión a plantear ¿Qué pasa con otros matrimonios polígamos que no están cubiertos o amparados por los convenios bilaterales suscritos por España? Marruecos, Túnez y Senegal, no son los únicos países que lo permiten, hay otros (Afganistán, Argelia, Bahréin, Bangladesh, Benín, Birmania, Burkina Faso, Camerún, Catar, Chad, ….,). Pues quizás, la única solución a tenor de lo expuesto a lo largo de este estudio, sea la de acudir -cuando sea factible- a la figura del matrimonio putativo.

[42] Se trataba con ello de evitar matrimonios de conveniencia. De interés resulta el análisis de la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la DGRN, sobre matrimonios de complacencia (BOE 17 de febrero).

La pensión de viudedad de las parejas de hecho registradas y un apunte sobre la reformulación integral de la pensión de viudedad

Guillermo E. Rodríguez Pastor
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València

1. La pensión de viudedad

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (en adelante, Ley 21/2021) ha reformado el régimen jurídico de la pensión de viudedad de las parejas de hecho registradas con el objetivo de equiparar el acceso a la pensión de las parejas de hecho y los matrimonios. Como se verá *infra*, el denominado Pacto de Toledo, en su informe de 2020, una vez más, recomendó una reformulación integral, ahora «de manera gradual», de la pensión de viudedad, reformulación que, de momento, no ha llegado. En las importantes reformas de 2007 y de 2021 el legislador no acometió la necesaria tarea de llevar a cabo esa «reformulación integral» de la pensión de viudedad, reclamada por el Pacto de Toledo desde el año 2003.

La presente comunicación tiene como objeto principal analizar la reforma operada en la pensión de viudedad de las parejas de hecho registradas y, en segundo término, apuntar por dónde creo que debería ir la reformulación integral de la pensión de viudedad.

Como es sabido, el fallecimiento de una de las personas a las que se refiere el artículo 217 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante, LGSS) puede dar lugar al reconocimiento de diferentes

tipos de prestaciones[1], artículo 216 LGSS. Por lo que aquí interesa, el legislador, cumpliéndose una serie de requisitos, concede bien una pensión vitalicia de viudedad, bien una prestación temporal de viudedad, artículos 219 a 222 LGSS[2], así:

a) Pensión de viudedad del cónyuge superviviente.

b) Pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, con la singularidad prevista para las mujeres víctimas de violencia de género.

c) Pensión de viudedad de parejas de hecho registradas.

d) Pensión de viudedad de parejas de hecho registradas extinguidas, con la peculiaridad prevista para las mujeres víctimas de violencia de género.

e) Prestación temporal de viudedad del cónyuge o la pareja de hecho superviviente que no pueden acceder a la pensión de viudedad vitalicia por no acreditar determinados requisitos.

Históricamente, la pensión de viudedad es considerada una pensión feminizada. En origen, la única beneficiaria era la mujer; con el paso del tiempo, la mujer siguió siendo la principal beneficiaria[3]. Cuando en los años sesenta del siglo XX se unificó la protección por muerte[4], la pensión de viudedad se configuró para un modelo de familia, el matrimonio, compuesto de un hombre y una mujer y, en su caso, de hijos, en el que, normalmente, el hombre trabajaba y la mujer cuidaba de la familia y el hogar. Así, la principal beneficiaria de la pensión de viudedad seguía siendo la mujer que, con la muerte de su marido, veía desaparecer los únicos ingresos de la familia, que eran sustituidos por la pensión[5].

En los últimos sesenta años la sociedad y la estructura familiar han cambiado radicalmente. Por un lado, la mujer se ha ido incorporando masivamente al mercado de trabajo[6], lo que le garantiza una independencia económica y, por otro, la estructura familiar se ha diversificado en matrimonios/parejas de hecho, formadas por personas de diferente o del mismo sexo; familias monoparentales, etc. Sin embargo, estos cambios sociales no han afectado al carácter feminizado de la pensión, en esencia, por la diferente esperanza de vida de mujeres y hombres[7].

---

[1] Auxilio por defunción; pensión vitalicia de viudedad; prestación temporal de viudedad; pensión de orfandad; pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares.

[2] Por remisión expresa del artículo 318 e) LGSS estas normas también se aplican en el RETA. Por su parte, el artículo 38 del texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (en adelante, LCPE) regula la pensión de viudedad del personal cubierto por el Régimen de Clases Pasivas.

[3] Una aproximación histórica puede verse en Quesada Segura, R.: "Una aproximación histórica a la protección por muerte y supervivencia en el ordenamiento jurídico español", en Moreno Vida, M.N., Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, M.T. (Dirección y coordinación), *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares, Granada, 2013, pp. 2-22.

[4] Base 10ª de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social (BOE 30 de diciembre); arts. 157 y ss. del texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 907/1966, de 21 de noviembre (BOE de 22 de abril).

[5] En esencia, a la viuda se le exigía, además del vínculo conyugal y la convivencia habitual, que se encontrase en alguna de las situaciones siguientes: haber cumplido cuarenta años; estar incapacitada para el trabajo; o tener a cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad. Por el contrario, a los viudos se les requería una dependencia económica de la causante, lo que se concretaba en estar incapacitado para el trabajo y a cargo de la mujer, artículo 160 Texto articulado primero de la Ley 193/1963.

[6] Por ejemplo, en el primer trimestre de 2022, la tasa de actividad femenina es del 53,75 % (Fuente: INE, EPA 1º trimestre 2022).

[7] En el año 2021 la esperanza de vida de las mujeres fue de 85,83 años y de los hombres de 80,24 años (Fuente, INE).

Los cambios citados tuvieron como consecuencia que, en sucesivas reformas, la pensión de viudedad se adaptara a las nuevas realidades familiares. Por orden cronológico, la pensión de viudedad se reconoció a los viudos en igualdad de condiciones que a las viudas[8]; a los separados, divorciados o aquellos que hubieran obtenido la nulidad del matrimonio[9]; a los supervivientes de un matrimonio en el que los contrayentes son del mismo sexo[10]; y, por lo que aquí interesa, desde 2008, a las parejas de hecho registradas.

2. El reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho registradas

En efecto, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social[11] (en adelante, Ley 40/2007), con efectos de 1 de enero de 2008, reconoció, por primera vez con carácter general, aunque con diferencias significativas con respecto a los matrimonios[12], el derecho de las parejas de hecho registradas a la pensión de viudedad. Esta Ley 40/2007 dio nueva redacción al artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS 1994), hoy artículo 221 LGSS.

Para el legislador de 2007, de manera incomprensible, resultaba imposible la equiparación de la pensión de viudedad de las parejas de hecho y de los matrimonios, de ahí que la regulación de la pensión de viudedad de las parejas de hecho en dicho momento se caracterizara por los rasgos siguientes:

a) Delimitación del concepto de pareja de hecho a efectos de generar la pensión de viudedad.

b) Exigencia de un requisito económico, limitador del acceso a la pensión.

c) No reconocimiento de la pensión a las parejas de hecho registradas que se extinguieran antes del fallecimiento de uno de sus miembros.

d) No reconocimiento legal de la pensión a las mujeres víctimas de violencia de género que no convivieran con el causante en el momento del fallecimiento.

e) Inexistencia de una prestación temporal de viudedad cuando no se cumpliera alguno de los requisitos exigidos para constituir una pareja de hecho registrada.

Con un poco de detalle, veamos algunas ideas, que conviene precisar, sobre la regulación de la pensión de viudedad de las parejas de hecho registradas en 2007:

A) Denominación. Como se verá a continuación, la pensión de viudedad no se reconoció a todas las parejas de hecho, sino solamente a aquellas que cumplieran con una serie de requisitos.

---

[8] STC 103/1983, de 22 de noviembre; artículo 4 Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

[9] Disposición adicional decimotercera de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

[10] Tras la modificación del artículo 44 Código Civil operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

[11] La Ley 40/2007 fue consecuencia del «Pacto de Toledo» de 2003 y del Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, los sindicatos más representativos y las asociaciones empresariales más representativas.

[12] En el preámbulo de la Ley 40/2007 se afirmó que siendo imposible «conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad».

Por tanto, en este trabajo se utiliza la expresión parejas de hecho registradas[13] para referirse a aquellas parejas que, en su caso, pueden ser acreedoras de una pensión de viudedad.

B) Requisitos. Para que el superviviente de una pareja de hecho pudiera ser beneficiario de la pensión el legislador le exigía el cumplimiento de dos tipos de requisitos: a) uno, delimitador del concepto de pareja de hecho registrada, a saber: la pareja debe estar constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal; sus miembros no deben hallarse impedidos para contraer matrimonio, ni tener vínculo matrimonial con otra persona; se debe acreditar una convivencia estable y notoria, de carácter inmediata al fallecimiento del causante y con una duración mínima de cinco años; se debe probar la constitución de la pareja de hecho frente a terceros, con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante; b) otro, de carácter económico.

C) Los dos primeros elementos que configuran el concepto de pareja de hecho registrada - la pareja debe estar constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal; y sus miembros no deben hallarse impedidos para contraer matrimonio, ni tener vínculo matrimonial con otra persona- constituyen un límite en sí mismo, por lo que su incumplimiento impide la constitución de una pareja de hecho registrada a efectos del acceso a la pensión.

D) Los dos últimos requisitos -acreditar una convivencia estable y notoria, de carácter inmediata al fallecimiento del causante y con una duración mínima de cinco años; y probar la constitución de la pareja de hecho frente a terceros, con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante- son los determinantes en la constitución de una pareja de hecho registrada. El Tribunal Supremo[14], interpretando el artículo 174 LGSS 1994 (hoy artículo 221.2 LGSS), declaró sobre estos requisitos que:

a) se establece la exigencia de dos simultáneos requisitos para que el miembro supérstite de la «pareja de hecho» pueda obtener la pensión de viudedad: a') una convivencia estable e ininterrumpida durante un mínimo de cinco años; b') la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*, de carácter constitutivo y antelación mínima de dos años antes del fallecimiento, acreditada mediante la inscripción en los registros de parejas de hecho o documento público en el que conste la constitución de la pareja de hecho.

b) El cumplimiento de estos dos requisitos «no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo», sino que los dos mandatos están referidos a otras tantas exigencias diferentes: a') una, material, de convivencia estable durante

[13] La jurisprudencia declaró en su momento que la titularidad del derecho a la pensión de viudedad corresponde únicamente a las «parejas de derecho» y no a las genuinas «parejas de hecho», STS 23-2-2016, rcud. 3271/2014; STS 1-6-2016, rcud. 207/2015; o que el legislador reconoce la pensión a las parejas de hecho debidamente legalizadas o inscritas, STS 30-9-2014, rcud. 2516/2013. La doctrina judicial afirmó que, en buena técnica jurídica, debe utilizarse, como hacen algunas leyes autonómicas, otra terminología para referirse a esta institución: pareja estable; unión estable de pareja; o pareja inscrita, STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife 28-6-2010, rec. 1368/2009.
La doctrina científica también ofreció algunas denominaciones a este tipo de parejas de hecho, así, Cruz Villalón, J.: "La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad», en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, Comares, Granada, 2008, p. 893, entiende que el nombre debe ser el de parejas registradas; o Martínez Abascal, V.A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 17, 2010, pp. 6 y 7, considera que la denominación que mejor conviene a esta realidad social es la de pareja no matrimonial legalmente constituida (PNMLC).

[14] STS 12-12-2017, rcud. 203/2017, que cita como antecedentes las sentencias TS de 11-5-2016, rcud. 2585/2014; 1-6-2016, rcud. 207/2015; 21-7-2016, rcud. 2713/2014; 8-11-2016, rcud. 3469/2014; y 7-12-2016, rcud. 3765/2014.

un mínimo de cinco años; b') otra, formal, *ad solemnitatem*, de verificación de que la pareja de hecho se ha constituido como tal ante el derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante.

c) Así las cosas, la pensión de viudedad no se reconoce a todas las parejas de hecho, sino sólo a aquellas que acreditan una convivencia mínima de cinco años y están registradas al menos dos años antes del fallecimiento. De este modo, la pensión se reconoce no tanto a las «parejas de hecho», sino a las «parejas de derecho»[15].

E) El requisito de convivencia y las mujeres víctimas de violencia de género. Durante la vigencia de la redacción de 2007, la convivencia de carácter inmediato al fallecimiento del causante era un requisito ineludible. Por tanto, si no se cumplía, no se podía acceder a la pensión de viudedad. ¿Qué debía ocurrir entonces si la convivencia cesaba porque la mujer era víctima de violencia de género y, por tanto, en el momento del fallecimiento no convivía con el causante? Si se cumplía el resto de los requisitos, la mujer víctima de violencia de género ¿tenía o no derecho a la pensión? Tanto la doctrina judicial mayoritaria[16] como la jurisprudencia[17] se pronunciaron de manera favorable al reconocimiento de la pensión cuando, cumplidos el resto de los requisitos, la mujer se había visto obligada a cesar la convivencia por el hecho de ser víctima de violencia de género. En esencia, se argumentó que, si en una pareja de hecho la convivencia cesa como consecuencia de la violencia de género ejercida sobre la mujer, la ausencia de dicho requisito «no puede ser un obstáculo infranqueable para que la mujer víctima de esa violencia pueda acceder a la pensión de viudedad de parejas de hecho».

F) Requisito económico. La condición que notoriamente distinguía las parejas de hecho registradas de los matrimonios en el acceso a la pensión de viudedad era el requisito económico. De manera alternativa, el legislador exigía al superviviente de una pareja de hecho registrada probar bien una dependencia económica, bien una situación real de necesidad.

La dependencia económica se cuantificaba por el legislador según existieran o no hijos en común con derecho a pensión de orfandad[18]. La situación de dependencia económica se refería a los datos del año natural anterior al fallecimiento del causante y sólo se exigía en el momento del hecho causante, sin que posibles variaciones posteriores afectaran al mantenimiento de la pensión. Esta regla implicaba, como regla general, la exclusión del no dependiente económico del otro del acceso a la pensión. Además, podía excluir a ambos si tenían unos ingresos similares. Incluso se podía dar la paradoja de que parejas de hecho con altos ingresos pudieran acceder a la pensión y parejas con escasos ingresos se vieran privadas de ella.

Alternativamente o no pudiendo acreditarse la dependencia económica conforme al criterio anterior, a la pensión de viudedad podía acceder aquel conviviente cuyos ingresos resultaran inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante[19]. A diferencia de la dependencia económica, este nivel de ingresos debía cumplirse

[15] En palabras del Tribunal Constitucional «no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí», SSTC 44/2014, de 7 de abril, FJ 3º; 51/2014, de 7 de abril, FJ 3º y 60/2014, de 3 de junio, FJ 3º.

[16] STSJ Asturias 7-6-2017, rec. 1172/2017; STSJ Cataluña 27-10-2015, rec. 4238/2015. Sin embargo, denegó la pensión la STSJ Canarias, Tenerife 25-10-2019, rec. 654/2019.

[17] STS 14-10-2020, rcud. 2753/2018.

[18] Si había hijos en común, al menos uno, el conviviente sobreviviente debía acreditar que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaban el 50 % de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Si no había hijos en común, el porcentaje se reducía al 25 %.

[19] Las 1,5 veces del SMI se incrementaba en 0,5 veces por cada hijo en común con derecho a pensión de orfandad que convivía con el sobreviviente.

tanto en el momento del hecho causante, como durante todo el período de percepción de la pensión. Si en algún momento se superaba el límite, la pensión quedaba en suspenso, pudiendo reactivarse si con posterioridad disminuían los ingresos por debajo del umbral indicado.

A pesar de la diferencia sustancial que este requisito suponía entre parejas de hecho registradas y matrimonios, lo que implicó que un número significativo de parejas no pudiera acceder a la pensión, el Tribunal Constitucional salvó su constitucionalidad al concluir que «es perfectamente constitucional una regulación de la pensión de viudedad para parejas de hecho de las características de la introducida por la Ley 40/2007, que no replique enteramente el régimen jurídico de la pensión de viudedad previsto para los matrimonios, en particular una regulación cuyo "reconocimiento se fundamenta en la concurrencia de una situación real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares"»[20].

3. La nueva regulación de la pensión de viudedad de las parejas de hecho registradas

Desde principios de 2016, en las sucesivas legislaturas (XI a XIV), se constituyó, hasta cuatro veces, la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (en adelante, Comisión), celebrándose numerosas sesiones[21]. El 19 de noviembre de 2020 se aprobó el último Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo[22]; y el 1 de julio de 2021 el Gobierno alcanzó un acuerdo sobre pensiones con los sindicatos más representativos y las asociaciones empresariales más representativas. Fruto de todo ello ha sido la Ley 21/2021 por la que, entre otras novedades, se ha reformado, de manera relevante, la pensión de viudedad de las parejas de hecho registradas, dando una nueva redacción a los artículos 221 a 223 LGSS (artículo 1, apartados diez a doce, de la Ley 21/2021)[23].

De manera resumida, de esta nueva regulación[24] cabe destacar las siguientes novedades: a) se sigue dando un concepto de pareja de hecho (registrada) a efectos de poder ser beneficiaria de la pensión de viudedad, aunque, como se verá, con alguna matización con respecto a la redacción de 2007; b) desaparece, con carácter general, el requisito económico, de modo que ya no es necesario acreditar una dependencia económica o una situación real de necesidad, sino que esta circunstancia se presume igual que en los matrimonios; c) el superviviente de una pareja de hecho registrada que se extingue antes del fallecimiento del otro miembro de la pareja

[20] ATC 8/2019, de 12 de febrero. *Vid.* Casas Baamonde, M.E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 1, 2019, pp. 1-10.

[21] Véase el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo aprobado por la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo de 27 de octubre de 2020 (BOCG de 10 de noviembre).

[22] La recomendación 13 del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo se dedica a las prestaciones de viudedad y orfandad. Por lo que aquí interesa, cabe destacar:
«Por otra parte, la Comisión considera que debe profundizarse en reformas de la pensión de viudedad encaminadas a suprimir toda discriminación injustificada que afecte a la persona beneficiaria de la pensión por no existir vínculo matrimonial previo, como singularmente ocurre con el requisito legal que, en último término, viene a determinar que los ingresos del eventual beneficiario/a durante el último año hayan sido inferiores a los ingresos del causante».

[23] Reforma aplicable también al RETA, artículo 318 e) LGSS. Sin embargo, de momento y de manera injustificada, no ha alcanzado al personal integrado en el Régimen de Clase Pasivas del Estado, artículo 38.4 LCPE.

[24] Un comentario a esta nueva regulación puede verse en *Vid.* Tortuero Plaza, J.L.: "Retos y reformas en materia de pensiones", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 467, 2022, pp. 214-219; Talens Visconti, E. Enrique, «La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 468, 2022, pp. 169-186; Díaz Aznarte, M.T.: "Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n.º 4, 2022, pp. 105-129.

puede ser beneficiario de la pensión de viudedad, en términos equiparables a los supuestos de separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial; d) la mujer víctima de violencia de género puede ser beneficiaria de la pensión de viudedad aunque no fuera perceptora de una pensión compensatoria; e) Si la pareja de hecho registrada no puede acreditar que se constituyó con un mínimo de dos años de antelación, y cumple con el resto de los requisitos, puede obtener una prestación temporal de viudedad; f) con carácter excepcional, aquellas personas que no pudieron obtener la pensión de viudedad con la normativa de 2007, normalmente por no acreditar el requisito económico, durante el año 2022 pueden solicitar la pensión.

3.1. La pensión de viudedad de las parejas de hecho registradas

Tras la reforma operada por la Ley 21/2021, el concepto de pareja de hecho registrada a efectos de poder ser beneficiaria de la pensión de viudedad, con algún matiz con respecto a la normativa de 2007, queda conformada por los siguientes requisitos: a) requisitos que afectan a la constitución de la pareja de hecho: a') debe estar constituidas con análoga relación de afectividad a la conyugal; b') no debe hallarse impedida para contraer matrimonio, ni tener vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho (requisito subjetivo); b) requisitos que delimitan la pareja de hecho registrada beneficiaria de la pensión de viudedad: a') debe acreditarse una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante (requisito objetivo o material); b') debe probarse la existencia de pareja de hecho (requisito formal).

3.1.1. La pareja de hecho registrada debe estar constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal

La «afectividad» es el término no jurídico que debe caracterizar a la pareja de hecho registrada. Con el tenor de la ley la pareja debe estar constituida «con análoga relación de afectividad a la conyugal». Debe tratarse de una pareja que se cimente en una convivencia estable o *more uxorio* con voluntad de permanencia que, sin que entre sus miembros medie vínculo conyugal, persiga los fines propios del matrimonio, esto es, la voluntad de afecto, socorro y auxilio mutuo -*affectio maritalis*[25]- o, dicho de otra forma, el deseo de constituir algo parecido a lo que el derecho reconoce como matrimonio[26]. Por el contrario, las parejas, convivan de manera estable o circunstancial, en las que no concurra la «afectividad» quedan al margen del concepto de parejas de hecho registradas y, por tanto, de una eventual pensión de viudedad. Así ocurre con las convivencias debidas a amistad, vecindad, estudios, familia, etc.[27].

3.1.2. La pareja de hecho registrada no debe hallarse impedida para contraer matrimonio, ni tener vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho: requisito subjetivo

Con este requisito el legislador fija los límites que, de concurrir, impedirían la constitución de una pareja de hecho registrada. Se trata de los mismos límites que el Código Civil establece

[25] Que en el matrimonio implica la obligación de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, art. 67 Código Civil.

[26] Moliner Navarro, R.: "El derecho a la percepción de una pensión de viudedad para las uniones de hecho formalizadas en la Comunitat Valenciana después de la STC 110/2016, de 9 de junio", *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, n.º 20, 2016, p. 5/29.

[27] Cfr. Pérez Alonso, M.A., *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 25; Martínez Abascal, V.A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad…", *Op. Cit.*, p. 8; Mella Méndez, L.: "El concepto de «pareja de hecho» a efectos de la pensión de viudedad", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 9, 2012, p. 5/17; Desdentado Daroca, E., *La pensión de viudedad Retos del Derecho de Familia y reflexiones sobre las últimas reformas*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 166.

para contraer matrimonio. Con carácter general, el artículo 221.2 LGSS prescribe que no pueden constituir una pareja de hecho registrada aquellos que estén impedidos para contraer matrimonio y, de manera expresa, señala que no pueden formar pareja de hecho los que tengan vínculo matrimonial con otra persona o tengan constituida pareja de hecho.

Los artículos 46 y ss. del Código Civil ordenan que no pueden contraer matrimonio, aquí no pueden constituir pareja de hecho registrada: a) los menores de edad no emancipados; b) los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción; c) los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado; d) Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

Además, de manera expresa, se afirma que no pueden constituir pareja de hecho registrada aquellos que tengan vínculo matrimonial con otra persona o, con la reforma de 2021, constituida pareja de hecho. Este límite es considerado un requisito antibigamia[28].

A) Inexistencia de vínculo matrimonial previo: el Tribunal Supremo interpretó la expresión «que no tengan» como referido a ambos componentes de la pareja al expresarse en plural, y la frase «otra persona» alude obviamente a un tercero ajeno a ambos, por lo cual nada impide la existencia de vínculo matrimonial entre ambos[29]. En consecuencia, a efectos de la pensión de viudedad, sólo son válidas las parejas de hecho conformadas por solteros, viudos, divorciados o aquellos que hayan obtenido la nulidad de un matrimonio anterior (o separados judicialmente que, con posterioridad, constituyen pareja de hecho entre ellos); por el contrario, no lo serán las formadas por casados previamente o separados[30] que pretendan constituir pareja de hecho con un tercero, habida cuenta que mantienen un vínculo conyugal anterior.

B) Inexistencia de pareja de hecho previa: es habitual en las leyes autonómicas impedir la constitución de una pareja/unión de hecho a quienes mantienen una pareja de hecho formalizada con otra persona[31]. Ahora, el legislador estatal fija este límite con carácter general; así nadie podrá constituir válidamente una pareja de hecho registrada si previamente tiene constituida otra. El problema que plantea este condicionante es el de su efectiva comprobación. En efecto, como se verá, la constitución de una pareja de hecho puede realizarse mediante la inscripción registral o un documento público; sin embargo, no existe un registro general estatal sobre parejas de hecho, ni los registros autonómicos o municipales están interconectados. Además, en las normas autonómicas sobre inscripción en el registro, la acreditación de la inexistencia de una previa pareja de hecho suele exigirse mediante una declaración responsable[32]. De poderse constatar la

[28] STS 14-7-2011, rcud. 3857/2010; STS 26-7-2011, rcud. 2921/2010. Recuérdese que el artículo 217 Código Penal tipifica la bigamia como delito.

[29] En este sentido, la STS 4-3-2014, rcud. 1593/2013 reconoció la pensión de viudedad, por la vía de pareja de hecho, a una mujer que contrajo matrimonio con el causante. Se separaron judicialmente. Se reconciliaron posteriormente, formalizándolo en escritura pública notarial. Sin comunicar este hecho al juez que dictó la sentencia de separación, por lo que no se registró en el registro civil. En la sentencia se parte de la existencia incontrovertida de pareja de hecho, examinándose únicamente si se cumplía con el requisito de no tener vínculo matrimonial con otra persona. En la doctrina judicial, STSJ Madrid 13-3-2017, rec. 64/2017.

[30] Los separados, al mantener el vínculo matrimonial, no pueden constituir pareja de hecho con un tercero y, en consecuencia, no pueden acceder a la pensión de viudedad, STS 2-3-2017, rcud. 3134/2015. STSJ País Vasco 13-4-2021, rec. 382/2021; STSJ Cataluña 9-2-2021, rec. 4230/2020.

[31] Por ejemplo, artículo 4.1 Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana; art. 234-2 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; disp. adicional 3ª Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

[32] Por ejemplo, artículo 9.1 Decreto 34/2022 de 1 de abril, del Consell (Comunitat Valenciana), por el que se regulan la organización y el funcionamiento del Registro de Uniones de Hecho Formalizadas, así como los procedimientos de inscripción, modificación y cancelación de uniones en el mismo

previa pareja de hecho, lo que se pretende es evitar que, igual que los matrimonios, una persona pueda formar parte simultáneamente de dos parejas de hecho registradas y, en consecuencia, que sólo pueda ser beneficiaria de la pensión de viudedad de un único sujeto causante. Así, según su interés, el miembro de una pareja de hecho si tiene la expectativa de una futura pensión de viudedad con una primera pareja, no constituirá una nueva; por el contrario, si su perspectiva de pensión es con la segunda pareja, lo que procede es extinguir la primera antes de constituir la segunda.

3.1.3. La pareja de hecho registrada debe acreditar una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante: requisito material

Hasta la reforma de 2021 la prueba de la convivencia era un requisito ineludible para la válida constitución de una pareja de hecho registrada con derecho a la pensión de viudedad. Sin embargo, tras la reforma, la convivencia ha perdido ese carácter y, en consecuencia, deja de exigirse en todo caso. Así, a partir del 1 de enero de 2022, si la pareja de hecho registrada tiene hijos en común sólo tiene que demostrar la constitución de la pareja para el derecho (registro o documento público), sin que se le exija prueba alguna sobre la convivencia.

Lo importe es que los hijos sean en común de la pareja, por tanto, debe considerarse hijos en común los nacidos tanto antes de constituirse la pareja de hecho como los nacidos a partir de su constitución, incluso los nacidos de madre que fallece en el parto o el nacido poco tiempo después de fallecido el otro progenitor; en todos estos casos los hijos deben estimarse en común de la pareja a los efectos previstos en la ley[33].

Cuando la pareja de hecho registrada no tenga hijos en común necesariamente deben probar la convivencia previa. La convivencia exigida por la ley se caracteriza porque debe ser estable, notoria, inmediata al fallecimiento del causante e ininterrumpida; además el legislador precisa cómo debe probarse. Veamos, con algún detalle, algunas ideas sobre estos rasgos:

A) A diferencia de los matrimonios[34], la convivencia en la pareja de hecho registrada no se presume, sino que debe acreditarse que es estable, que tiene una cierta permanencia en el tiempo. Esa estabilidad se concreta en la norma en un mínimo de cinco años de convivencia como pareja de hecho[35]. Una convivencia inferior, salvo la existencia de hijos en común, impediría el acceso a la pensión.

Como manifesté en su momento[36], en comparación con el matrimonio, exigir cinco años de convivencia me parece excesivo, máxime ahora que este requisito ha perdido la relevancia que tenía antes. A mi juicio, el tiempo de convivencia exigido debería ser coincidente con el requerido para acreditar la existencia de la pareja de hecho registrada, esto es, dos años. Con ello,

---

[33] En su momento, Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R., *Pensiones de viudedad y orfandad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 57 en relación con el requisito, hoy desaparecido, de dependencia económica, mantuvieron que por hijos en común también debería entenderse aquellos que, sin ser de ambos, con el fallecimiento del progenitor, el hijo menor de edad, por testamento, pasa a ser tutelado por el conviviente supérstite; incluso, que sólo fuera hijo del sobreviviente y que no fuera beneficiario de la pensión de orfandad.

[34] Los cónyuges están obligados a vivir juntos, circunstancia que se presume, salvo prueba en contrario, artículos 67 y 68 Código Civil.

[35] Por ejemplo, en el supuesto singular de una pareja de hecho de dos personas divorciadas, que previamente estuvieron casadas entre sí, este requisito de cinco años de convivencia sólo se entiende cumplido computando el tiempo de convivencia como pareja de hecho, sin que pueda computarse el anterior período de convivencia matrimonial, STS 20-7-2015, rcud. 3078/2014.

[36] RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo Emilio, "Pensión de viudedad de las parejas de hecho: la equiparación pendiente diez años después", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 47, 2017, pp. 116 y 117.

se facilitaría el cumplimiento del requisito de la convivencia a las parejas sin hijos en común y, por tanto, el acceso a la pensión.

B) La convivencia debe ser inmediata al fallecimiento del causante e ininterrumpida. Con carácter general, para poder ser acreedores de la pensión, los miembros de la pareja de hecho registrada deben convivir de manera ininterrumpida hasta el fallecimiento de uno de ellos. La convivencia se inicia en la fecha en la que se puede acreditar la misma y debe finalizar con el fallecimiento del causante. Por tanto, si cesa la convivencia entre los convivientes antes del óbito, por muy larga que haya sido en el tiempo, el superviviente no podrá acceder a la pensión de viudedad. Por otra parte, el carácter interrumpido de la convivencia no se ve afectado por suspensiones de la convivencia que, sin afectar a la estabilidad y a la relación de afectividad, puedan ser debidas a razones diversas como trabajo o familiares[37].

C) Convivencia notoria y forma de acreditarla. La convivencia debe ser notoria, es decir, tiene que ser pública, evidente y conocida por terceros. Los hechos notorios son aquellos «que, por su evidencia, quedan dispensados de ser probados en juicio»[38]; sin embargo, el legislador prevé que dicha convivencia notoria se acredite mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, u otros medios de prueba admisibles en derecho. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 221.2 LGSS la convivencia se acredita mediante el correspondiente certificado de empadronamiento. Si la pareja de hecho registrada ha residido en diferentes domicilios debe aportarse los sucesivos certificados de empadronamiento[39]. Este certificado, en principio, constata un hecho cual es la residencia de los convivientes en un mismo domicilio, pero no prueba ni da fe de los rasgos indicados previamente[40].

Los primeros intérpretes de la Ley 40/2007 señalaron que el certificado de empadronamiento no podía ser el único medio de prueba para acreditar la convivencia, así como que la falta de convivencia podía acreditarse a pesar de la existencia del certificado. Es más, se manifestó que el padrón municipal contiene frecuentes inexactitudes, y puede ser objeto de fraude al no existir un control efectivo sobre la veracidad de sus datos[41]; que es ineficaz como elemento probatorio de convivencia, ya que no garantiza la estabilidad de la convivencia, siendo más una traba burocrática[42]. En definitiva, habida cuenta de que no siempre se vive donde se está empadronado

[37] Cfr. STSJ Navarra 18-11-2021, rec. 365/2021 en la que, por razones laborales, la pareja, que mantenía una relación sentimental estable, pública y notoria, sólo convivía durante los fines de semana, períodos no laborales y las vacaciones. STS 25-5-2010, rcud. 2969/2009.
Véase Sampedro Corral, M.: "Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre en la prestación de muerte y supervivencia", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 74, 2008, p. 109.

[38] Diccionario del español jurídico de la RAE.

[39] Véase Molins García-Atance, J.: "La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 6, 2008, p. 8; Alarcón Castellano, M.M. y Roldán Martínez, A.: "Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 59, 2009, p. 107.

[40] Mella Méndez, L.: "El concepto de «pareja de hecho» …", *Op. Cit.*, p. 7/17. Para Desdentado Daroca, E., *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 125 el certificado de empadronamiento no acredita la relación de afectividad análoga a la conyugal, sino sólo la vida en común en un mismo domicilio.
Como declaró la jurisprudencia, el certificado de empadronamiento «no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio, como es la vecindad. Vecindad que, por mil motivos diferentes, por ejemplo, por muy justificadas razones de trabajo y más en un mercado laboral tan móvil como el actual, puede ser distinta para ambos integrantes de la pareja de hecho -o de un matrimonio- sin que ello signifique absolutamente nada respecto a la existencia del vínculo en cuestión…», STS 25-5-2010, rcud. 2969/2009.

[41] Molins García-Atance, J.: "La pensión de viudedad…", *Op. Cit.*, p. 8.

[42] Martínez Abascal, V.A.: "Las parejas de hecho…", *Op. Cit.*, p. 9.

o se está empadronado donde no se vive, el certificado de empadronamiento fue cuestionado como medio de prueba fehaciente de la existencia de convivencia.

Estas dudas sobre el valor probatorio exclusivo del certificado de empadronamiento pronto llegaron a los tribunales y la jurisprudencia se manifestó, de manera sucinta[43], en los términos siguientes: a) la acreditación de la convivencia en «pareja de hecho» puede hacerse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, especialmente de carácter documental; b) el empadronamiento conjunto del causante y el beneficiario ni es un elemento «constitutivo de la convivencia a modo de matrimonio ni tampoco puede erigirse en el único medio probatorio de tal situación; c) el certificado de empadronamiento es un medio probatorio privilegiado pero no excluyente de la acreditación por otras vías; y d) utilizando el canon hermenéutico de la interpretación sistemática, el propio precepto ha descartado que el certificado de empadronamiento sea la única prueba admisible de la convivencia al aceptar que la «existencia de pareja de hecho» se acreditará «mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja»[44].

Así las cosas, el certificado de empadronamiento se considera un medio de prueba más, aun privilegiado, lo que implica que estemos en presencia de una presunción *iuris tantum* de la existencia de convivencia, que hipotéticamente admitiría prueba en contrario[45]. No se trata, pues, de un requisito constitutivo del derecho, que supondría una presunción *iuris et de iure*[46]. Siendo posibles, por tanto, otros medios de prueba admisibles en derecho, singularmente de carácter documental, que tengan fuerza suficiente para convencer a la Entidad Gestora o, en su caso, al órgano judicial del cumplimiento del requisito[47].

En este sentido, la jurisprudencia y la doctrina judicial han admitido, entre otros, los siguientes medios de prueba de la convivencia[48]: a) certificado de un Ayuntamiento en el que se hace constar la convivencia[49]; b) un tiempo considerable de empadronamiento conjunto y la existencia de hijos en común[50]; c) la prueba testifical y la existencia de una cartilla bancaria de los convivientes, donde domiciliaban sus recibos del uso de la vivienda y gastos de teléfono, cargaban las compras de la tarjeta de crédito y los recibos de un préstamo que suscribieron de forma conjunta[51]; d) certificado del ayuntamiento expresivo de que los convivientes solicitaron su inscripción en el Registro municipal de uniones civiles no matrimoniales de convivencia entre parejas; el DNI

[43] STS 9-6-2011, rcud. 3592/2010; STS 25-5-2010, rcud. 2969/2009.

[44] STS 14-6-2010, rcud. 2975/2009; STS 20-7-2010, rcud. 3715/2009; STS 14-4-2011, rcud. 1846/2010; STS 3-5-2011, rcud. 2170/2010. En la doctrina judicial también se admiten otros medios de prueba en STSJ La Rioja 8-6-2010, rec. 135/2010; STSJ Castilla y León, Valladolid 10-6-2010, rec. 756/2010. Todas estas sentencias, en general, se dictaron en interpretación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007.

[45] STS 25-5-2010, rcud. 2969/2009.

[46] De interpretarse así, se estaría privando «a la Seguridad Social de denegar una prestación cuando existiendo empadronamiento conjunto se pudiese acreditar la ausencia de convivencia», STSJ Castilla y León, Valladolid 22-4-2009, rec. 541/2009. En los mismos términos, STSJ Navarra 28-7-2009, rec. 197/2009.

[47] STS 25-5-2010, rcud. 2969/2009; STS 12-12-2017, rcud. 203/2017.

[48] Con carácter general, alguna sentencia se refiere a otros medios probatorios como informes policiales, testificales y otros documentos, que deben ser objeto de valoración por parte del Juez, a fin de fijar el domicilio real del beneficiario, SSTSJ Castilla La Mancha 12-11-2009, rec. 250/2009 y rec. 269/2009.

[49] STSJ Castilla-La Mancha 9-7-2009, rec. 198/2009.

[50] STSJ Navarra 28-7-2009, rec. 197/2009. Sin embargo, en otro supuesto, la simple existencia de hijo en común sin presentar documentos que acrediten de modo adecuado la convivencia no se considera suficiente para acreditar el requisito de la convivencia y se deniega la pensión, STSJ Castilla y La Mancha 12-11-2009, rec. 269/2009.

[51] STSJ Madrid 30-9-2009, rec. 2020/2009.

de ambos convivientes en el que consta el mismo domicilio; certificado del Registro Civil en el que consta el nacimiento de una hija en común; Resolución de la TGSS donde consta mismo domicilio; y finalmente, escritura pública de adquisición de vivienda por ambos convivientes[52].

3.1.4. Debe probarse la existencia de pareja de hecho: requisito formal o *ad solemnitatem*

Según el art. 221.2, 2º LGSS «la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja». Tanto uno como otro debe haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto al fallecimiento del causante. Con este requisito se pretende verificar que la pareja se ha constituido como tal ante el derecho y está dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante[53].

La prueba de que se ha constituido la pareja de hecho registrada (mediante inscripción en el registro o documento público) es, a partir de la reforma de 2021, el único requisito ineludible para que el superviviente pueda ser acreedor de una pensión vitalicia de viudedad; si no se acredita[54], en su caso, podrá ser beneficiaria de una prestación temporal de viudedad, artículo 222 LGSS. Veamos con un poco de detalle esta doble alternativa legal:

A) Inscripción en un registro específico

La pareja de hecho registrada se puede acreditar mediante la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia[55]. La mayoría de las comunidades autónomas y muchos ayuntamientos tienen creado un registro de parejas o uniones de hecho. Y tan válida es la inscripción en el registro de una comunidad autónoma como en el de un ayuntamiento[56].

B) Documento público

Como alternativa, la existencia de pareja de hecho registrada se puede demostrar mediante un documento público en el que conste su constitución. Por documento público debe entenderse el acta notarial formalizada ante notario. Aunque, en algún momento, la doctrina judicial admitió

[52] STSJ Castilla La Mancha 12-11-2009, rec. 250/2009.

[53] STC 40/2014, de 11 de marzo, FJ 3º; STC 44/2014, de 7 de abril, FJ 3º; STC 45/2014, de 7 de abril, FJ 3º.

[54] Si no se prueba este requisito, con carácter general, la pareja de hecho registrada no existe para la Ley y, consiguientemente, no se puede acceder a la pensión de viudedad, STS 22-9-2014, rcud. 2563/2010. En la doctrina judicial, véase, entre otras muchas, STSJ Cataluña 13-5-2022, rec. 684/2022; STSJ Cataluña 26-4-2022, rec. 7218/2021; STSJ Castilla y León, Valladolid 22-4-2022, rec. 2240/2021; STSJ Comunidad Valenciana 2-2-2022, rec. 2430/2021; STSJ Comunidad Valenciana 27-1-2022, rec. 3046/2022; STSJ País Vasco 13-4-2021, rec. 382/2021; STSJ Andalucía, Málaga 3-2-2021, rec. 1142/2020; STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria 19-2-2021, rec. 681/2020; STSJ Madrid 16-6-2017, rec. 351/2017; STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife 19-6-2017, rec. 863/2016; STSJ Castilla La Mancha 13-7-2017, rec. 1187/2017. Incluso, aunque se alegue discriminación por no reconocer la pensión por el incumplimiento de una cuestión formal que no está prevista en la legislación de otro país europeo, STSJ Asturias 7-12-2021, rec. 2195/2021.

[55] Por ejemplo, en la Comunidad Valenciana el registro, que se creó por primera vez en 1994, se regula en la actualidad por el Decreto 34/2022 de 1 de abril, del Consell, por el que se regulan la organización y el funcionamiento del Registro de Uniones de Hecho Formalizadas, así como los procedimientos de inscripción, modificación y cancelación de uniones en el mismo (DOGV 7 abril 2022); en Cataluña cabe mencionar la Orden JUS/44/2017, de 28 de marzo, por la que se aprueba el Reglamento del Registro de parejas estables de Cataluña (DOGC 31-3-2017).

[56] STS 4-5-2017, rcud. 3850/2015: en el caso enjuiciado se considera válida la inscripción en el registro de Vigo, sin necesidad de inscripción en el de Galicia.

otro tipo de documentos[57], la jurisprudencia no ha considerado equiparables a documento público a efectos de acreditar la existencia de una pareja de hecho registrada[58], entre otros: a) el Libro de Familia[59] porque no sólo se abre con la certificación de matrimonio, sino que también se entrega a los progenitores de hijos no matrimoniales o adoptivos, en cuyo caso únicamente acredita la filiación[60]; b) disposiciones testamentarias de los convivientes en las que, además de legar una cuota del 30 % de su herencia al otro y designar herederas a las hijas, manifiestan que ambos convivían maritalmente[61]; c) testamento nombrando heredera a la persona con la que se convive, «pues una cosa es nombrar heredero y otra distinta constituir una pareja de hecho, acto que necesita la intervención de los dos integrantes de la pareja»[62]; d) cartilla de asistencia sanitaria en la que aparece como beneficiaria del derecho la persona con la que se convive, sin especificarse el motivo del reconocimiento de ese beneficio[63]; e) convivientes que tienen un hijo en común, Libro de Familia y propósito de contraer matrimonio que se acredita mediante reserva para la ceremonia nupcial en el salón de actos del Ayuntamiento[64]; f) ser beneficiaria de un plan de pensiones del causante[65]; g) certificado de empadronamiento[66]; h) un acta de notoriedad[67]; i) unas sentencias dictadas por un Juzgado de Primera Instancia e instrucción por las que, en la primera se decreta una orden de alejamiento del causante por delito de amenazas en el ámbito familiar y, en la segunda se atribuye la guardia y custodia de los hijos menores y el uso y disfrute a la vivienda familiar a la solicitante de la pensión[68]; j) una escritura pública de compraventa de una vivienda[69]; k) una escritura de constitución de una comunidad de bienes sobre una vivienda que comparte una pareja en la que el notario hizo una observación de carácter genérico sobre las consecuencia de la aplicación de la ley autonómica de parejas de hecho a su relación[70].

[57] Así, un contrato de compraventa, autorizado por notario, para adquirir una vivienda como domicilio conjunto, STSJ Islas Baleares 18-2-2010, rec. 561/2009; en un supuesto de violencia de género, dos sentencias una, del orden penal, en la que se acuerda una orden de alejamiento, por delito de amenazas en el ámbito familiar considerado violencia de género; y otra, del orden civil, en la que se atribuye la guarda y custodia de los hijos y el uso de la vivienda, STSJ Castilla y León 1-12-2016, rec. 632/2016; escritura de constitución de comunidad de bienes, efectuada ante Notario, que comportó asimismo la de la pareja de hecho, STSJ Cataluña 24-2-2017, rec. 7364/2016.

[58] STS 12-12-2017, rcud. 203/2017.

[59] Artículo 36 Decreto 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

[60] Libro de familia expedido como consecuencia de una filiación común de más de dos años, STS 3-5-2011, rcud. 2170/2010. Doctrina reiterada en STS 15-6-2011, rcud. 3447/2010; STS 23-1-2012, rcud. 1929/2011; STS 23-2-2016, rcud. 3271/2014; STS 2-3-2016, rcud. 3356/2014; STS 19-4-2016, rcud. 2825/2014. STSJ Comunidad Valenciana 27-1-2022, rec. 3046/2022; STSJ Andalucía, Málaga 3-2-2021, rec. 1142/2020.

[61] STS 9-10-2012, rcud. 3600/2011.

[62] STS 26-11-2012, rcud. 4072/2011.

[63] STS 28-4-2015, rcud.2414/2014; STS 1-6-2016, rec. 207/2015.

[64] STS 23-6-2015, rcud. 2578/2014.

[65] STS 17-12-2015, rcud. 2882/2014.

[66] STS 07-12-2016. Rec. 3765/2014; STS 23-2-2016, rcud. 3271/2014; STS 17-12-2015, rcud. 2882/2014. STSJ Madrid 16-6-2017, rec. 351/2017.

[67] STSJ Cataluña 12-3-2021, rec. 5020/2020: las actas de notoriedad acreditan un hecho, pero no un negocio jurídico o declaración de voluntad, y es por eso que son actas y no escrituras públicas. En ningún caso pueden ser constitutivas del hecho o situación que acreditan, porque siempre han de referirse a una realidad preexistente.

[68] Estas resoluciones no acreditan la constitución de la pareja de hecho mediante documento público, sino que únicamente dan noticia de la ruptura de la relación de hecho que les vinculó, STS 12-12-2017, rcud. 203/2017.

[69] Documento con el que sólo se constata que dos personas figuran con el mismo domicilio y que adquieren la vivienda proindiviso, STSJ Comunidad Valenciana 27-1-2022, rec. 3046/2022.

[70] STS 13-3-2018, rcud. 1717/2017.

A causa de una sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2021[71], se volvió a plantear la cuestión de si el certificado de empadronamiento podía ser prueba válida para justificar la existencia de pareja de hecho registrada. La doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo[72], coincidente con la del orden Social, mantenía que la prueba de la existencia de pareja de hecho registrada sólo podía acreditarse mediante la inscripción en un registro específico o con un documento público, de modo que, no constando la constitución de la pareja de hecho, la convivencia estable no es suficiente para el reconocimiento de la pensión de viudedad. Sin embargo, la STS C-A de 7 de abril de 2021[73], ante un caso singular, no trasladable a otros supuestos, en el que constaba una convivencia estable de más de 30 años, llegó a la conclusión de que la prueba de la existencia de la pareja de hecho, a efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad, podía hacerse no sólo mediante la inscripción en el registro específico o mediante un documento público, «sino también mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca». Esta aparente discrepancia judicial en el orden Contencioso-Administrativo se explicó en las circunstancias singulares concurrentes en el supuesto resuelto en 2021. Así las cosas, la Sala de lo Contencioso-Administrativo[74] se ha vuelto a pronunciar y, siguiendo la doctrina declarada en la sentencia de 2020, confirma que sólo la inscripción en el registro específico o documento público son prueba válida para acreditar la existencia de las parejas de hecho registradas.

3.2. Pensión de viudedad del superviviente de una pareja de hecho registrada extinguida antes del fallecimiento del causante

Una de las novedades de la reforma de 2021 consiste en reconocer la pensión de viudedad, en términos similares a los supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, a los miembros de una pareja de hecho registrada que se extingue por voluntad de uno o de los dos convivientes antes del fallecimiento del causante. Legalmente el reconocimiento de la pensión sólo se condiciona a que, cumpliendo el causante con los requisitos del artículo 219 LGSS, el superviviente de la pareja extinguida: a) no constituya nueva pareja de hecho en los términos del artículo 221.2 LGSS, ni contraiga matrimonio; b) fuera acreedor de una pensión compensatoria que se extingue por la muerte del causante.

A) El primer condicionante -que el superviviente de la pareja extinguida no constituya nueva pareja de hecho en los términos del artículo 221.2 LGSS, ni contraiga matrimonio-, comporta que el supérstite dejaría de ser acreedor de una hipotética pensión del exconviviente y pasaría a serlo de una eventual pensión de la nueva pareja o cónyuge. Dado que, en un mismo régimen de seguridad social, una persona sólo puede ser beneficiaria de una pensión de viudedad, el legislador está permitiendo al superviviente de una pareja de hecho extinguida que pueda optar, según su interés, entre la pensión de la previa pareja de hecho registrada extinguida -cumpliendo con el requisito legal- o de una nueva pareja de hecho o cónyuge -volviéndose a casar o constituyendo una nueva pareja de hecho.

B) Con el segundo condicionante -que el superviviente de la pareja extinguida fuera acreedor de una pensión compensatoria que se extingue por la muerte del causante- se está reconociendo

[71] STS C-A 7-4-2021, rec. 2479/2019. La doctrina de esta sentencia ha sido seguida en el orden social, entre otras, por las STSJ Madrid 8-9-2021, rec. 493/2021 y STSJ Madrid 30-9-2021, rec. 401/2021, en las que la convivencia acreditada era de trece y quince años.

[72] STS C-A 28-5-2020, rec. 6304/2017.

[73] *Vid.* Tortuero Plaza, J.L.: "Retos y reformas en materia de pensiones», *Op. Cit.*, pp. 214 y 215; Talens Visconti, E. Enrique, «La pensión de viudedad de las parejas de hecho…», *Op. Cit.*, p. 181.

[74] STS C-A 24-3-2022, rec. 3981/2020.

legalmente, por primera vez, el derecho a una pensión compensatoria a aquel que, con la extinción de la pareja de hecho registrada, se le ocasione un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, en términos similares a los previstos en el artículo 97 Código Civil. Así las cosas, para que el exconviviente supérstite de una pareja de hecho registrada extinguida pueda ser beneficiario de la pensión de viudedad debe ser perceptor de una pensión compensatoria, algo poco habitual, que se extingue con motivo de la muerte del causante. Lo relevante de esta pensión compensatoria es cómo se fija y qué criterios se tienen en cuenta para determinar su cuantía. En primer lugar, debe señalarse que, aunque no se aplican los artículos 97 y 98 del Código Civil[75], el régimen previsto es similar al establecido en esos artículos. En efecto, la pensión compensatoria debe ser consecuencia de una resolución judicial o de un convenio o pacto regulador entre los miembros de la pareja de hecho otorgado en documento público. A pesar de la redacción legal, ante la extinción de una pareja de hecho y el eventual desequilibrio económico de uno de sus miembros, en primer lugar, habrá de estarse al eventual acuerdo entre los miembros de la pareja[76], formalizado mediante un convenio o pacto regulador otorgado en documento público ante notario. El convenio o pacto regulador se puede haber alcanzado en el momento de la disolución de la pareja o en un momento previo. A falta de acuerdo de las partes, aquel que considere que su situación económica empeora como consecuencia de la extinción de la pareja de hecho registrada tiene que recurrir necesariamente a los tribunales para que le reconozcan la pensión compensatoria. Por otra parte, el importe de la pensión compensatoria debe fijarse, en el pacto o judicialmente, teniendo en cuenta la concurrencia en el perceptor de las circunstancias previstas en el artículo 97 Código Civil, entre otras, la edad y el estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la duración de la pareja de hecho, etc. Por último, en el caso de que la cuantía de la pensión de viudedad fuese superior al importe de la pensión compensatoria, aquella se disminuirá para ajustarla a la cuantía de esta.

C) Aunque la ley no lo contemple expresamente, a mi juicio, para que los exconvivientes puedan acceder a la pensión, además, deben acreditar: a) que en el momento de la extinción de la pareja de hecho registrada cumplían con los requisitos generales exigidos a los beneficiarios de la pensión de viudedad por ser pareja de hecho registrada, artículo 221.2 LGSS, en esencia, convivencia estable y notoria mínima de cinco años (o hijos en común) y existencia de la pareja de hecho registrada con una antelación mínima de dos años; b) que extinguieron formalmente la pareja de hecho registrada, bien de acuerdo con las reglas previstas en las normas autonómicas sobre parejas de hecho[77], bien mediante una nueva acta notarial por la que se extinga la pareja de hecho registrada.

D) Cuando un matrimonio se disuelve por divorcio y uno de los excónyuges contrae nuevo matrimonio o constituye pareja de hecho y después fallece puede generar pensión en favor de dos beneficiarios que concurren en el derecho, artículo 220.2 LGSS. Pues bien, esta consecuencia jurídica no se ha previsto, tras la reforma de 2021, para las parejas de hecho registradas extinguidas. El supuesto de hecho sería que el exconviviente de una pareja de hecho hubiera contraído nuevo matrimonio o constituido una nueva pareja de hecho registrada antes de

[75] La doctrina judicial civil ya declaró en su momento que «debe huirse de la aplicación por "analogia legis" de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad», STS Civil 17-6-2003, rec. 3145/2003; STS Civil 12-9-2005, rec. 980/2002; STS 15-1-2018, rec. 2305/2016.

[76] STC 93/2013, de 23 de abril.

[77] Por ejemplo, artículo 5 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana; y artículos 13 y ss. Decreto 34/2022 de 1 de abril, del Consell, por el que se regulan la organización y el funcionamiento del Registro de Uniones de Hecho Formalizadas, así como los procedimientos de inscripción, modificación y cancelación de uniones en el mismo.

fallecer. Podrían concurrir como beneficiarios de la pensión de viudedad, bien la persona viuda y el superviviente de la pareja de hecho registrada extinguida, bien el superviviente de la pareja de hecho actual con el supérstite de la pareja extinguida previamente. A mi juicio, la consecuencia jurídica prevista en el artículo 220.2 LGSS debería aplicarse, por analogía[78], en el probable caso de que una pareja de hecho registrada se extinga y uno de sus miembros vuelva a constituir nueva pareja de hecho o contraiga matrimonio y después fallezca. Así, tanto al exconviviente, que perciba pensión compensatoria (o no, si se trata de una mujer víctima de violencia de género), como a la persona viuda o al superviviente de la pareja de hecho actual se les debería reconocer la pensión en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, garantizándose un 40 % al cónyuge o al superviviente de la pareja de hecho al momento del fallecimiento.

3.3. Pensión de viudedad de las mujeres víctimas de violencia de género

Como se ha visto en el apartado anterior, la reforma de 2021 reconoce el derecho a la pensión de viudedad a los exconvivientes de una pareja de hecho registrada extinguida, pero condiciona dicho reconocimiento a que el superviviente fuera acreedor de una pensión compensatoria que se extingue con el fallecimiento del causante. Así las cosas, es evidente que el requisito de la convivencia en el momento del fallecimiento del causante ya no es exigible en los casos de mujer víctima de violencia de género, pero podría quedar la duda de si deben ser o no acreedoras de una pensión compensatoria. Pues bien, el legislador es claro, las mujeres, exconvivientes de una pareja de hecho y que cumplen con el resto de los requisitos exigidos legalmente, son merecedoras de la pensión de viudedad, aunque no sean beneficiarias de una pensión compensatoria, si pueden acreditar que en el momento de la extinción de la pareja eran víctimas de violencia de género. Prueba que puede hacerse «mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho». De este modo, el legislador equipara en protección a las mujeres víctimas de violencia de género que, por este motivo, bien extinguen la pareja de hecho registrada, bien se separan judicialmente o divorcian de sus cónyuges.

3.4. Prestación temporal de viudedad

La reforma de 2021, igual que a los cónyuges supervivientes[79], reconoce ahora una prestación temporal de viudedad a las parejas de hecho registradas. Aunque, a mi juicio, hipotéticamente la prestación se podría reconocer en dos supuestos: a) cuando la pareja de hecho no pueda acreditar una convivencia de cinco años y no tengan hijos en común; b) cuando no se puede probar la existencia de la pareja de hecho con dos años de antelación al fallecimiento del causante, el legislador sólo admite la prestación temporal en este último caso. Así las cosas, el derecho a una prestación temporal de viudedad sólo se concede a las parejas de hecho registradas que, cumpliendo con el resto de los requisitos enumerados en el artículo 219 LGSS, no puedan probar que la pareja de hecho registrada existe para el derecho con una antelación mínima de dos años a la fecha del fallecimiento del causante. La prestación tendrá una duración de dos años.

4. Y un apunte sobre la reformulación integral de la pensión de viudedad

Desde el año 1995, en sucesivas ocasiones (1995, 2003, 2011, 2020), en el Congreso de los Diputados se ha constituido la Comisión del denominado «Pacto de Toledo» en la que se han

[78] Talens Visconti, E. Enrique, «La pensión de viudedad…», *Op. Cit.*, p. 179.

[79] La prestación temporal de viudedad para los matrimonios se introdujo por la Ley 40/2007.

analizado los problemas del sistema de la Seguridad Social y se han propuesto las principales reformas que debían acometerse en los sucesivos años con el objetivo de garantizar la viabilidad del sistema. Desde el año 2003, la Comisión ha elaborado sucesivos informes en los que ha efectuado repetidas recomendaciones con las que, por lo que afecta a la pensión de viudedad, se pretende «una reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia -en especial la de viudedad-». En este último informe de 2020 se propuso que esa reformulación se lleve a cabo «de manera gradual».

Lo cierto es que, a pesar de las propuestas de la Comisión, el legislador todavía no ha acometido esa reformulación integral de la pensión de viudedad, sino que, en diferentes momentos desde la década de los 80 del siglo pasado, las reformas de la pensión se han centrado esencialmente, por un lado, en ampliar el ámbito de las personas beneficiarias de la pensión (*supra*), significativamente las parejas de hecho registradas, y, por otro, y entre otras medidas, mejorar la cuantía de la pensión mediante el incremento del porcentaje (60 %[80] o 70 %[81] frente al general del 52 %[82]) aplicable a la base reguladora en determinados supuestos[83].

Como digo, el informe de la Comisión de 2020 insistió en la recomendación de que se lleve a cabo, «de manera gradual», la reformulación integral de la pensión de viudedad. En concreto, se apuntó, entre otras, las ideas siguientes: a) se defiende el mantenimiento del carácter contributivo de las prestaciones[84]; b) la reforma pasa por acomodar la configuración de la pensión «a las circunstancias socioeconómicas de los beneficiarios, a fin de mejorar la protección de los pensionistas sin otros recursos, y de adecuar la protección de los colectivos menos vulnerables»[85]; c) «la acción protectora debe concentrarse en las personas beneficiarias de la pensión de viudedad con 65 o más años, cuya pensión constituye su principal fuente de ingresos, al objeto de garantizar una situación de renta equiparable a la existente antes del fallecimiento del cónyuge o conviviente. A tal efecto, el mecanismo más adecuado es, en línea con actuaciones previas, la elevación del porcentaje de la base reguladora de la pensión».

A mi juicio, el debate principal para plantearse una reformulación integral de la pensión de viudedad se debe centrar en determinar cuál se considera que debe ser, con carácter general, la finalidad de la pensión. Como es sabido, históricamente, la finalidad de la pensión fue proteger

[80] Disposición adicional 30ª Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social; Disposición adicional 44ª Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

[81] Artículo 31.2 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba 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, modificado por el artículo 1.1 Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia.

[82] Artículo 31.1 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba 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, modificado por el artículo 1.uno Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad.

[83] Una detallada referencia a la evolución normativa de la pensión de viudedad donde se deja constancia de otros aspectos reformados, como, por ejemplo, el reconocimiento de la prestación temporal de viudedad, puede verse en Tortuero Plaza, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La pensión de viudedad como prestación contributiva del sistema de seguridad social ¿Una realidad cambiante? La valoración de la situación de necesidad de los beneficiarios», en Moreno Vida, M.N., Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, M.T. (Dirección y coordinación), *La pensión de viudedad… Op. Cit.*, pp. 101 y ss.

[84] Esta naturaleza contributiva de las prestaciones «no puede ser modificada por la adopción de medidas que introduzcan criterios basados en condiciones específicas para el acceso a ellas (edad, renta, hijos, compatibilidades…)».

[85] «En este sentido, la Comisión es consciente de que la baja proporción de mujeres que acceden a la pensión de jubilación, la brecha existente en la cuantía y la elevada edad de acceso a la pensión de viudedad son circunstancias que deben tenerse muy presentes a la hora de impulsar las reformas en esta materia».

a la mujer casada, dependiente económicamente del marido, por la pérdida de ingresos como consecuencia de su fallecimiento; de este modo, la pensión se configuraba como una renta de sustitución, atendiendo a una real situación de necesidad. Cuando en los años sesenta del siglo pasado se unifica la protección por muerte, la dependencia económica sólo se exige a los viudos, pero no a las viudas[86]. Más reciente en el tiempo, se exigió dependencia económica a los supervivientes de una pareja de hecho registrada[87], hoy no requerida tras la reforma operada por la Ley 21/2021 (*supra*).

En la normativa vigente sobre la pensión/prestación temporal de viudedad no se exige dependencia económica del causante a los siguientes beneficiarios: a) personas viudas o parejas de hecho cuyo matrimonio y pareja de hecho se extingue con la muerte del causante; b) mujeres víctimas de violencia de género, tanto en caso de matrimonio como de pareja de hecho; c) aquellos supervivientes de un matrimonio o de una pareja de hecho que acceden a la prestación temporal de viudedad. Sin embargo, sí que se requiere dependencia económica a: a) los separados, viudos o personas a las que su matrimonio se declara nulo; b) a los supervivientes de una pareja de hecho registrada que extingue antes del fallecimiento del causante; c) en ambos casos se exige que los beneficiarios fueran perceptores de una pensión compensatoria/indemnización que se extingue con la muerte del causante[88].

Si entre las recomendaciones de la Comisión se pretende mejorar la protección de los pensionistas sin otros recursos, concentrando la acción protectora en las personas beneficiarias de 65 o más años, cuya pensión constituye su principal fuente de ingresos, es evidente que habría que fijar en el centro de la regulación de la pensión de viudedad la finalidad de ser una renta sustitutiva de la pérdida de ingresos por la muerte del causante. La situación de necesidad real o la dependencia económica del causante deberían ser la base de la reformulación integral de la pensión de viudedad.

La reformulación debería girar en torno a las ideas siguientes: a) debería ser consecuencia del acuerdo social y político, de manera que quede fuera del debate político y tenga el menor rechazo social; b) debería definirse legalmente cuándo se entiende que existe una situación de necesidad real o dependencia económica. Podría ser un buen criterio que los ingresos de la persona beneficiaria fueran inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional, como así se fijó en su momento para las parejas de hecho registradas (*supra*). También debería concretarse si las variaciones en los ingresos de la persona beneficiaria deben o no alterar el percibo de la pensión; c) el régimen previsto para los supuestos de separación, divorcio o nulidad y extinción de la pareja de hecho, así como para las mujeres víctimas de violencia de género, no debería verse afectado por la reforma; d) la reforma debería implicar una mejora sustancial de la pensión de aquellas personas beneficiarias que fueran dependientes económicamente del

[86] Así, el Tribunal Constitucional afirmó que «el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge supérstite… en su configuración actual, la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica (como antes ocurría en caso del viudo), asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges)…», STC 184/1990, de 15 de nov. FJ 4º.

[87] Con la Ley 40/2007.

[88] Como manifestó, en su momento, un sector de la doctrina, este requisito tiene una «efecto expulsivo» por el que la mayoría de separados, divorciados, etc., no podrán acceder a la pensión, Moreno Vida, M.N. y Monereo Pérez, J.L.: "Hacia un nuevo modelo de regulación de la pensión de viudedad», en Moreno Vida, M.N., Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, M.T. (Dirección y coordinación), *La pensión de viudedad… Op. Cit.*, p. 316.
Así, por ejemplo, en el año 2020 sólo en un 8,5 % de los divorcios y separaciones se fijó pensión compensatoria, correspondiendo el pago al hombre en el 91,9 % de los casos (Fuente INE: https://www.ine.es/prensa/ensd_2020.pdf).

causante, en los términos que se fijara legalmente, y singularmente en las personas beneficiarias de 65 o más años; e) la mejor manera de incrementar la pensión de este colectivo, como se ha hecho en otros casos, consistiría en aumentar el porcentaje aplicable a la base reguladora, que debería quedar fijada en una horquilla entre el 70-80 %. El mayor porcentaje debería corresponder a las personas beneficiarias de 65 o más años; f) en cuanto a las personas que no sean consideradas dependientes económicamente del causante, la reforma podría estribar, alternativamente, en: a') conceder una prestación temporal, entre un mínimo de dos años y un máximo de cinco años. Reconocer una u otra duración de la prestación podría ser consecuencia, entre otras variables, de la existencia o no de cargas familiares; b') la aplicación de un porcentaje reducido aplicable a la base reguladora, en cualquier caso, por debajo del 50 %. Para estas personas no dependientes económicamente del causante debería dejarse la puerta abierta para que, si cambiara su situación económica, pudieran acceder en un futuro a la pensión de viudedad; g) como indicó la Comisión en 2020, la reformulación integral de la pensión debería realizarse de «manera gradual» para no frustrar expectativas de derecho, pero, eso sí, sin demora.

5. Bibliografía

Alarcón Castellano, M.M. y Roldán Martínez, A.: "Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 59, 2009.

Casas Baamonde, M.E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 1, 2019

Cruz Villalón, J.: "La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, Comares, Granada, 2008.

Desdentado Daroca, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*, Bomarzo, Albacete, 2009.

Desdentado Daroca, E.: *La pensión de viudedad. Retos del Derecho de Familia y reflexiones sobre las últimas reformas*, Bomarzo, Albacete, 2013.

Díaz Aznarte, M.T.: "Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n.º 4, 2022.

Fernández Domínguez, J.J. y Martínez Barroso, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Martínez Abascal, V.A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 17, 2010.

Mella Méndez, L.: "El concepto de «pareja de hecho» a efectos de la pensión de viudedad", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 9, 2012.

Moliner Navarro, R.: "El derecho a la percepción de una pensión de viudedad para las uniones de hecho formalizadas en la Comunitat Valenciana después de la STC 110/2016, de 9 de junio", *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, n.º 20, 2016.

Pérez Alonso, M.A.: *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Molins García-Atance, J.: "La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 6, 2008.

Moreno Vida, M.N. y Monereo Pérez, J.L.: "Hacia un nuevo modelo de regulación de la pensión de viudedad", en Moreno Vida, M.N., Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, M.T. (Dirección y coordinación), *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares, Granada, 2013.

Quesada Segura, R.: "Una aproximación histórica a la protección por muerte y supervivencia en el ordenamiento jurídico español", en Moreno Vida, M.N., Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, M.T. (Dirección y coordinación), *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares, Granada, 2013.

Rodríguez Pastor, G.E.: "Pensión de viudedad de las parejas de hecho: la equiparación pendiente diez años después", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 47, 2017.

Sampedro Corral, M.: "Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre en la prestación de muerte y supervivencia", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 74, 2008.

Talens Visconti, E.E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* n.º 468, 2022.

Tortuero Plaza, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La pensión de viudedad como prestación contributiva del sistema de seguridad social ¿Una realidad cambiante? La valoración de la situación de necesidad de los beneficiarios", en Moreno Vida, M.N., Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, M.T. (Dirección y coordinación), *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares, Granada, 2013

Tortuero Plaza, J.L.: "Retos y reformas en materia de pensiones", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* n.º 467, 2022.

Los complementos para reducir la brecha de género

Mª Fuencisla Rubio Velasco
Profesora de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social
Universidad de Huelva

1. Introducción

La desigualdad de género entre hombres y mujeres ha sido una cuestión que ha perdurado en el tiempo. Supone una discriminación o desventaja de la mujer que ha derivado en menores oportunidades en relación al desarrollo personal y social respecto al hombre.

No podemos negar que, en los últimos tiempos, se ha producido una completa revolución con la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral pero, al mismo tiempo, se han acentuado las desigualdades entre hombres y mujeres con la precarización en las condiciones de trabajo, que se ha traducido en el aumento de la brecha salarial.[1]

La doble escala salarial supone la desigualdad retributiva en la que el diferente trato (temporal o indefinido), entre un grupo de trabajadores y otro, se establece exclusivamente y sin consideración de otras circunstancias o condiciones personales profesionales, en función de la fecha de ingreso en la empresa.[2]

Las brechas salariales de género miden las diferencias entre las remuneraciones salariales percibidas por hombres y mujeres. Existen distintos indicadores para medir la cuantía de estas

[1] Jiménez Vargas, P.J.: "La desigualdad de género en el mercado laboral", *Revista de Información Laboral n. 6/17,* Aranzadi, Navarra, 2017, p. 2.

[2] Luján Alcaraz, J.: "A vueltas con la doble escala salarial". *Aranzadi Social nº 5/2004,* Aranzadi, Navarra, 2004, p. 101.

brechas salariales, los cuales se engloban, en función de los factores considerados, en una de las dos siguientes categorías, brechas salariales sin ajustar y brechas salariales ajustadas.

A diferencia de las anteriores, las brechas salariales ajustadas permiten aislar el efecto en los salarios de las diferencias existentes entre hombres y mujeres, tanto en sus características socioeconómicas (edad, antigüedad, nivel de educación o elecciones académicas y profesionales), como en los puestos de trabajo que ocupan (jornada laboral, sectores en los que trabajan o tipo de ocupación, entre otros). De esta forma, las brechas salariales ajustadas suponen un indicador más fiable para medir si hombres y mujeres perciben el "mismo sueldo por el mismo trabajo".

La brecha salarial (diferencia retributiva entre mujeres y hombres) es preocupante por su persistencia y magnitud. La cuantificación ha sido objeto de numerosos estudios y artículos, pero su explicación no es fácil y no está exenta de polémicas. Explicar las causas que originan la brecha salarial sigue siendo objeto de numerosas investigaciones.

En España, disponemos de una serie de normas que han supuesto un avance decisivo en la igualdad efectiva. Una de ellas, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[3], a pesar del importante impulso, sin embargo, no prevé ninguna medida en igualdad de retribución, aunque la implantación de los planes de igualdad en las empresas tienen incidencia en materia de igualdad de retribución. Nos encontramos con una igualdad normativa pero lejana a la igualdad real, que aún no hemos alcanzado debido a las diferencias salariales de género, persistentes.

Por otra parte, el Real decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, incluye dos precisiones jurídicas, como son la regulación en materia de adaptación de jornada, reducción de jornada por cuidado del lactante, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento en el trabajo por cuenta ajena, público y privado, así como a las prestaciones de Seguridad Social correspondientes, "será de aplicación a los supuestos que se produzcan o constituyan a partir de su entrada en vigor". En segundo término, la nueva regulación de los permisos por maternidad y paternidad, tanto para el personal al que se aplica el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores[4], como a quienes es de aplicación la Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público[5] y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Recientemente, el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la seguridad social y económico, que incluye entre sus objetivos reforzar la fortaleza y viabilidad del sistema de Seguridad Social, al tiempo que se actúa contra la brecha de género manifestada en las pensiones.

El antecedente clave del citado Real Decreto-ley, es la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA), que estableció que el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Y lo hizo por entender que resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación

[3] BOE de 23 de marzo de 2007. Revisión vigente desde el 8 de marzo de 2019.

[4] BOE de 24 de octubre de 2015. En adelante ET.

[5] BOE de 31 de octubre de 2015. En adelante EBEP..

demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), «… mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento…»

Como tendremos ocasión de ver más adelante, la sentencia pone de manifiesto la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica. Y la necesidad de proceder a su redefinición, ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones.

El Real Decreto-ley realiza una nueva regulación del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en el que sustituye el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género, en el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado, es la principal causa de la brecha de género.

Con este complemento se persigue reparar el perjuicio que han sufrido, a lo largo de su carrera profesional, las mujeres por asumir un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos que se proyecta en el ámbito de las pensiones.

En consecuencia, estará asociado a la acreditación de un perjuicio en la carrera profesional en los periodos posteriores a tener un hijo/a. Este perjuicio, sufrido de forma abrumadora por las mujeres, de acuerdo con los datos de las carreras laborales analizados por la Seguridad Social, es una de las principales causas de la existencia de la brecha de género en las pensiones.

2. La desigualdad de género en el mercado laboral

Debemos tener en cuenta una serie de elementos originarios que contribuyen a reproducir estas desigualdades. A estos elementos se les conoce con el nombre de "factores de desigualdad". Cuando hablamos de factores, nos referimos a elementos o circunstancias influyentes que contribuyen a provocar un resultado.

Por ello, tendremos que considerar a los factores de desigualdad como los elementos que al unirse influyen a determinar las causas por las que se producen las desigualdades. Y, cuando nos referimos a la desigualdad en el mercado laboral, estamos hablando de los elementos que explican las diferencias entre hombres y mujeres a la hora de acceder, conservar y promocionar en un puesto de trabajo.[6]

3. Igualdad de trato y no discriminación

Nuestro Ordenamiento Jurídico contempla la igualdad desde una triple configuración[7]: como valor[8] sobre el reconocimiento de la dignidad de las personas y del conjunto de derechos que son inviolables e inherentes a la condición humana[9]; como principio[10] y como derecho fundamental.[11]

El principio de igualdad de trato presenta un doble contenido para los poderes públicos, "ha de recordarse que el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de

[6] Jiménez Vargas, P.J.: "La desigualdad de género en el mercado laboral", *Revista de Información Laboral n. 6/17,* Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 4-5.

[7] Ruiz Chacón, M.J.: "Hacia la igualdad retributiva entre mujeres y hombres en España", https://forelab.com/wp-content/uploads/hacia_la_igualdad_retributiva_entre_mujeres_y_hombres_en_espana-maria_jesus_ruiz_chacon.pdf

[8] Art. 1 CE.

[9] Art. 10 CE.

[10] Art. 9.2 CE.

[11] Art. 14 CE.

todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad es, en suma, la desigualdad que resulte artificiosa o injustificada por no venir fundada en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida".[12]

Además de las previsiones constitucionales generales de la igualdad y no discriminación, el apartado primero del artículo 35 de nuestra norma suprema contempla la igualdad retributiva, "sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo."[13]

Con carácter preliminar, debemos señalar que el principio de igualdad de retribución establecido en el artículo 119 del Tratado, al igual que el principio general de no discriminación, del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores masculinos y femeninos a los que se aplica deben encontrarse en una situación comparable[14], pues el principio de igualdad no implica, en todos los casos, un tratamiento normativo igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; claro que este tratamiento desigual tiene un límite que opera cuando la desigualdad concernida está desprovista de una justificación objetiva y razonable.[15]

En otras palabras, se considera perfectamente lícita la existencia de diferencias retributivas entre trabajadoras y trabajadores que desempeñan una misma labor o un trabajo de igual valor, siempre y cuando esas disparidades estén objetivamente justificadas, es decir, se rechaza la comparación entre dos grupos, uno formado íntegramente por mujeres y el otro formado por mujeres y un solo hombre.[16]

---

[12] STC 161/2004, de 4 de octubre de 2004. RTC 2004/161. FJ 3º.

[13] Art. 35.1 CE "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo."

[14] STJUE (Sala Quinta) de 16 de septiembre de 1999, as. C-218/98, caso *Oumar Dabo Abdoulaye y otros v. Régie nationale des usines Renault SA*. Interpretación del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) y de las Directivas 75/117/CEE y 76/207/CEE. Convenio colectivo que prevé una asignación para las mujeres embarazadas que inicien su permiso de maternidad. (Compensación por desventajas profesionales- no discriminación).

[15] Entre otras, recogiendo la doctrina precedente, SSTC161/2004, de 4 de octubre de 2004. RTC 2004/161; 119/2002, de 20 de mayo, RTC 2002/119 (FJ 3); y 27/2004, de 4 de marzo, RTC 2004/27 (FJ 2).

[16] SSTJUE de 31 de mayo de 1995, as. C-400/93, caso *Spcialarbejderforbundet i Danmark v. Royal Copenhagen*. Directiva 75/117 CEE, aproximación de legislaciones aplicación principio igualdad de retribución. Trabajo a tiempo parcial. Discriminación indirecta; y de 28 de febrero de 2013, Kenny, asunto C-427/11, Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Discriminación indirecta. Justificación objetiva. Requisitos, entre otras.

Así, ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles.[17]

Por tanto, no toda vulneración del derecho a la igualdad constituye un acto discriminatorio, pero toda vulneración del derecho a la no discriminación sí constituye una conculcación del derecho a la igualdad, ya que el principio de igualdad, como ya se ha indicado, exige la "razonabilidad de la diferencia normativa de trato".[18]

A diferencia del principio genérico de igualdad, que sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya ex Constitutione, que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres también en materia de empleo.[19]

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[20], trasponiendo, entre otras, la Directiva 76/207/CEE[21], distingue entre discriminación directa e indirecta.[22] Define la discriminación directa como la situación en la que una persona ha sido, es o puede ser tratada de un modo menos favorable que otra en situación comparable, en razón de su sexo.[23]

Por su parte, la discriminación indirecta alude a la situación en la cual una pauta o práctica aparentemente inocua genera un escenario de desventaja para sujetos de un determinado sexo en comparación con los del otro, salvo que tal disposición o comportamiento esté objetivamente justificada por la finalidad perseguida y que los medios para su consecución sean necesarios, adecuados y proporcionales.[24]

[17] SSTC161/2004, de 4 de octubre de 2004. RTC 2004/161; 119/2002, de 20 de mayo, RTC 2002/119 (FJ 3); y 27/2004, de 4 de marzo, RTC 2004/27 (FJ 2).

[18] STC 161/2004, de 4 de octubre de2004. RTC 2004/161.

[19] STC 229/1992, de 14 de diciembre de 1992. R. 2.281/1989.

[20] BOE de 23 de marzo de 2007. En adelante LOIEMH.

[21] Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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. Derogada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DOUE de 26 de julio de 2006. En adelante Directiva 2006/54/CE.

[22] Art. 30 LOIEMH "El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil."

[23] Art. 6.1 LOIEMH y art. 2.1ª) Directiva 2006/54/CE.

[24] Art. 6.2 LOIEMH y art. 2.1.b) Directiva 2006/54/CE.

4. La falta de exigibilidad de un principio de igualdad salarial entre trabajos de igual valor

Respecto al principio de igualdad de remuneración debemos destacar que, ni la Constitución Española[25] ni la legislación laboral[26] imponen una identidad de trato en materia retributiva, pues el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española no impone, en todo caso, un tratamiento idéntico a todos los que se encuentran en una posición semejante, ya que debe entenderse que la desigualdad en sí no es ilegítima, salvo que sea de tal naturaleza que se convierta en discriminación, que es su cara peyorativa, cuando el trato desigual ofrece como único soporte visible una minusvaloración de grupos o personas marginados y peor tratados por su notoria debilidad y desprotección.[27]

En este sentido, el Tribunal Constitucional declaró que, "el art. 14 de la C.E. no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad".[28]

---

[25] Art. 14 CE Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

[26] Arts. 4.2.c) ET. A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.; y 17 ET No discriminación en las relaciones laborales.1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. 2. Podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas. Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido. 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate. 5. El establecimiento de planes de igualdad en las empresas se ajustará a lo dispuesto en esta ley y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres."

[27] STS 536/1994, de 4 de febrero de 1994. R. 4009/1992.

[28] STC 2/1998, de 12 de enero de 1998. R. 375/95.

En consecuencia, el tratamiento retributivo diferencial, ni siquiera entre trabajadores de la misma categoría, constituye causa por sí misma de discriminación, pues dicha libertad empresarial se encuentra amparada por el principio de libertad de empresa.[29]

El margen de discrecionalidad no significa que las diferencias de trato sean arbitrarias, pues existen unos rasgos esenciales en relación con el principio de no discriminación y de igualdad ante la ley en materia retributiva: 1º.- No es contrario al principio de igualdad la regulación diferente de condiciones de trabajo si va referida a distintas actividades laborales o profesionales y responde a las peculiaridades de cada una de ellas.- 2º.- El principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución impide que se puedan establecer diferencias de trato arbitrarias o irrazonables entre situaciones iguales o equiparables y, muy especialmente en caso de identidad de trabajo.- 3º.- Las diferencias de trato en las condiciones de trabajo establecidas en Convenio Colectivo deben ser razonables de acuerdo con los valores e intereses que deben tenerse en cuenta en este ámbito de la vida social, entre las que figuran la clase de trabajo prestado, el rendimiento del mismo, la capacidad económica de la empresa, la fuerza contractual o capacidad negociadora de los contratantes, coste de vida, etcétera. El trato diferenciado para que no sea signo de discriminación, debe responder a razones objetivas y suficientemente justificadas, de tal manera que a un trabajo de igual valor debe corresponder una retribución, al menos en el nivel básico y abstracción hecha de algunos complementos como la antigüedad, igual para todos los supuestos[30], siendo dichas compensaciones, en todo caso, acordes con la responsabilidad y la dedicación exigidas.[31]

Es más, el trato desigual no se convierte en discriminación que debiera ser corregida judicialmente pues, de un lado, se han respetado los mínimos legales y convencionales y, de otro, la desigualdad individual no es vejatoria ni atenta o menoscaba la dignidad de los afectados, sino que dentro de la compatibilidad entre la autonomía individual y la autonomía colectiva se han mejorado las condiciones laborales de unos trabajadores, aunque esta ventaja no haya alcanzado a todos.[32]

En cuanto a la Administración, las relaciones con el personal laboral no se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que deberá ajustarse a la Ley y al Derecho[33], con la prohibición expresa de cualquier atisbo de arbitrariedad[34], vinculada al principio de igualdad ante la Ley.[35] En opinión del TS no es discriminatorio reconocer una gratificación al personal funcionario y no laboral[36], pues no es contraria al principio de igualdad y no discriminación hacer diferencias en el estatuto jurídico del trabajador.[37]

Asimismo, el citado Tribunal establece que, "no existe norma alguna estatal o convenida que equipare al personal laboral con el funcionario como los actores pretenden, a falta de pruebas demostrativas de que el personal laboral, sea fijo o temporal, realiza exactamente las mismas funciones que el personal funcionario de la misma categoría".[38]

[29] Art. 38 CE.

[30] STS 5223/1997, de 22 de julio de 1997. R. 178/1997.

[31] STSJ Aragón 2424/2002, de 7 de octubre de 2002. R. 201/2002.

[32] STS 536/1994, de 4 de febrero de 1994. R. 4009/1992.

[33] Art. 103 CE.

[34] Art. 9.3 CE.

[35] STC 161/1991, de 18 de julio de 1991. R. 1198/88. RTC 1991/161.

[36] STS 981/1994, de 18 de febrero de 1994.R. 232/1991.

[37] STS 631/2003, de 2 de febrero de 2003. R. 1593/2002.

[38] STS 7295/2004, de 11 de febrero de 2004. R. 40/2004.

Por el contrario, se produce una vulneración del principio de igualdad ante la Ley atender al origen de transferido, es decir, "se reconoce idéntico salario a unos y otros trabajadores, diferenciándose solamente en que se difiere en el tiempo su pago efectivo durante cuatro ejercicios", "el precepto legal cuestionado desconoce el principio de igualdad, ya que, si bien este Tribunal ha admitido que el régimen laboral -del que forma parte el retributivo- de los trabajadores transferidos pueda verse sometido a especialidades -siempre que las diferenciaciones producidas tengan una justificación objetiva y razonable- en el periodo transitorio en que se van incorporando a la Administración de la que dependerán en el futuro, cuando la inserción ya se ha perfeccionado ha desaparecido la justificación objetiva y razonable de la diferenciación admisible cuanto tal inserción todavía no estaba perfeccionada", por lo tanto, "no es razonable, en efecto, que pueda escudarse un principio de impacto mínimo en el presupuesto regional en la declaración de principio, y de carácter general, de que los trabajadores, transferidos en su origen pero ya plenamente integrados en el organigrama de la Administración regional, vean sus retribuciones alteradas respecto de sus colegas."[39]

Finalmente, en el ámbito del Convenio Colectivo, "la igualdad que consagra el art. 14 C.E. es igualdad ante la Ley (aunque también en la Ley) y que, en consecuencia, no puede ser arguida su vulneración si no se precisa qué norma legal es la que ha sido objeto de una aplicación diferenciadora o discriminatoria, y la recurrente no hace ninguna indicación al respecto, sino más bien el de una actuación pretendidamente ilegal de los firmantes del convenio", además, "el respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 C.E."[40]

5. El Real Decreto-Ley 6/2019[41]

Coincidiendo con el día de la mujer trabajadora, el Real decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, entró en vigor con dos precisiones jurídicas en los apartados 2 y 3 de la disposición final segunda.[42]

En primer lugar, la regulación en materia de adaptación de jornada, reducción de jornada por cuidado del lactante, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento en el trabajo por cuenta ajena, público y privado, así como a las prestaciones de Seguridad Social correspondientes, "será de aplicación a los supuestos que se produzcan o constituyan a partir de su entrada en vigor". En segundo término, la nueva regulación de los permisos por maternidad y paternidad, tanto para el personal al que se aplica el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de

[39] STC 110/2004, de 30 de junio de 2004. R. 4891/99.

[40] STC 108/1989, de 8 de junio de 1989. R. 1031/1987.

[41] de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. BOE de 7 de marzo de 2019. En adelante RDLey 6/2019.

[42] DF2ª RDLey 6/2019. "2. La regulación introducida por el presente real decreto-ley en materia de adaptación de jornada, reducción de jornada por cuidado del lactante, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento en el trabajo por cuenta ajena, público y privado, así como a las prestaciones de Seguridad Social correspondientes, será de aplicación a los supuestos que se produzcan o constituyan a partir de su entrada en vigor. En concreto, la prestación económica por cuidado del lactante prevista en el capítulo VII del título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, será de aplicación a los nacimientos, adopciones, guarda con fines de adopción o acogimiento que se produzcan o constituyan a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley. 3. Lo dispuesto en el apartado doce del artículo 2; apartado tres del artículo 3; y apartados siete y ocho del artículo 7 entrará en vigor el día primero del mes siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»".

octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores[43], como a quienes es de aplicación la Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público[44] y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.[45]

Se argumenta la extraordinaria y urgente necesidad de este instrumento en el claro retraso en el cumplimiento de los objetivos de igualdad, desde que en 2007 se publicara la LOIEMH, pionera en esta materia.

La igualdad entre hombres y mujeres como derecho básico y la desigualdad visible, entre otros datos, en la brecha salarial exigen, según el Gobierno, una actuación urgente y necesaria por parte del Estado, ya que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y viendo afectados sus derechos fundamentales. La norma afecta a dos ámbitos de actuación: medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto a los hombres y medidas para que las personas trabajadoras (hombres y mujeres), ejerzan la corresponsabilidad en su vida personal, familiar y laboral, quedando prohibida cualquier discriminación directa o indirecta.

Las medidas del Real Decreto-ley 6/2019 se plasman en la modificación de varios textos normativos básicos en el ámbito socio-laboral.

En relación a planes de igualdad, el artículo 1 plantea la modificación de la citada LOIEMH y pretende esencialmente, extender la exigencia de redacción de los planes de igualdad a empresas de cincuenta o más trabajadores, creando la obligación de inscribir los mismos en el registro que se desarrollará reglamentariamente. Este artículo es complementado con el artículo 6, por el que se modifica el texto refundido 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 Social[46]; esta modificación tiene como objetivo definir mejor el tipo infractor correspondiente al incumplimiento de las obligaciones empresariales relativas a los planes y medidas de igualdad. Así como en relación a varias medidas de conciliación e igualdad en materia de jornada, contratos de trabajo, condiciones del contrato, suspensión y extinción.[47]

En materia de Seguridad Social, modifica el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social[48], en relación a prestaciones relacionadas con algunas de esas medidas; fundamentalmente por nacimiento y cuidado de menor y por cuidado del lactante.

Una de las modificaciones a tener en cuenta para reducir las desigualdades de género, son las relacionadas con las condiciones de trabajo:

a) Clasificación profesional
   La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas basados en un análisis de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones para evitar cualquier tipo de discriminación.

[43] BOE de 24 de octubre de 2015. En adelante ET.

[44] BOE de 31 de octubre de 2015. En adelante EBEP.

[45] BOE de 12 de julio de 2007. En adelante LETA.

[46] BOE de 8 de agosto de 2000. En adelante LISOS.

[47] Modificaciones del ET, EBEP y LETA.

[48] BOE de 31 de octubre de 2015. En adelante TRLGSS.

b) Igualdad de retribución
Se define qué se entiende por un "trabajo de igual valor". Además, el empresario deberá llevar un registro salarial, con los valores medios de las retribuciones desagregados por sexos y grupos profesionales. Las personas trabajadoras podrán acceder a esta información a través de sus representantes.

En cuanto al derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores, la empresa tiene que informar del registro salarial y los datos de proporción de hombres/mujeres en los diferentes niveles profesionales.

Se determinan los efectos de la nulidad del contrato por causa de discriminación salarial por razón de sexo: el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor.

6. Complementos para la reducción de la brecha de género

El Consejo de Ministros aprobó en febrero de 2021 varias medidas a propuesta del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Entre ellas, se encuentra la creación de un nuevo complemento vinculado a la maternidad y paternidad que persigue reducir la brecha de género que actualmente se produce en las pensiones.[49]

El complemento para reducir la brecha de género en pensiones partía de la necesidad de establecer una herramienta más justa y eficiente en la reducción de las diferencias de pensión entre hombres y mujeres[50]. Sustituye al artículo 60 que fue introducido en la Ley General de Seguridad Social por la Ley 48/2015. Dicho complemento fue considerado discriminatorio por una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.[51]

El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, sustituye el complemento por maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género, con el que se persigue reparar el perjuicio que han sufrido a lo largo de su carrera profesional las mujeres por asumir un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos que se proyecta en el ámbito de las pensiones[52].

[49] https://revista.seg-social.es/-/el-gobierno-aprueba-un-nuevo-complemento-para-reducir-la-brecha-de-g%C3%A9nero-en-las-pensiones

[50] https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2022/080322-complemento-brecha-genero.aspx

[51] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019
WA contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona Procedimiento prejudicial - Política social - Directiva 79/7/CEE - Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social - Artículo 4, apartados 1 y 2 - Artículo 7, apartado 1 - Cálculo de las prestaciones - Directiva 2006/54/CE - Igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación - Norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva por incapacidad permanente - No reconocimiento de este derecho a los hombres que se encuentren en una situación idéntica - Situación comparable - Discriminación directa por razón de sexo - Excepciones - Inexistencia Asunto C-450/18.

[52] https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/4c43ce49-6636-4a12-bacf-5e6697eb81da?1dmy&urile=wcm%3apath%3a%2Fwebcontent%2Bsyndication%2Fibmcontentwcm%253AunresolvedReferences#Beneficiarios

6.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A) Hechos y antecedentes

El derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva por incapacidad permanente no se extiende a los hombres en la misma situación, según la legislación española de Seguridad Social, que sostiene la viabilidad de la acción positiva, compatible con el principio de no discriminación por razón de sexo de los arts. 4.1 y 7.1 de la Directiva 2006/54/CE, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

B) Problema suscitado

El problema suscitado determina la aplicación del art. 157 del TFUE y de la Directiva 2006/54/CE, así como a la normativa española por la cual se aumenta la pensión de incapacidad permanente regulada en el art. 196.3 LGSS con el complemento previsto en el art. 60.1 LGSS, para las mujeres que hubieran tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de la pensión en su nivel contributivo.

El citado complemento, denominado "complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad social", fue introducido en el texto de la LGSS para aquellas pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016, con el objeto de compensar a las madres beneficiarias de alguna de las pensiones del nivel contributivo de la Seguridad social por su contribución a la natalidad y, con ello, al sostenimiento del sistema de la Seguridad social y, en particular, que han tenido que compatibilizar, en condiciones de completa precariedad social y legislativa, su carrera laboral con la maternidad, pues, "si bien es cierto que el complemento de maternidad se reconoce a las madres por su aportación demográfica, también lo es en razón a que su «carrera de seguro» se ve acortada, por las dificultades para la conciliación laboral derivadas de la maternidad". El Tribunal Constitucional sostiene que "el objetivo del complemento de maternidad es compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores". Por tal razón, se aplica el criterio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía, por referencia al número de hijos nacidos (la cuantía del complemento asciende al 5, 10 o 15 % del importe inicial de la pensión, según que la beneficiaria haya tenido dos, tres o cuatro o más hijos, respectivamente).[53]

Así lo contempla también la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica al establecer que, "es necesario tener en cuenta que el complemento que nos ocupa es una medida de acción positiva que persigue, en último término, la igualdad material entre mujeres y hombres con el objeto de evitar los efectos perjudiciales que en el mundo laboral sufren las primeras con motivo de asumir una mayor dedicación en el cuidado y educación de los hijos (brecha salarial, "techo de cristal", mayor parcialidad en el empleo, mayores períodos de interrupción de la vida laboral por cuidados de hijos, etc). Esta situación tiene efectos negativos directos en la promoción profesional y en las retribuciones que perciben las trabajadoras y, por tanto, efectos negativos indirectos en la cuantía de sus pensiones futuras, cuyo cálculo se va a efectuar a partir de dichas

[53] F. J. 3º. Pleno. Auto 114/2018, de 16 de octubre de 2018. Cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona en relación con el artículo 60, apartados primero y cuarto, del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Votos particulares. BOE de 20 de noviembre de 2018.

retribuciones. Por ello, la compensación va dirigida exclusivamente al colectivo de mujeres y se extiende no solo a las madres biológicas sino también por adopción".[54]

Los hechos que fundan la decisión del TJUE se resuelven con el reconocimiento al demandante de la pensión por incapacidad permanente en grado de absoluta en fecha 25/1/2017, una resolución impugnada por este al considerar que le correspondía, como padre de dos hijos, el complemento por contribución demográfica, siendo tal reclamación objeto de desestimación por resolución del INSS de 9/6/2017, por tratarse de una prestación únicamente prevista para mujeres beneficiarias de una prestación contributiva.

Contra dicha resolución desestimatoria, el interesado presentó demanda ante el juzgado de lo social número 3 de Girona. Hay que destacar que, durante la sustanciación del proceso se produjo el deceso del demandante, sucediéndole en el litigio su viuda.

Por parte del juzgado remitente, la duda planteada se deriva de la doble naturaleza del complemento objeto de controversia, pues una de sus finalidades, que justifica su propia denominación, es recompensar la contribución demográfica al sistema de la Seguridad social mediante nacimiento o adopción, atribuible a ambos progenitores.

Para dar respuesta a la demanda y a la vista de la preocupación del tema, plantea la cuestión prejudicial en los siguientes términos, vinculados al principio de igualdad retributiva y su alcance a las prestaciones contributivas: «¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 [TFUE] y en la Directiva [76/207] y en la Directiva [2002/73] que modifica a aquella, refundida por [la] Directiva [2006/54], una Ley nacional (en concreto el art. 60.1 de la [LGSS]) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los hombres en idéntica situación?».[55]

C) Posición de las partes

El demandante sostiene que el principio de igualdad y no discriminación no justifica la diferencia de trato, pues, si el complemento de pensión se justifica en la contribución demográfica del beneficiario de una prestación contributiva, también los hombres han participado en tal aportación al sistema de la Seguridad social.

El INSS, por su parte, esgrime el objetivo último buscado por la norma, que no es otro que compensar a las mujeres por las interrupciones o reducción en sus carreras profesionales y de cotización, lo que repercute negativamente en definitiva en la cuantía de sus pensiones, como consecuencia del nacimiento o adopción de hijos y su dedicación a los cuidados, situación que, como es obvio, afecta principalmente a las mujeres y no a los hombres.

Las razones de política social, la corrección de la brecha de género en las pensiones, justifican su establecimiento, avalado por el argumento estadístico relativo a los respectivos importes de las pensiones para hombres y mujeres y entre mujeres con y sin hijos.

---

[54] Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. Criterio de gestión: 1/2018 Fecha: 1 de febrero de 2018.

[55] Rivas Vallejo, P.: "La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad. STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18)", *Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 1/2020*, p. 4.

Para el Abogado General, la existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores a los efectos de lucrar el complemento en cuestión, ni tampoco es una acción positiva justificada por la protección biológica a la maternidad, pues su regulación no se vincula al efectivo abandono de la carrera profesional para el cuidado de los hijos y, por tanto, al permiso de maternidad.

D) Normativa aplicable

La cuestión prejudicial se plantea sobre la base de una posible vulneración del art. 157 TFUE, que sienta el principio de igualdad retributiva por razón de sexo, extensible a toda percepción derivada del trabajo y a la relación contractual.

En consecuencia, estaríamos hablando de igualdad retributiva, no de pensiones contributivas por incapacidad permanente, por tanto, tampoco estarían incluidas en el concepto de retribución del que parte el art. 157 TFUE, apartados primero y segundo, ni en la Directiva 2006/54, ex art. 1.2 c), de la Directiva 2006/54, en relación con el art. 2.1 f) de la misma. Por consiguiente, no sería aplicable a las mismas el principio de igualdad retributiva y sus derivaciones, como tampoco lo sería el complemento previsto en el art. 60.1 LGSS, dada su naturaleza jurídica de pensión pública contributiva.[56]

Sin embargo, dicho complemento sí estaría comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54, al formar parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 79/7, la invalidez.[57]

La Directiva 79/7 establece el principio de igualdad de trato, que supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, en lo relativo al cálculo de las prestaciones.[58]

Aplicado al complemento de pensión previsto en el art. 60.1 LGSS, puede suponer una diferencia de trato basada en el sexo contrario al art. 4.1 de la Directiva 79/7, al reconocerse únicamente a las mujeres que hayan tenido dos o más hijos en el momento de causar una pensión contributiva del sistema de la Seguridad social.[59]

[56] Rivas Vallejo, P.: "La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores…", *Op. Cit.*, p. 5.

[57] Art. 3. 1 "La presente Directiva se aplicará a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos: - enfermedad, - invalidez, - vejez, - accidente laboral y enfermedad profesional, - desempleo". Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. *Diario Oficial n° L 006 de 10/01/1979 p. 0024 - 0025*. En adelante Directiva 79/7.

[58] Art. 4 "1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: - el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, - la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones, - el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones. 2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad." Directiva 79/7.

[59] Rivas Vallejo, P.: "La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores…", *Op. Cit.*, p. 5.

6.2. El Real Decreto-ley 3/2021[60]

A) Justificación de la reforma[61]

Uno de los objetivos del Real Decreto-ley 3/2021, es reforzar la fortaleza y viabilidad del sistema de Seguridad Social, al tiempo que se actúa contra la brecha de género manifestada en las pensiones, mediante la reforma del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

La sentencia del TJUE estableció que el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema, era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Y lo hizo por entender que resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), «… mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento…»

Como hemos tenido ocasión de ver, la sentencia pone de manifiesto la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica. Y la necesidad de proceder a su redefinición ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones.

No es exagerado afirmar que la brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas. En este sentido, se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida.

La nueva regulación del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sustituye el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género en el que el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género.

Y lo hace de una forma equilibrada y efectiva -y al mismo tiempo respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea-, a través de un diseño en el que se persigue configurar el «complemento» como una palanca para la reducción de la brecha de género, que es el reflejo de esa situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos.

Pero, al mismo tiempo, se deja la puerta abierta a que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al «complemento». Es decir, que se combina una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en

[60] de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la seguridad social y económico. BOE de 03 de febrero de 2021. En adelante Real Decreto-ley 3/2021

[61] Exposición de Motivos. Real Decreto-ley 3/2021

su carrera de cotización, el «complemento» lo percibe la mujer) con la previsión de una «puerta abierta» para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable.

B) Modificaciones

Respecto a las medidas para la reducción de la brecha de género, se da una nueva redacción al artículo 60 del Texto Refundido de la LGSS, en los siguientes términos:

Artículo 60. Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

1. Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres. El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

3.ª Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

4.ª El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma.

2. El reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses

siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes.

Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento.

3. Este complemento tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva.

El importe del complemento por hijo o hija se fijará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. La cuantía a percibir estará limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija y será incrementada al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para las pensiones contributivas.

La percepción del complemento estará sujeta además a las siguientes reglas:

a) Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento.

A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados.

b) No se reconocerá el derecho al complemento al padre o a la madre que haya sido privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Tampoco se reconocerá el derecho al complemento al padre que haya sido condenado por violencia contra la mujer, en los términos que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, ni al padre o a la madre que haya sido condenado o condenada por ejercer violencia contra los hijos o hijas.

c) El complemento será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho al mismo.

d) El importe del complemento no será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones previsto en los artículos 57 y 58.7.

e) El importe de este complemento no tendrá la consideración de ingreso o rendimiento de trabajo en orden a determinar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos previsto en el artículo 59. Cuando concurran dichos requisitos, se reconocerá la cuantía mínima de pensión según establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. A este importe se sumará el complemento para la reducción de la brecha de género.

f) Cuando la pensión contributiva que determina el derecho al complemento se cause por totalización de períodos de seguro a *prorrata temporis* en aplicación de normativa internacional, el importe real del complemento será el resultado de aplicar a la cuantía a la que se refiere el apartado anterior, que será considerada importe teórico, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña.

4. No se tendrá derecho a este complemento en los casos de jubilación parcial, a la que se refiere el artículo 215 y el apartado sexto de la disposición transitoria cuarta.

No obstante, se reconocerá el complemento que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. No obstante, cuando en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas en el apartado 1, el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculado al de esta última.

6. Los complementos que pudieran ser reconocidos en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social serán incompatibles entre sí, siendo abonado en el régimen en el que el causante de la pensión tenga más periodos de alta.

Tal y como establece el Real Decreto-ley, en la modificación del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, concurre el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad por dos razones fundamentales: la primera razón es el riesgo de quiebra de los avances en la reducción de la brecha de género. Es evidente que la formulación inicial del complemento de maternidad, en la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pone en riesgo la consecución de una plena igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la protección social, lo cual exige una respuesta legislativa inmediata capaz de reorientar la norma hacia la reducción -y la eventual supresión- de las desigualdades que se ponen de manifiesto con ocasión del acceso a las pensiones públicas. Y, en segundo lugar, la adopción de la norma viene motivada por razones de seguridad jurídica, ya que resulta obligado reconducir la norma a fin de que un instrumento concebido como medida de acción positiva en beneficio de la mujer siga subsistiendo desprovisto de su finalidad primigenia, lo cual redunda en una lógica incertidumbre que debe finalizar.

En cuanto a la financiación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, la nueva disposición adicional trigésima sexta establece que, "la financiación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género del artículo 60, se realizará mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social."

La disposición adicional trigésima séptima, nueva, contempla el alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: "1. El derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas, para la reducción de la brecha de género, previsto en el artículo 60 se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento.

2. A los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres.

3. Con el objetivo de garantizar la adecuación de la medida de corrección introducida para la reducción de la brecha de género en pensiones el Gobierno de España, en el marco del Diálogo Social, deberá realizar una evaluación periódica, cada cinco años, de sus efectos.

4. Una vez que la brecha de género de un año sea inferior al 5 por ciento, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar el artículo 60, previa consulta con los interlocutores sociales."

Respecto al mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, la Disposición transitoria trigésima tercera, establece que, "quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo.

La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro.

En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta."

El Real Decreto-ley 3/2021, modifica igualmente el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril.

Se da nueva redacción a la disposición adicional decimoctava, que queda redactada en los siguientes términos: "Complemento para la reducción de la brecha de género. 1. Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión de jubilación o retiro de carácter forzoso o por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad o viudedad en el Régimen de Clases Pasivas, tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones de las mujeres. El derecho al complemento económico por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.

b) Causar una pensión de jubilación o retiro de carácter forzoso o por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, según los siguientes requisitos:

1.º En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin servicios efectivos al Estado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de este texto refundido, entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2.º En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que el funcionario haya cesado en el servicio activo o haya tenido una reducción de jornada en los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, en más de un 15 por ciento, respecto a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

3.º Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

4.º El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma.

2. El reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes.

Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento.

3. El importe del complemento por hijo o hija se fijará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. La cuantía a percibir estará limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija y será incrementada al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para las pensiones contributivas.

La percepción del complemento estará sujeta, además, a las siguientes reglas:

a) Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento económico.

A efectos de determinar el derecho al complemento así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados.

b) No se reconocerá el derecho al complemento económico al padre o a la madre que haya sido privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Tampoco se reconocerá el derecho al complemento al padre que haya sido condenado por violencia contra la mujer en los términos que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, ni al padre o a la madre que haya sido condenado o condenada por ejercer violencia contra los hijos o hijas.

c) El complemento será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho a la misma.

d) El importe del complemento no será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones previsto en el artículo 27.3.

e) El importe de este complemento no tendrá la consideración de ingreso o rendimiento de trabajo en orden a determinar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos previsto en el artículo 27.2. Cuando concurran dichos requisitos, se reconocerá la cuantía mínima de pensión según establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. A este importe se sumará el complemento para la reducción de la brecha de género.

f) Cuando la pensión que determina el derecho al complemento, se cause por totalización de períodos de seguro a *prorrata temporis* en aplicación de normativa internacional, el importe real del complemento será el resultado de aplicar a la cuantía a la que se refiere el apartado anterior, que será considerada importe teórico, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. No obstante, cuando en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas en el apartado 1, el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculado al de esta última.

5. Los complementos que pudieran ser reconocidos en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social serán incompatibles entre sí, siendo abonado en el régimen en el que el causante de la pensión tenga más periodos de alta.

6. El derecho al reconocimiento del complemento para la reducción de la brecha de género se mantendrá en tanto se mantenga la brecha de género de las pensiones de jubilación en los términos previstos en la disposición adicional trigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

En cuanto al mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones de Clases Pasivas, la disposición transitoria décima cuarta, nueva, dispone: "Quienes, en la fecha de entrada en vigor del complemento para la reducción de la brecha de género prevista en la disposición adicional decimoctava, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad mantendrán su percibo.

La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro.

En el supuesto de que el otro progenitor de alguno de los hijos o hijas que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento para la reducción de la brecha de género y le corresponda, por aplicación de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de esta norma o por aplicación de lo dispuesto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta."

7. Conclusiones

La brecha de género entre hombres y mujeres debe ser objeto de medidas pertinentes para ser completamente erradicada, así como evitar su reaparición en el futuro.

Una de las cuestiones a superar es la histórica atribución a la mujer de las tareas familiares y del hogar, condición inherente a su género. Máxime cuando las mujeres abundan en las Universidades y centros de formación.

La educación constituye un pilar fundamental y puede ser la llave para conseguir la igualdad y hacer desaparecer la idea de colocar a las mujeres en una situación o escalón por debajo del hombre.

A igual trabajo, igual remuneración. Ahí es donde se aprecia con mayor claridad la diferencia de trato.

El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, sustituye el complemento por maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género, con el que se persigue reparar el perjuicio que han sufrido a lo largo de su carrera profesional las mujeres por asumir un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos que se proyecta en el ámbito de las pensiones.

Este complemento estará asociado a la acreditación de un perjuicio en la carrera profesional en los periodos posteriores a tener un hijo/a. Se trata de un perjuicio, sufrido de forma abrumadora por las mujeres, de acuerdo con los datos de las carreras laborales analizados por la Seguridad Social, es una de las principales causas de la existencia de la brecha de género en la pensión.

El nuevo complemento para reducir la brecha de género tendrá mayor alcance que el actual complemento de maternidad, al abonarse a partir del primer hijo (lo que permitirá incluir a unas 30.000 personas que no lo percibirían este año), y no del segundo; además se contempla que el beneficiario pueda ser el padre si acredita un perjuicio en su carrera profesional vinculado al nacimiento del hijo o hija.

Asimismo, el citado complemento corrige los dos problemas de diseño que había en el anterior, conocido como complemento de maternidad. En primer lugar, el anterior complemento no atacaba el origen de la brecha de género en las pensiones, que se genera con el nacimiento del primer hijo, ya que solo se percibía a partir del segundo hijo. Además, al establecer un porcentaje de incremento de la pensión por cada hijo a partir del segundo, beneficiaba especialmente a las rentas más altas.

En principio, va dirigido a las mujeres, que sufren más en su vida laboral el impacto de tener un hijo, pero pueden solicitarlo también los padres siempre y cuando se hayan visto más perjudicados en la carrera laboral. En caso de que ninguno de los dos progenitores se hubiese visto perjudicado por periodos sin cotizar o por reducciones de trabajo, el complemento se adjudicará a la madre. Y en el caso de ser dos mujeres, a la que tenga la pensión con un importe inferior.

No obstante, si los dos progenitores son hombres, se reconocerá a aquel que reciba pensiones públicas cuya suma se de menor cuantía.

Principales desafíos ante la discriminación por razón de género y su impacto en el sistema de pensiones español[1]

José Luis Ruiz Santamaría
Profesor Ayudante Doctor acreditado a Profesor Contratado Doctor
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

"La igualdad es una necesidad vital del alma humana. La misma cantidad de respeto y de atención se debe a todo ser humano, porque el respeto no tiene grados[2]"

Simone Weil

[1] El presente capítulo está enmarcado en la actividad investigadora llevada a cabo por el autor, con ORCID ID.: 0000-0002-9814-4429, miembro del Grupo de investigación consolidado sobre "Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social" (financiado por la Junta de Andalucía, PAIDI SEJ-347), y dentro de los siguientes proyectos: Proyecto de I+D+i del Programa Estatal "Retos Investigación" orientado a los Retos de la Sociedad, "Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?" (ref. RTI2018-094696-B-I00), dirigido por Francisco Vila Tierno y Miguel Gutiérrez Bengoechea, y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y Proyecto de I+D+i del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) orientado a los Retos de la Sociedad Andaluza, "Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y el desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza" (ref. P18-RT-2585), dirigido por Francisco Vila Tierno y Miguel Gutiérrez Bengoechea, y cofinanciado por la Unión Europea (FEDER) y por la Junta de Andalucía. Asimismo, se lleva a cabo a raíz de una estancia investigadora postdoctoral en la Universidad Complutense de Madrid (2021).

[2] Weil, S., *Reflexiones sobre las causas de la libertad y de la opresión social*, Trotta, Madrid, 2015.

1. Cuestiones preliminares: las insuficiencias en materia de genero y la brecha pensional

En la actualidad, cuando avanzamos de manera inexorable hacia la culminación del primer cuarto del siglo XXI, y pese a los avances experimentados durante este periodo en materia de igualdad de género en el ámbito de las relaciones laborales y de la seguridad social, lo cierto es que los resultados obtenidos no se corresponden con los esperados. Consecuentemente, los Estados y las instituciones internacionales tienen ante sí uno de los principales desafíos frente a la discriminación por razón de género en el ámbito socio-laboral, demandándose la incorporación, en sus diferentes proyectos legislativos, de una regulación que sea capaz de impedir, de manera eficiente, las brechas de género que aún subsisten en el mundo del trabajo. Pues es un hecho constatado que las desigualdades presentes en el ámbito laboral y salarial van a repercutir, a su vez y de manera perniciosa, en la determinación de las futuras pensiones de estas trabajadoras.

Al hilo de estas premisas, y esgrimiendo argumentos sólidos que justifiquen nuestra investigación, abordamos un análisis crítico, acompañado de propuestas de mejora que ayuden a superar las carencias y brechas que, mediante los datos estadísticos disponibles, se detectan en la actualidad. Nuestra medología, coherente con la doctrina más autorizada y para evitar los errores del pasado, no se limitará a llevar a cabo un análisis puramente formal -superficial o externo-, sino que se centrará en aquellos factores esenciales -de fondo o interno- que verdaderamente consolidan -e incluso agravan progresivamente- las brechas por razón de género en el sistema de pensiones español.

2. Los referentes en el plano internacional

2.1. La perspectiva global de la ONU

Es un hecho suficientemente consolidado que, desde una panorámica mundial, el tratamiento de la igualdad entre mujeres y hombres tiene la consideración de derecho humano. De forma paralela no debemos obviar -por la importancia que requiere el asunto- que también se trata de una cuestión sólidamente conectada con la propia esencia de la justicia social. Ahora bien, una vez enunciadas estas dos ideas iniciales sobre las que pivota la perspectiva global de la ONU, perfilaremos cada una de ellas -aunque de forma muy breve- matizando lo siguiente:

- Respecto a la consideración de derecho humano basta recordar el contenido del art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 -en adelante DUDH- que, reconociendo el derecho de toda persona a tener el mismo tratamiento ante la ley", dice textualmente que "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación". Precisamente, igualdad y no discriminación, que son los principios que recoge este precepto, constituyen las bases esenciales sobre las que se sustenta el estado de derecho.
- En relación a su relacionalidad con la justicia social, son muy ilustrativas las palabras de Kofi Annan[3] al indicar que "La igualdad de género es más que un objetivo en sí

[3] Fue el séptimo Secretario General de las Naciones Unidas. Annan, que ha sido el primer Secretario General elegido cuando formaba parte del personal de las Naciones Unidas, empezó su primer mandato el 1° de enero de 1997. El 29 de junio de 2001 la Asamblea General, por recomendación del Consejo de Seguridad, le nombró por aclamación para un segundo mandato, desde el 1° de enero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2006. Disponible en: https://www.un.org/sg/es/content/kofi-annan.

> mismo. Es un requisito para alcanzar el desafío de reducir la pobreza, promover el desarrollo sostenible y construir una buena gobernanza[4]".

Conectando estos aspectos esenciales sobre la igualdad de género con el específico de las pensiones, y constituyendo éstas uno de los indicadores más representativos del "welfare state", la ONU a través del informe titulado "El progreso de las mujeres en el mundo 2015-2016[5]" ha puesto de relieve la necesidad de reducir la brecha de género y proteger la seguridad de los ingresos de las mujeres en la vejez a través del establecimiento de sistemas de pensiones con perspectiva de género. En este informe, se lleva a cabo una serie de investigaciones, análisis y recomendaciones sobre la adopción de políticas de transformación de los sistemas de pensiones con el objetivo de reducir las brechas de género y proteger la seguridad de los ingresos de las mujeres en la vejez. Se dice que "el envejecimiento tiene rostro de mujer[6]", porque las mujeres no sólo son más longevas que los hombres, sino que además sus probabilidades de disfrutar de seguridad en términos de ingresos y de independencia económica cuando se hacen mayores son menores. Es decir, junto a las desventajas económicas que padecen las mujeres a lo largo de su vida hay que añadir que, por lo general, en la mayoría de los sistemas se han diseñado sistemas pensionales muy desfavorables para las mujeres, excluyéndolas de los mismos -por no haber cotizado el tiempo mínimo exigido-, o determinándose cuantías muy por debajo de las establecidas para los hombres. En definitiva, se ha señalado que "(…) la raíz de la desventaja que sufren las mujeres en la vejez se encuentra en el sesgo de género del mercado laboral y los patrones en el curso de sus vidas, aunque sus efectos pueden verse agravados o mitigados en función de determinadas características del diseño de los sistemas de pensiones[7]".

2.2. La lucha de la OIT contra las disparidades de género en el trabajo y su incidencia negativa en el sistema pensional de la mujer

Desde la creación de la OIT en 1919, la no discriminación y el impulso de la igualdad se integran como principios fundamentales que sustentan la labor de la institución. También, y a raíz de la introducción -en 1999- del novedoso concepto "trabajo decente[8]", la OIT ha impulsado la

[4] En noviembre de 2018, la Oficina de la ONU para los Derechos Humanos lanzó una serie especial para conmemorar el 70 aniversario de la DUDH, adoptada el 10 de diciembre de 1948. En los comentarios al art. 7, junto al referido de Kofi Annan, la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, se refirió al importante progreso realizado en los 70 años desde la adopción de la DUDH, como resultado de que personas en todo el mundo demandan "el fin de la discriminación, la tiranía y la explotación". Sin embargo, no caben dudas de que el mundo aún tiene un largo camino por recorrer si quiere alcanzar el compromiso del expresidente sudafricano Nelson Mandela (víctima de las leyes y regulaciones flagrantemente racistas del sistema de *apartheid*), de "liberar a toda nuestra gente del yugo continuo de la pobreza, la privación, el sufrimiento, la discriminación por género o de otro tipo". *Vid.* Organización de Naciones Unidas (ONU), *30 Artículos sobre los 30 artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos,* Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Nueva York (Estados Unidos), 2018. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/press-releases/2018/11/30-articles-30-articles-universal-declaration-human-rights.

[5] *Vid.* Organización de Naciones Unidas (ONU), *El progreso de las mujeres en el mundo 2015-2016: Transformar las economías para realizar los derechos*, Naciones Unidas, Nueva York (Estados Unidos), 2015. Disponible en: https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/12/women-income-security-in-old-age.

[6] *Ibid*., p. 1.

[7] *Ibid*., pp. 2-3.

[8] Sobre la aproximación al concepto "trabajo decente" puede consultarse en, Ruiz Santamaría, J.L.: "Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, Vol. 7 Núm. 4, pp. 114-115. Disponible en : https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php.54608/mod_resource/content/0/n%C3%BAm.%204 %2C%20octubre-diciembre.pdf. También, y del mismo autor véase en, Ruiz Santamaría, J.L.: "Orientaciones y desafíos globales para la mejora de los ambientes de trabajo: ¿Un nuevo modelo de prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de la OIT?", *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: Tomo II. IV Congreso Internacional y XVII*

promoción de la igualdad de oportunidades con el fin de que mujeres y hombres puedan acceder a un trabajo digno -decente-, o lo que es lo mismo, el acceso a un trabajo bien remunerado, productivo y realizado en condiciones de libertad equidad, seguridad y dignidad y humana. Para ello, se contempla a la igualdad de género como un elemento decisivo para el logro de los siguientes cuatro objetivos estratégicos:

- Promover y cumplir normas, principios y derechos fundamentales del trabajo.
- Generar mejores oportunidades para que mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos.
- Mejorar la eficacia y la cobertura de un sistema de seguridad social para todos.
- Fortalecer el tripartismo y el diálogo social.,

Y es que el permanente interés en materia de igualdad de género se refleja en el abundante repertorio de iniciativas, estrategias, instrumentos jurídicos, etc., emanado desde la OIT[9] y que se recoge de forma conjunta en la siguiente tabla.

Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2020, pp. 498-502. Disponible en: https://www.aesss.es/wp-content/uploads/2020/10/TOMO-II-LIBRO-CONGRESO-AESSS-2020.pdf.

[9] Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Directrices para incluir la perspectiva de género en las políticas de empleo,* Departamento de Políticas de Empleo Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2011. Disponible en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_483214/lang--es/index.htm.

Tabla 1. Relación esquemática de instrumentos jurídicos y otras actuaciones adoptadas por la OIT en materia de igualdad de género

A. Instrumentos jurídicos

- *Convenios clave*

-Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (Núm. 100).

-Convenio sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, 1958 (Núm. 111).

-Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (Núm. 156).

-Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (Núm. 183).

- *Resoluciones conexas*

-Resolución relativa a la promoción de la igualdad de género, la igualdad de remuneración y la protección de la maternidad, adoptada en junio de 2004.

-Decisión de marzo de 2005, el Consejo de Administración encomendó incorporar la perspectiva de género en la cooperación técnica.

- Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente, adoptada en junio de 2009.-

- *Otras disposiciones*

-Carta de la ONU.

-Numerosas resoluciones de la Asamblea General.

-Conclusiones acordadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en relación con la integración de la perspectiva de género.

-Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -en adelante CEDAW-.

-Plataforma de Acción de Beijing de 1995 y su seguimiento, y los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

B. Política y estrategia

-Circular Núm. 564, del Director General -1999-.

-Programas de trabajo decente por país -en adelante PTDP- y las políticas y estrategias nacionales para la erradicación de la pobreza.

-Plan de acción de la OIT sobre igualdad de género 2010-15.

C. Enfoque integrado con el trabajo decente

-Programa de Trabajo Decente

FUENTE: Elaboración propia a partir de la información disponible en la OIT[10].

También, y de forma paralela, la preocupación de la OIT por la protección jurídica de los trabajadores maduros se remonta a fechas más remotas. En 1952, se dicta el Convenio Núm. 102[11],

[10] Véase -entre otros- *in extenso* las siguientes referencias bibliográficas: Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Igualdad de género y trabajo decente. Convenios y recomendaciones claves de la OIT para la igualdad de género,* Oficina para la Igualdad de Género y Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2012. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_088160.pdf. y en, Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Impulsar la justicia social, promover el trabajo decente. La OIT y la igualdad de género,* Documentación, Ginebra (Suiza), S/F. Disponible en: https://www.ilo.org/gender/Aboutus/ILOandgenderequality/lang--es/index.htm.

[11] El acceso a la jubilación, a través de pensiones apropiadas y cuidado médico, integrada como una de las prioridades del mandato de la OIT y parte central de su "Programa de Trabajo Decente". En base a este interés, el Departamento de Seguridad Social de la OIT promueve el Convenio Núm. 102 (1955) y otros convenios importantes a través de su

sobre la Seguridad Social (norma mínima) establece las bases mínimas para el establecimiento de un sistema integral de Seguridad Social. Años más tarde -en 1980-, y a través de la Recomendación Núm. 162[12], sobre los trabajadores de edad, se afrontan soluciones específicas sobre la problemática de las personas trabajadoras mayores de edad -mujeres y hombres- en empleo y ocupación a causa de su envejecimiento[13].

El 1 de octubre de 2008, y con ocasión de la celebración del "Día Internacional de las Personas de Edad", la OIT ha señalado que "(…) A pesar de la creciente atención internacional por el envejecimiento de las sociedades y por los ancianos, en muchos países, las personas -en particular mujeres- continúan enfrentando discriminación por motivos de edad en el lugar de trabajo y carecen de acceso a derechos, empleos y seguridad social[14]". Y, en relación concreta a las mujeres, se destacaba que "(…) Las mujeres mayores son más vulnerables, con frecuencia están atrapadas en trabajos no remunerados, con salarios bajos, o trabajos a tiempo parcial o precario. Por este motivo, a menudo carecen de cualquier forma de pensión, derechos u otro beneficio social que los hombres tienen. Además, sus bajos ingresos generan un ciclo infinito de pobreza basada en el género[15]".

Las políticas de austeridad aplicadas en los países más acomodados y el constante subdesarrollo del "welfare state" en las regiones más pobres determinan que todos los trabajadores se vean afectados por disparidades en materia de protección social[16].

Sin embargo, "(…) la combinación de las brechas entre los géneros en los resultados del mercado laboral y la mayor propensión de las mujeres a trabajar en formas atípicas de empleo -con horas irregulares y una trayectoria laboral con interrupciones- provocan disparidades de

"Campaña Global" para extender la seguridad social a todas las mujeres y hombres. *Cfr*. Organización Internacional del Trabajo (OIT): *Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)*, Núm. 102, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 1952. Disponible en línea: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102.

[12] La OIT ha subrayado que las personas de edad deberían tener la posibilidad de trabajar o dejar de hacerlo, a tiempo completo o parcial, y quedar protegidos bajo el amparo de la seguridad social, ancianidad, jubilación y tiempo de servicio. Sin embargo, en muchos países, la escasa o inexistente cobertura de los sistemas de protección social, obliga a las mujeres y hombres de edad a seguir trabajando, con frecuencia en la economía informal y en condiciones precarias, para tener acceso a una vida decente. *Cfr*. Organización Internacional del Trabajo (OIT): *La Recomendación sobre los trabajadores de edad*, Núm. 162, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 1980. Disponible en línea: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R162.

[13] Véase también sobre la concreta aplicación de las normas internacionales del trabajo el reciente Informe III. *Vid.* Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Informe III (A). Aplicación de las normas internacionales del trabajo,* Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *2022,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2022. Disponible en: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/110/reports/reports-to-the-conference/WCMS_836655/lang--es/index.htm.

[14] *Vid.* Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Campaña de Igualdad de Género en el corazón del Trabajo Decente,* Comunicado de prensa de 1 de octubre de 2008, Ginebra (Suiza), 2008. Disponible en: www.ilo.org/gender.

[15] Así lo ha manifestado Jane Hodges, Directora de la Oficina para la Igualdad de Género de la OIT. *Cfr*. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Campaña de Igualdad de Género en el corazón del Trabajo Decente, Op. Cit., passim.*

[16] *Vid.* Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019: La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2017. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_602867/lang--es/index.htm.

protección social entre mujeres y hombres. Esta situación está muy bien documentada por lo que respecta al acceso a las pensiones de vejez[17]"

De otra parte, el menor nivel de participación femenina en la fuerza de trabajo con respecto a la masculina, las considerables diferencias de remuneración entre los géneros, la mayor probabilidad de una carrera más breve o con interrupciones, y la presencia excesiva de mujeres en el trabajo informal y vulnerable inciden negativamente en su capacidad de consolidar derechos jubilatorios en el régimen contributivo de pensiones. De hecho, estos factores contribuyen a reducir las tasas de cobertura previsional de las mujeres y el nivel de su pensión, y en última instancia aumentan más el nivel de pobreza de las mujeres en la vejez con respecto a los hombres[18].

2.3. Actuaciones de la UE ante la brecha de género: la brecha pensional y otras conexas

La actuación de la Unión Europea -en adelante UE- en materia de igualdad siempre ha estado marcada por el desarrollo de una política dirigida a la consecución de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres. En este sentido, y a propósito del protagonismo de la UE en esta parcela, coincidimos con aquellas tesis que afirman que "(…) la igualdad entre mujeres y hombres es uno de los objetivos de la UE y, con el paso de los años, la legislación, la jurisprudencia y las modificaciones de los Tratados han contribuido a reforzar este principio, así como su aplicación[19]". Continuando por la senda marcada desde los inicios de su funcionamiento, el 5 de marzo del 2020 se aprobó la "Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025[20]". A través de la misma, se ha establecido para el correspondiente lustro un conjunto de medidas y acciones concretas encaminadas hacia la promoción y el impulso de la igualdad y no discriminación por razón de género durante este periodo y en el territorio de la UE-27[21].

Su finalidad es lograr que las mujeres, los hombres, los niños y las niñas, en toda su diversidad, dispongan de libertad para seguir el camino que elijan en la vida, gocen de las mismas

[17] *Vid.* Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2016. Disponible en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_483214/lang--es/index.htm.

[18] *Vid.* Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: tendencias del empleo femenino,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2018. Disponible en: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends-for-women2018/WCMS_619603/lang--es/index.htm.

[19] *Vid.* Grau Pineda, C.: "La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 y la brecha de las pensiones", *Revista Trabajo y Derecho*, Núm. 73, 2021, pp. 115-142. También, y de la misma autora, véase en: Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, Albacete, 2020, pp. 23-24.

[20] *Vid.* Unión Europea (UE), *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM/2020/152 final, Bruselas (Bélgica), 2020. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152.

[21] Adviértase que en los antecedentes de la UE ya existían con carácter previo las siguientes Estrategias: "Estrategia para la Igualdad de mujeres y hombres 2010-2015, *vid.* Unión Europea (UE), *Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de septiembre de 2010, Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 COM (2010) 491 final, Bruselas (Bélgica), 2010. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/strategy-for-equality-between-women-and-men-2010-2015.html. Y, con posterioridad, "Estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015". *Vid.* Unión Europea (UE), *Estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015*, Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 (2014/2152(INI)), Bruselas (Bélgica), 2015. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0218_ES.html.

oportunidades para prosperar y puedan conformar y dirigir por igual la sociedad europea en la que vivimos[22].

Los objetivos son los siguientes:

- Poner fin a la violencia de género.
- Combatir los estereotipos de género.
- Colmar las brechas de género en el mercado de trabajo.
- Lograr la participación en pie de igualdad en los distintos sectores de la economía.
- Abordar la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres.
- Reducir la brecha de género en las responsabilidades asistenciales.
- Alcanzar el equilibrio entre mujeres y hombres en la toma de decisiones y la actividad política.

Del examen de su texto se debe destacar el doble abordaje que se realiza: de una parte, se integra la perspectiva de género y se enlaza con actuaciones específicas; de otra, se adopta la transversalidad e interseccionalidad como principio de aplicación[23].

Otro aspecto a destacar, es el impulso legislativo que ha supuesto esta Estrategia, ya que el 8 de marzo de 2022, la Comisión Europea, con la nueva propuesta de Directiva a escala de la UE para combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, trató de introducir normas mínimas específicas sobre los derechos de este grupo de víctimas de delitos y tipificar como delito las formas de violencia contra las mujeres y la ciberviolencia[24].

Respecto al tratamiento de la brecha pensional, se encuentra incluida en uno de los seis ejes temáticos sobre los que se sustenta y desarrolla esta Estrategia. Concretamente se hace mención a las brechas laborales, salariales y pensionales, haciéndose especial énfasis en su persistencia y en su especial incidencia en los índices de pobreza afectando de forma masiva a las mujeres con respecto a los hombres. Los datos estimados en la propia Estrategia son los siguientes: 15,7 % de brecha salarial y 30,1 % de brecha pensional. Para paliar y hacer frente a esta situación, desde la Comisión se han anunciado las siguientes medidas:

- Llevar a cabo actuaciones en relación a la brecha laboral y salarial.
- Siguiendo los criterios establecidos en la jurisprudencia reciente del TJUE, poner en marcha los mismos para combatir la brecha pensional.

Finalmente, y como se ha planteado por un sector doctrinal, aunque la citada Estrategia no introduce cambio radical en materia de igualdad, se constata "(…) una renovación del interés por la causa común que supone luchar por una UE cuyo emblema o señera sea la igualdad. O, por lo

[22] *Cfr.* Unión Europea (UE), *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, *Op. Cit.*, pp. 2-3.

[23] Se hace notar que, aunque la Estrategia se centra en la actuación dentro de la UE, ésta es acorde con la política exterior de la UE en materia de igualdad de género y empoderamiento de las mujeres. *Ibid*.

[24] Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0105.

menos, este es el cambio trazado ahora con línea gruesa que ha de recorrerse con paso firme y decidido. Nunca antes se planteó en términos tan asertivos y certeros[25]".

3. El impacto de la brecha de género en el sistema pensional español: aproximación a la realidad actual

No hay duda de que la participación de las mujeres en el mercado de trabajo en España en las últimas décadas ha ido evolucionando de forma muy positiva. Ahora bien, pese a los avances experimentados en materia de igualdad y género en el terreno laboral, todavía queda un largo recorrido hacia la igualdad efectiva y real en los ámbitos conexos -*v.gr.* salarial, pensional, etc.-. En efecto, como se ha puesto de manifiesto de forma reiterada por la doctrina[26], las brechas de género están interrelacionadas entre sí, existiendo entre ellas una dependencia holística. Así, las que se producen en el ámbito laboral, repercuten en el salarial y, éstas, a su vez, en el pensional[27]. Con el fin de poder aproximarnos mejor a la realidad actual, en los siguientes epígrafes se afrontará el examen de los datos estadísticos disponibles más significativos.

3.1. El punto de partida: las cifras de la brecha en el mercado laboral y salarial

3.1.1. Datos estadísticos sobre la brecha en el mercado de trabajo español

Con el fin de poder visibilizar las brechas de género en el mercado laboral español entre hombres y mujeres, en la reciente publicación "Empleo con perspectiva de género" del Observatorio de Igualdad y Empleo -en adelante OIE-[28] se incluyen los principales indicadores de empleo que son los siguientes:

— *Datos de afiliación a la Seguridad Social*. Durante el año 2021 -y según consta en el MISSM, a enero de 2022[29]- la afiliación a la Seguridad Social de los hombres ha sido muy superior al número de afiliaciones de mujeres. Del mismo modo que lo hacían las estadísticas a nivel general, los datos masculinos y femeninos aumentaron con los meses, de tal manera que el mes de enero ambos registraron el menor número de afiliaciones con 10.049.593 y 8.779.99. Aunque el número de afiliaciones de mujeres superó los 9.000.000 en el mes de junio, la brecha de género se mantuvo en valores similares a lo largo del año, registrando el pico más alto en el mes de julio registrándose un porcentaje del 7,37 %.

[25] *Vid.* Grau Pineda, C.: "La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 y la brecha de las pensiones", *Revista Trabajo y Derecho*, *Op. Cit.*, pp. 13-14.

[26] En este sentido, se ha puesto de manifiesto que la clara situación de desventaja de las mujeres con respecto a los hombres en materia pensional -especialmente en la modalidad de las pensiones contributiva del sistema de Seguridad Social- son consecuencia directa de las posiciones más desventajosas que ocupan las mujeres en el mercado laboral. *Cfr*. Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, *Op. Cit.*, p. 18.

[27] Ahora bien, siendo cierta esta aseveración sobre la existencia del nexo causal entre la brecha laboral y pensional, hay que tener muy presente que la brecha laboral no es el único factor determinante de la brecha pensional. Así lo ha expresado el profesor Molina Navarrete al afirmar que: "(…) el cierre de las «brechas de género laborales» será una condición necesaria para cerrar las «brechas de género en pensiones» pero ni una «condición suficiente», ni menos aún, una solución inmediata, actual, pues corregir los desequilibrios sexistas del mercado de trabajo están llevando su tiempo". *Vid.* Molina Navarrete, C.: "«Brechas de género» y sistema español de Seguridad Social: Balance crítico y algunas propuestas de corrección", iQual: Revista de género e igualdad, Núm. 3, 2020, pp. 1-26. Disponible en: https://revistas.um.es/iqual/article/view/386571.

[28] *Vid.* OBSERVATORIO DE IGUALDAD Y EMPLEO DE FUNDACIÓN MUJERES (OIE), Empleo con perspectiva de género. Informe estadístico 2021-2022, España, 2022..

[29] *Vid.* MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (MISSM), Afiliación a la Seguridad Social, España, enero de 2022. Disponible en: https://revista.seg-social.es/-/afilliaci%C3%B3n-enero-2022.

— *Paro registrado*. Según consta en el SEPE, en El número total de personas registradas al paro durante el mes de enero de 2021 fue 3.964.353 personas paradas, mientras que en mes de diciembre se registraron 3.105.905 personas paradas, El número más bajo de personas paradas se produjo en el mes de diciembre, con un total de 3.105.905 personas registradas al paro. El mes de año con la cifra de personas paradas más elevadas fue el mes de febrero con 4.008.789 personas registradas al paro. El mes de febrero registró el número más elevado de mujeres paradas (2.304.779) y de hombres (1.707.010). El mes del año con el mejor registro de personas en el paro para ambos sexos, fue el mes de diciembre, con 1.823.032 mujeres en paro y 1.281.032 hombres en paro. Sin embargo, el mes donde se ha registrado una mayor diferencia entre ambos sexos, es decir, un mayor porcentaje de brecha, fue el mes de noviembre, alcanzando el 18,66 %. Durante los meses de julio a noviembre, los datos de brecha superan la barrera del 18 %. Los mejores registros se encuentran en los primeros meses del año, coincidiendo con los meses con mayor registro de personas en paro.

— *Tasa de actividad*. Según la EPA del INE, la tasa de actividad en España, durante los cuatro trimestres de 2021 se ha mantenido entre el 57 % y el 59 %. El primer trimestre del año registró una tasa de actividad del 57,69 % y durante el último se registró una tasa de actividad del 58,65 %. Sin embargo, los mejores datos se registraron en el tercer trimestre con una tasa de actividad del 59,16 %. La segmentación de datos por sexo nos muestra que la tasa de actividad de los hombres es superior a la de las mujeres en todos los trimestres de 2021. La tasa de actividad de las mujeres se mantuvo entre el 52 % y 54 %, mientras que la de los hombres entre 62 % y 64 %. La tasa de actividad más elevada para los hombres se produjo en el tercer trimestre del 2021, registrándose un 64,31 %. Los porcentajes correspondientes a la brecha de género de la tasa de actividad para este periodo, se ha mantenido en torno al 10 %. Durante el tercer trimestre, se registró el mayor porcentaje de brecha, 10,08 %, mientras que en el cuarto trimestre se registraba el mejor porcentaje de brecha del año, aunque continuaba alrededor de ese 10 % (9,72 %).

— *Tasa de paro*. Según la EPA del INE, durante el año 2021, la tasa de paro ha registrado valores entre un 13 % y casi un 16 %. Con el paso de los meses esta tasa ha ido disminuyendo, comenzaba l año con un 15,98 % de tasa de paro y finalizaba el año con un 13,33 %. Las tasas de paro desagregadas por sexo muestran que, durante el 2021, la tasa de paro femenina supera la tasa de paro masculina. Los datos de ambos sexos van en disminuyendo a lo largo del año. En el caso de las mujeres, la tasa de paro disminuye de 18,13 % en el primer trimestre hasta un 115,04 % en el cuarto. En el caso de los hombres, los datos disminuyen de un 14,07 % en el primer trimestre a un 11,79 % en el cuarto. Estas diferencias generaron una brecha de género que osciló entorno al 3 % y 4 %. Del mismo modo que ocurría con los datos desagregados por sexo, la brecha fue disminuyendo con el paso de los meses. De esta forma, durante el primer cuatrimestre la brecha registrada fue del 4,06 %, mientras que en el cuarto trimestre dicha brecha descendió hasta alcanzar un 3,25 %.

— *La brecha en las condiciones laborales: la temporalidad como precariedad laboral*. Las altas tasas de temporalidad que caracterizan el mercado de trabajo español, afectan de forma más significativa al empleo femenino alcanzando unas tasas de temporalidad aún mayores que en el caso del empleo Masculino. Por lo tanto, la brecha de género también está muy presente en indicadores de precariedad como

el empleo temporal, que alcanza cifras del 28 % para las mujeres frente al 23 % en el caso de los hombres al cierre del año 2021, apreciándose en estas mediciones de la temporalidad una diferencia de 5 puntos de las mujeres con respecto a los hombres. También, y a través de los datos absolutos del conjunto de las personas trabajadoras peor retribuidas -y de manera especial a quienes trabajan a tiempo parcial- podemos apreciar el impacto de género, ya que de los 2.700.000 de personas contabilizadas, más de 2.000.000 son mujeres. Dichas cifras nos desvelan de nuevo la persistente e importante brecha de género en términos de parcialidad, con tasas que alcanzan el 22 % en el empleo femenino frente al 6 % en el masculino. Mediante la aprobación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo[30] se intentará reducir esta brecha de precariedad en el empleo motivada por la temporalidad.

3.1.2. Datos estadísticos sobre la brecha salarial en España y medidas urgentes para su mejora

Lamentablemente, año tras año los datos estadísticos siguen confirmando la existencia y persistencia de una brecha salarial entre hombres y mujeres que, pese a los esfuerzos realizados para su mejora, no se ha podido erradicar. Según consta en los últimos datos recabados al cierre del año 2021, la brecha salarial de género en España es del 24 %. Por el trabajo asalariado, la diferencia entre la ganancia salarial media de hombres y mujeres fue de 5.252 euros mensuales. En este sentido, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación[31], en el preámbulo manifiesta que:

> *"Esta situación de desigualdad, visible en la brecha salarial que no ha sido reducida en los últimos años, exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado, puesto que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales. Un mayor retraso, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, conllevaría un daño de difícil reparación que no puede ser asumido por una sociedad moderna como la española. Más aún cuando las mujeres se enfrentan al reto de la Revolución Industrial 4.0, en la que las brechas de género se manifiestan en la infrarrepresentación de las mujeres en las disciplinas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas. Los nuevos puestos laborales que están siendo creados son, a su vez, los mejores remunerados; por ello, las políticas públicas de igualdad deben remover los obstáculos que impidan el acceso y desarrollo de las mujeres en los ámbitos de la ciencia, la investigación y la tecnología".*

Para intentar mejorar este escenario, se puso en marcha nuevas obligaciones para las empresas, -entre otras- una mayor concreción en el desarrollo de la negociación de los planes de igualdad, concebidos como un conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como el registro salarial obligatorio, con información sobre los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extra-salariales. Otra norma que introduce novedades para atajar la brecha de género salarial, es el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre

[30] BOE Núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.

[31] BOE Núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

mujeres y hombres[32], mediante el cual se establece la obligación para las empresas que deban realizar un plan de igualdad -además de los registros retributivos-, de realizar una valoración de los puestos de trabajo y una auditoría salarial.

De otra parte, se ha podido verificar que las mujeres siguen percibiendo por el mismo trabajo, una ganancia anual media inferior a la que reciben los hombres; en concreto un 24,22 % inferior, si bien es cierto que la diferencia salarial se reduce en el último año casi un 9 % respecto a la brecha constatada un año antes. En términos de ganancia media anual, las mujeres percibieron 21.682,02 € anuales, frente a los 26.934,38 € que percibieron los hombres, registrándose un incremento del 3,2 % en la ganancia media de las mujeres en 2019 y un 0,7 % en la de los hombres[33].

3.2. La brecha pensional en España

Como se ha podido anticipar *supra*, en la actualidad las pensiones constituyen un claro referente de uno de los ámbitos más representativos del "welfare state". Por este motivo, el estudio de la brecha de género pensional requiere una especial atención con el fin de poder adoptar los medios adecuados que permitan erradicar estas diferencias de trato injusto y, en definitiva, alcanzar la igualdad requerida. A continuación, se aborda el análisis de los datos referentes a la brecha pensional en sus diferentes modalidades.

3.2.1. Pensiones contributivas

A través de datos estadísticos más recientes y disponibles en el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones -en adelante MISSM-, podremos verificar y valorar la existencia de las correspondientes brechas en base a dos parámetros: el número de pensionistas de la correspondiente modalidad sesgado por sexos y las cuantías de las pensiones recibidas según el mismo sesgo.

En agosto de 2022, el gasto total de pensiones en España fue de 10.856.988,64 millones de euros, aumentando un porcentaje del +6,26 % con respecto al mismo mes del año pasado[34]. De esta cantidad, 7.860.076,57 euros corresponden a las pensiones de jubilación, lo que suponen el mayor gasto acumulado, y 1.832.680,51 euros a las de viudedad.

También, y en agosto de 2022, el número total de pensionistas ha alcanzado la cifra de 9.015.379[35], lo que representa una tasa interanual de +0,88 % comparado con el mismo mes del año pasado. De esta cantidad, 4.578.929 corresponde a hombres y 4.436.407 a mujeres.

Tabla 2. Cuantías mínimas de las pensiones contributivas - Año 2022

Tipologías	Con cónyuge a cargo	Con cónyuge no a cargo	Sin cónyuge
Jubilación con 65 años	12.467,00 €	9.590,00 €	10.103,80 €
Jubilación menor 65 años	11.688,60 €	8.934,80 €	9.452,80 €

[32] BOE Núm. 272, de 14 de octubre de 2020.

[33] Un estudio pormenorizado por sectores de actividad puede consultarse *in extenso* en, Comisiones Obreras (CCOO), *Por la igualdad real, contra la brecha salarial*, Secretaría Confederal de Mujeres, Igualdad y Condiciones de Trabajo y Gabinete Económico de CCOO, Madrid, 2022. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ccoo.es/76c5b5ec2de4237255da2ecd9da0e499000001.pdf.

[34] Sin embargo, la cifra total del gasto en pensiones supone una caída del 0,3 % con respecto a abril, siendo el primer retroceso mensual de la serie histórica.

[35] Téngase en cuenta que el número de personas ocupadas en esa fecha ha sido de 20.468.000.

Viudedad/Titular con cargas familiares	----	----	11.688,60 €
Viudedad/Titular con 65 años, o con discapacidad igual o mayor a 65 %	----	----	10.103,80 €
Viudedad/Titular de 60 a 64 años	----	----	9.452,80 €
Viudedad/Titular menor de 60 años	----	----	7.655,20 €

FUENTE: Elaboración propia a partir de los datos disponibles en MISSM[36]

En relación a la cuantía de la pensión y su distribución por sexos, la pensión media de los hombres en agosto de 2022 fue de 1.320,38 euros; en el caso de las mujeres, ascendió a la cifra de 883,05 euros. La pensión media de las mujeres solo supera a la de los hombres en el caso de la pensión de viudedad. De media, las mujeres recibieron 800,72 euros en agosto de 2022 frente a los 548,43 euros que obtuvieron los hombres. En el resto de tipos de pensiones, los hombres reciben mayor cuantía de media. En conclusión, a partir de los últimos datos disponibles -agosto de 2022-, y respecto a la cuantía de las pensiones medias, las mujeres cobran el 66.8 % de lo que perciben los hombres; o lo que es lo mismo, hay una brecha pensional del 33.2 %.

3.2.2. Pensiones no contributivas

Con carácter previo, debe advertirse que la financiación de las pensiones no contributivas -en adelante PNC- se financian a través de aportaciones del Presupuesto del Estado al de la Seguridad Social, figurando el crédito en el Presupuesto de gastos y dotaciones del Instituto de Mayores y Servicios Sociales -en adelante IMSERSO-. Su abono se realizará a través de la Tesorería General de la Seguridad Social[37]-en adelante TGSS-. Con carácter general, mediante la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 y otras normas complementarias, se ha establecido que la cuantía de las PNC son las que se indican en la siguiente tabla.

Tabla 3. Cuantías básicas de las pensiones no contributivas - Año 2022

Cuantía	Anual	Mensual
Íntegra	5.899,60 €	421,40 €
Mínima 25 %	1.474,90 €	105,35 €
Integra + incremento 50 %	8.849,40 €	632,10 €
Cuantía individual cuando convivan 2 beneficiarios misma familia	5.014,66 €	358,19 €
Cuantía individual cuando convivan 3 beneficiarios misma familia	4.719,68 €	337,12 €

FUENTE: Elaboración propia a partir de los datos disponibles en IMSERSO[38]

Según el último informe disponible del IMSERSO -diciembre de 2021- respecto a la distribución por sexos del perceptor de la PNC, registrándose 159.091 hombres y 284.235

[36] *Vid.* Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSM), *Afiliación a la Seguridad Social,* España, enero de 2022. Disponible en: https://revista.seg-social.es/-/afilliaci%C3%B3n-enero-2022.

[37] Excepto en las Comunidades Autónomas de Navarra y el País Vasco.

[38] Nota aclaratoria sobre la fuente: se informa que la fuente de información de los datos facilitados por el Área de Prestaciones Económicas de la Subdirección General de Gestión del IMSERSO, procede de las Comunidades Autónomas gestoras de estas pensiones con las que el actual Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 mantiene convenios de colaboración y las Direcciones Territoriales del IMSERSO de Ceuta y de Melilla en las que se mantiene la gestión directa, así como de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social y del Área de Informática del IMSERSO. Disponible en: https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/pensiones_no_contributivas_jubilación_invalidez/index.htm.

mujeres; lo que infiere un claro predominio de las mujeres que representan un porcentaje del 64.11 %, frente al 35.89 % de los hombres. Una vez más, estos datos corroboran la situación de desventaja que sufren las mujeres, pues como se pone de manifiesto por parte del IMSERSO: "El beneficiario tipo de una pensión no contributiva se corresponde con el de una mujer española casada, aunque globalmente el número de pensionistas solteros es superior, que vive integrada en una unidad económica formada por dos y tres personas[39]". De la propia naturaleza de la PNC -que se establece y mantiene por los poderes públicos con el fin de cubrir situaciones de necesidad protegible de aquellas personas que no pueden acceder a otras prestaciones- se deriva la clara posición de desventaja de las mujeres con respecto a los hombres, al duplicar prácticamente el número de perceptores con respecto a los hombres.

4. Las respuestas jurisprudenciales a los problemas de la brecha pensional: reflexiones y aspectos críticos destacables

4.1. La perspectiva de géneno *versus* enfoque de justicia relacional en el análisis jurisprudencial del ámbito pensional

La novedosa *STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 31 de mayo de 2021*[40] en la que se incorpora la "perspectiva de género" como metodología de análisis jurisprudencial en el ámbito pensional -aunque ya existen precedentes sobre la integración de esta perspectiva como metodología de análisis en asuntos relacionados con la prevención de riesgos laborales[41]- resuelve en suplicación sobre un asunto concerniente a una pensión de jubilación no contributiva. En los antecedentes de hecho consta que la demandante -mujer- percibía unos ingresos anuales por debajo del umbral señalado para 2019, que estaba fijado en 5.488 € y, por lo tanto, procedió a la solicitud de la pensión no contributiva ante la a Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno Autónomo Canario. No obstante, la Administración gestora denegó la petición argumentando que la actora superaba el límite del dicho umbral en 242,49 € como ingresos percibidos en 2018; porque se habían contabilizado una pensión compensatoria de la que era acreedora por resolución judicial en contencioso por divorcio y a la que había sido condenado su ex marido. Sin embargo -y como consta en los antecedentes de hecho- la solicitante no había llegado a recibir dichos ingresos por incumplimiento del ex cónyuge, declarándose el montante resultante de la cantidad realmente percibida durante esa anualidad.

Ante la denegación de la Administración gestora, la solicitante presentó demanda en el Juzgado de lo Social dictándose sentencia desestimatoria el 22 de junio de 2020. Del análisis de la argumentación jurídica de la misma, destacamos la aplicación de un repertorio jurisprudencial anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres[42] -en adelante LOI-. De dicha jurisprudencia -sin estar armonizada a lo preceptuado por la LOI- se desprende la exigencia del deber de contabilización de todos los

[39] *Vid.* Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), *Perfil del pensionista no contributivo de la Seguridad Social y del beneficiario de prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad,* A diciembre de 2021, p. 14. Disponible en: https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/pensiones_no_contributivas_jubilación_invalidez/index.htm.

[40] (Rec. 250/2021).

[41] Véase, entre otras, las siguientes resoluciones judiciales: STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 18 de septiembre de 2015 (Rec. 612/2014); STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 11 de marzo de 2016 (Rec. 385/2015); STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 14 de octubre de 2016 (Rec. 1513/2016); STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 25 de julio de 2017 (Rec. 571/2017); STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 4 de junio de 2018 (Rec. 1739/2017); STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019) y STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 27 de agosto de 2019 (Rec. 533/2019).

[42] BOE Núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

ingresos, e incluso de aquellas cantidades de las que son acreedores judiciales, pero que no la han percibido por no desplegar "la diligencia necesaria para conseguirla". En definitiva, el Juzgado de lo Social calificaba a la actora de "poco diligente" por no haber llevado a cabo las actuaciones necesarias para la ejecución de la sentencia en el orden jurisdiccional correspondiente al divorcio.

Desestimada la demanda por el Juzgado de lo Social, la actora recurrió en suplicación ante el TSJ de Canarias, dictando sentencia a favor de la recurrente en base a una argumentación jurídica radicalmente diferente, pues se integra la "metodología de la perspectiva de género" en el ámbito pensional. Sobre esta cuestión, y con carácter previo, debemos subrayar que, desde la perspectiva del análisis jurisprudencial de la "justicia relacional", se puede apreciar una acusada presencia -en la argumentación jurídica del juzgador- de la "socialidad" como eje -o dimensión- esencial integrante del enfoque de "justicia relacional[43]". En este sentido, se pueden identificar elementos comunes entre las metodologías de la "perspectiva de género[44]" y del enfoque de "justicia relacional". Concretamente nos referimos a que ambas se apartan de la aplicación estricta y rígida de la ley, ya que del resultado puede derivarse un vacío de justicia. Ahora bien, pese a estas similitudes ambas responden a realidades diferentes, pues la génesis, desarrollo y configuración de cada una de ellas presentan singularidades muy dispares.

En el caso que nos ocupa, y ciñéndonos a la argumentación jurídica del TSJ de Canarias -que es diametralmente opuesta a la esgrimida por el Juzgado de lo Social- se integra la "perspectiva de género" en la aplicación e interpretación del Derecho. A nuestro juicio, y confrontando en el análisis ambas metodologías -"perspectiva de género" y "justicia relacional"-, se puede apreciar en la argumentación jurídica del TSJ una "socialidad" muy acentuada que se desglosa, para facilitar su visualización, en los siguientes puntos:

— La valoración del impacto de género en las pensiones no contributivas se lleva a cabo tomando como referencia los datos estadísticos oficiales más recientes[45]. Del

[43] Como ya se ha expuesto con anterioridad, la línea teórico-práctica de justicia relacional, desde un enfoque interdisciplinar, distingue tres dimensiones en la relación jurídica: *institucionalidad* -dimensión a la que pertenece todo lo estructural, organizativo o regulador, esto es, normas, instituciones, contratos, derechos, obligaciones…-; *reciprocidad* -es decir, el comportamiento recíproco, la conducta interactiva- y *socialidad* -la propia relación, además de la red de relaciones y la cultura jurídica de principios y valores que pertenece a la conciencia colectiva de dicha red-. Por lo tanto, esta triple distinción se ha de realizar a través de la simple indagación de la relación jurídica que conduce, de forma natural, a constatar esas tres dimensiones. *Vid.* Ruiz Santamaría, J.L., *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 136-137. Una aproximación práctica sobre la aplicación de esta metodología en el análisis jurisprudencial se lleva a cabo en esta publicación en relación a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013, Asunto C-335/11 e C-337/11, HK Danmark, en representación de Jette Ring, y Dansk almennyttigt Boligselskab (asunto C-335/11), y entre HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge,y Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S, en situación de concurso (asunto C-337/11). *Id*. Pp. 191-194.

[44] Para profundizar sobre dicha metodología, se recomienda consultar el siguiente repertorio bibliográfico: Poyatos Matas, G.: "Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa", *iQual: Revista de género e igualdad*, Núm. 2, 2019, pp. 1-21. Disponible en: https://revistas.um.es/iqual/article/view/341501. Y, de la misma autora, *Id*., "De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al complemento por maternidad", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, Núm. 2, 2019, pp. 113-127; *Id.*, "Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, Núm. 458, 2021, pp. 111-126.

[45] Véase el apartado B) "Integración de la perspectiva de género" del Fundamento de Derecho 3º de la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 31 de mayo de 2021. En el mismo se expresa que "(…) a tenor de los datos contenidos en la web del INSS (Estadísticas pensiones no contributivas), específicamente en el estudio del IMSERSO titulado «perfil del pensionista no contributivo de la Seguridad Social (Diciembre 2020)», del que se extraen los siguientes datos en cuanto a los porcentajes desagregados por sexos en el cobro de las pensiones de jubilación no contributivas. A nivel estatal en diciembre de 2020, el 74'43 % de las pensiones de jubilación no contributivas eran percibidas por mujeres frente al 25'57 % percibidas por varones".

examen de los mismos, ee ha podido comprobar que dicho impacto es enormemente desproporcionado, ya que 3 de cada 4 perceptores de esta modalidad de pensión son mujeres; o lo que es lo mismo, representan un porcentaje del 74.43 %. Por lo tanto, la aplicación estricta y rigurosa de la norma jurídica en estos supuestos -sin tener en cuenta estas circunstancias- lleva aparejada un trato discriminatorio y un vacío de justicia. Y así se ha expresado en el Fundamento Jurídico 3º, Apdo. B, aseverándose que: "Los anteriores datos evidencian que una decisión mecánica o ausente de integración de los principios que rigen la interpretación de los Derechos Humanos de las mujeres, nos puede conducir a una decisión discriminatoria y contraria a la obligación de actuar institucionalmente con la diligencia debida que deben regir las decisiones judiciales con impacto desproporcionado adverso en las mujeres".

— Respecto a la calificación del Juzgado de lo Social a la actora de "poco diligente" por no haber llevado a cabo las actuaciones necesarias para la ejecución de la sentencia en el orden jurisdiccional correspondiente al divorcio, junto a la argumentación en la que se sustenta, entiende la recurrente que la actora no supera el umbral económico para tener acceso a la pensión de jubilación no contributiva. En cuanto a la pensión compensatoria que tiene reconocida pero no le ha sido abonada en su totalidad, aplicando la jurisprudencia que se invoca, "la actora no ha incurrido en falta de diligencia por no reclamar el cobro total de las cantidades que se le adeudan porque su ex cónyuge, de avanzada edad, viene cumpliendo parcialmente el convenio[46]". Resulta de gran interés identificar en la argumentación del TSJ de Canaria la- acusada "socialidad" que hemos anticipado al expresar en este punto que: "(…) No se trata de un crédito cualquiera sino de una pensión compensatoria de un divorcio de personas de avanzada edad, que conviven en el mismo edificio, repartiendo la vivienda cada uno en un piso, la actora en el inferior y su ex cónyuge en el superior, lo que nos puede dar una idea, según la recurrente, de la situación y las circunstancias de proximidad por las que no se ha interesado la ejecución del convenio regulador de separación". Circunstancias desfavorables que debe tener muy presente el juzgador para evitar una situación discriminatoria e injusta.

— En último lugar, y en relación a la justificación sobre la necesidad de integrar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho se dice que: "(…) Las anteriores circunstancias sociales, culturales y cognitivas deben evaluarse y ponderarse en la interpretación que debe hacerse en el caso que nos ocupa del requisito jurisprudencial de la «diligencia necesaria para conseguir la pensión compensatoria», porque no podemos tratar igual situaciones que son de origen desiguales, porque se genera mayor desigualdad. En este caso no podemos exigir a la ex esposa que ha logrado una pensión compensatoria tras un divorcio contencioso, la misma diligencia que podríamos exigir a las partes en otro proceso judicial distinto, porque las partes, cónyuges hombre y mujer, no son socialmente iguales. De ahí la necesidad de integrar la perspectiva de género correctora del Derecho en su aplicación e interpretación proyectada al caso[47]". En definitiva, se puede apreciar con claridad como el TSJ tiene también en cuenta junto a la "institucionalidad" -aspectos normativos-, aquellos aspectos esenciales que forman parte de la "socialidad" del enfoque de justicia relacional.

[46] Véase el Fundamento de Derecho 2º.

[47] *Ibid.*

En definitiva, se implementa un novedoso método de análisis jurisprudencial que, en el caso de la "perspectiva de género", se afianza su obligatoriedad frente a errónea concepción de la opcionalidad que se pretendiera establecer.

4.2. Breve reseña sobre la discriminación directa por razón de género en materia pensional: a propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, asunto C-450/18

Una atención especial requiere la *STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social*[48]. Se inicia a partir de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gerona, mediante auto de 21 de junio de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia el 9 de julio de 2018, en el procedimiento entre WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). La petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del art. 157 TFUE y de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación[49]. El contexto en el que se planteó procedía de un litigio entre una persona, padre de dos hijas, y el INSS, en relación con la negativa a concederle un complemento a la pensión de invalidez reconocida que, sin embargo, si se percibiría en caso de ser mujer[50].

Sobre el fondo del asunto, destacamos las siguientes consideraciones:

- A la luz del art. 60.1 LGSS, el complemento de pensión objeto del litigio podrán obtenerlo las mujeres que, al menos, hayan tenido 2 hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas. Sin embargo, no tendrán derecho a dicho complemento los hombres que se encuentren en la misma situación.

- Por lo tanto, y consecuencia directa de lo anterior, se aprecia por el TJUE una falta de armonización de la normativa interna española con la de la UE, concretamente *ex* art. 157 TFUE y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Derivándose de este desajuste legislativo un trato discriminatorio hacia los hombres.

Ahora bien, en relación al análisis de la discriminación, el TJUE realiza las siguientes consideraciones:

- Según reiterada jurisprudencia del TJUE, la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes[51].

- De este modo, procede comprobar si la diferencia de trato entre hombres y mujeres establecida por la norma nacional controvertida en el litigio principal se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables[52].

[48] Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=221515&doclang=ES

[49] *Vid.* apdo. 1, ep. Sentencia - STJUE de 12 diciembre de 2019, C-450/18.

[50] *Vid.* apdo. 2, ep. Sentencia - STJUE de 12 diciembre de 2019, C-450/18.

[51] *Vid.* apdo. 42; ep. Sobre el Fondo de la Cuestión Prejudicial. - STJUE de 12 diciembre de 2019, C-450/18. También, y sobre este asunto, consúltese las SSTJUE de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C 342/93, EU:C:1996:46, apdo. 16, y de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC, C 486/18, EU:C:2019:379, apdo. 73.

[52] *Vid.* apdo. 43, ep. Sobre el Fondo de la Cuestión Prejudicial. - STJUE de 12 diciembre de 2019, C-450/18.

— A este respecto, la exigencia del carácter comparable de las situaciones no requiere que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas[53].

— El carácter comparable de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida y, en su caso, de los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca dicha normativa nacional[54].

Finalmente, -aunque limitándonos a exponer unas breves pinceladas, pues un análisis más profundo requeriría una mayor extensión-, suscribimos las valoraciones que, en relación a esta sentencia, hacen los profesores MONEREO PÉREZ Y RODRÍGUEZ INIESTA[55] valorando el acierto del TJUE al legitimar las medidas de acción positiva dirigidas a resolver las brechas de género y su armonización con el Derecho Social de la UE; ahora bien, también conviene precisar y subrayar los motivos por los que el TJUE rechaza la medida objeto de controversia jurídica, que en síntesis son los siguientes:

— El complemento de pensión se dirige realmente a proteger la maternidad en sí, por este motivo no queda amparado por el art. 4.2 de la Directiva 79/7/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978[56].

— Además, como dicho complemento no se supedita a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo motivados por la tarea de cuidado, sino al factor demográfico sin más, tampoco queda amparado por el art. 7.1 de la citada Directiva[57].

— Finalmente, y respecto a lo establecido en el Derecho Originario de la UE, el referido complemento de pensión objeto de controversia jurídica tampoco puede acogerse a las previsiones del art. 157 del TFUE, toda vez que su finalidad explícita es otorgar un plus de pensión con carácter general y exclusivamente en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión[58].

[53] *Vid.* apdo. 44, ep. Sobre el Fondo de la Cuestión Prejudicial. - STJUE de 12 diciembre de 2019, C-450/18. Puede consultarse también la STJUE de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C 451/16, EU:C:2018:492, apdo. 41.

[54] *Vid.* apdo. 45, ep. Sobre el Fondo de la Cuestión Prejudicial. - STJUE de 12 diciembre de 2019, C-450/18. Puede consultarse también la STJUE de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C 451/16, EU:C:2018:492, apdo. 42.

[55] *Vid.* Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos. El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, Núm. 22, 2020, pp. 18-19.

[56] *Ibid.*, p. 22.

[57] *Ibid.* pp. 20-21.

[58] Los citados profesores añaden que "(…) al tratarse de atender a efectos que se aplazan a la fecha de sustitución del salario por una pensión de Seguridad Social, una vez terminada la carrera profesional «carrera de seguro» de la actora, en el fondo no se está poniendo una acción efectiva a las dificultades planteadas en la trayectoria de la carrera profesional". Por este motivo se valora con acierto la actuación del TJUE, al decir que "(…) tal como está diseñado dicho complemento se capaz realmente de compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad por razón de sexo en la vida profesional". Finalmente, también debemos reseñar la consideración que se hace sobre la acertada argumentación del TJUE al afirmar que: "(…) La lógica del razonamiento judicial es aplastante, puesto que lo que se viene a exigir es que las excepciones se mantengan dentro de los límites de lo apropiado y necesario para lograr el objetivo perseguido por la medida de acción positiva de que se trata. Con todo, ese complemento específico, deberá extenderse subjetivamente

Un claro ejemplo del impacto de la doctrina del TJUE emanada de esta sentencia de 12 de diciembre de 2019, se puede apreciar en la *STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 20 de enero de 2020*[59], reconociéndose el citado complemento a un jubilado viudo con cuatro hijos y determinándose -ante la denegación previa en vía administrativa y judicial- la discriminación directa por razón de sexo. Se establece, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, que la finalidad del complemento transciende de la maternidad biológica, vinculándose a los cuidados de los hijos.

5. Reflexiones finales a modo de conclusión

Es un hecho irrefutable que, pese a los esfuerzos y avances realizados en materia de igualdad de género en el ámbito de las relaciones laborales y de la seguridad social, todavía se siguen detectando brechas de género muy significativas en estos escenarios. A través del presente estudio se ha podido confirmar la existencia y persistencia de importantes diferencias entre mujeres y hombres relacionadas con las condiciones laborales, salarios, pensiones, etc. Ante esta situación de discriminación y desamparo que afecta a un gran número de mujeres del planeta, los Estados y los organismos internacionales no pueden permanecer impasibles, debiendo acometer actuaciones que sean capaces de impedir, de manera eficiente, las brechas de género que aún subsisten en la actual sociedad del trabajo. Pues, la acusada interdependencia del sistema de relaciones laborales provoca que las desigualdades presentes en el ámbito laboral y salarial repercutan, a su vez, en la determinación de las futuras pensiones de estas trabajadoras.

Desde una perspectiva global, se constata que junto a las desventajas económicas que padecen las mujeres a lo largo de su vida hay que añadir que, por lo general, en la mayoría de los sistemas se han diseñado sistemas pensionales muy desfavorables para las mujeres, excluyéndolas de los mismos por no haber cotizado el tiempo mínimo exigido, o determinándose cuantías muy por debajo de las establecidas para los hombres. Situación que contrasta frontalmente con la pretendida universalidad proteccionista del sistema garantista establecido, pues no podemos olvidar que el tratamiento de la igualdad entre mujeres y hombres tiene la consideración de derecho humano y, además, forma parte de los contenidos esenciales de la justicia social. Por este motivo, las actuaciones e iniciativas en esta materia por parte de la ONU, OIT y la UE son esenciales, y adquieren un protagonismo máximo a la hora de superar la desigualdad de género manifestada a través de las distintas brechas laborales analizadas.

Respecto al análisis de los estudios estadísticos más recientes, desvelan en su conjunto una clara desventaja de las mujeres respecto a los hombres en todos los ámbitos estudiados. Los datos relativos al acceso y condiciones laborales son alarmantes, siendo la temporalidad unos de los factores determinantes de la precariedad laboral en el que el sector femenino sigue ocupando posiciones mayoritarias. En referencia al salario, las mujeres siguen percibiendo por el mismo trabajo, una ganancia anual media inferior a la que reciben los hombres; en concreto un 24,22 % inferior.

En cuanto al análisis de los datos correspondientes a la brecha pensional en España, en agosto de 2022- la pensión media de la modalidad contributiva de los hombres fue de 1.320,38 euros y siendo 883,05 euros la de las mujeres; es decir, las mujeres percibieron el 66.8 % de la cantidad que cobraron los hombres; o lo que es lo mismo, se detecta una brecha pensional del 33.2 %. Excepcionalmente, esta tendencia cambia respecto a las pensiones de viudedad, contabilizándose

a todas las personas comprendidas dentro de campo de aplicación, y por consiguiente con independencia de su condición de sexo; salvo que el legislador decida suprimir dicha medida de acción positiva con efecto «erga omnes». *Vid.* Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos…", *Op. Cit.*, p. 20.

[59] (Rec. 850/2018).

en el mismo periodo una pensión media para las mujeres de 800,72 euros frente a los 548,43 euros que obtuvieron los hombres. No obstante, estos datos reafirman la posición de desventaja de las mujeres, pues es una modalidad de pensión -la de viudedad- que no responde a las condiciones previas de laboralidad. En esta misma línea -desfavorable- infiere el análisis de los datos obtenidos de las PNC, registrándose 159.091 hombres y 284.235 mujeres; lo que infiere un claro predominio de las mujeres que representan un porcentaje del 64.11 %, frente al 35.89 % de los hombres. Una vez más, estos datos corroboran la situación de precariedad que sufren de forma mayoritaria las mujeres, pues de la propia naturaleza de la PNC -que se establece y mantiene por los poderes públicos con el fin de cubrir situaciones de necesidad protegible de aquellas personas que no pueden acceder a otras prestaciones- se desprende la clara posición de desventaja de las mujeres.

Finalmente, y realizando una aproximación a las respuestas jurisprudenciales en materia de igualdad y género pensional, hemos centrado nuestra atención en dos resoluciones judiciales muy significativas que aportan novedades en el ámbito pensional; nos referimos a la *STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 31 de mayo de 2021* y a la STJUE *de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.* En la primera de ellas, la actora habiendo solicitado una PNC -denegada por la Administración y desestimada la demanda por el Juzgado de lo Social- recurrió en suplicación ante el TSJ de Canarias, dictando sentencia a favor de la recurrente en base a una argumentación jurídica radicalmente diferente, pues se integra la "metodología de la perspectiva de género" en el ámbito pensional. También, y desde la perspectiva del análisis jurisprudencial de la "justicia relacional", se puede apreciar una acusada presencia -en la argumentación jurídica del juzgador- de la "socialidad" como eje -o dimensión- esencial integrante del enfoque de "justicia relacional". En este sentido, se pueden identificar elementos comunes entre las metodologías de la "perspectiva de género" y del enfoque de "justicia relacional". Es decir, ambas metodologías se apartan de la aplicación estricta y rígida de la ley, ya que del resultado obtenido podría emanar un vacío de justicia. En definitiva, se implementa un novedoso método de análisis jurisprudencial que, en el caso de la "perspectiva de género", se afianza su obligatoriedad frente a errónea concepción de la opcionalidad que se pretendiera establecer. También, y en el ámbito de la UE, en la segunda sentencia el TJUE ha dictaminado que el complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social en las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente también debe reconocerse a los padres que cumplan los requisitos legales, concediéndose el suplemento a un hombre que percibe una pensión de invalidez. Debe advertirse que, para el TJUE, el contenido del art. 60.1 de la LGSS, supone una discriminación directa por razón de género prohibida por la Directiva 79/7/CEE, lo que obliga a una adaptación normativa al reciente pronunciamiento.

6. Bibliografía

Comisiones Obreras (CCOO), *Por la igualdad real, contra la brecha salarial*, Secretaría Confederal de Mujeres, Igualdad y Condiciones de Trabajo y Gabinete Económico de CCOO, Madrid, 2022. Disponible en: https://www.ccoo.es/76c5b5ec2de4237255da2ecd9da0e499000001.pdf.

Comisiones Obreras (CCOO), *Día para la eliminación de la brecha salarial*, Secretaría Confederal de Mujeres, Igualdad y Condiciones de Trabajo y Gabinete Económico de CCOO, Madrid, 2022.

Grau Pineda, C.: "La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 y la brecha de las pensiones", *Revista Trabajo y Derecho*, Núm. 73, 2021, pp. 115-142.

Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, Albacete, 2020.

Grau Pineda, C. y Rodríguez González, S., *Conciliación y seguridad social: la brecha de género en el sistema de pensiones,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Grau Pineda, C. y Rodríguez González, S.: "El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones", *Documentación laboral*, Núm. 103, Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad financiera y régimen jurídico de la Seguridad Social: un marco de estrategias para las políticas públicas, 2015, pp. 145-171.

Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), *Perfil del pensionista no contributivo de la Seguridad Social y del beneficiario de prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad,* A diciembre de 2021. Disponible en: https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/pensiones_no_contributivas_jubilación_invalidez/index.htm.

Instituto Nacional de Estadística (INE), *Brecha salarial de género en salarios por hora (no ajustada)*, España, 2019. Disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925408327&p.1254735110672&pagename= ProductosYServicios%2FPYSLayout&param3=1259926137287.

Instituto Nacional de Estadística (INE), *Encuesta de Población Activa-EPA*, España, 4º Trimestre de 2021. Disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/ep. 0421.pdf.

López Martínez, M. y Marín López, B.A.: "La brecha de género en las pensiones en España y la Unión Europea", *Papeles de Población 25*, Núm. 102, 2019 pp. 81-114. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/342589620_La_brecha_de_genero_en_las_pensiones_en_Espana_y_la_Union_Europea.

Maldonado Molina, J.A.: "Nulidad por vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF. Comentarios, casos prácticos: Recursos Humanos*, Núm. 439, 2019, pp. 178-188.

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSM), *Afiliación a la Seguridad Social,* España, enero de 2022. Disponible en: https://revista.seg-social.es/-/afilliaci%C3%B3n-enero-2022.

Molina Navarrete, C.: "«Brechas de género» y sistema español de Seguridad Social: Balance crítico y algunas propuestas de corrección", *iQual: Revista de género e igualdad*, Núm. 3, 2020, pp. 1-26. Disponible en: https://revistas.um.es/iqual/article/view/386571.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos. El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, Núm. 22, 2020, pp. 13-24.

Monereo Pérez, J.L.: "La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la «sociedad del riesgo»", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex social*, Vol. 10, Núm. 2, 2020, pp. 424-505. Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5074/4425.

Observatorio de Igualdad y Empleo de Fundación Mujeres (OIE), *Empleo con perspectiva de género. Informe estadístico 2021-2022*, España, 2022.

Organización Internacional del Trabajo (OIT): *Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)*, Núm. 102, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 1952. Disponible en línea: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102.

Organización Internacional del Trabajo (OIT): *La Recomendación sobre los trabajadores de edad*, Núm. 162, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 1980. Disponible en línea: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R162.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Campaña de Igualdad de Género en el corazón del Trabajo Decente,* Comunicado de prensa de 1 de octubre de 2008, Ginebra (Suiza), 2008. Disponible en: www.ilo.org/gender.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Directrices para incluir la perspectiva de género en las políticas de empleo,* Departamento de Políticas de Empleo Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2011. Disponible en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_483214/lang--es/index.htm.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Igualdad de género y trabajo decente. Convenios y recomendaciones claves de la OIT para la igualdad de género,* Oficina para la Igualdad de Género y Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2012. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_088160.pdf.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2016. Disponible en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_483214/lang--es/index.htm.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019: La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2017. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_602867/lang--es/index.htm.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: tendencias del empleo femenino,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2018. Disponible en: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends-for-women2018/WCMS_619603/lang--es/index.htm.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Informe III (A). Aplicación de las normas internacionales del trabajo,* Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *2022,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2022. Disponible en: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/110/reports/reports-to-the-conference/WCMS_836655/lang--es/index.htm.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Impulsar la justicia social, promover el trabajo decente. La OIT y la igualdad de género,* Documentación, Ginebra (Suiza), S/F. Disponible en: https://www.ilo.org/gender/Aboutus/ILOandgenderequality/lang--es/index.htm.

Organización de Naciones Unidas (ONU), *El progreso de las mujeres en el mundo 2015-2016: Transformar las economías para realizar los derechos*, Naciones Unidas, Nueva York (Estados Unidos), 2015. Disponible en: https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/12/women-income-security-in-old-age.

Organización de Naciones Unidas (ONU), *30 Artículos sobre los 30 artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Oficina* del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Nueva York (Estados Unidos), 2018. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/press-releases/2018/11/30-articles-30-articles-universal-declaration-human-rights.

Poyatos Matas, G.: "Juzgando con perspectiva de género el derecho a conciliar familia y trabajo. A propósito de la Sentencia de la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas, de 15 de diciembre de 2017 (Rec. 1249/2017)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, Núm. 420, 2018, pp. 103-114.

Poyatos Matas, G.: "Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa", *iQual: Revista de género e igualdad*, Núm. 2, 2019, pp. 1-21. Disponible en: https://revistas.um.es/iqual/article/view/341501.

Poyatos Matas, G.: "De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al complemento por maternidad", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, Núm. 2, 2019, pp. 113-127.

Poyatos Matas, G.: "Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, Núm. 458, 2021, pp. 111-126.

Ruiz Santamaría, J.L., *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019.

Ruiz Santamaría, J.L.: "Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, Vol. 7 Núm. 4, pp. 112-136. Disponible en : https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php.54608/mod_resource/content/0/n%C3%BAm.%204 %2C%20octubre-diciembre.pdf.

Ruiz Santamaría, J.L.: "Orientaciones y desafíos globales para la mejora de los ambientes de trabajo: ¿Un nuevo modelo de prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de la OIT?", *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: Tomo II. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Laborum, Murcia, 2020, pp. 497-518. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.aesss.es/wp-content/uploads/2020/10/TOMO-II-LIBRO-CONGRESO-AESSS-2020.pdf.

Unión Europea (UE), *Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de septiembre de 2010, Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 COM (2010) 491 final, Bruselas (Bélgica), 2010. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/strategy-for-equality-between-women-and-men-2010-2015.html.

Unión Europea (UE), *Estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015*, Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 (2014/2152(INI)), Bruselas (Bélgica), 2015. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0218_ES.html.

Unión Europea (UE), *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM/2020/152 final, Bruselas (Bélgica), 2020. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152.

Weil, S., *Reflexiones sobre las causas de la libertad y de la opresión social*, Trotta, Madrid, 2015.

La jubilación de los trabajadores autónomos portugueses

Mário Silveiro de Barros
Doctor Internacional en Derecho
Profesor Auxiliar Invitado
ISCTE-Instituto Universitário de Lisboa
Investigador Associado del DINÂMIA'CET-ISCTE - Centro de Estudos sobre a Mudança Socioeconómica e o Territorio [Innovação e Trabalho]
ORCID: 0000-0002-5526-1553

1. Las fuentes reguladoras en Portugal de la jubilación de los trabajadores autónomos

A diferencia de lo que sucede en España, no existe en Portugal ningún régimen especial de seguridad social que pudiese considerarse equivalente al RETA español, dado que los trabajadores autónomos portugueses (denominados en Portugal «trabajadores independientes [*trabalhadores independentes*]») gozan, en principio, de la misma protección de seguridad social que los trabajadores asalariados portugueses (denominados en Portugal «trabajadores por cuenta ajena [*trabalhadores por conta de outrem*]»)[1]. Consecuentemente, las normas portuguesas reguladoras de la contingencia de jubilación son idénticas, tanto para los trabajadores asalariados como para los trabajadores autónomos, resultando que dichas normas pueden reconducirse, en lo esencial, a las tres siguientes[2]. En primer lugar, la Ley núm. 4/2007, que aprueba las Bases generales del

[1] Al respecto, véase Silveiro de Barros, M.: "La protección social de los trabajadores independientes en Portugal», *Anuario Coruñés de Derecho del Trabajo*, vol. XIII (2021), en prensa.

[2] Las normas laborales y no laborales portuguesas pueden consultarse, gratuitamente y en versión consolidada en el sitio oficial en Internet del *Diário da República Electrónico*, ubicado en https://dre.pt/.

sistema de seguridad social[3], en la que se afirma que «están obligatoriamente comprendidos en el sistema contributivo, en calidad de beneficiarios, los trabajadores por cuenta ajena o legalmente equiparados [a ellos] y los trabajadores independientes»[4]. En segundo lugar, la Ley núm. 110/2009, que aprueba el Código de los regímenes contributivos del sistema contributivo de seguridad social, en el cual se afirma que la protección de seguridad social de los trabajadores autónomos comprende, al menos, las «contingencias de enfermedad, protección a la familia, enfermedades profesionales, invalidez, vejez [*sic*] y muerte»[5]. En tercer lugar, el Decreto-ley núm. 187/2007, que define y regula el régimen jurídico de protección de las contingencias de invalidez y vejez, según el cual «integran el ámbito personal del presente Decreto-ley los beneficiarios obligatoriamente encuadrados en el régimen general [esto es, los trabajadores por cuenta ajena, los equiparados a ellos, así como los trabajadores autónomos], a efectos de protección de las contingencias de invalidez y vejez»[6].

2. La relevancia de la distinción entre trabajadores autónomos y trabajadores autónomos económicamente dependientes, desde el punto de vista de la cotización a la seguridad social portuguesa por riesgos comunes

Al igual que sucede en España, también cabe hablar en Portugal de dos grandes tipos de trabajadores autónomos -no sólo desde el punto de vista de su protección de seguridad social-, que son los trabajadores autónomos *simpliciter* o a secas, u ordinarios, de un lado, y los trabajadores autónomos económicamente dependientes, del otro lado. Estos últimos aparecen regulados en el Código portugués del Trabajo de 2009[7], pero también en el citado Código de los regímenes contributivos del sistema contributivo de seguridad social. De acuerdo con este segundo Código, tienen la condición de «entidades contratantes» (en España, se hablaría de «cliente»), literalmente, «las personas colectivas y las personas singulares con actividad empresarial, con independencia de su naturaleza y de las finalidades que persigan, que en el mismo año civil se beneficien de más del 50 % [en España, como se sabe, se trataría de al menos el 75 por ciento] del valor total de la actividad de un trabajador independiente»[8]. Pues bien, sobre esta base, el

[3] Mi opinión sobre esta norma trascendental consta explicitada en Silveiro de Barros, M., *Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, Atelier (Barcelona, 2017), pp. 137 y ss.

[4] Cfr. artículo 51, apartado 1. Textualmente, «*são abrangidos obrigatoriamente pelo sistema previdencial, na qualidade de beneficiários, os trabalhadores por conta de outrem ou legalmente equiparados e os trabalhadores independentes*».

[5] Cfr. artículo 141, apartado 1, del Código. Textualmente, «*a protecção social conferida pelo regime dos trabalhadores independentes integra a protecção nas eventualidades de doença, parentalidade, doenças profissionais, invalidez, velhice e morte*».

[6] Cfr. artículo 3. Textualmente, «*integram o âmbito pessoal do presente decreto-lei os beneficiários com enquadramento obrigatório no regime geral, para efeitos de protecção nas eventualidades invalidez e velhice*».

[7] Véase su artículo 10 (rotulado «Situaciones equiparadas [*Situações equiparadas*]»), según el cual «las normas legales relativas a derechos de personalidad, igualdad y no discriminación y seguridad y salud en el trabajo se aplican a las situaciones en que exista prestación de trabajo por una persona a otra, sin subordinación jurídica, siempre que el prestador de trabajo deba considerarse en dependencia económica del beneficiario de la actividad». Textualmente, «*as normas legais respeitantes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho são aplicáveis a situações em que ocorra prestação de trabalho por uma pessoa a outra, sem subordinação jurídica, sempre que o prestador de trabalho deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da actividade*». Sobre el tema, véase Romano Martinez, P., *Direito do Trabalho*, 7ª ed., Almedina (Coimbra, 2015), pp. 354 y ss. También, Monteiro Fernandes, A.: "A Situação Jurídica do Trabalhador no Domicílio», *Temas Laborales*, 1984, pp. 51 y ss.; Vieira Gomes, J.M., *Direito do Trabalho. Vol. I. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora (Coimbra, 2007), pp. 191 y ss.; y da Gama Lobo Xavier, B., *Direito do Trabalho*, Verbo (Lisboa, 2011), pp. 316 y ss.

[8] Cfr. artículo 140. Textualmente, «*as pessoas coletivas e as pessoas singulares com atividade empresarial, independentemente da sua natureza e das finalidades que prossigam, que no mesmo ano civil beneficiem de mais de 50 % do valor total da atividade de trabalhador independente*».

propio Código de los regímenes contributivos del sistema contributivo de seguridad social remarca la distinción entre ambos tipos de trabajadores autónomos, imponiendo obligaciones diferenciadas de cotización a la seguridad social. En efecto, en el caso del trabajador autónomo ordinario, se mantiene la tradicional relación bipolar administrativa de seguridad social, pues «los trabajadores independientes, en lo que se refiere a la cualidad de cotizantes, se equiparan a las entidades empleadoras»[9]. En cambio, en la hipótesis de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, existe una relación administrativa tripolar, pues no sólo tiene que cotizar el trabajador autónomo económicamente dependiente, sino que también tiene que pagar una cotización adicional por riesgos comunes su cliente (recuérdese, la «entidad contratante»)[10]. Siempre según el tan citado Código, dicha cotización adicional por riesgos comunes asciende a un «10 % en las situaciones en que la dependencia económica es superior al 80 %»[11], reduciéndose al «7 % en las restantes situaciones»[12].

3. Los requisitos ordinarios impuestos a los trabajadores autónomos portugueses, sean o no económicamente dependientes, para acceder al cobro de la pensión de jubilación

Para acceder al cobro de la pensión de jubilación, los trabajadores autónomos portugueses, sean o no económicamente dependientes, deben cumplir una serie de requisitos, a calificar de requisitos ordinarios, pues se trata de exigencias que comparten con los trabajadores asalariados o por cuenta ajena. Estos requisitos ordinarios son dos, y aparecen regulados en el citado Decreto-ley núm. 187/2007. En primer lugar, el cumplimiento de la llamada «edad normal de acceso a la pensión de vejez», teniendo en cuenta que «la edad normal de acceso a la pensión de vejez varía en función de la evolución de la esperanza media de vida a los 65 años de edad»[13], habiendo quedado fijada para el corriente año 2022 en «66 años y 7 meses»[14], aunque para el próximo año 2023 quedará fijada en «66 años y 4 meses»[15], explicándose este descenso por causa de la bajada de la expectativa de vida provocada por la pandemia del coronavirus[16]. En segundo lugar, el cumplimiento de un período mínimo de cotización, llamado en Portugal «plazo de garantía [*prazo de garantia*]», teniendo en cuenta que «el plazo de garantía para la concesión de la pensión de vejez es el de 15 años civiles, seguidos o interpolados, con registro de retribuciones»[17]. Supuesto el cumplimiento de estos dos requisitos ordinarios, no se impone -a diferencia de lo que sucede en España- el cumplimiento del requisito del cese en el trabajo[18], pues en Portugal se aplica un régimen extraordinariamente liberal a la compatibilidad total entre pensión de jubilación e

[9] Cfr. artículo 150, apartado 2. Textualmente, «*os trabalhadores independentes são, no que se refere à qualidade de contribuintes, equiparados às entidades empregadoras*».

[10] Véase artículo 150, apartado 3.

[11] Cfr. artículo 168, apartado 7, letra a). Textualmente, «*10 % nas situações em que a dependência económica é superior a 80 %*».

[12] *Ibidem*, letra b). Textualmente, «*7 % nas restantes situações*».

[13] Cfr. artículo 20, apartado 3. Textualmente, «*a idade normal de acesso à pensão de velhice varia em função da evolução da esperança média de vida aos 65 anos de idade*».

[14] Cfr. artículo 1 de la Orden Ministerial (*Portaria*) núm. 53/2021, de 10 marzo.

[15] Cfr. artículo 1 de la Orden Ministerial núm. 307/2021, de 17 diciembre.

[16] Sobre dicha pandemia, véase Silveiro de Barros, M.: "O impacto do COVID-19 no Direito português de Segurança Social», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1 (2020), pp. 50 y ss.

[17] Cfr. artículo 19 del citado Decreto-ley núm. 187/2007. Textualmente, «*o prazo de garantia para atribuição da pensão de velhice é de 15 anos civis, seguidos ou interpolados, com registo de remunerações*».

[18] Sobre el tema, en España, véase Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), pp. 158 y ss.

ingresos del trabajo realizado por el jubilado[19], sea este último un trabajo asalariado o por cuenta ajena o, por el contrario, un trabajo autónomo (literalmente, según el citado Decreto-ley núm. 187/2007, la regla general es la de que «la compatibilidad de la pensión de vejez con rendimientos de trabajo es libre»)[20].

4. Los requisitos especiales impuestos a los trabajadores autónomos portugueses, sean o no económicamente dependientes, para acceder al cobro de la pensión de jubilación

Al igual que sucede en España, a los trabajadores autónomos portugueses, sean o no económicamente dependientes, se les exige estar al corriente en el pago de sus cotizaciones sociales, supuesto que pretendan acceder al cobro de la pensión de jubilación[21]. Esta exigencia especial aparece contenida en el citado Código de los regímenes contributivos del sistema contributivo de seguridad social, donde se sienta la afirmación de que «es condición general para el pago de las prestaciones a los trabajadores independientes … que los mismos tengan regularizada su situación contributiva en la fecha en que se reconoce el derecho a la prestación»[22], teniendo en cuenta que «si la situación contributiva no fuese regularizada en el plazo previsto …, el beneficiario pierde el derecho al pago de las prestaciones suspendidas»[23]. La especialidad de este requisito impuesto a los trabajadores autónomos es clara, pues en la hipótesis de los trabajadores asalariados por cuenta ajena rige, en cambio, el denominado en España principio de automaticidad de las prestaciones (respecto de las derivadas de riesgos comunes, como es el caso de la pensión de jubilación), apareciendo formulado este principio -sin ningún tipo de límite cuantitativo, a diferencia de lo que sucede en España- en el artículo 61 (rotulado «Condiciones de concesión de las prestaciones [*Condições de atribuição das prestações*]») de la citada Ley núm. 4/2007, que aprueba las Bases generales del sistema de seguridad social, a cuyo tenor «la falta de cumplimiento de la obligación de afiliación, incluida la falta de declaración de inicio de la actividad profesional [esto es, la falta de alta] o la falta de pago de las cotizaciones relativas a períodos de ejercicio de actividad profesional de los trabajadores por cuenta ajena, que no les sea imputable, no perjudica el derecho a las prestaciones»[24].

5. El contencioso de la pensión de jubilación de los trabajadores autónomos portugueses, sean o no económicamente dependientes

Al tratarse de un riesgo común, el contencioso judicial relativo a la pensión de jubilación de los trabajadores autónomos, sean o no económicamente dependientes, es en Portugal

[19] Véase, haciendo hincapié en muchos de sus matices, Silveiro de Barros, M.: "La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del jubilado en Portugal», en el volumen *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, tomo I, Laborum (Murcia, 2019), pp. 185 y ss.

[20] Cfr. artículo 62, apartado 1. Textualmente, «*a acumulação da pensão de velhice com rendimentos de trabalho é livre*».

[21] Al respecto, en España, véase Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., pp. 204 y ss.

[22] Cfr. artículo 217, apartado 1. Textualmente, «*é condição geral do pagamento das prestações aos trabalhadores independentes … que os mesmos tenham a sua situação contributiva regularizada na data em que é reconhecido o direito à prestação*».

[23] Cfr. artículo 219, apartado 2. Textualmente, «*se a situação contributiva não for regularizada no prazo previsto …, o beneficiário perde o direito ao pagamento das prestações suspensas*».

[24] Apartado 4. Textualmente, «*a falta de cumprimento da obrigação de inscrição, incluindo a falta de declaração do início de actividade profissional ou a falta do pagamento de contribuições relativas a períodos de exercício de actividade profissional dos trabalhadores por conta de outrem, que lhes não seja imputável, não prejudica o direito às prestações*». Sobre el tema, véase Vizcaíno Ramos, I.: "Los principios de automaticidad de las prestaciones y de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, en el Derecho portugués de la Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30 (2022), pp. 179 y ss.

contencioso administrativo[25], aplicándosele lo dispuesto en el artículo 77 (rotulado «Garantías contenciosas [*Garantias contenciosas*]») de la citada Ley núm. 4/2007, a cuyo tenor «las acciones y omisiones de la Administración en el ámbito del sistema de seguridad social son susceptibles de reacción contenciosa en los términos del Código de Proceso de los Tribunales Administrativos»[26], y teniendo en cuenta que el acceso a dichos tribunales puede ir precedido de una vía administrativa previa, cuyos aspectos más generales aparecen regulados en el artículo 76 (rotulado «Reclamaciones y quejas [*Reclamações e queixas*]») de la propia Ley núm. 4/2007 («los interesados en la concesión de prestaciones del sistema pueden presentar reclamaciones o quejas»[27]; «las reclamaciones o quejas se dirigen a las instituciones a las que compete conceder las prestaciones»[28]; «el procedimiento para conocer de las reclamaciones tiene carácter de urgencia»[29]). La jurisprudencia de estos tribunales (que son, en el primer grado de la jurisdicción, los tribunales administrativos de círculo; en el segundo grado de la jurisdicción, los dos tribunales centrales administrativos, con sedes en Oporto y en Lisboa; y por último, en el tercer grado de la jurisdicción, el Supremo Tribunal Administrativo, con sede en Lisboa)[30] viene ocupándose con relativa frecuencia de asuntos litigiosos suscitados por la interpretación y aplicación de las normas que regulan la pensión de vejez de los trabajadores autónomos. Entre estos asuntos, se cuentan, por ejemplo, el plazo de garantía y la falta de pago de cotizaciones por parte del trabajador autónomo[31], la eficacia del pago tardío de cotizaciones de seguridad social debidas[32], o el régimen aplicable al plazo de garantía de la caja de pensiones de los abogados ejercientes como trabajadores autónomos[33].

[25] Con carácter general, véase Silveiro de Barros, M.: "Peculiaridades procesales de la protección de los beneficiarios de la seguridad social no contributiva en Portugal», en el volumen *Seguridad social para todas las personas. La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, tomo I, Laborum (Murcia, 2021), pp. 755 y ss.

[26] Textualmente, «*as acções e omissões da administração no âmbito do sistema de segurança social são susceptíveis de reacção contenciosa nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*». Este Código fue aprobado por Ley núm. 15/2002, de 22 febrero.

[27] Apartado 1. Textualmente, «*os interessados na concessão de prestações do sistema podem apresentar reclamações ou queixas sempre que se considerem lesados nos seus direitos*».

[28] Apartado 2. Textualmente, «*as reclamações ou queixas são dirigidas às instituições a quem compete conceder as prestações*».

[29] Apartado 3. Textualmente, «*o processo para apreciar reclamações tem carácter de urgência*».

[30] El tema aparece regulado en el artículo 8 de la Ley núm. 13/2002, que aprueba el Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales. Comentándolo, véase Aroso de Almeida, M.: "A revisão do ETAF e do CPTA: aspetos determinantes», en Amado Gomes, C., Fernanda Neves, A. y Santos Serrão, T. (Directores), *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, AAFDL (Lisboa, 2016), pp. 41 y ss.; Batista Carvalho, C. A.: "Alterações ao Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais», en Amado Gomes, C., Fernanda Neves, A. y Santos Serrão, T. (Directores), *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, cit., pp. 159 y ss.; Carvalho, C.: "O estatuto dos tribunais administrativos e fiscais: evolução contextual e aspetos problemáticos», en Amado Gomes, C., Fernanda Neves, A. y Santos Serrão, T. (Directores), *Comentários à legislação processual administrativa*, vol. 1, AAFDL (Lisboa, 2020), pp. 333 y ss.; Esteves de Oliveira, M., *Código de processo nos tribunais administrativos, Estatuto dos tribunais administrativos e fiscais: anotados*, Almedina (Coimbra, 2006), pp. 23 y ss.

[31] Véase Sentencia (*Acordão*) del Tribunal Central Administrativo Norte de 19 diciembre 2014 (referencia oficial 00907/12.2BEAVR, ponente Helena RIBEIRO).

[32] Véase Sentencia del Tribunal Central Administrativo Norte de 21 abril 2016 (referencia oficial 00644/12.8BEPRT, ponente Rogério Paulo da COSTA MARTINS).

[33] Véase Sentencia del Tribunal Administrativo de 6 marzo 2008 (referencia oficial 0878/07, ponente Jorge MADEIRA DOS SANTOS).

6. Bibliografía

Aroso de Almeida, M.: "A revisão do ETAF e do CPTA: aspetos determinantes», en Amado Gomes, C., Fernanda Neves, A. y Santos Serrão, T. (Directores), *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, AAFDL (Lisboa, 2016).

Batista Carvalho, C. A.: "Alterações ao Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais», en Amado Gomes, C., Fernanda Neves, A. y Santos Serrão, T. (Directores), *Comentários à revisão do ETAF e do CPTA*, AAFDL (Lisboa, 2016).

Carvalho, C.: "O estatuto dos tribunais administrativos e fiscais: evolução contextual e aspetos problemáticos», en Amado Gomes, C., Fernanda Neves, A. y Santos Serrão, T. (Directores), *Comentários à legislação processual administrativa*, vol. 1, AAFDL (Lisboa, 2020).

Esteves de Oliveira, M., *Código de processo nos tribunais administrativos, Estatuto dos tribunais administrativos e fiscais: anotados*, Almedina (Coimbra, 2006).

da Gama Lobo Xavier, B., *Direito do Trabalho*, Verbo (Lisboa, 2011).

Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).

Monteiro Fernandes, A.: "A Situação Jurídica do Trabalhador no Domicílio», *Temas Laborales*, 1984.

Romano Martinez, P., *Direito do Trabalho*, 7ª ed., Almedina (Coimbra, 2015).

Silveiro de Barros, M., *Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, Atelier (Barcelona, 2017).

Silveiro de Barros, M.: "La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del jubilado en Portugal», en el volumen *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, tomo I, Laborum (Murcia, 2019).

Silveiro de Barros, M.: "O impacto do COVID-19 no Direito português de Segurança Social», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1 (2020).

Silveiro de Barros, M.: "La protección social de los trabajadores independientes en Portugal», *Anuario Coruñés de Derecho del Trabajo*, vol. XIII (2021).

Silveiro de Barros, M.: "Peculiaridades procesales de la protección de los beneficiarios de la seguridad social no contributiva en Portugal», en el volumen *Seguridad social para todas las personas. La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, tomo I, Laborum (Murcia, 2021).

Vieira Gomes, J.M., *Direito do Trabalho. Vol. I. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora (Coimbra, 2007).

Vizcaíno Ramos, I.: "Los principios de automaticidad de las prestaciones y de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, en el Derecho portugués de la Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30 (2022).

La "pareja de hecho" por el rito gitano y la pensión de viudedad; ¿discriminación por indiferenciación?

Susana Torrente Gari
T.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

1. Aproximación

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, reguló la pensión de viudedad para las parejas de hecho que acreditasen convivencia estable, notoria, y dependencia económica. Esta norma también introdujo algunos cambios en la pensión de viudedad matrimonial en los casos de separación y divorcio. No obstante, la novedad fundamental fue el reconocimiento legal, a efectos de pensión de viudedad, de una forma habitual de convivir para las parejas. Ahora bien, la Exposición de Motivos admitía que era inviable la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho; y por lo mismo impensable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad.

Se regulaban tantas diferencias respecto a la pensión de viudedad matrimonial que podría incluso, haber recibido otra denominación, pues las modificaciones introducidas en el artículo 174.3 de la LGSS resumían toda la identidad entre ambas prestaciones en la necesidad de que existiese "análoga relación de afectividad a la conyugal"[1].

Casi 15 años después, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, modifica los artículos 221 y 222 del TRLGSS eliminando el requisito de la dependencia económica, y aproximándola también en otros aspectos a la viudedad matrimonial. Previamente, se habían regulado diversas cuestiones

[1] LGSS: Ley General de Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

fundamentalmente relativas al porcentaje de la base reguladora y a las condiciones para causar las prestaciones de muerte y supervivencia en caso de violencia de género[2].

Peor suerte han corrido otros importantes problemas relacionados con la pensión de viudedad. Todo el sistema de Seguridad Social se regula en función de decisiones político-legislativas: se reducen los porcentajes de la prestación por desempleo; se incrementa la edad de jubilación; se endurecen los requisitos para la jubilación anticipada, etc., y todo ello de acuerdo con medidas de carácter práctico que pueden comprometer el presupuesto de la Seguridad Social. Y entonces las preguntas son: ¿qué ha pasado con el matrimonio por el rito gitano?; ¿no merece alguna mención legislativa?; ¿acaso es un problema presupuestario?. Porque lo que ya sabemos es que, si no lo establece la Ley, los tribunales van a acogerse al argumento de las decisiones legislativas para constitucionalizar casi cualquier contenido.

Sin duda, la progresiva aproximación de la pensión de viudedad de las parejas de hecho a la matrimonial es un ejemplo de la interdependencia del ordenamiento jurídico con la sociedad, adecuando la regulación a una inevitable realidad social. Por tanto, se añade otro interrogante: ¿acaso no es el matrimonio gitano una realidad en nuestra sociedad?.

Hay que señalar que este vínculo podría ser objeto de parangón con el matrimonio civil o con la pareja de hecho. Sin embargo, de poder formalizar la unión parece más plausible que se hiciera como pareja de hecho por su sencillez. Es decir, el matrimonio por el rito gitano no exonera de un expediente matrimonial; y, hasta el 31 de abril de 2021, no fue posible simplificar los trámites acudiendo exclusivamente a una notaría para agilizar el proceso burocrático; y aún entonces, pagando los debidos honorarios que, según el Ilustre Colegio de Notarios de Aragón, dependiendo de la documentación que necesite el expediente, en la práctica ronda un margen de entre 150 y 400 euros[3].

Un apunte más antes de continuar con la exposición. La pensión de viudedad es una pensión contributiva, en la que se exige, con carácter general, cotización previa. No obstante, destaca en su regulación que los periodos cotizados no son suficientes para superar el contexto de supuesto "fraude" en el que se ordena. Ciertamente, no es la única prestación en la que se endurecen los requisitos para evitar el enriquecimiento por engaño; así, por ejemplo, el artículo 209.2 del TRLGG impide computar en la base reguladora de la pensión de jubilación los incrementos artificiales de las bases en los últimos dos años. Sin embargo, en las demás prestaciones son cuestiones puntuales; y, en sentido contrario, en la pensión de viudedad es uno de los ejes fundamentales sobre los que se articula la prestación. Por ello la pensión ha de ser causada por una relación real y duradera, semejante a la conyugal; porque al parecer, ese es el vínculo sincero y no construido para obtener la pensión. Es más, la STS de 30 de septiembre de 2014 (RJ. 5772) se refiere a la necesidad de evitar los matrimonios "de conveniencia", contraídos precisamente con el único fin de devengar una pensión. La expresión popular "matrimonio de conveniencia" que se entendía como el matrimonio que no persigue crear una familia, sino obtener la nacionalidad o residencia, en Seguridad Social es semejante al enriquecimiento injusto. Entiendo que la diferencia con otras prestaciones es, precisamente, que son "derechos derivados" y por tanto las cotizaciones no benefician, y podrían por ello lucrar a quien las desembolsa. Esa parece ser la razón por la que el legislador pone especial atención para evitar el engaño. No obstante, mediando matrimonio, en

[2] TRLGSS: Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

[3] Véase la Instrucción de 3 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios. Fue la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la que reguló esta posibilidad que luego fue sometida a diversos aplazamientos.

general parece ser que no es posible el fraude, o es más difícil; y por ello la preferencia del vínculo matrimonial parecía una conclusión lógica si se pretendía evitar la mentira.

2. La pareja de hecho y la pensión de viudedad

2.1. Cuestiones generales

El trato diferente entre el matrimonio y la pareja de hecho fue constitucionalizado por el Tribunal Constitucional. Ya había manifestado antes del año 2007 que: "no se produce una vulneración del principio de igualdad cuando no existe derecho de viudedad en uniones de hecho porque no existe un derecho constitucional que lo establezca y no están garantizados jurídicamente (…) siendo las condiciones de acceso una facultad del legislador (…)". "El matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida"[4].

Tras la Ley 40/2007, y una vez se modificó la redacción del párrafo 5º del artículo 174.3 LGSS en lo relativo a la referencia a las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio (STC 40/2014, de 11 de marzo), es posible causar pensión de viudedad por las parejas de hecho, pero sólo por las descritas legalmente; pues "La convivencia *more uxorio*, ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento" (ATC 204/2003, de 16 de junio de 2003, FJ. 3).

Fundamentalmente, y atendiendo a los requisitos que aún persisten, para causar pensión de viudedad las parejas han de reunir dos exigencias diferentes además de una relación de afectividad análoga a la conyugal y de no estar impedidos para contraer matrimonio (STC 40/2014, y art. 222.2, 2º párrafo TRLGSS):

— Un requisito formal *ad solemnitatem*, es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y acreditan su existencia mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, en todo caso con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante (art. 221.2.2º párrafo TRLGSS).

— -Otro material, referido a la convivencia, estable y notoria, como pareja de hecho durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante, -a salvo de que existan hijos en común- que se acredita mediante el correspondiente certificado de empadronamiento.

Estas exigencias diversas respecto al matrimonio responden a una justificación objetiva y razonable desde el punto de vista constitucional (STC 93/2013, de 23 de abril). Además, obedecen al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social.

Regulada así la pareja de hecho, cualquier matrimonio celebrado por ritos culturales o religiosos, cuando no se han verificado los requisitos exigidos por la legislación civil, no tiene efectos como tal, y no por ello se está vulnerando el principio de no discriminación por motivos religiosos, raciales o étnicos (STC 69/2007, de 16 de abril).

[4] STC 184/1990, de 15 de noviembre y STC 38/1991, de 14 de febrero.

En principio, la acreditación del periodo de convivencia estable ha de documentarse mediante el certificado de empadronamiento; sin embargo, el Tribunal Supremo ha interpretado que es válido cualquier medio de prueba que tenga suficiente fuerza para demostrar el requisito de la convivencia pue no es, a diferencia de la inscripción, un requisito constitutivo[5].

Muy diferente es la lectura sobre la prueba de la existencia de la pareja de hecho, que debe acreditarse en los estrictos términos que se pronuncia la norma, no teniendo validez, a efectos de prueba, la tarjeta de asistencia sanitaria (STS de 1 de enero de 2016, RJ. 2868); ni el libro de familia (STS 11 de mayo de 2016, RJ. 3110). Tampoco las disposiciones testamentarias de los convivientes en las que, además de legar una cuota del 30 % de su herencia al otro, manifiestan que ambos convivían maritalmente" (STS de 16 de diciembre de 2015, RJ. 49). Ni se puede probar con un contrato de compraventa de una vivienda o de préstamo (SSTSJ de Madrid de 23 de octubre de 2015, RJ. 2135 y de Andalucía-Granada de 14 de octubre de 2016, Ar. 7402), y ni siquiera haber iniciado los trámites para contraer matrimonio (STS de 28 de noviembre de 2011, RJ. 92).

Es entonces cuando la relación análoga a la conyugal, no puede acreditarse por periodos muy largos de convivencia o por hijos/as comunes. Si hay una inscripción de la pareja, de dos años previos al fallecimiento, es una pareja que causa el derecho a la pensión -si además se prueba la convivencia-; pero en otro caso, no importan ninguna de las circunstancias concurrentes. En esta lectura la exigencia de los requisitos formales garantiza la autenticidad de la relación y justifica que se cause pensión de viudedad.

2.2. La interpretación de la jurisdicción contecioso-administrativa

La STS de 7 de abril de 2021 (RJ. 1460), dictada en recurso de casación, defendió una lectura diferente de los requisitos del artículo 38.4 del TR de la Ley de Clases Pasivas del Estado (Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, TRLCP)[6].

La recurrente era pareja de hecho del causante, manteniendo esta relación durante más de 30 años, tenían tres hijos en común, y aportaba documentación para probar la relación. La existencia de pareja de hecho constaba en un documento notarial, habían realizado declaraciones de IRPF de forma conjunta, y estaban empadronados en el mismo domicilio. La actora, tan solo tiene estudios primarios y se ha dedicado a labores domésticas como ama de casa y al cuidado de sus hijos.

Mediante Auto de 14 de julio de 2020 la Sala de Admisiones admitió a trámite el recurso porque concurrían varias causas para ello:

- El interés casacional derivado de la existencia de doctrinas contradictorias en concreto sobre el concepto de pareja de hecho.
- La admisión de que esa doctrina contradictoria se refiera a jurisprudencia recaída en otros órdenes jurisdiccionales distintos al contencioso-administrativo.
- La sentencia recurrida puede considerarse también gravemente dañosa para los intereses generales, por cuanto deja sin efecto en la práctica la necesidad de

[5] Auto TS 22 de marzo de 2022 (RJ 118605).

[6] El iter judicial de este pronunciamiento tiene origen en la solicitud de una viuda de la pensión que es sucesivamente denegada. La SAN de 28 de enero de 2019, RJ. 78226, habría reconocido la pensión aun sin inscripción ni documento público por las pruebas documentales que permiten concluir en la sentencia que "no encontramos elementos que permitan pensar en el propósito de generar artificialmente un derecho a la pensión de viudedad".

constitución formal de la pareja de hecho mediante la inscripción o documento público.

El Tribunal Supremo reconoce la singularidad del caso, que por sus propias características no es trasladable a otros supuestos. "La excepción opera desde el momento en que está acreditada una convivencia de más de 30 años, que la pareja tuvo tres hijos en común además de la adquisición, en el año 2004, mediante escritura pública de una vivienda común que constituyó el domicilio familiar. (…) Con este cúmulo documental existe una acreditación palpable de que ha existido una convivencia entre la recurrente y el causante durante 30 años, por lo que nos encontramos ante ese concepto de pareja de hecho que da el art. 38 como la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal". "En el caso objeto de recurso las circunstancias particulares puestas de manifiesto son incontestables (…) En consecuencia, no cabe apreciar la infracción del art. 38.4 por haber considerado la sentencia recurrida que en este caso podía tenerse por acreditado que habían constituido una pareja de hecho sin que constara la inscripción registral (…) Su convivencia estable es bastante para el reconocimiento de la pensión de viudedad (…) la prueba de la existencia de una pareja de hecho no solo puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo 38.4, es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público sino también mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca".

La evidente diferencia entre el Orden contencioso-administrativo y el social, habría tenido un alcance limitado, pues no tienen la consideración de decisiones comparables a efectos de fundar la apreciación de una contradicción en el recurso de casación para la unificación de la doctrina las resoluciones de otras Salas del Tribunal Supremo, pues la doctrina que ha de unificarse es la del Orden social y no ésta con la de otros órdenes (art. 219 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social)[7].

A pesar de ello, la STSJ de Madrid, de 30 de septiembre de 2021 (RJ. 1931), de Orden social, destaca que ese pronunciamiento es "una nueva perspectiva interpretativa que juzgamos más acorde a la realidad social y al principio de no discriminación e igualdad en la interpretación de la ley, fijando como doctrina que no sólo puede acreditarse la pareja de hecho mediante la inscripción en un registro autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público sino también mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido (…)".

Sin embargo, la STS de 24 de marzo de 2022 (RJ. 124467) dictada en recurso de casación, defiende que admitir cualquier medio de prueba de la pareja de hecho sólo puede aplicarse a algún caso muy concreto, como era el supuesto de la sentencia de 7 de abril. El Auto TS de 29 de abril de 2021 (RJ. 144037) destaca el "interés casacional" para la formación de jurisprudencia en relación a si los requisitos establecidos en el vigente artículo 38.4 del TRLCP, para acreditar la existencia de la pareja de hecho, en aras a generar un derecho a la pensión de viudedad, son exclusivamente los previstos en dicho precepto; o si, por el contrario, es posible acreditar su existencia mediante otros medios distintos a los legalmente previstos.

Este pronunciamiento defiende: "en apariencia las sentencias de 28 de mayo de 2020 (RJ. 1510) y de 7 de abril de 2021 fijan una doctrina no coincidente a los efectos de concretar los medios de prueba válidos para acreditar la existencia de la pareja de hecho, pero la diferente

[7] Sempere Navarro, A.V.: "Acreditación de la pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* nº 5, 2021, p. 3.

solución se explica a la luz de las *circunstancias concurrentes que particularizan el asunto resuelto* por la sentencia de 7 de abril de 2021 (RJ. 1460). Efectivamente, si atendemos a la argumentación que contiene esta sentencia fácilmente percibimos que se refiere a un supuesto límite que aparece perfectamente descrito (…) la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad con los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo 38.4 TRLCP, es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante (…) hay que advertir que las sentencias del TC 40/2014 y 51/ 2014, han avalado la constitucionalidad del 174.3 -TRLGSS- precepto de igual contenido que el 38.4 del TRLCPE (…) el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho, con convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas constituidas en la forma legalmente establecida (…) sin que ello vulnere el derecho a la igualdad ante la ley por afirmar que la norma cuestionada responde, en cualquier caso, a una justificación objetiva y razonable desde el punto de vista constitucional -pues- obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social, evitando la concurrencia de títulos de reclamación que den lugar a un doble devengo de la pensión"[8].

3. El matrimonio por el rito gitano y la pensión de viudedad

3.1. El caso Muñoz Díaz

Los ritos matrimoniales del pueblo gitano no han tenido valor constitutivo, ni probatorio, para acreditar la existencia de una pareja de hecho, y menos todavía de un matrimonio. Sin embargo, en la cultura gitana la familia es la institución principal de organización social, que se basa en las relaciones de parentesco. En este contexto, el rito matrimonial gitano constituye una muestra del respeto que dicha cultura tiene hacia la institución del matrimonio, pues entienden que es uno de los acontecimientos más importantes en la vida[9]. Hay, por tanto una, una pervivencia cultural al margen de cualquier trascendencia jurídica. Sin embargo, aunque tenga mucho valor en su cultura, ese vínculo no causa la pensión de viudedad.

Sin recorrer los diversos pronunciamientos judiciales que han negado cualquier efecto prestacional de estas uniones, resulta especialmente importante la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009 (STEDH asunto Muñoz Díaz, RJ. 140).

La sentencia examinaba un supuesto en el que a una mujer de etnia gitana se le había denegado la prestación de viudedad tras el fallecimiento de la persona con la que vivía, también de cultura gitana, y con la que se había casado en 1971, según los usos propios de su comunidad. Tenían seis hijos, y estaban inscritos en el libro de familia, constituyendo este documento, junto con la posesión del carnet de familia numerosa de primera categoría, la pieza clave para reconocer el derecho a la pensión de viudedad.

El esposo fallece en el año 2000, y solicita pensión de viudedad. La pensión, denegada en sede administrativa, es reconocida por el Juzgado de los Social, pues "(...) En nuestro país, la etnia gitana está arraigada desde tiempo inmemorial y es sabido sobradamente que esta etnia celebra el

[8] Sin embargo, la convivencia no formal (sin constitución registral de la pareja) computa a efectos del plazo de 2 años de matrimonio necesarios para causar la pensión (STS de 10 de marzo de 2022, RJ. 1411, Orden contencioso-administrativo).

[9] Poquet Catalá, R.: "Pensión de viudedad y matrimonio contraído por el rito gitano", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo,* Aranzadi, nº 243, 2021, pp. 278-314.

matrimonio conforme a usos y tradiciones que adquieren fuerza de Ley entre las partes". El INSS interpuso recurso de suplicación que se resolvió por la STSJ de Madrid, de 7 de noviembre de 2002 (RJ. 3376), afirmando que no hay discriminación alguna y que el matrimonio celebrado por el rito gitano no tiene la condición de tal en el ordenamiento jurídico español. Con posterioridad se interpuso un recurso de amparo, que se resolvió en la STC 69/2007.

La STC 69/2007, de 16 de abril, había defendido que "no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia (…) la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio, (…) No se puede apreciar la existencia de un trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos, derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbres gitanos con el vínculo matrimonial a los efectos de dicha prestación y de que se les haya aplicado el mismo tratamiento jurídico que a las uniones *more uxorio*.

No obstante, para el TEDH, no hay que cuestionar la afirmación contenida en la STC 69/2007 de que el principio de igualdad que proclama el art. 14 CE no alcanza a la llamada "discriminación por indiferenciación", al no consagrar un derecho subjetivo al trato normativo desigual (FJ. 4º); y tampoco que la pertenencia a una "minoría étnica" no repercutía en la aplicación o en la interpretación de la normativa; y el no reconocimiento de la forma tradicional del matrimonio gitano como matrimonio con efectos civiles no supone una violación del derecho a contraer matrimonio del art. 12 del Convenio de Roma o una forma de discriminación racial prohibida por el art. 14 de ese mismo Convenio. Lo definitivamente relevante es la *buena fe*, sobre todo a la vista de los documentos oficiales, en los que eran tratados como "cónyuges".

Para justificar su decisión reconociendo la pensión acude a la razón de la "excepcionalidad". "Cuando la demandante se casó en 1971 conforme a los usos y costumbres gitanos, sólo era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse conforme al rito del derecho canónico de la Iglesia Católica. El Tribunal considera que no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, según el Derecho canónico". Tras la entrada en vigor de la Constitución española, hubiera podido contraer matrimonio civil, pero "ella estaba convencida de buena fe de que el matrimonio celebrado conforme a los usos y costumbres gitanos implicaba todos los efectos propios de esta institución (…) la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada". "La negativa, además, no tuvo en cuenta las especificidades sociales y culturales de la demandante para apreciar su buena fe. A este respecto, el Tribunal recuerda que, conforme al Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (apartados 33 y 34), los Estados parte de dicha Convención están obligados a tener en cuenta, debidamente, las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales".

A pesar de la importancia de este pronunciamiento, la aplicación de la doctrina de TEDH ha sido extremadamente limitada hasta el momento, pues la excepcionalidad de la buena fe debe venir avalada por documentos oficiales, en los que deben ser tratados como cónyuges (STS de 25 de enero de 2018, RJ. 515).

Considero que parte del problema tenía origen en el intento de equiparación entre el matrimonio civil y el matrimonio por el rito gitano. Antes de la reforma de la Ley 40/2007 era el único vínculo capaz de causar la pensión de viudedad, y por tanto no se podía pretender otra comparación; sin embargo, no creo que en la actualidad se pueda interpretar que existe buena fe por la creencia de que había un matrimonio semejante al civil. La duda es por qué no se puede

equiparar a una pareja de hecho, aun sin la existencia de una inscripción registral que no aporta nada a una convivencia marital gitana, construida en torno a unas sólidas bases familiares. En todo caso, en el momento que se flexibilice ese requisito la publicidad de la convivencia puede demostrarse en esas uniones, porque en general son muy prolongadas[10].

3.2. La sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021

Dejando atrás los pronunciamientos judiciales sobre la eficacia, o ineficacia, del rito gitano para contraer matrimonio o pareja de hecho a efectos de pensión de viudedad, la STC 1/2021, de 25 de enero, confirma la postura construida en torno a la rigidez inflexible de las previsiones legales[11].

La actora contrajo matrimonio conforme al rito gitano, tras lo que convivió con su pareja durante más de quince años sin registrarse como pareja de hecho. Durante ese tiempo, tuvo cinco hijos, en cuya inscripción de nacimiento los padres constaban como solteros. Tras fallecer su marido solicitó la pensión de viudedad, que le fue denegada por el INSS y en primera instancia, pues no se aceptaba ni la validez del matrimonio ni su equiparación a la pareja de hecho. La STSJ de Andalucía de 20 de abril de 2016, (RJ. 42685), reconoció el derecho a la pensión, ya que aunque en el libro de familia figuren como solteros la actora y el causante, ese dato no resulta suficiente para desvirtuar su buena fe respecto a la validez y eficacia de su matrimonio contraído bajo el rito gitano. Acude al caso Muñoz Díaz para defender la buena fe, y en cuanto a la convivencia, destaca que tuvo lugar durante al menos los últimos quince años y que celebró su unión conyugal en el seno de una realidad social y cultural muy distinta a la actual, cuando la actora no contaba siquiera con la edad de quince años, teniendo, además, cinco hijos en común. Por lo tanto, descarta que se haya mantenido durante tanto tiempo un fingimiento doloso del matrimonio con el propósito de tener un futuro derecho a la prestación.

La STS de 25 de enero de 2018 (RJ. 515), revocó la sentencia dictada en suplicación y desestimó la demanda defendiendo la prueba tasada sobre la constitución de la pareja estable. Tampoco entiende que el caso deba resolverse en atención a los criterios fijados por la sentencia del caso Muñoz Díaz, puesto que aquel supuesto era previo a la Ley 40/2007, donde se probaron unas particularidades que no concurren en este caso.

Insiste en que, como el art. 14 CE no ampara la llamada "discriminación por indiferenciación", no reconoce un derecho subjetivo al trato normativo desigual. "Las múltiples minorías étnicas y culturales existentes en nuestro país, cuya posible vulnerabilidad -similar a la del colectivo gitano, en mayor o menor grado- ciertamente puede obligar a alguna interpretación normativa tendente a su protección conforme a los criterios del TEDH, pero no puede llegar al extremo de excepcionar la aplicación de la ley en los múltiples aspectos en que pudiera reflejarse su diversidad

[10] Hay alguna sentencia de tribunales superiores de justicia, que reconocen la pensión de viudedad a los matrimonios contraídos por el rito gitano. Por ejemplo, la STSJ de Andalucía, Granada, de 27 de marzo de 2014, (RJ. 1685). En este caso la Magistrada de instancia otorgó a la actora la pensión de viudedad al considerar acreditados todos los requisitos establecidos por el artículo 174.3 de la LGSS para entender la existencia de una pareja de hecho con el causante. La Sala reconoce la pensión, en atención a que su unión a través del rito gitano se produjo a finales del tercer trimestre del año 1990, y convivieron después durante casi 22 años habiendo tenido en común cuatro hijos entre 1991 y 2004 con lo que se observa gran paralelismo en el caso analizado con la Sentencia TEDH ya señalada. Por tanto, es la buena fe sobre la creencia de haber contraído matrimonio el eje central de la argumentación. También la STSJ de Castilla y León Burgos de 21 de diciembre de 2017, RJ. 103, aplica la Sentencia del TEDH, sin embargo, esta sentencia fue casada por STS de 24 de junio 2020, RJ. 3201.

[11] Folgoso Olmo, A.: "Análisis sobre la existencia de discriminación (directa e indirecta) en la denegación de la prestación de viudedad tras matrimonio gitano. Comentario de la STC 1/2021, de 25 de enero", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo,* Aranzadi, nº 242, 2021, pp. 269-278.

étnico-cultural so pena de comprometer gravemente la seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación".

Esta sentencia cuenta con un voto particular, en que se defiende que la sólida convivencia de una pareja casada por el rito gitano es suficiente para causar la pensión; pues "exigir en estos casos que la existencia de la pareja de hecho se acredite por la inscripción del registro de parejas se torna claramente redundante y, por ende, innecesaria, en la medida en que para la pareja gitana la aceptación de la llamada "ley gitana" les convierte, a su entender y al del resto de la comunidad en la que desarrollan su vida, en una unidad matrimonial no cuestionada como tal y, si cabe, con más fuerza (…) no cabe afirmar -ni generalizar- la inaplicabilidad de la norma a los ciudadanos gitanos, pero la interpretación conforme al respeto a las minorías étnicas sí permite flexibilizar su sentido".

Por medio de un recurso de amparo se pronuncia el Tribunal Constitucional. El Ministerio Fiscal interesa igualmente la desestimación del amparo, y, entre otras razones hace una reflexión en torno a que el rito matrimonial tradicional incluye una prueba de virginidad que se realiza a la novia, lo que estima discriminatorio por razón de sexo. Por este motivo defiende un desafortunado razonamiento; la pareja gitana casada por un rito discriminatorio no puede ser premiada con una pensión. Es mejor no trasladar esta idea a los supuestos de violencia de género, por ejemplo, y no pensar que la protección, apoyos y ayudas; son "premios".

El TC comienza analizando los puntos de conexión con el presente asunto Muñoz Díaz. Entre ambos supuestos existía una diferencia destacable. En el asunto Muñoz Díaz existían actuaciones públicas que reconocían a los cónyuges tal condición: la consideración como familia numerosa (para lo que en ese momento era requisito la unión conyugal) o la expedición de una cartilla de la Seguridad Social en la que constaba que la unión era matrimonial, que permitían amparar la buena fe de la actora "que se constituyó como la *ratio decidendi* del pronunciamiento".

El TC repasa toda la doctrina sobre el artículo 14 CE sobre los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación, "no obstante, este tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ. 8), si bien en tales supuestos, el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación"; y "no se puede apreciar la existencia de un trato discriminatorio directo por motivos raciales o étnicos derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con las uniones de hecho debidamente formalizadas, pues es doctrina de este tribunal que la inscripción en el registro administrativo de parejas de hecho o la formalización mediante escritura pública es un requisito constitutivo de dicha situación jurídica". Además: "no ampara el art. 14 CE lo que se ha denominado discriminación por indiferenciación, al no consagrar aquella previsión constitucional un derecho a la desigualdad de trato por no existir ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ. 2), y al no existir tampoco una razón diferenciadora en la denegación o reconocimiento del derecho fundada en motivos étnicos, no puede prosperar la denuncia formulada desde el prisma de la discriminación directa (art. 14 CE)".

Tampoco admite que sea un caso de discriminación indirecta, que "puede darse no solo cuando exista una norma formalmente neutra y directamente no discriminatoria que produzca, en cambio, efectos desfavorables en el grupo caracterizado por el factor protegido, sino, asimismo, cuando se haya dado una interpretación o aplicación de la misma que ocasione aquel impacto

o resultado adverso". El TC descarta que el precepto analizado tenga un efecto especialmente desfavorable para la población gitana respecto de otros colectivos que, por cualquier razón (ideológicas, etc.) opten también por no formalizar su vínculo. "Los argumentos que se aducen, relativos a la protección que precisa la comunidad gitana o al fuerte arraigo de sus tradiciones y a las garantías que, en su cultura y contexto comunitario, se otorga a la relación así nacida, se refieren a la hipótesis, ya descartada, de la discriminación directa, no así a la que ahora abordamos, y no solo ya por ausencia de datos que permitan acreditar otro resultado en función de evidencias estadísticas sino porque ni se justifica ni, antes incluso que eso, cabe advertir fundamento objetivo alguno de la existencia de un perjuicio mayor y verdaderamente desfavorable en la norma o en su aplicación, desde una perspectiva cualitativa o cuantitativa".

El voto particular del magistrado Xiol Rios, insiste en la real discriminación del pueblo gitano. "El pueblo romaní constituye una minoría discriminada y que, por tanto, resultan de aplicación a sus miembros las normativas antidiscriminatorias que, al margen de la prohibición general de discriminación reconocida en los textos fundamentales de derechos humanos (art. 27 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; etc.) aparecen desarrolladas, en el ámbito internacional, en el Convenio Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 y, en el ámbito europeo, en Convenio-Marco para la protección de las Minorías Nacionales de 1995 y en la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000". Estos textos reconocen la importancia de las singularidades culturales y la prohibición de políticas de asimilación.

Haciendo uso de datos estadísticos señala: "no puedo compartir la opinión -salvo que se acepte como criterio inspirador un positivismo formalista estricto- de que la neutralidad de la mera exigencia de la inscripción o formalización pública de estas uniones no implica para la comunidad romaní, en mayor proporción que para la población general, un perjuicio cuantitativo derivado de la imposición de un requisito adicional para acceder a la prestación de viudedad consistente en realizar actos de formalización para completar la tradicional unión de vida universal y ancestralmente reconocida". Además, tampoco descarta la buena fe cuando en el momento de la celebración de su matrimonio -como en el caso Muñoz Díaz fue en 1974-, sólo era posible hacerlo mediante el rito católico.

4. La discriminación por indiferenciación

El TC rechaza que negar que los matrimonios gitanos causen pensión de viudedad, pueda ser discriminación directa o indirecta, advirtiendo que el artículo 14 CE no recoge la forma de discriminación por indiferenciación. Al margen de que, como luego señalaré, discrepo de esa opinión, puede entenderse que, si el precepto constitucional permitiera esta defensa de la discriminación por igualación, el problema estaría resuelto. Es decir, es una forma de discriminación, solo que no de las que la Constitución ampara.

El TC siempre se ha manifestado de forma rotunda: el art. 14 CE solo se refiere al trato igual, la diferenciación para los desiguales no está incluida en el mismo: "ante situaciones no disímiles, la norma debe ser idéntica para todos" (STC 75/1983, de 3 de agosto), porque "la diferencia obligada de todo lo diverso es contraria al elemental principio de generalidad de la Ley" (STC 23/1986, de 14 de febrero). No obstante, estas y otras afirmaciones semejantes han debido ser matizadas respecto a las leyes tributarias y el principio constitucional de progresividad[12].

[12] Cobreros Mendoza, E.: "Discriminación por indiferenciación: Estudio y propuesta", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 81, 2007, pp. 71-114.

Luego, la igualdad protegida es el trato igual a los iguales, sin perjuicio de la libertad de configuración del legislador para elegir razones en las que fundamentar las diferencias en atención a diversas situaciones de hecho. Con ello el trato igual a situaciones absolutamente dispares queda al margen de la protección del recurso de amparo; exclusión que en abstracto permite imaginar a diversas situaciones materialmente injustas.

Diferente es la postura del TEDH recogida en la Sentencia de fecha 6 de abril de 2000 (THLIMMENOS C. GRECIA, RJ. 122). La sentencia argumenta a favor de que el Sr Thlimmenos pueda acceder a la función pública a pesar de tener una condena penal, ya que la condena lo era porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave porque, además, habría violación del artículo 14 del Convenio de Roma (relativo a la igualdad) en relación con el derecho de libertad religiosa del artículo 9.

Entiendo que en nuestro ordenamiento hay que defender que la discriminación por indiferenciación normativa debe ser entendida como una violación del artículo 14 CE, por difícil que resulte su aplicación. Ello conllevaría una reinterpretación de la doctrina de la igualdad y de la no discriminación constitucional, ya que de por sí esta llena de contenidos, lecturas y matices que escapan a veces a los ojos expertos.

Una de las nociones esenciales es la de la igualdad material. Para su consecución está constitucionalmente justificada una diferenciación favorable de trato normativo, precisamente para intentar equiparar a las personas o a los grupos que, de hecho, están en peores condiciones en nuestra sociedad, "promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud". Sin embargo, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, al amparo del art. 14 CE" (STC 69/2007, de 16 de abril). Es decir, no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real por no establecer diferencias entendidas como acción positiva, pues esta igualdad no opera como un límite concreto en la actuación de los poderes públicos[13].

Y, a su lado, surge la noción de discriminación indirecta, que parte no de una diferenciación normativa, sino de una disposición formulada aparentemente neutra, pero con un impacto (negativo) claramente superior en un grupo o conjunto de sujetos

Sin embargo, ¿no se parece mucho esta idea a la discriminación por indiferenciación?. Resulta sorprendente que se admita la conculcación del artículo 14 CE por una norma que no recoge ninguna diferencia y cuya aplicación manifiesta un trato desfavorable a un grupo por discriminación; y, sin embargo, se rechace la discriminación por indiferenciación. Parece que exista un temor a que cualquier diferencia pueda resultar relevante para exigir una regulación especial. No obstante, la diversidad que habría de tenerse en cuenta ya está identificada en los casos de discriminación: sólo para aquellos casos en los que no diferenciar tenga por consecuencia discriminar.

No se trata de crear un régimen jurídico tipo apartheid basado en leyes particulares que ordene a los grupos, es más simple, se trata, cuando proceda, de una adaptación flexible o de alcanzar una base jurídica que permita una interpretación favorable.

[13] Cobreros Mendoza, E.: "Discriminación…*cit.*

Lo que no parece constitucionalmente admisible es que una norma que produce resultados discriminadores por no poder ser aplicada de forma diferente, sea constitucional.

En definitiva este tipo de discriminación surgiría de la existencia de un enunciado neutro con efectos perversos en tanto que discriminadores.

Parte del problema de su reconocimiento tiene origen en que la lucha palmaria contra la discriminación ha sido contra las normas que reflejaban, históricamente, diferencias injustas, en tanto en cuanto, ni estaban justificadas, ni eran objetivas, ni mucho menos proporcionales; y por lo tanto eran arbitrarias. Sin embargo, no toda diferencia es así; ni por descontado, siempre es un privilegio.

Al parecer, la norma que no contiene diferencias no es sospechosa de discriminatoria, y esta afirmación tiene una proyección histórica. Se puede defender que también en el ámbito de la igualdad y la no discriminación hay una evolución imprescindible de garantía de contenidos progresiva. Así, "la diferenciación basada en rasgos distintivos relevantes procede sólo cuando la no discriminación por rasgos irrelevantes está satisfecha", una institución satisface el principio de igualdad si su funcionamiento está abierto a todos en virtud del principio de no discriminación, y una vez satisfecha esta prioridad, adjudica sus beneficios o cargas diferentemente en virtud de rasgos distintivos relevantes[14].

Simplemente creo que a nuestro ordenamiento ya le ha llegado su hora. Hoy, no reconocer la diversidad perjudica la igualdad material y retornamos a los límites de la igualdad formal.

5. El matrimonio gitano, la pensión de viudedad y discriminación

Se tiende a pensar que nuestras instituciones y nuestro derecho son "neutros", puesto que se promueve una igualdad social común a toda la ciudadanía. A menudo la realidad demuestra que esa neutralidad es una mera apariencia. El derecho tiene género, raza, y etnia, aunque haya aprendido a ocultarlo. La experiencia cotidiana de determinados grupos y poblaciones históricamente ha sido de desventaja en el Orden social, en el acceso a recursos y determinados bienes de carácter social; y aún hoy es una realidad.

Si nos centramos concretamente en la situación de las comunidades gitanas, esta cuestión adquiere una especial relevancia en tanto que, los gitanos y gitanas, están presentes en la historia de la configuración del Estado Español. El nivel de discriminación en España contra la población gitana y su segregación escolar, son motivo de preocupación para la Organización de las Naciones Unidas. Una inquietud que se extiende al perfil étnico de las minorías y la a aplicación deficiente de ciertos derechos lingüísticos[15].

En el ámbito educativo, alrededor del 64 % de la juventud e infancia romaní aún no completan la educación secundaria obligatoria. Para la población general esta cifra está entorno al 13 %. En el ámbito económico, todavía hay demasiados gitanos y gitanas que sufren agravios socioeconómicos significativos e incluso exclusión, ya que el 85,9 % de la población gitana está en riesgo de pobreza[16].

---

[14] Asís roig, r.: "La igualdad en el discurso de los derechos", VV.AA.: *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho,* López García, J.A. y Del Real , J. (Coords.), Madrid, Dykinson, 2000, p. 149-168.

[15] Informe del Relator Especial de la ONU Fernand de Varennes, sobre su visita en España, al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Ginebra, marzo de 2020.

[16] Datos Estrategia Nacional para la Igualdad, Inclusión y Participación del Pueblo Gitano 2021-2030, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2021. https://www.mdsocialesa2030.gob.es/

En Europa se ha acuñado un término para denominar la situación de grave discriminación que sufre la población gitana; "el antigitanismo", que está profundamente arraigado y supone un importante obstáculo para avanzar en la integración de la población romaní. Casi la mitad de los ciudadanos de la UE (el 46 %) se sentirían incómodos si tuvieran personas gitanas o nómadas como vecinos, según la encuesta de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2020[17].

Por ello, el Marco Estratégico de la UE para la igualdad, la Inclusión y la participación de los gitanos (2020-2030) pretende abordar esta desigualdad en la UE poniendo el foco en la igualdad, inclusión y participación como objetivos horizontales y medibles, dirigidos a un cambio de mentalidad. Persigue combatir los prejuicios y luchar contra el antigitanismo y la discriminación de manera explícita[18].

En España, en noviembre de 2021 se publicó Estrategia Nacional para la Igualdad, la Inclusión y la Participación del Pueblo Gitano (2021-2030) siguiendo las directrices del Marco Europeo y alineada con el Plan de Acción Antirracismo de la Unión Europea (2020-2025) y propone un planteamiento de los esfuerzos estatales para combatir la discriminación con base étnica o racial en los distintos ámbitos socioeconómicos, haciendo uso de un enfoque transversal de diversos ejes de intervención.

Por tanto, la población gitana pertenece a un grupo vulnerable a cualquier forma de discriminación, incluida la que surge de la aplicación de la Ley.

En el contexto del Derecho de la Unión Europea se han seguido procedimientos en contra de la discriminación de la raza gitana sobre todo en el ámbito de la educación. El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales prohíbe toda discriminación por razón de raza y orígenes étnicos. De igual modo, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, de aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico protege frente a cualquier tipo de discriminación directa e indirecta, y si bien no contiene una definición de origen racional o étnico; esa noción aparece recogida en la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969) con la inclusión de la característica de la raza, color, linaje u origen nacional o étnico (art. 1.1)[19].

El TEDH incorporó en su jurisprudencia el concepto de discriminación indirecta aplicado a la población gitana en la Sentencia D.H. y otros contra la República de Chequia, de 13 de noviembre de 2007. Por primera vez, en este contexto, se aprecia una discriminación racial indirecta; se aplica a este campo el valor probatorio de las estadísticas; se incorpora el concepto de interpretación judicial estricta en relación con la discriminación racial; y se ordena invertir la carga de la prueba en los casos de discriminación racial indirecta o por impacto. El Tribunal, ante la situación en la que los niños y niñas gitano/as vivían en la República Checa, en la que eran escolarizados en escuelas especiales para niños con discapacidad, constata la posición vulnerable que vive la etnia gitana que exige que se consideren de modo especial sus necesidades y estilos de vida diferentes en los marcos regulatorios generales y en las decisiones sobre casos particulares". Es preciso,

[17] Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) Informe 2021. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-fundamental-rights-report-2021-opinions_es.pdf

[18] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: "Una Unión de la Igualdad: Marco estratégico de la UE para la igualdad, la inclusión y la participación de los gitanos", COM/2020/620 final.

[19] Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.: "Prohibición de discriminación", *Temas Laborales,* nº 145, 2018, pp. 344 y ss.

señala la sentencia, "salvaguardar los intereses de las minorías", pero también "preservar una diversidad cultural que tiene valor para toda la sociedad"[20].

También la Comisión Europea ha iniciado procesos de infracción contra Eslovaquia, Republica Checa y Hungría (números de infracción 20142174, 20152025 y 20152206), exigiendo poner fin a la discriminación sistemática que relega a un elevado porcentaje de los niños y niñas gitanas a colegios para menores con discapacidad mental.

En definitiva, la población gitana sufre formas de discriminación, directas o indirectas; aunque en el caso de la denegación de la pensión de viudedad se estaría ante una discriminación del segundo tipo.

El concepto de discriminación indirecta, en el caso del matrimonio por el rito gitano, supone que la norma neutra, antes señalada, de la necesidad de matrimonio civil inscrito o de pareja de hecho inscrita y con convivencia demostrada, en la práctica impacta de forma adversa sobre las personas de un grupo en desventaja (viudas casadas conforme al rito gitano) sin que exista una justificación suficiente, no siendo una exigencia imprescindible para ningún fin legítimo.

A la vista de los diferentes pronunciamientos judiciales, es esto exactamente lo que está sucediendo. No obstante, no es la única forma de discriminación que podría estar implicada en estas situaciones. Se puede identificar una forma de discriminación múltiple, al combinar los criterios étnicos y de género.

La pensión de viudedad, hubiera sido negada igualmente a un varón, que hubiera podido alegar discriminación indirecta por razón de raza/etnia. Pero lo cierto es que la mayor parte de las demandantes de las pensiones de viudedad son mujeres, y en el caso de la población gitana todavía hay mas diferencias, porque sus costumbres culturales hacen que las mujeres tengan una dedicación preferente a la familia[21]. En tal caso, la razón de la discriminación sería múltiple, que preferiblemente denominaría como interseccional, porque las dos, o más causas de discriminación, tienen consecuencias más intensas y específicas que las que derivarían de su análisis por separado.

Pero, además, confluyen factores adicionales a tener en cuenta. Si la población gitana sufre discriminación en el acceso al empleo, más aún si es mujer; así, para la mujer gitana la pensión de viudedad sí va unida a la, antaño, situación de necesidad de falta de recursos propios. Sobre todo, porque conforme a los usos del pueblo gitano, la mujer casada ha de dedicarse al cuidado de sus hijos e hijas y del marido.

Por último, esa misma discriminación la sufren por el menosprecio de su trabajo como esfuerzo contributivo. Es difícil que un hombre o una mujer gitana trabajen; que si lo hacen sea por un periodo prolongado; que acrediten una vida laboral sin grandes vacíos de cotización, etc.; pero cuando todo eso se ha superado, sus ritos y culturas les van a impedir percibir prestaciones por derecho derivados.

---

[20] Rey Martínez, F.: "La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, 2007, pp. 279-307.

[21] De acuerdo con los datos del último trimestre de 2020 del Instituto Nacional de Estadística (INE), el número total de viudos y viudas en España asciende a 2.917.800 personas. De ellos, 2.331.200 son mujeres, mientras que los hombres solo representan 586.600. Haciendo referencia a hábitos de la vida diaria, el porcentaje de gitanos que fuma es casi el doble que el de la población general (55 % frente al 31 %). En el caso de los jóvenes gitanos, la diferencia aumenta (56 % frente al 25 %). En cambio, las gitanas fuman menos que las mujeres en general (14 % frente al 21 %), puesto que no está bien visto que fumen o tomen alcohol las mujeres gitanas.

6. La validez prestacional de "algunos" matrimonios no inscritos

6.1. Los matrimonios religiosos no inscritos

La STC 199/2004, de 15 de noviembre, otorga amparo a un viudo que se le había denegado la pensión de viudedad por haber contraído matrimonio canónico y no estar inscrito. Su situación se equiparó a la de las parejas de hecho en una fecha en la que no recibían pensión de viudedad.

"La norma (…) vincula la prestación a la condición de "cónyuge legítimo" y contempla, en efecto, dos situaciones diferentes -personas con vínculo matrimonial frente a las situaciones de convivencia extramatrimonial-". "Es la no inscripción la circunstancia que fundamenta la denegación de la pensión, (…) el reconocimiento no cuestionado de la existencia de vínculo matrimonial en el caso ahora enjuiciado impide entender que la situación del recurrente en amparo sea idéntica o equiparable a la de las parejas que conviven *more uxorio* (…) En efecto, aun cuando la inscripción fuera susceptible de justificar ciertas diferencias entre matrimonios inscritos y no inscritos, cuestión que excede de nuestra competencia (…) lo cierto es que la normativa aplicada en el caso ahora enjuiciado es de carácter "prestacional" y exclusivamente exige haber sido "cónyuge legítimo" del causante de la pensión. Requerir la inscripción cuando se trata de un elemento que nada añade a la existencia de un "vínculo matrimonial" y considerar que la misma es definitoria del matrimonio legítimo y de la consideración de un "cónyuge" como "legítimo", provoca la creación de una desigualdad artificiosa y arbitraria".

Muy diferente es la situación si el matrimonio no inscrito no es canónico. La STC 194/2014, de 1 de diciembre, examina esta situación. El supuesto era el de un viudo, demandante de amparo, a quien le denegaron la pensión de viudedad por no estar inscrito en el Registro civil el matrimonio celebrado por el rito islámico. "La regla general es que la celebración del matrimonio requiere, con carácter previo, la instrucción de un expediente, para que el instructor del mismo se cerciore de que ambos solicitantes pueden contraerlo, y expida así el certificado de capacidad matrimonial cuando reúnan los requisitos señalados en el Código Civil. La capacidad para contraer matrimonio tiene una importancia y complejidad añadidas cuando uno de los contrayentes es extranjero y la instrucción de este expediente previo garantiza en la generalidad de los casos que sólo contraerán matrimonio, ya sea de forma civil o religiosa, aquéllos que cumplan los requisitos legales. En segundo término se establece una regla especial en el caso del matrimonio celebrado por el rito islámico, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de matrimonios, consistente en que se permite excepcionalmente a los contrayentes celebrar la ceremonia religiosa sin la previa instrucción del expediente (…). A estos efectos el art. 7.3 de la Ley 26/1992 establece que una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquél, enviará al Registro Civil, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, en la que deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil (…) los contrayentes en ningún momento han cumplido los mencionados requisitos de capacidad, ni con carácter previo, ni con posterioridad a la celebración de su matrimonio, motivo por el cual no puede, de conformidad con la ley española, ser considerado válido y en consecuencia producir efectos jurídicos (…). Tampoco es comparable con el contraído conforme al rito gitano por la Sra. Muñoz Díaz, (…) el único punto en común es que ambos contrajeron un matrimonio que carecía de validez civil. Sin embargo, las restantes circunstancias que llevaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a estimar el recurso interpuesto por la Sra. Muñoz Díaz no se producen en esta ocasión (…) respecto al demandante de amparo no se trata de la celebración de un rito matrimonial basado en costumbres de una determinada etnia, como ocurría en el caso de la STC 69/2007. Por otro lado, no hay constancia en ningún momento de que la Administración reconociera la existencia y validez de su matrimonio, sino que, por

el contrario, en la documentación obrante en las actuaciones consta que el estado civil de la pretendida causante de la pensión de viudedad era de "soltera". Tampoco existen indicios de que administración alguna le hubiera reconocido los efectos propios de una persona con vínculo matrimonial"[22].

6.2. Los casos de poligamia

El artículo 9.1 del Código Civil expresamente establece que la ley personal correspondiente a las personas físicas regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. En el apartado 2 prevé que los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio. Es decir, serán las respetivas legislaciones nacionales de los contrayentes las que determinen la validez matrimonial.

El problema es que, en ocasiones, estos matrimonios no pueden ser inscritos registralmente en nuestro país. Esta inscripción, está regulada en los artículos 65 del Código Civil y 256 del Reglamento del Registro Civil, y en el caso de matrimonios celebrados en el extranjero, exige que no haya dudas sobre la validez del vínculo. Ello se traduce en que, aunque la capacidad matrimonial se rija por la ley nacional, el matrimonio con varios vínculos simultáneos no puede acceder al registro español por ser contrario al orden público y por tanto nulo (art. 12.3 Código Civil). El principal argumento esgrimido por la DGRN es que "las uniones poligámicas atentan contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio"[23].

Sin embargo, para el reconocimiento de la pensión de viudedad, los efectos pueden ser diferentes. Los recientes pronunciamientos del Orden contencioso administrativo -SSTS de 17 de diciembre de 2019 (RJ. 5471) y 24 de enero de 2018, (RJ. 130)- reconocen que causa pensión de viudedad el matrimonio bígamo marroquí. La solución está "atemperada", en palabras del Tribunal Supremo, por los parámetros del principio de igualdad del artículo 14 CE con situaciones de poligamia de súbditos marroquíes y por la existencia del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979. El Auto de admisión a trámite de la primera sentencia, muy semejante a la segunda, planteaba el interés casacional por varias cuestiones, de las que interesan las razones de orden público frente al reconocimiento de la pensión de viudedad, y la aplicación del Convenio de Seguridad Social.

Los preceptos sobre los que se discute son; de un lado, el artículo 38 TRLCP, cuando anuda el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al hecho de ser "cónyuge supérstite"; y de otro, artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos que señala: "La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación".

"La poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho

[22] En la actualidad, la Orden JUS/577/2016, de 19 de abril, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso, regula la inscripción en el Registro Civil, previa tramitación de un expediente previo sobre la capacidad matrimonial. El Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanzas y Asuntos Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979, reconoce efectos civiles al matrimonio canónico desde su celebración, pero ha de ser inscrito.

[23] Soto Moya, M.: "Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad", *Bitácora Millenium,* nº 3, 2016, p. 5.

extranjero, entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España". Sin embargo, a continuación añade: "nosotros no discutimos ahora esa conclusión general". Y ello porque "el propio Estado Español es quien, como sujeto de derecho internacional (…) admite un determinado efecto a dicho matrimonio en el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos" (…)". Para el TS la publicación del Convenio Internacional merece el reconocimiento del artículo 96 CE y por tanto "en nuestro propio ordenamiento jurídico existe un concreto efecto reconocible para los matrimonios polígamos de súbditos marroquíes (…) si el Estado Español reconoce esos efectos "atenuados" a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad, (…) no hacemos aplicación directa del artículo 23 del Convenio al régimen de clases pasivas (…) sino que lo empleamos como criterio de interpretación válido por ser una previsión contenida en una norma de rango superior de nuestro ordenamiento jurídico".

La respuesta indudablemente responde al principio de equidad, en tanto que atiende a los intereses de las personas que están en desventaja; pero podría haber hecho uso igualmente, de una interpretación estricta del articulo 23 del Convenio; o reconocer la imperatividad del orden público.

En el Orden social, hay pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia que rechazan el reconocimiento de ese derecho a las segundas y posteriores esposas, por considerar nulos y sin efectos los matrimonios correspondientes; y otros, en cambio, sí que reconocen esos efectos, y distribuyen consecuentemente la pensión de viudedad por igual o en proporción a la duración de cada matrimonio. Eso sí, el anclaje a los convenios bilaterales de Seguridad Social es determinante[24].

Por ejemplo, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 10 de mayo de 2021, RJ. 242323, se remite a la STS de 24 de enero de 2018, señalando: "que aunque dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo por tratarse de una prestación de viudedad del Régimen de Clases Pasivas, su exégesis es plenamente aplicable al caso de prestaciones de otros Regímenes de Seguridad Social (…) no puede sostenerse que el matrimonio celebrado por persona polígama en un país en que ello sea válido, como es el caso de Marruecos, pueda excluirse de las previsiones acordadas por el Convenio bilateral suscrito con España en relación con la prestación que ahora se controvierte" (También STSJ Andalucía, Málaga, 10 de junio de 2020, RJ. 283434).

Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2018, RJ. 17046, niega el derecho a la pensión ya que "nos encontramos en una situación en la que no es que no exista inscripción del matrimonio en el Registro Civil, sino que lo que ha acontecido es que no se ha inscrito por entender que, siendo un matrimonio polígamo, se vulneraba el orden público español (...) el modelo de familia que conforma la Constitución, de nuestro entorno cultural europeo y de raíz cristiana, determina que la existencia de esta institución como monógama, y puede afirmarse que ningún país de la Unión Europea admite la celebración de un matrimonio polígamo" (en el mismo sentido, SSTSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2018, RJ. 141115, respecto a un matrimonio celebrado en Gambia, y de 27 de septiembre de 2017, RJ. 3683, en relación a un matrimonio senegalés).

[24] Existe Convenio con Túnez, de 26 de febrero de 2001, en cuyo artículo 24 se establece: "En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales".

7. Valoración

La situación del matrimonio contraído por el rito gitano debería tener una solución desde el momento en que ya no es necesario equipararlo al matrimonio civil, pudiendo ser tratado como una pareja de hecho. En tal caso, la exigencia de la inscripción de la pareja no debe ser un requisito esencial; si se trata es de garantizar la seguridad jurídica, las convivencias prolongadas demostradas deberían ser suficiente.

De no producirse ese cambio de interpretación, y si se continúa defendiendo la inadmisibilidad de la discriminación por indiferenciación en nuestro ordenamiento, se estaría causando una discriminación indirecta, y cuando se trata de viudas de etnia gitana, incluso múltiple.

Hay que tener en cuenta varias cuestiones a mi juicio importantes:

1.- La razón defendida por el TEDH sobre la desventaja y pobre formación de algunas minorías para valorar idóneamente el alcance del consentimiento, que podría anudarse a la buena fe en estos casos.

2.- Que, siendo una respuesta que impactaría de forma favorable en la comunidad gitana, podría aplicarse a situaciones semejantes aunque no perteneciesen a esta minoría, pero no necesariamente sería de aplicación general, por lo que no tendría graves efectos presupuestarios, que es al parecer un efecto temido.

3.- La existencia de hijos o hijas comunes debería ser una prueba de la pareja, y una razón del vínculo familiar.

4.- Si una decisión tan importante como recibir, o no, la pensión de viudedad va a depender de una inscripción registral, el Estado debe asumir la responsabilidad de formar e informar sobre todas estas formalidades, y alejarse de manifestaciones públicas sobre la falsa equiparación del matrimonio y la pareja de hecho.

Ciertamente, cuando se trata de matrimonios bígamos celebrados en el extranjero, sorprende la flexibilización con la que se ha manifestado nuestro ordenamiento. Para encontrar una respuesta acorde con el principio de equidad, en tanto que atiende a los intereses de las personas que están en desventaja; hay que "atemperar" la interpretación del artículo 14 CE y reconocer unos efectos atenuados de la imperatividad del orden público. Nada de eso, al parecer, hay que hacer con el matrimonio gitano, que casi siempre adolece de un requisito que se ha juzgado como constitutivo, pero que no hace sino formalizar relaciones estables y prolongadas. Reconocer una pensión causada por un matrimonio no inscrito por razones legales; y sin embargo, negarla cuando el matrimonio no inscrito no atenta al orden público, sí que es un trato discriminatorio evidente, mas aún cuando la no inscripción se debe a un desconocimiento provocado por la discriminación que sufren en el ámbito educativo y en la que es protagonista el Estado. No creo que sea razón jurídica suficiente para provocar situaciones de hecho discriminatorias que no se puedan comparar los resultados porque en un caso se producen efectos jurídicos periféricos (incluida la pensión de viudedad) y en otro no. De hecho, el matrimonio por el rito gitano, sí puede llegar a ser inscrito, pero no así el poligámico.

Además, no puede defenderse al caso examinado una interpretación flexible de las exigencias legales que de las prestaciones "humanizando" algún requisito; es decir se impone una previsión legal o jurisprudencial. Ciertamente este criterio se ha aplicado para entender que no cesa el *animus laborandi* cuando se interrumpe el periodo durante el que ha sido demandante de empleo si concurren determinadas patologías (STS de 16 de diciembre de 1999, RJ. 9821 ante un etilismo crónico) que impiden un cumplimiento estricto de la "vida administrativa" del trabajador como

demandante de empleo; o bien su aplicación se limita al requisito de alta o situación asimilada al alta, "ponderando las circunstancias concurrentes con el fin de evitar situaciones de desprotección injustificada" para mantener la continuidad de la cobertura en determinadas situaciones en las que, de manera temporal o permanente, se pierde el presupuesto determinante de la inclusión, cuando el alejamiento intermedio del sistema obedece a especiales circunstancias (STSJ de Cantabria de 8 de julio 2021, RJ. 231925). Pero no se aplica a ningún otro requisito, ni siquiera para eliminar uno o dos días del periodo de carencia exigido (STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2002, R. 485).

La integración de la comunidad gitana en la sociedad española ha sido un objetivo de diversos textos nacionales e internacionales. Las minorías reclaman protección y tutela y así son amparadas por la comunidad internacional. Hoy, matrimonios gravemente discriminatorios para la mujer tienen efectos jurídicos (como en el caso de la poligamia); y, sin embargo, el contraído por el rito gitano no, resulta inadmisible, y no puede resultar justificado en aras de las cuestiones presupuestarias.

8. Bibliografía

Asís roig, R.: "La igualdad en el discurso de los derechos", VV.AA.: *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho,* López García, J.A. y Del Rea, J. (Coords.), Madrid, Dykinson, 2000.

Cobreros Mendoza, E.: "Discriminación por indiferenciación: Estudio y propuesta", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 81, 2007.

Folgoso Olmo, A.: "Análisis sobre la existencia de discriminación (directa e indirecta) en la denegación de la prestación de viudedad tras matrimonio gitano. Comentario de la STC 1/2021, de 25 de enero", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo,* Aranzadi, nº 242, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P. "Prohibición de discriminación", *Temas Laborales,* nº 145, 2018.

Poquet Catalá, R.: "Pensión de viudedad y matrimonio contraído por el rito gitano", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, nº 243, 2021.

Rey Martínez, F.: "La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, 2007.

Sempere Navarro, A.V.: "Acreditación de la pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* nº 5, 2021.

Soto Moya, M.: "Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad", *Bitácora Millenium*, nº 3, 2016.

Un análisis de la brecha de género desde la perspectiva judicial. Cómo los tribunales interpretan la discriminación positiva y el derecho a la igualdad

Andrés Urbano Medina
Graduado Social
ORCID: 000-0002-9484-2115

1. La lucha por la eliminación de la brecha de género y su positivización en el derecho de la Seguridad Social

El 1 de enero de 2016 marca el comienzo de la andadura, con su entrada en vigor en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante Ley General de la Seguridad Social o LGSS) del llamado complemento de maternidad por aportación demográfica, que sería concedido a las pensionistas mujeres bajo una serie de requisitos.

La historia de este complemento de maternidad tiene su origen en el Plan Integral de Apoyo a la Familia[1], aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros el 14 de mayo de 2015. Esta fue la medida más reseñable del citado Plan, que anunciaba un complemento de pensión contributiva para las madres de dos o más hijos que accedieran a ésta a partir del 1 de enero de 2016, afectando tanto a la jubilación, como a la incapacidad permanente como a la viudedad.

El 5 de junio de 2015 el Consejo de Ministros remitió la propuesta a la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo bajo el título de "Medidas para reconocer la contribución demográfica de las

[1] Disponible en https://www.sanidad.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf

madres trabajadoras". Esta propuesta respondía a su vez a la Recomendación 17ª del Informe del Pacto de Toledo publicado el 31 de enero de 2011[2] que llevaba por título "Mujer y Protección Social" y que abogaba por reconocer el esfuerzo inherente a la maternidad. Posteriormente, la Secretaría de Estado de Seguridad Social remitió al Congreso su informe sobre la medida y el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la seguridad social fue finalmente introducido, mediante nueva redacción del artículo 60 LGSS, en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016. Su financiación se realizaría con cargo al Presupuesto de la Seguridad Social.

Este primitivo complemento de maternidad se traducía en un incremento directamente aplicable a la pensión final que cobraría la beneficiaria en una escala, 5 % si la madre pensionista tenía dos hijos, 10 % para tres y 15 % para cuatro o más hijos. Las condiciones de acceso a este complemento se pueden resumir en un requisito subjetivo, ser madre tanto por maternidad biológica como por adopción, y un requisito material, reunir todos los requisitos para acceder a la pensión contributiva a la que se pretendiera adicionar el complemento. Este complemento podría superar la pensión máxima, aunque quedando reducido al 50 %.

Este complemento, en su origen, se añadía al elenco de medidas ya existente para compensar la natalidad, por señalar, el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social, que regula el sistema de cotizaciones ficticias para los casos de excedencia por cuidado de hijos, o la Disposición Adicional 44ª del mismo texto normativo que añadía a la madre pensionista 112 días de cotización por cada hijo o hija.

El mentado complemento que se concedía, tal como se desprende de la redacción originaria del artículo 60 LGSS, a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social, afectaba a todas las pensiones contributivas del Sistema. Aquí es donde, en nuestra opinión, se generaba la primera disonancia entre el texto normativo y la finalidad perseguida de paliar los vacíos en las carreras de cotización de las mujeres provocadas por los efectos que la maternidad históricamente tiene con respecto a su desarrollo profesional.

Pero quizá el aspecto clave sea que está dirigido, desde un principio, exclusivamente a las mujeres, independientemente si se habían dedicado a los cuidados de los hijos o hijas o lo hubieran hecho efectivamente los padres, incluidos aquellos padres homosexuales[3]. Por aquel entonces, la doctrina[4] ya señalaba los inconvenientes que esta redacción tenía en relación con la normativa antidiscriminatoria europea, en concreto con los artículos 4 y 7 de la Directiva 79/7 de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

El meritado artículo 4, en su apartado 1 establece lo siguiente:

> *El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo , ya sea directa o indirectamente , en especial con relación al estado matrimonial o familiar , particularmente en lo relativo a : - el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; - la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones; - el cálculo de las*

[2] Accesible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/D/D_513.PDF

[3] Macías García, M.C. "Sobre el nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. Recorrido cronológico, legislativo y judicial". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum. 30 (2022), p. 131.

[4] Ballester Pastor, M.A.: "El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea*", Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, Vol. 6, núm 1/2016, p. 77.

> *prestaciones , incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo , y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.*

El complemento del artículo 60, por tanto, al influir en la cuantía de las prestaciones del Sistema, quedaba plenamente afectado por este precepto, entrando así dentro del ámbito material de la Directiva. Asimismo, el apartado segundo del mismo artículo dice lo que sigue:

> *El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.*

Esta previsión habilita la posibilidad de introducir, en casos concretos, la discriminación positiva. Sin embargo, la configuración legal del complemento de maternidad como un porcentaje adicional de la pensión de que se trate suponía una conexión remota con esta previsión, estando más en sintonía con lo dispuesto en el apartado 1.

Además, es necesario destacar otro hecho, y es que, al extenderse la aplicación del complemento de maternidad también a las madres que lo son por adopción, por tanto, se desvincula el complemento de manera total de las consecuencias físicas y biológicas inherentes a la maternidad, dejando claro y patente que se trata de una compensación únicamente por el tiempo dedicado al cuidado de los hijos, entrando por tanto en clara discriminación con respecto a los hombres en situación análoga comparable.

Esto tiene mucha importancia, no solo por lo que hemos señalado, sino igualmente en clave europea, por cuanto los Estados Miembros no tienen libertad absoluta para conceder beneficios vinculados a la maternidad. Así, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1988, asunto C-184/83, *Hofmann*, se señala que los Estados únicamente pueden entenderse vinculados a la maternidad stricto sensu y, por tanto, modulables por los Estados Miembros, aquellos que se establezcan para proteger la condición biológica de la mujer con ocasión del parto y el embarazo, y aquellos que tienen como objetivo la protección de la especial vinculación entre madre e hijo durante el período inmediatamente posterior al parto. Por tanto, la jurisprudencia comunitaria, verbigracia, la sentencia TJUE de 25 de octubre de 1988, C- 312/86, *Comisión c. Francia*, excluye la posibilidad de establecer beneficios enmarcados dentro de la discriminación positiva para aquellas situaciones que puedan darse por igual tanto en hombres como en mujeres, como era el caso del complemento de maternidad del artículo 60 LGSS original y que compensaba el tiempo dedicado a los cuidados infantiles.

Esta compensación parece tener mejor encuadre en el apartado primero del artículo 7 de la mencionada Directiva, que se expresa en estos términos:

> *La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación : 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 seguro de vejez a las personas que han educado hijos ; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos.*

Nótese que el apartado b) se expresa en clave de personas, no de mujeres o de hombres. Esto debe ser interpretado en una clara alusión a la aplicación igualitaria de la regulación en materia de maternidad y cuidados infantiles enfocada no en el género sino en la maternidad biológica y la dedicación personal por ser estos criterios objetivos. Y esto, como puede apreciarse a simple vista,

entra en contradicción con el ahora ya pretérito artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social.

Desde el principio surgieron diversas controversias[5] que dieron lugar a multitud de criterios administrativos, como, por ejemplo, la viabilidad de su renuncia para la adquisición de otra prestación de Seguridad Social[6]; si el lugar exigible para el nacimiento o la adopción debe ser España[7]; sobre el reconocimiento del mismo en caso de pensiones al amparo de normas internacionales[8], como ejemplo de muchos otros.

Igualmente, desde antes de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciara al respecto y a pesar del ingente esfuerzo interpretativo de la Subdirección de Ordenación y Asistencia Jurídica el complemento de maternidad fue objeto de enconada litigiosidad, incluyendo incluso pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional.

Este es el caso por ejemplo de la discusión acerca de si el complemento debía ser aplicable a las mujeres que accedían de manera anticipada a la jubilación contributiva, y que el Tribunal Constitucional resolvió positivamente mediante Auto 114/2018, de 16 de octubre[9], al entender que la aportación demográfica era independiente, como no puede ser de otra manera, de la modalidad de jubilación de que se trate. Este Auto tiene, por cierto, como origen, una cuestión de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social Nº1 de Barcelona, y contó con votos particulares de Fernando Valdés Dal-Ré[10] y María Luisa Balaguer.

2. Una historia judicial del complemento de maternidad

A la fecha de entrada en vigor del complemento de maternidad (1 de enero de 2016), existían ya en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea varios pronunciamientos que podían apuntar a una futura enmienda del máximo órgano judicial comunitario al neonato precepto español.

---

[5] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº 22, 2020, p. 17.

[6] Criterio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 18/4/2017.

[7] Criterio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 15/12/2017.

[8] Criterio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 11/02/2016.

[9] «BOE» núm. 280, de 20 de noviembre de 2018, páginas 113070 a 113085 (16 pp.).

[10] De su voto particular recogemos esta interesante reflexión: "El margen de la configuración legal en Seguridad Social. Los socorridos argumentos de la libre configuración legal en materia de Seguridad Social y de la limitación de los recursos económicos del sistema son siempre recurrentes. No es el Auto del que me aparto una excepción. Con esa alusión repetida y constante al libre margen legislativo en aquel ámbito de coberturas sociales ocurre algo similar a lo que sucediera con la crisis económica o con la libertad de empresa en las todavía recientes sentencias sobre la reforma laboral. Como sucede con aquella declarada libertad de configuración del legislador que ahora destaco, también en estas últimas resoluciones fueron factores ajenos y externos a los derechos comprometidos los que acabarían convirtiéndose en la opinión de la mayoría en una especie de índice o exponente apto para la delimitación al contenido esencial de los derechos fundamentales, en un referente de precisión de su tutela. Es una lógica que no puede compartirse, ya que se olvida que el artículo 53 CE sitúa la tutela y delimitación de los derechos fundamentales en su contenido esencial, sin que nada ajeno a este pueda por tanto constreñirlos. En particular, parámetros coyunturales del escenario económico, que no se encuentran en la base de su función, ni pueden entenderse como fuente motivadora de su reconocimiento ni quedan asociados a su finalidad y consagración constitucionales."

2.1. Antecedentes en la jurisprudencia europea

El primero de ellos sería la STJUE de 3 de septiembre de 2014, C-318/13, Asunto *X*, que supone un hito en la protección antidiscriminatoria en el Derecho de la seguridad social, puesto que supone la primera ocasión en la que podemos ver como los conceptos clásicos de la discriminación por razón de sexo, que no de género, se extienden al ámbito de la protección social en una sentencia europea.

Se trata de la respuesta del TJUE a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal finlandés, sobre si el cálculo de una indemnización por accidente de trabajo incluida en el sistema prestacional de la Seguridad Social finlandesa era discriminatorio por razón de sexo al incluir como una de las variables para el cálculo actuarial la esperanza de vida media, que evidentemente perjudicaba a los hombres al ser menor en este colectivo que en el femenino. La utilización de esta variable, la esperanza de vida, implicaba que, en la práctica, las mujeres percibían indemnizaciones superiores a los hombres.

El fallo del TJUE va en la dirección de señalar que esto provoca una discriminación directa por razón de sexo en materia de seguridad social proscrita, como hemos visto, por la Directiva 79/7.

El Tribunal refiere en la sentencia que las únicas excepciones al principio de igualdad por razón de sexo en seguridad social son las que se recogen en el articulado de la Directiva, tal como hemos expuesto *ut supra*. Esto es así porque el TJUE señala que existe una homogeneización de los mecanismos de protección antidiscriminatoria en todo el Derecho de la Unión. Además, define el órgano judicial la discriminación como directa, es decir, no susceptible de ser explicada o sustentada sobre causas objetivas como ocurre con las indirectas[11].

Este pronunciamiento de por sí ya podría haber sido indicativo de que el entonces neonato complemento de maternidad del artículo 60 LGSS podía tener serios problemas para soslayar las disposiciones comunitarias en esta materia.

Pero quizá la sentencia europea más destacable sea la STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, asunto Griesmar, que da respuesta a una cuestión prejudicial sobre un caso prácticamente idéntico al del artículo 60 LGSS, pero en el sistema de Seguridad Social francés, que preveía una bonificación por hijos en el cálculo de la pensión de jubilación reservada solo a las mujeres, sin vincularlo a las posibles desventajas que hubiera podido sufrir la mujer en su carrera profesional, sino con una presunción de que es la mujer la que asume el cuidado de los hijos, que es evidente que generalmente asumen esa tarea, pero dice el TJUE que ello *no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un funcionario que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera*.

2.2. La sentencia de 12 de diciembre de 2019

Esta premonición se cumplió el 12 de diciembre de 2019, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentenció que

> *La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal,*

[11] Doctrina anticipada en la STJUE de 1 de marzo de 2011, C-236/09, Asunto *Test-Achats*, sobre discriminación actuarial por razón de sexo en materia contractual civil.

> *que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.*

Es decir, que la justificación de la propuesta de premiar *una cotización demográfica que reconoce el esfuerzo de las mujeres trabajadoras con hijos en forma de un incentivo económico que contribuya a cerrar la brecha de género a la hora de generar pensiones* no era suficiente para superar los requisitos del artículo 7 de la Directiva comunitaria.

Sobre este respecto, lo que el Tribunal Europeo dictamina es que, si el apartado 1 del artículo 60 LGSS excluye de la posibilidad de percibir este complemento a los hombres en situación idéntica a las beneficiarias mujeres, este debe interpretarse en el sentido de que, al conceder un trato desfavorable a los hombres que han tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, puede incurrir en una discriminación directa proscrita por el artículo 4.1 de la ya mencionada Directiva 79/7.

Esta sentencia tiene como punto de partida una petición de decisión prejudicial que el Juzgado de lo Social Nº3 de Gerona interpone ante el TJUE al amparo del artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que tenía por objeto la interpretación del artículo 157 TFUE y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, mediante auto de 21 de junio de 2018. El 9 de julio de 2018 el Tribunal le dio trámite. El litigio origen es un padre de dos hijas al que se le niega el reconocimiento del complemento de maternidad del artículo 60 LGSS al serle reconocida una incapacidad permanente, complemento que recordemos sería concedido en el caso de que fuera mujer. En concreto la cuestión prejudicial exponía lo siguiente:

> *¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 [TFUE] y en la Directiva [2002/73] que modifica a aquella, refundida por [la] Directiva [2006/54], una Ley nacional (en concreto el art. 60.1 de la [LGSS]) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los hombres en idéntica situación?*

Como al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia tiene la obligación de interpretar todas las disposiciones que sean necesarias para que los órganos judiciales nacionales puedan resolver los litigios que se le presentan de acuerdo con el Derecho de la Unión, aunque no se hayan mencionado en la cuestión prejudicial, con lo que el Tribunal debe en ese caso reformularla. De ahí que veamos posteriormente como el TJUE reconduce la sentencia a la Directiva 79/7.

El TJUE entiende la discriminación como la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o la misma norma a situaciones diferentes[12], y para ello se centra en analizar si

[12] Sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, EU:C:1996:46, apartado 16, y de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC, C-486/18, EU:C:2019:379, apartado 73.

hombres y mujeres se encuentran en situaciones comparables, sin requerir que las mencionadas situaciones sean estrictamente idénticas, cosa por otra parte harta difícil en Derecho, sino simplemente análogas[13], como ya había referido en pronunciamientos anteriores, siendo necesario apreciar el carácter comparable de un modo específico y concreto con atención a todos los elementos que las caracterizan, sobre todo y especialmente a la finalidad con la que la norma nacional instituya la distinción de trato.

Ya hemos apuntado anteriormente que la discriminación, si está basada en razones objetivas, no está proscrita por el Derecho de la Unión y así lo recuerda en el apartado 64 el TJUE[14], sin embargo, en el presente caso, el Tribunal entiende que donde radica la discriminación en el artículo 60, apartado 1, de la LGSS es que el complemento se limita a otorgarse a las mujeres sin aportar remedio alguno a los problemas que pudieran encontrar en su vida laboral, con cita a las sentencias antes estudiadas en este apartado.

2.3. La sentencia de 13 de septiembre de 2021, del Tribunal Constitucional

La sentencia número 152/2021, de 13 de septiembre de 2021, dictada en recurso de amparo 1047/2020 es uno de esos pronunciamientos judiciales fruto de la conjunción de las casualidades y los plazos.

El Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia dicta sentencia desestimatoria al resolver el derecho al complemento de maternidad por parte de un padre. La sentencia es recurrida en suplicación y tras la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 7 de noviembre de 2018 se interpone recurso de amparo, al ser el sentido de esta última igualmente desestimatorio.

Como hemos dicho, casualmente el recurso de amparo es resuelto por el Tribunal Constitucional tras la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que lleva a que esta última sea citada en el pronunciamiento constitucional, y afirma lo que sigue

> *A este tribunal «corresponde […] velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando […] exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea» [FJ 5 c)];*

A continuación, con cita a la sentencia TC 145/2012, Fundamentos Jurídicos 5 y 6, señala que el hecho de desconocer una norma de Derecho de la Unión podría *suponer una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso* lo que desembocaría necesariamente en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva amparado por el artículo 24 de la Constitución Española.

Recuerda asimismo el Alto Tribunal Constitucional que, cuando un juez o tribunal se enfrenta a una norma nacional incompatible con el Derecho comunitario, tiene la obligación de inaplicar la norma nacional, puesto que es una manifestación inherente al principio de primacía del Derecho de la Unión que se señalaba antes.

---

[13] Sentencia de 26 de junio de 2018, MB, C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 41.

[14] 64… el artículo 157 TFUE, apartado 4, establece que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Partiendo de estas categóricas afirmaciones, el TC señala los dos pilares sobre los que pivota su fundada opinión de la existencia de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva:

1. La existencia de un pronunciamiento del TJUE señalando el sentido correcto de la interpretación del principio de no discriminación contenido en la Directiva 79/7/CEE.

2. La introducción del Derecho de la Unión en el debate jurídico en el recurso de suplicación, y su omisión completa por parte del tribunal *ad quem* en su sentencia, sin motivar en ningún caso su desfavorable acogida.

Además, realiza un interesante comentario acerca de los pronunciamientos previos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación de la Directiva 79/7/CEE:

> *…Ciertamente, hay que subrayar que antes de que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia resolviera el recurso de suplicación que le fue planteado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado en repetidas ocasiones sobre la interpretación correcta de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, en relación con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, considerando contrarias al mencionado principio determinados beneficios con relación a las pensiones que se atribuían solo a las mujeres por el hecho de haber tenido hijos, sin vincularlos a la maternidad y a las desventajas que esta pudiera acarrear en su carrera profesional. Como sostuvo la parte recurrente ante la Sala, resultaba relevante a este respecto, lo declarado en la STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, asunto Griesmar, que había resuelto una cuestión prejudicial en la que se planteaba un caso análogo al discutido en el de autos, concretamente sobre si el régimen francés de pensiones de jubilación contravenía el derecho a la igualdad de trato entre hombre y mujeres en materia de Seguridad Social, al prever una bonificación por hijos en el cálculo de la pensión de jubilación reservada solo a las mujeres.*

Como hemos comprobado, ha vuelto a aparecer la sentencia *Griesmar* que antes reseñábamos, a lo cual entiende el Constitucional que este y los otros pronunciamientos señalados permitían al TSJ de Murcia apreciar la discriminación denunciada por el recurrente y eran conocidos por la Sala, puesto que habían sido introducidos en el objeto de debate en el recurso, por lo cual, todo ello suponía una discriminación directa y una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo proscrita por el artículo 24.1 CE.

No es esta la primera vez que el máximo órgano constitucional entra en este debate, si nos retrotraemos al Auto del Tribunal Constitucional 119/2018, éste avala ya la posibilidad de emplear medidas de acción positiva en favor de las mujeres, previa concreción normativa y con efectos temporales, esto es, hasta que la situación de desigualdad que ha motivado la medida desaparezca.

2.4. La sentencia de 16 de febrero de 2022

A estas alturas nadie duda ya del reconocimiento judicial del complemento de maternidad a los hombres que lo solicitan. Sin embargo, tras este reconocimiento inicial se han venido

discutiendo otros aspectos de este reconocimiento, como, por ejemplo, la fecha de efectos del reconocimiento.

Así, el artículo 53.1 LGSS establece un plazo de prescripción de cinco años para las prestaciones, contados desde el día siguiente al hecho causante de la prestación, pero con efectos económicos de tres meses anteriores a la solicitud.

Además, si el contenido económico de las prestaciones reconocidas sufriera algún cambio por revisión, los efectos económicos de la revisión tendrán igualmente tres meses de retroactividad. Sin embargo, se establece una cláusula de inaplicación de esta limitación para aquellos casos en los que se rectifiquen errores de hecho o aritméticos o cuando se trate de reintegro de prestaciones indebidas.

A estas dos posibilidades, se añadió la novedosa solución del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 2 de marzo de 2021, que retrotrae los efectos económicos a la fecha de la sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2019, por analogía con el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que es supletoria a la Ley General de la Seguridad Social. Dicho precepto, analizado por el TSJ del País Vasco, establece lo siguiente:

> *"La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa". Es decir, unos efectos económicos retroactivos máximos para el complemente de paternidad desde el 17 de febrero de 2020 o desde la fecha de efectos económicos de la pensión de la que deriva el complemento, es decir, desde el principio de la pensión, si ésta es posterior al día en el que se publicó en el B.O.E. la sentencia europea.*

En este caso, al beneficiario, que tiene cuatro hijos, se le reconoce pensión de jubilación desde el 9 de febrero de 2016. El 14 de enero de 2020 se solicita al INSS complemento de maternidad del artículo 60 LGSS, denegado por resolución de fecha de 24 de febrero de 2020, alegando el INSS que el complemento únicamente puede reconocerse a mujeres.

Tras la desestimación de la reclamación previa, se presenta demanda que es estimada por sentencia del Juzgado de lo Social Nº 6 de Oviedo el 15 de marzo de 2021, condenando al INSS a abonar el complemento con fecha de efectos de 14 de octubre de 2019. A esta sentencia le siguió anuncio de recurso por parte del INSS, que se sustanció por denuncia de infracción del mencionado artículo 32.6 de la Ley 40/2015, con cita a la sentencia del TSJ del País Vasco, de 2 de marzo de 2021. Finalmente, el TSJ confirmó la sentencia de instancia por fallo de 22 de junio de 2021 (rec. 1099/2021. Así, el TSJ de Asturias entendió que debía aplicarse la retroactividad de tres meses desde la sentencia del TJUE.

Del recurso de casación en unificación de doctrina planteado contra esta sentencia del TSJ de Asturias por el Instituto Nacional de la Seguridad Social nace el pronunciamiento del Supremo que pasamos a comentar.

La Sala Cuarta centra el tema de debate en determinar la fecha de efectos del reconocimiento a un varón del complemento de maternidad. Deshecha la ampliación a las prestaciones de Seguridad Social de la aplicación del artículo 32.6 LRJSP, por entender que únicamente opera dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y, por tanto, no aplicable a este caso.

En primer lugar, acude al ya mencionado artículo 257 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que en esencia dispone que cuando el recurso hallara favorable acogida por el Tribunal, éste declarará nulo y sin efecto el acto impugnado, pero establece la posibilidad de matizar el alcance de esta nulidad a criterio del juzgador. Siguiente con la normativa europea, el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia establece en su artículo 87 que entre el contenido que debe tener una sentencia está su fecha de pronunciamiento, que según el artículo 88 deberá ser en audiencia pública. Por su parte, en el 91 se recoge que la sentencia será obligatoria desde el día de su pronunciamiento, se entiende, con todas las prevenciones comentadas y contenidas en el Reglamento de Procedimiento.

Dicho esto, la STJUE de 12 de diciembre de 2019, es decir, la que declaraba el complemento de maternidad del artículo 60 LGSS contrario al Derecho de la Unión por discriminatorio, recoge en su cuerpo que fue pronunciada en Luxemburgo en la mencionada fecha y, por tanto, obligatoria desde entonces, sin que pueda entenderse el tiempo que media entre el pronunciamiento y la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea como un tiempo en el que la sentencia no despliega plenos efectos. Esto contesta a lo alegado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en el recurso de casación en unificación de doctrina, que pretendía acogerse al 17 de febrero de 2020, fecha de la publicación de la sentencia en el DOUE como fecha de efectos.

Pero, aun acogiendo favorablemente esta segunda fecha, ello no supone que el juzgador, vinculado por la normativa comunitaria, no deba interpretar el ordenamiento jurídico de espaldas a ésta, sino que deberá aplicarla a las relaciones jurídicas nacidas antes del pronunciamiento de que se trate si se cumplen los requisitos que permiten sostener ante los tribunales un litigio sobre la aplicación de la norma europea.

Esto supone que es la voluntad del TJUE la producción de efectos *ex tunc* de la sentencia, que no recoge ninguna limitación temporal. Así, la prescripción comenzará a correr desde el 12 de diciembre de 2019 y los efectos económicos, serán conforme al artículo 53.1 LGSS.

3. El RDL 3/2021 y el nuevo artículo 60 LGSS

El Real Decreto-Ley 3/2021, de 3 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico es el instrumento con el que el legislador ha tratado de paliar los perniciosos efectos que a nivel judicial ha supuesto para el Instituto Nacional de la Seguridad Social la deficiente redacción del antiguo artículo 60 LGSS, que es modificado por el artículo 1 del citado Real Decreto-Ley.

El cambio normativo viene a dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (dice el legislador *de una forma equilibrada y efectiva-y al mismo tiempo respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea-*), señalando que en este nuevo complemento el número de hijos es el criterio objetivo que utilizar para la determinación de derechos y cuantías.

Sin embargo, en la Exposición de Motivos, a nuestro juicio, se haya la respuesta a futuros interrogantes y tinieblas que desde Europa puedan volver a empañar el cumplimiento, y es que el legislador reconoce abiertamente que *se combina una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el <<complemento>> lo percibe la mujer)*… Habrá que estar al eventual desarrollo judicial desde el momento en el que se escriben estas líneas.

El legislador, al interpretar la voluntad del TJUE, señala que lo que el máximo órgano judicial comunitario desea como objetivo legítimo de política social es *corregir una situación de injusticia*

estructural (la asunción por las mujeres de las tareas de cuidados de los hijos) que se proyecta en el ámbito de las pensiones, dando visibilidad a la carencia histórica de políticas de igualdad y a la asignación del rol de cuidadora. Para lograr este objetivo, se identifica el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género como un medio idóneo.

Esta modificación reconoce, ahora sí, la posibilidad de acceso a los hombres, al disponer que

1. *Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres. El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.*

   Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

   a) *Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.*

   b) *Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las condiciones que seguidamente se establecen.*

Asimismo, vía introducción de una nueva Disposición adicional 37ª en la Ley General de la Seguridad Social, el Real Decreto-Ley 3/2021 establece de la misma manera un régimen temporal de reconocimiento del complemento, del siguiente modo:

1. *El derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas, para la reducción de la brecha de género, previsto en el artículo 60 se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento.*

2. *A los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres.*

4. La nueva interpretación del artículo 60. Criterios del INSS y posibles dificultades futuras

Ante todo el vaivén judicial que hemos podido desarrollar someramente en estas páginas, se hacen palpables las dificultades inherentes a la aplicación de todas estas resoluciones por los órganos administrativos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Esto se ha intentado paliar desde la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social mediante el instrumento de los Criterios de Gestión.

Quizá el más importante de ellos sea el Criterio de Gestión INSS 35/2021, de 2 de diciembre, sobre complemento de maternidad, donde, como respuesta al aluvión de sentencias contrarias

recibidas por el INSS se establece que, con carácter transitorio y para las pensiones causadas antes de la entrada en vigor del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género se reconocerá a mujer u hombre que reúna los requisitos exigidos por la anterior redacción del artículo 60 LGSS el complemento de maternidad, siempre y cuando se tengan en cuenta ciertas matizaciones.

La primera, es que el complemento tiene carácter unitario, es decir, no se reconocerán dos complementos en el caso de que concurran los requisitos en ambos progenitores. Del tenor literal de este precepto, cabe señalar que el motivo especificado para la concesión de este complemento es la aportación demográfica a la Seguridad Social en razón de unos mismos hijos, por lo que es evidente que es idéntica para ambos progenitores, lo que refuerza el carácter unitario del complemento y la imposibilidad de reconocer más de un complemento en razón de la misma aportación demográfica. Este carácter unitario se extiende además en los distintos regímenes, tanto los regulados en la Ley General de la Seguridad Social como los que no, así, cuando uno de los dos progenitores tenga una pensión reconocida por el Régimen de Clases Pasivas no se generará el derecho a un complemento en cada régimen.

Este Criterio de Gestión también establece que el plazo de prescripción aplicable será el de cinco años conforme al artículo 53 de la Ley General de Seguridad Social, y los efectos económicos, con tres meses de antelación a la fecha de la solicitud y nunca más allá del 17 de febrero de 2020.

Con respecto al Criterio de Gestión del INSS 27/2021, de 8 de octubre de 2021, analiza un supuesto muy interesante, el de concurrencia de pensiones, esta vez para el complemento para la reducción de la brecha de género. El caso es el de la procedencia o no de reconocer el complemento en el caso en los que por la misma no se percibe ningún importe porque existe concurrencia de pensiones que llegan al tope máximo, pero que sí reúnen los requisitos para concederlo.

A este respecto, el apartado 5 del nuevo artículo 60 dice que *el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. No obstante, cuando en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas en el apartado 1, el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculado a esta última*.

A esto se le debe sumar que el complemento, vía apartado d del artículo 60.3, no estará sujeto al límite máximo de pensiones previsto en los artículo 57 y 58.7, disposición que la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica relaciona con el artículo 38 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, que dice que la *minoración o supresión del importe de los señalamientos iniciales de pensiones públicas que pudieran efectuarse por aplicación de las normas limitativas no significará merma o perjuicio de otros derechos anejos al reconocimiento de la pensión*.

Por todo ello, la Subdirección entiende que cabe abonar el complemento de brecha de género, aunque no se reciba cantidad alguna por llegar al tope máximo, porque es inherente a la pensión reconocida y sin estar atado a esos topes de pensión.

El siguiente Criterio que vamos a analizar es el 31/2021, de 23 de noviembre de 2021, cuyo tema es la interacción con el complemento de maternidad del complemento para la reducción de la brecha de género.

La Disposición Transitoria 33ª de la Ley General de la Seguridad Social dice que *en el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la*

brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 LGSS o de la DA 18ª de la LCPE, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo.

El núcleo de la controversia jurídica radica entonces en la madre que percibe el 50 % del complemento por llegar a la pensión máxima y si la deducción de la que habla la Disposición Transitoria 33ª debe realizarse sobre el complemento inicialmente reconocido o sobre el 50 % real abonado, a lo que el INSS responde que debe aplicarse en el sentido de practicar la deducción sobre el 50 % reconocido inicialmente.

En último lugar es interesante destacar el Criterio de Gestión del INSS nº 32/2021, cuyo tema es la valoración de los vacíos de cotización en los períodos de excedencia por cuidado de hijo y en los que se aplique el beneficio por cuidado de hijos para cumplir el requisito del artículo 60.1.b) 2ª LGSS.

Este apartado concretamente dice lo siguiente: *2. En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.*

Cuando el trabajador disfrute de períodos de excedencia voluntaria al amparo del artículo 46.3 ET, las bases de cotización se computarán por su valor real, esto es, con base cero, puesto que entiende el INSS que no procede atribuir a cotizaciones inexistentes el promedio de las bases de cotización por contingencias comunes correspondientes a los seis meses anteriores al inicio de la excedencia. Dicho período quedará bajo la protección del complemento para la reducción de la brecha de género al tener en cuenta el nacimiento o adopción para el cálculo de este.

Como podemos comprobar, de la enorme cantidad de sentencias tanto comunitarias como nacionales, así como al ingente esfuerzo de interpretación de la Subdirección de Asistencia Jurídica, el complemento para la reducción de la brecha de género parece seguir un camino parecido al de su predecesor.

Esto es así porque de su configuración jurídica se puede deducir que, dada la diferencia de requisitos objetivos y su complejidad, pueda adolecer igualmente de discriminación directa tal como estimó el TJUE el 12 de diciembre de 2019.

Muy probablemente veremos una elevada litigiosidad alrededor de este nuevo complemento mientras las sentencias del antiguo complemento de maternidad continúan matizando su régimen jurídico a la fecha en la que estas líneas se escriben, seguramente debido a los distintos Criterios de Gestión del INSS, que al tratar de llenar los huecos dejados por el legislador social invitan a ser combatidos en los estrados.

5. Bibliografía

Ballester Pastor, M.A.: "El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea", *Lex Social,* vol. 6, núm. 1, 2016.

Macías García, M.C.: "Sobre el nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. Recorrido cronológico, legislativo y judicial". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 30 (2022).*

Martínez Barroso, M.R.: *Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social. A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18),* Unión Europea Aranzadi, nº 6, 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* nº 22, 2020.

Moreno Romero, F.: "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: apunte sobre su reforma por real decreto ley 3/2021", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* 58, 2021.

Ramos Quintana, M.I.: "El complemento por maternidad en el sistema de Seguridad Social: las compensaciones implícitas en su código genético y la erosión de una acción positiva", *Revista de Derecho Social,* nº 89.

Rodríguez Cardo, I.A.: "El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social: puntos críticos (I)", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* 16/2016 (abril), nº 16, 1 de abril, 2016.

Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Complemento por maternidad y pensiones contributivas. Las olvidadas madres del *Baby boom* y las madres de hijos únicos", *Revista Internacional de la Protección Social,* N.º 1, Vol. IV, 2019.

Vigo Serralvo, F.: "Algunas notas críticas sobre el complemento por maternidad para las pensiones contributivas del art. 60 LGSS". *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO,* Volumen, 8, número 4, octubre-diciembre de 2020.

La deficiente perspectiva de género en la reforma del sistema de pensiones

Raquel Vela Díaz
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

1. Introducción

A finales de diciembre de 2021 hemos asistido a una vertiginosa producción legislativa, cuya relevancia tiene una importante repercusión para nuestro sistema de Seguridad Social, en especial, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[1].

Toda esta abundante normativa está vinculada con diferentes pilares previos que condicionan su razón de ser. En este sentido, la última renovación del Pacto de Toledo de 2020[2], el Acuerdo de Concertación Social de 28 de junio de 2021, suscrito por el Gobierno, CEOE, CEYME, CCOO y UGT para la reforma del sistema público de pensiones, cuyo objetivo declarado es garantizar el

[1] Paralelamente se han promulgado normas muy importantes en materia de Seguridad Social, como la Ley 19/2021, de 20 diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital; la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022; y el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

[2] Aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en sesión de 19 de noviembre de 2020 y publicado en el BOCG el 27 de noviembre de 2020. Ampliamente en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº 25, 2020.

poder adquisitivo de las pensiones actuales y las del futuro y asegurar la sostenibilidad financiera del sistema ante el gran desafío que supondrá la jubilación de la generación del *"baby-boom"*. Además, se presenta como el primer acuerdo consensuado en materia de pensiones que se realiza en España desde 2011, contemplado ya en el "componente 30" del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Dicho Acuerdo de concertación social asume los condicionamientos constitucionales y los términos del Pacto de Toledo aprobado como Declaración vinculante por el Congreso de los Diputados. De su materialización da cuenta la citada Ley 21/2021, de 28 de diciembre de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[3].

Es la tercera vez que la Comisión de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo afronta la tarea de actualizar el informe y las recomendaciones que desde 1995 tienen por objeto el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social, y de las principales reformas que deberán acometerse para hacerlo sostenible, suficiente y equitativo. Se aprueba así un informe que contiene veinte recomendaciones claves para la necesaria reforma del sistema público de pensiones, que habrá de servir de base para los cambios que deberán producirse en el futuro inmediato, y por tanto, en las próximas reformas.

De acuerdo con el apartado II de la Exposición de Motivos de dicha Ley 21/2021, se pretende dar respuesta a dos objetivos fundamentales. De un lado, ofrecer certidumbre a los pensionistas y al conjunto de la sociedad sobre el compromiso inquebrantable de los poderes públicos con el sistema, considerando que la mejor expresión del mismo es la garantía del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones a través de un criterio de revalorización vinculado a la evolución de la inflación. Y de otro lado, reforzar el equilibrio del sistema como forma más efectiva de asegurar una adecuada capacidad de respuesta a las exigencias demográficas y económicas.

A este respecto, son dos los bloques fundamentales de la reforma: el primero, el relativo a la revalorización de las pensiones con la consiguiente derogación del denominado índice de revalorización y la previsión de un nuevo art. 58 en el que, en línea con la segunda recomendación del Pacto de Toledo, se recupera la garantía del poder adquisitivo a través de una actualización de las pensiones en función de la inflación del ejercicio anterior; y el segundo, que actúa principalmente sobre el acceso a la pensión de jubilación[4] cuando se anticipa la edad de acceso y también sobre la protección a la viudedad de las parejas de hecho[5].

Pero debemos de señalar en relación con esta reciente reforma que aunque en los diferentes informes del Pacto de Toledo se viene reflejando la especial necesidad de incluir la perspectiva de género en materia de pensiones en el sistema de Seguridad Social, mediante la adopción de medidas orientadas a la reducción de las desigualdades existentes entre mujeres y hombres, la realidad no se acerca a la consecución de este objetivo. Por el contrario, las medidas adoptadas hasta el momento para tratar de paliar la posición de desigualdad de las mujeres en el sistema de pensiones muestran claramente su alcance limitado y han resultado insuficientes, pese a que

[3] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº 30, 2022, p. 12.

[4] Un estudio detallado de la reforma de la pensión de jubilación en Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 30, 2022, pp. 63-89.

[5] Véase un análisis exhaustivo de todas las novedades incluidas en la reforma del sistema de pensiones en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social", *Op. Cit.*, pp. 17-25.

la transversalidad del principio de igualdad por razón de género debiera ser uno de los pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

De manera más concreta respecto al Acuerdo del Pacto de Toledo 2020, en su recomendación decimoséptima bajo la rúbrica "Mujeres y Seguridad Social", se plantean diversas propuestas para remover aquellos obstáculos que dificultan el logro de una efectiva igualdad entre mujeres y hombres para facilitar una protección social equiparable.

Sin embargo, pese a la incuestionable brecha de género existente en nuestra Seguridad Social, esa dimensión de género vuelve a quedar en un segundo plano en la reforma del sistema de pensiones operada por la Ley 21/2021.

En el presente trabajo se pretenden abordar, por un lado, las cuestiones concretas que de manera expresa incluye la reforma del sistema de pensiones desde un enfoque de género; y por otro lado, algunas de las cuestiones que no se han visto modificadas en dicha reforma de las pensiones, cuyo impacto es aparentemente neutro desde dicha perspectiva, sin embargo, son discriminatorias a la hora de acreditar una carrera de cotización consolidada, prevaleciendo así los criterios de sostenibilidad financiera sobre los de sostenibilidad social desde una dimensión de género.

2. La reciente recomendación del Pacto de Toledo sobre mujeres y Seguridad Social

En el año 2011, el Informe de Evaluación y reforma del Pacto de Toledo recogía la necesidad de valorar la dimensión de género en el sistema de pensiones ante la realidad social estructural que se venía confirmando: "*…se ha constatado la existencia de retribuciones diferenciadas, de mayores periodos de interrupción por cuidado de hijos o familiares en situación de dependencia, o de mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a las mujeres que a los hombres*".

Como ya hemos señalado, el Pacto de Toledo de 2020 sigue incluyendo propuestas concretas (recomendación decimoséptima) en relación con las mujeres y la Seguridad Social para alcanzar una protección social equiparable. Sin embargo, aunque le Ley 21/2021 señala que "recupera la senda de la mejor tradición reformista en este ámbito que tiene como hito la reforma consensuada de 2011", sólo contiene algunas de las recomendaciones de la renovada versión del Pacto de Toledo, pero que apenas inciden en la brecha de género en las pensiones.

Conviene así mencionar las principales cuestiones recogidas en dicha recomendación decimoséptima del Pacto de Toledo, y que apenas se han tenido en cuenta en la reciente reforma del sistema de pensiones:

1) Como presupuesto condicionante del acceso a las prestaciones de Seguridad Social, es necesario garantizar la igualdad efectiva en el ámbito laboral, tanto en el acceso al empleo como en las condiciones de trabajo, evitando que sean las mujeres las que tengan carreras profesionales más cortas, irregulares e inestables dada la repercusión negativa que tales circunstancias tienen en sus prestaciones.

a. Se debe acometer de modo enérgico la cuestión de los cuidados con el objetivo de que las carreras profesionales de quienes tengan personas dependientes a cargo no generen vacíos de cotización por esta causa. En este sentido, se ha de contribuir a potenciar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, particularmente en relación con los permisos parentales, y evitar la perpetuación de roles de cuidado. Adicionalmente, se insta a reformar la regulación de las prestaciones de riesgo

durante el embarazo y la lactancia para asegurar que cumplen con su finalidad primando la adaptación del puesto y del tiempo de trabajo.

b. La igualdad retributiva resulta igualmente clave para la equiparación de las pensiones. Esta igualdad no solo ha de reflejarse en la cuantía de la base reguladora utilizada para el cálculo de la pensión, sino también en las carreras de cotización, pues al promover el reparto de responsabilidades se evita que sea la renta más baja la que asuma los sacrificios en los periodos cotizados. Por ello se requieren medidas que permitan identificar las discriminaciones retributivas y, sobretodo, garantizar que la remuneración es la misma por trabajo de igual valor.

c. Deben introducirse las correcciones necesarias para evitar los perjuicios derivados de los vacíos involuntarios de cotización por la irregularidad de las carreras profesionales. Se trata de que las lagunas de cotización no causen un efecto desproporcionado en el cálculo de las pensiones y de favorecer el acceso pleno de las mujeres a pensiones propias. En este sentido, se deben tener en cuenta a determinados colectivos de mujeres, como es el caso de las empleadas al servicio del hogar familiar, un colectivo respecto del que la urgencia por conseguir la equiparación de condiciones laborales y de protección social es especialmente necesario, requiriéndose la eliminación de los elementos diferenciales respecto al régimen general ordinario [STJUE de 24 de febrero de 2022 (C-382/20)].

d. Debe reformarse la prestación por desempleo que sirve de enlace con la jubilación, teniendo presente su particular relevancia para las carreras profesionales cortas o irregulares y otras circunstancias que afectan, de manera particular, a las mujeres.

2) En relación con los trabajadores/as a tiempo parcial, hay que tener en cuenta que se trata de un colectivo que está integrado principalmente por mujeres, en un alto porcentaje no por libre elección. Siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, Sala Tercera, de 8 de mayo de 2019, Asunto Villar Láiz C-161/18) y del Tribunal Constitucional (en la misma línea, la STC 91/2019, de 3 de julio) se han de impulsar reformas que corrijan posibles tratamientos discriminatorios, con particular atención al cálculo de los periodos de carencia y la eliminación de las reducciones proporcionales en las cuantías aseguradas de rentas mínimas.

3) Se resalta la importancia de asegurar rentas mínimas suficientes, tanto en el ámbito contributivo como en el no contributivo, que permitan una subsistencia digna. Las mujeres son mayoría en la percepción de las pensiones más bajas y, por ello, una política igualitaria requiere una revisión del sistema de pensiones no contributivas, de los complementos por mínimos y de la pensión de viudedad, para garantizar progresivamente un umbral de garantía universal, suficiente y digno que evite una realidad social como es la feminización de la pobreza.

4) Debe hacerse efectivo el principio de transversalidad en la elaboración de cualquier normativa o en la adopción de cualquier política, de modo que el impacto de género sea objeto de un análisis específico y destacado, reforzando la intervención técnica de los organismos públicos independientes.

Como se puede comprobar, las citadas propuestas van en la línea de garantizar la igualdad efectiva, tanto en el ámbito laboral como en el pensional, sin embargo, como analizaremos en los siguientes apartados, nada de ello se contempla en la Ley 21/2021. Tampoco podemos afirmar que vayan a tenerse en cuenta en futuras reformas, puesto que el enfoque de género siempre parece quedar rezagado y en un segundo plano frente a otros asuntos que parecen estar en primera línea en la agenda política y legislativa.

Como comienza afirmando la recomendación decimoséptima del Pacto de Toledo de 2020, las modificaciones normativas que se han operado en el ámbito de la Seguridad Social en los últimos años con el objetivo de reducir la brecha de pensiones entre mujeres y hombres han tenido una dimensión más reactiva o coyuntural que preventiva o estructural, basándose principalmente en el establecimiento de medidas puntuales correctoras de las disfunciones del propio sistema. Y aunque algunas de estas medidas tienen ya un largo recorrido, no han alcanzado los resultados esperados, logrando algunos progresos de forma muy lenta.

En definitiva, la puesta en marcha de medidas estructurales, tanto en materia laboral como en el ámbito específico de la Seguridad Social, para la equiparación efectiva en la cobertura de protección social de mujeres y hombres referidas tanto a la propia configuración del sistema como a la forma de acceso a las prestaciones y pensiones se están haciendo esperar[6].

3. Principales medidas incluidas en la última reforma del sistema de pensiones desde un enfoque de género

A pesar de la valoración positiva que desde una perspectiva de género contenía la Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley, finalmente esa dimensión de género no se ha tenido en cuenta en la importante reforma del sistema de pensiones llevada a cabo por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

Así, en relación con la pensión de jubilación son dos las cuestiones que fundamentalmente se abordan de una manera expresa en la norma desde este enfoque de género y que se analizan a continuación. La última de las medidas analizadas hace referencia al acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad, equiparando las parejas de hecho con los matrimonios.

3.1. Medidas para superar la segregación ocupacional por género en los supuestos de jubilación ordinaria forzosa contenidos en los Convenios Colectivos

En relación con las medidas destinadas a fomentar la prolongación de la vida laboral, la reforma del sistema de pensiones incorpora cambios en el Estatuto de los Trabajadores respecto al régimen jurídico previsto para las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en los convenios colectivos, prohibiendo aquellas cláusulas que contemplen la jubilación forzosa de la persona trabajadora a una edad inferior a los sesenta y ocho años, e introduciendo una medida de interés de cara a paliar la brecha de género desde el punto de vista ocupacional. A este respecto, de manera excepcional y con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, la disposición final primera de la Ley 21/2021 modifica la disposición adicional décima de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El nuevo apartado segundo añadido a dicha disposición adicional del ET, introduce la posibilidad de rebajar hasta la edad ordinaria de jubilación el tope de 68 años establecido con carácter general para las cláusulas convencionales de jubilación forzosa por razón de la edad, cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas incluidas en el ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento sobre el total de personas trabajadoras en la fecha de la decisión extintiva.

Las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estarán definidas por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable. Por su parte, la Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las

[6] Grau Pineda, C.: "La enésima reforma de las pensiones sin perspectiva de género", *NET21*, nº 11, mayo 2022, p. 3.

trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio.

Para la aplicación de este régimen excepcional, se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que la persona afectada por la extinción del contrato de trabajo reúna los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por cien de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.
- Que en el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula concurra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20 por ciento sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la decisión extintiva. Este CNAE será el que resulte aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Que cada extinción contractual en aplicación de esta previsión lleve aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la actividad económica correspondiente.

La decisión extintiva deberá ser comunicada con carácter previo por la empresa a los representantes de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada. Por su parte, y de acuerdo con la nueva disposición transitoria novena añadida al Estatuto de los Trabajadores, esta reforma resulta aplicable a los convenios colectivos suscritos desde el 1 de enero de 2022. En los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esta fecha, las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión.

Se trata de una medida de acción positiva cuyo objetivo, como se ha indicado, es el de contribuir a la superación de la segregación ocupacional existente en nuestro mercado de trabajo, que junto al relevo generacional pretende fomentar la contratación indefinida de mujeres en aquellos sectores en los que existe muy poca representación femenina. Se vislumbra así cierta sensibilidad con las dificultades que enfrentan las mujeres trabajadoras respecto de la pensión de jubilación en los supuestos de jubilación ordinaria forzosa contenidos en los convenios colectivos[7].

No obstante, cabe reparar en que la introducción de este tipo de cláusulas que rebajan la edad de jubilación forzosa en los convenios colectivos cuyo ámbito funcional se encuentre afectado en el sentido indicado, es meramente potestativa, tal y como se infiere del tenor literal de la norma. Por tanto, el éxito o el fracaso de esta medida va a depender en gran parte de la habilidad y sensibilidad que muestren las personas negociadoras. Desde esta perspectiva, habría sido más efectivo que la medida se hubiera exigido con carácter obligatorio cuando se acreditara el presupuesto de subrepresentación femenina en la actividad económica en cuestión[8].

---

[7] El Consejo Económico y Social considera conveniente que este tipo de medidas continúen extendiéndose a la regulación de otros aspectos y modalidades de jubilación, con el fin de coadyuvar a superar la segregación ocupacional y la brecha de género en pensiones. *Vid.* Consejo Económico y Social (Ces): *Dictamen 6/2021 sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*, 28 de julio de 2021, p. 16.

[8] Sirvent Hernández, N.: "El impacto de género en la reforma del sistema de pensiones: especial referencia a las cláusulas de jubilación forzosa para coadyuvar a superar la segregación ocupacional por razones de género", *Briefs de la AEDTSS*, 23 de mayo de 2022. https://www.aedtss.com/el-impacto-de-genero-en-la-reforma-del-sistema-de-pensiones-especial-referencia-a-las-clausulas-de-jubilación-forzosa-para-coadyuvar-a-superar-la-segregacion-ocupacional-por-razones-de-genero/

Y es que no podemos olvidar, como reiteradamente viene señalando la doctrina, que las reformas del sistema de pensiones cuyas premisas fundamentales parten del reforzamiento de la contribuidad, por tanto, de una mayor vinculación de los derechos laborales a la participación continua en el mercado laboral formal; o de la ampliación de los periodos de carencia, afectan, especialmente a las mujeres trabajadoras en la medida en que cotizan menos y cuentan con historiales de cotización menores que los trabajadores, lo que implica que cuando las medidas son neutras respecto al género, se producen desigualdades en la intensidad de la acción protectora del sistema de Seguridad Social que afectan en mayor medida a las mujeres[9].

3.2. Reconocimiento de los periodos del servicio social femenino obligatorio

Con el fin de acreditar el periodo mínimo de cotización exigible necesario para el acceso a las diferentes modalidades de jubilación anticipada, la Ley 21/2021 modifica los artículos 207.1.c) y 208.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social con el objeto de reconocer como periodo cotizado el periodo correspondiente al "servicio social femenino obligatorio", con el límite máximo de un año.

Se equipara de esta forma estos servicios al servicio militar o a la prestación social sustitutoria que ya tenían reconocidos esta condición, tratando así de poner fin a una situación que estaba produciendo una diferencia de trato absolutamente injustificada y claramente discriminatoria. A este respecto, cabe señalar que la existencia de esta discriminación por razón de sexo ya había sido previamente advertida por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 115/2020, de 6 de febrero. De este modo, se pone fin a una omisión legislativa incomprensible que contradecía diversas disposiciones normativas, como el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; el art. 14 CE; el art. 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; o el art. 2.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

No obstante, la reforma operada por la Ley 21/2021 no ha modificado el art. 215.2.d) de la Ley General de Seguridad Social, por lo que, a efectos de acceder a la jubilación parcial, la norma sigue computando únicamente el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria. Sin embargo, parece que este olvido del legislador no va a tener repercusión en la práctica, pues el INSS sí toma en consideración el periodo correspondiente al servicio social femenino, de acuerdo con el criterio de gestión 3/2020, de 18 de febrero que se viene aplicando.

3.3. Equiparación de los requisitos de acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad

Respecto a la pensión de viudedad y sin entrar en detalle, puesto que no es el tema objeto de análisis, la Ley 21/2021 tampoco introduce la necesaria y solicitada reforma que desde hace tiempo se viene demandando con carácter integral.

Conviene así mencionar que la citada Ley únicamente modifica en este ámbito el art. 221 de la Ley General de la Seguridad Social que regula la pensión de viudedad de las parejas de hecho,

[9] Véase al respecto un claro ejemplo de la brecha de género existente en la evolución cuantitativa de las pensiones contributivas de jubilación de los últimos años en España en Vela Díaz, R.: "El impacto de las desigualdades de género sobre el sistema de protección social: la brecha pensional en el acceso a las prestaciones de jubilación", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible, Vol. I,* III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2019.

equiparando los requisitos para generar derecho a la pensión a los previstos para los supuestos de matrimonios. Así, también tendrán derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, excepto que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, quienes cumpliendo los requisitos recogidos en el art. 219 LGSS, se encuentren unidos a la persona causante en el momento de su fallecimiento como pareja de hecho.

El precepto precisa a continuación que se reconocerá como pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento de la persona causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho.

Para ello, la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Ambos requisitos se exigen con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento de la persona causante.

Al hilo de esta modificación, se añade también una nueva disposición adicional cuadragésima al texto de la LGSS bajo la rúbrica "Pensión de viudedad de parejas de hecho en supuestos excepcionales", que regula el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja de hecho antes de su entrada en vigor, y siempre que se solicite en los 12 meses siguientes a la misma, concurran las siguientes circunstancias: a) que en el momento de la muerte de la persona causante, esta reuniera los requisitos de alta y cotización establecidos en el art. 219 LGSS, pero no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad; b) que la persona beneficiara pueda acreditar en el momento de fallecimiento del causante la existencia de pareja de hecho; c) que la persona beneficiaria no tenga reconocido derecho a otra pensión contributiva de la Seguridad Social.

También en relación con esta cuestión, y conforme a la Disposición adicional tercera de la Ley 21/2021, se encomienda al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a que en el plazo de un año determine el alcance de la configuración de lo que se considera "pareja de hecho" desde el punto de vista de la Seguridad Social, con el fin de garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional. Como ya se ha mencionado, el art. 221 de la LGSS especifica qué se reconoce como pareja de hecho a efectos del acceso a la pensión de viudedad y los requisitos de acreditación de esta condición. Esta reciente inclusión en la norma pretende establecer un concepto común de estas uniones de hecho que sea válido para todo el sistema, evitando así las posibles diferencias de trato en el territorio nacional.

Aunque se trata de un avance discreto en un ámbito en el que resulta fundamental acometer una reforma integral con objeto de adaptarlo a la realidad actual tanto del mercado de trabajo como del sistema de Seguridad Social, mediante esta equiparación de los requisitos de acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad, se elimina la tradicional dependencia económica del miembro supérstite de la pareja respecto al fallecido que diferenciaba a estas uniones de hecho de los matrimonios, dando lugar a una situación de desigualdad en el acceso a la pensión que carecía de sentido en la sociedad actual[10].

[10] Villar Cañada, I.M.: "La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda -una vez más- la dimensión de género?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 468, 2022, p. 121-122.

4. La imperiosa necesidad de reducir la brecha pensional: ¿son suficientes las medidas adoptadas en la reforma del sistema de pensiones de 2021?

Las medidas analizadas en los apartados anteriores, son claramente insuficientes para reducir la brecha prestacional existente, por lo que, como se ha señalado, no dan respuesta a la recomendación decimoséptima del informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020.

Por el contrario, los efectos que derivan de estas modificaciones para la brecha de género de nuestro sistema de pensiones trascienden estas actuaciones expresas, y como suele ser habitual, quedan diluidos a la hora de analizar y valorar el impacto que van a tener las distintas medidas, siendo una manifestación de la prevalencia del enfoque puramente económico en la búsqueda de la garantía de la sostenibilidad del sistema, dejando en un segundo plano la perspectiva de género, y dejando de afrontar además cuestiones que desde hace tiempo se han heredado de reformas anteriores con un claro impacto negativo para las mujeres[11].

Un ejemplo de ello es que la reforma del sistema de pensiones no ha introducido ningún correctivo para favorecer el acceso de las mujeres a la jubilación anticipada. Para el acceso a la jubilación anticipada voluntaria, el importe de la pensión a percibir debe ser superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a la persona interesada por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad (art. 208.1.c) LGSS). Pero las estadísticas evidencian que las mujeres presentan más dificultades que los hombres para acceder a una prestación de carácter contributivo (dado que acreditan carreras de cotización más cortas e inestables) y mayores posibilidades de generar pensiones contributivas de menor cuantía.

Así, si se tiene en cuenta, por una parte, que en torno a un 30 % de las pensiones de jubilación percibidas por mujeres están complementadas a mínimos y, por otra parte, que el requisito de carencia se ha concretado en 35 años cotizados para devengar la jubilación anticipada voluntaria, se detecta con claridad que las mujeres tienen más dificultades que los hombres para jubilarse antes de la edad legal. Por ello, las mujeres acceden en mucha menor proporción a las pensiones de jubilación anticipadas. Además, la edad media de jubilación de las mujeres es superior a la edad media de jubilación de los hombres[12].

Ante esta conocida realidad, se podría haber aprovechado la reforma para introducir una variable de género para establecer los requisitos exigibles de acceso a jubilaciones anticipadas, tanto en relación con la condición exigida en cuanto a que la prestación a recibir sea al menos igual a la pensión mínima que le correspondería a los 65 años, como al periodo de carencia.

Y en el mismo sentido, se debería de tener en cuenta el establecimiento de los coeficientes reductores que se aplican en estos casos, que suelen recompensar las carreras de seguro más extensas, dado que afecta especialmente a determinadas ocupaciones muy feminizadas, como es el caso de las empleadas de hogar, contratadas en la mayoría de las ocasiones a tiempo parcial.

Conviene también mencionar que la anunciada segunda fase de la reforma prevista para el 2022 parece que va incluir, entre sus medidas principales, la ampliación a 35 años del periodo temporal de cómputo para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación. Esa medida supone en la práctica y en la mayoría de los casos, una rebaja de su cuantía, puesto que

[11] Villar Cañada, I.M.: "El Sistema de Seguridad Social desde un enfoque de género. La última reforma de pensiones, una nueva oportunidad perdida", *Boletín Laboral-Social CEF*, Marzo de 2022, p. 2. https://www.laboral-social.com/seguridad-social-pensiones-miradas-juridico-laborales-cef-udima-dia-internacional-mujer-2022.html

[12] Aragón Gómez, C.: "El impacto de género en las reformas de la Seguridad Social", *Briefs de la AEDTSS*, 23 de mayo de 2022, p. 1. https://www.aedtss.com/el-impacto-de-genero-en-las-reformas-de-la-seguridad-social/

aumenta la posibilidad de incluir periodos sin cotización por razones de desempleo o periodos de menor cotización en etapas más tempranas de su vida laboral. Por tanto, esta ampliación afectará mayormente a aquellos colectivos que cuenten con una posición de mayor debilidad en el mercado laboral, entre ellos, las mujeres, puesto que encuentran mayor dificultad para acreditar carreras profesionales prolongadas y estables[13].

Si bien es cierto, como ha apuntado un sector de la doctrina, que este perjuicio se puede ver atenuado si se ponen en marcha medidas como la mejora del procedimiento de integración de lagunas de cotización o la posibilidad de que la persona trabajadora pueda seleccionar los 35 años a tener en cuenta para el cómputo, resulta evidente que estamos de nuevo ante una forma de legislar que tampoco va a contribuir a la reducción de la brecha de género, generando una nueva vía de discriminación indirecta entre mujeres y hombres[14].

En definitiva, el avance que en materia de igualdad de género ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico no ha implicado un cambio en profundidad de las fórmulas en las que se asienta nuestro sistema de Seguridad Social[15], lo que nos aleja de alcanzar la adecuada y necesaria implementación del principio de igualdad por razón de género en este ámbito.

5. Algunas consideraciones finales

Las desigualdades de género existentes tanto en la participación en el mercado laboral como en la división desigual de los roles de cuidado hacen que persista la brecha de género en las pensiones, siendo por tanto una brecha derivada de la laboral, incluida la salarial, reflejo del modelo tradicional de familia sustentado sobre el clásico reparto de roles entre el varón y la mujer. También el hecho de que determinadas actividades sean desarrolladas casi exclusivamente por mujeres, en condiciones generalmente precarias, incide, sin lugar a dudas, en la brecha pensional, no sólo desde la perspectiva de su cuantía, sino también en relación con el acceso a la prestación. Precisamente por ello, dado que una adecuada participación en el mercado laboral marcará la mayor o menor intensidad de protección de las pensiones futuras, las políticas para fomentar la igualdad en el mercado de trabajo son determinantes para alcanzar la igualdad y equidad en las pensiones de Seguridad Social. De lo contrario, todo apunta a que muchas mujeres, durante su jubilación, puedan incurrir en una mayor situación de pobreza.

En este sentido, en la Estrategia Europea para la Igualdad de Género (2020-2025), la Comisión Europea incide en la necesidad de abordar la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres, afirmando que "las brechas laboral y salarial acumuladas a lo largo de toda la vida tienen como resultado una brecha de pensiones aún mayor y, en consecuencia, las mujeres de mayor edad corren más riesgo que los hombres de caer en la pobreza"[16].

También en esta misma línea, la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la Igualdad de género hace referencia a que las consecuencias de las diferencias de género en el mercado de trabajo y las ramificaciones de la brecha salarial

[13] El informe del Pacto de Toledo de 2020 ya recogía en su recomendación 5 respecto a la progresiva ampliación de 15 a 25 años del periodo utilizado para calcular la base reguladora, la necesidad de evaluar su impacto en función del tipo de carrera profesional de la persona trabajadora, poniendo "especial cuidado en contemplar y paliar las consecuencias negativas que dichas ampliaciones podrían tener para la brecha de género en materia de pensiones".

[14] Villar Cañada, I.M.: "La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda -una vez más- la dimensión de género?", *Op. Cit.*, p. 118.

[15] Benito Benítez, M.A.: "La respuesta a la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social en clave de género", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4(1), 2016, p. 127.

[16] Comisión Europea: *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, 5 de marzo de 2020, COM(2020) 152 final, pp. 10-11. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152

generan una brecha de género del 37 % en los ingresos por pensiones y un nivel desigual de independencia económica, de pobreza y de exclusión social entre mujeres y hombres que perdurará durante décadas, exhortando a los Estados miembros a aplicar medidas específicas para combatir el riesgo de pobreza en la vejez y la jubilación[17].

Los distintos informes del Pacto de Toledo, incluido el último, reflejan la necesidad de incluir la dimensión de género en materia de pensiones, mediante la adopción de medidas orientadas a la reducción de las desigualdades aún existentes entre mujeres y hombres en el acceso a la protección social.

Sin embargo, aunque resulta innegable el importante avance que en materia de igualdad de género se ha producido en nuestro Ordenamiento Jurídico e incluso los esfuerzos desde el propio sistema de Seguridad Social orientados a corregir la brecha de género, el mismo continúa sustentándose sobre un modelo tradicional y masculinizado de relaciones laborales, en el que priman las carreras de cotización estables a la hora de acceder al sistema de pensiones y de determinar la cuantía de las mismas. Como las diferencias de participación de la mujer en el mercado laboral provocan disparidades en sus contribuciones al sistema de Seguridad Social (a consecuencia de las diferencias en el acceso, permanencia y condiciones salariales en el empleo), la brecha de género que arrastran durante su vida laboral activa, trasciende la misma, perpetuándose y acentuándose cuando alcanzan el momento de la jubilación[18]. Precisamente por ello, como señala el propio Pacto de Toledo 2020, la mayor parte de las medidas adoptadas presentan "una dimensión más reactiva o coyuntural que preventiva o estructural", siendo de alcance limitado y claramente insuficientes para disminuir las desigualdades por razón de género en nuestro sistema de Seguridad Social.

También es innegable la toma de conciencia existente respecto a la necesidad de incluir la dimensión de género en las iniciativas políticas y legislativas, sin embargo, parece que el reto de la sostenibilidad del sistema de pensiones está siendo el criterio principal en las últimas reformas, por lo que ese necesario enfoque de género que debiera estar presente en cualquier actuación en materia de Seguridad Social, no está siendo una de las pautas tenidas en cuenta por el legislador con la intensidad necesaria en los últimos años. Por el contrario, ha primado el reforzamiento de la naturaleza contributiva del sistema a costa, incluso, de la merma de su carácter solidario y del alejamiento de dos principios básicos de nuestra Seguridad Social consagrados en nuestra Constitución, como son el de universalidad y el de suficiencia protectora[19].

Por tanto, queda mucho camino por recorrer para alcanzar una igualdad real desde la perspectiva de la protección social y el acceso a las pensiones entre mujeres y hombres, siendo esta última reforma del sistema de pensiones otra ocasión desaprovechada para poner en marcha medidas eficaces para luchar contra la brecha de género existente en nuestro sistema público de pensiones.

[17] Parlamento Europeo: *Resolución del Parlamento Europeo sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género*, 21 de enero de 2021, (2019/2169(INI)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html

[18] Vela Díaz, R.: "La brecha salarial de género en la Unión Europea: principales estrategias adoptadas para su eliminación desde una perspectiva comparada", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 132, 2017, pp. 401.

[19] Villar Cañada, I.M.: "El Sistema de Seguridad Social desde un enfoque de género. La última reforma de pensiones, una nueva oportunidad perdida", *Op. Cit.*, p. 2.

6. Bibliografía

Aragón Gómez, C.: "El impacto de género en las reformas de la Seguridad Social", *Briefs de la AEDTSS*, 23 de mayo de 2022. https://www.aedtss.com/el-impacto-de-genero-en-las-reformas-de-la-seguridad-social/

Benito Benítez, M.A.: "La respuesta a la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social en clave de género", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4(1), 2016, pp. 124-151.

Comisión Europea: *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, 5 de marzo de 2020, COM(2020) 152 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152

Consejo Económico y Social (Ces): *Dictamen 6/2021 sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*, 28 de julio de 2021.

Grau Pineda, C.: "La enésima reforma de las pensiones sin perspectiva de género", *NET21*, nº 11, mayo 2022.

Maldonado Molina, J.A.: "La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 30, 2022, pp. 63-89.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº 25, 2020, pp. 13-32.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº 30, 2022, pp. 11-60.

Parlamento Europeo: *Resolución del Parlamento Europeo sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género*, 21 de enero de 2021, (2019/2169(INI)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html

Sirvent Hernández, N.: "El impacto de género en la reforma del sistema de pensiones: especial referencia a las cláusulas de jubilación forzosa para coadyuvar a superar la segregación ocupacional por razones de género", Briefs de la AEDTSS, 23 de mayo de 2022. https://www.aedtss.com/el-impacto-de-genero-en-la-reforma-del-sistema-de-pensiones-especial-referencia-a-las-clausulas-de-jubilación-forzosa-para-coadyuvar-a-superar-la-segregacion-ocupacional-por-razones-de-genero/

Vela Díaz, R.: "La brecha salarial de género en la Unión Europea: principales estrategias adoptadas para su eliminación desde una perspectiva comparada", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 132, 2017, pp. 393-412.

Vela Díaz, R.: "El impacto de las desigualdades de género sobre el sistema de protección social: la brecha pensional en el acceso a las prestaciones de jubilación", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible, Vol. I,* III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2019, pp. 775-787.

Villar Cañada, I.M.: "El Sistema de Seguridad Social desde un enfoque de género. La última reforma de pensiones, una nueva oportunidad perdida", *Boletín Laboral-Social CEF*, Marzo de 2022. https://www.laboral-social.com/seguridad-social-pensiones-miradas-juridico-laborales-cef-udima-dia-internacional-mujer-2022.html

Villar Cañada, I.M.: "La reforma del sistema de pensiones. ¿Dónde queda -una vez más- la dimensión de género?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 468, 2022, pp. 97-128.

Mesa Cuarta

PONENCIAS

Seguridad Social, Relaciones Laborales y Agentes Sociales /hay una linea trazada

FRANCISCO GONZÁLEZ DE LENA
Ex Sec Gral de la Asociacion Internacional de CES

I. Una aproximación a la conexión entre la materia laboral y la de Seguridad Social

Algunas ideas del informe 2021 del Comité de Protección Social de la Unión Europea sobre la situación social en Europa y las políticas desarrolladas por los Estados miembros pueden servir como primera aproximación a la relación entre los temas laborales y los de seguridad social: Tras considerar los sistemas de protección social el principal factor de estabilización para los ingresos de los hogares durante la pandemia, subraya el papel desempeñado en este ámbito por los sistemas de reducción de jornada o suspensión de contrato; el Informe considera necesarios esfuerzos para lograr mercados de trabajo mas inclusivos, en línea con el enfoque de inclusión activa; se debe continuar con las acciones de prolongación de la vida laboral, con estrategias de envejecimiento activo y opciones para el trabajo flexible, incluidas la posibilidad de combinar pensión y rentas de trabajo; hay que actuar para reducir la brecha de genero en pensiones y mejorar el derecho a pensión de los trabajadores con contratos distintos del indefinido a tiempo completo;es necesario reforzar la Europa Social a través del dialogo entre la instituciones europeas, lo estados miembros, los interlocutores sociales y las organizaciones de la sociedad civil.

Como se ve, se trata de un enfoque sobre los sistemas de protección social en el que las cuestiones laborales y relacionadas con el funcionamiento del mercado de trabajo tienen un papel relevante. Mercados de trabajo inclusivos, prolongación de la vida laboral,trabajo flexible, combinación de rentas de trabajo y pensiones, brecha de genero, contratos atípicos, o dialogo social son cuestiones también muy presentes en la agenda de temas laborales.

Tomando el ejemplo subrayado por la UE de las suspensiones de contratos, su versión española, los ERTE,ha sido un instrumento clave para el mantenimiento de la actividad empresarial y el empleo durante la pandemia. Los ERTE son un mecanismo laboral de flexibilidad interna, regulado en el Estatuto de los Trabajadores con carácter general y utilizable como alternativa a la flexibilidad externa a través de extinciones contractuales. Y es un mecanismo que se podría calificar de histórico en la regulación laboral, con precedentes anteriores al ET, y del que se hizo un uso abundante en los procesos de reconversión industrial. Pues bien,parece claro que un factor clave en este positivo para el empleo uso extenso de los ERTE ha sido precisamente su conexión con la regulación de Seguridad Social, a través de la descarga del peso económico de las obligaciones de cotización Los ERTE son un buen ejemplo de las relaciones entre regulación laboral y de protección social, que incluye aspectos relacionados con las relaciones laborales, ya que se aplicaron mayoritariamente a través de acuerdos en periodos de consultas entre la representación de los trabajadores y las empresas, y también fueron objeto de la concertación social.

Estas consideraciones sobre el funcionamiento de los sistemas de protección social en interacción con las relaciones laborales durante la crisis económica derivada de la pandemia pueden ampliarse mas allá de esta situación. Para ello, dos referencias, una jurídica y la otra económica.

Una cuarta parte de los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) contiene remisiones a normas laborales o a conceptos traídos de ellas, y que en muchos casos sirven para delimitar el campo de aplicación de esta ley. Y esto algo tendrá que ver con que las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, como las de desempleo y por incapacidad para el trabajo o las pensiones de vejez, suponen la sustitución de salarios dejados de percibir por prestaciones publicas, aunque generadas de forma mayoritaria por contribuciones privadas, de empresarios y trabajadores, y que son ingresadas mientras se ejecutaba el contrato de trabajo. Es un sistema de aseguramiento presidido por la idea de la responsabilidad empresarial derivada de su condición de sujeto de una relación contractual,y este seria el momento de recordar el origen de la Seguridad Social en el aseguramiento empresarial de los accidentes de trabajo.

Las obligaciones empresariales de seguridad social serian así unas obligaciones publicas, relacionadas con el acceso al aseguramiento (altas) y su financiación (cotización), anexas a las obligaciones contractuales laborales. Y por estar originadas en cotizaciones laborales, estas prestaciones se condicionan,en su existencia y duración, al trabajo durante determinados periodos, y en su cuantía, al volumen de estas cotizaciones, que a su vez esta determinado por los salarios.

En su dimensión socioeconómica, las cotizaciones sociales aportan tres cuartas partes de la financiación del Sistema de Seguridad Social,gravan un 30 % respecto de la cuantía de los salarios y se cuantifican en un 12 % del PIB. Por su parte,el gasto en pensiones equivale a un 12 % del PIB(dos tercios corresponden a jubilaciones) y es un 37 % del total del gasto publico. Y si ponemos en relación estos datos económicos con el entramado jurídico laboral en el que se producen,la conclusión será que el funcionamiento del mercado de trabajo y del sistema de relaciones laborales influye decisivamente en el funcionamiento del sistema de seguridad social.

Estos dos enfoques, jurídico y económico, deben ser completados con la consideración de que la regulación laboral es,en una medida considerable,el resultado de la acción de los agentes sociales a través de la negociación colectiva. Y a esta acción habría que añadir, en el plano macro, la que desarrollan las organizaciones sindicales y empresariales interviniendo en la configuración de las normas legales a través de la concertación social, y, en el plano micro, la que se lleva a

cabo en la gestión cotidiana de las relaciones laborales en las empresas por parte de estas y los representantes de los trabajadores. Con esta perspectiva, la conexión entre la regulación laboral y la de seguridad social debe ser también vista considerando como la acción de los agentes sociales puede influir en estas regulaciones, y también en un mejor cumplimiento de sus objetivos en la fase de su aplicación.

A continuación se revisaran algunos aspectos significativos de estas cuestiones, observando los principales entrecruzamientos entre regulación laboral y de seguridad social y los temas en que se producen, para identificar líneas de conexión entre estas regulaciones y lo que representa el papel de los agentes sociales en su configuración.

II. La dimensión jurídica de la relación entre regulación laboral y de Seguridad Social

1. Delimitación de la aplicación de la regulación de la LGSS a partir del contrato de trabajo

- Art. 7, inclusión en el sistema de los trabajadores por cuenta ajena que prestan servicios conforme al art. 1.1 del ET, sean eventuales, de temporada o fijos,de trabajos discontinuos o a distancia. El Gobierno, oídas las organizaciones sindicales mas representativas, podrá excluir a trabajadores por cuenta ajena con trabajo considerable marginal.
- Art. 8, no inclusión por el mismo trabajo en regímenes distintos del sistema.
- Art. 13, trabajadores con discapacidad.
- Art. 14, socios trabajadores de cooperativas.
- Art. 17.2, las empresas y trabajadores tiene derecho a ser informados de sus datos obrantes en el sistema, así como a los referidos a su derecho a la jubilación.
- Art. 18.4, responsabilidad por cotización de quien actúe como empresario efectivo.
- Art. 33, reclamaciones de cuotas respecto de trabajadores dados de alta.
- Art. 34, actas de liquidación por falta de alta de trabajadores.
- Art. 55, reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores.
- Art. 82, las mutuas como asociaciones de empresarios para dar prestaciones a sus trabajadores.
- Art. 136, inclusión en el campo de aplicación del régimen general de trabajadores por cuenta ajena y asimilados.
- Art. 137, exclusión de los trabajos amistosos y benévolos.
- Art. 138.1, requerimiento de cuotas por iniciación de la actividad empresarial sin inscripción en la Seguridad Social del empresario.
- Art. 138.3, se considera empresario a aquel por cuya cuenta prestan servicios los trabajadores.
- Art. 139, obligación empresarial de afiliación de lo trabajadores que ingresan a su servicio
- Art. 157, enfermedad profesional, la contraída a consecuencia del trabajo por cuenta ajena.

- Art. 175, perdida del subsidio de incapacidad transitoria por realizar trabajo por cuenta ajena o propia.
- Art. 204, pensión de jubilación por cese en el trabajo por cuenta ajena.
- Art. 223, pensión de viudedad compatible con el trabajo.
- Art. 225, pensión de orfandad compatible con rentas de trabajo del cónyuge del huérfano.
- Art. 250, sistema especial de empleados de hogar para los incluidos en la relación laboral especial del art. 2.1 b) ET.
- Art. 272.1, extinción de la prestación por desempleo por la realización de trabajo por cuenta ajena superior a 12 meses.
- Art. 272.2, no consideración como trabajo por cuenta ajena de los trabajos de colaboración social exigidos por la entidad gestora.

2. Obligaciones laborales relacionadas con regulaciones de la LGSS

- Art. 16.5, sin perjuicio de lo previsto en el art. 42 ET,las empresas deben comprobar el alta de los trabajadores de sus contratas.
- Art. 142.1, responsabilidad solidaria por cuotas en caso de sucesión de empresa.
- Art. 142.2, descuento por el empresario de cuotas de sus trabajadores.
- Art. 143, nulidad de pactos individuales o colectivos por los que se asume el pago de las cuotas por los trabajadores.
- Disposición adicional decimotercera, suscripción de convenio especial en caso de despido colectivo, conforme al art. 51.9 ET.

3. Regulaciones del Estatuto de los Trabajadores relacionadas con la LGSS

- Art. 11.4 a, acción protectora de la Seguridad Social en los contratos formativos.
- Art. 1.4, conversión en fijos de los contratados temporales sin haber sido dados de alta a la Seguridad Social.
- Art. 42, obligación el empresario principal de comprobar si el contratista esta al corriente de cuotas de Seguridad Social.
- Art. 47.3, pago de cuotas de Seguridad Social por el empresario en caso de sentencia declarativa de la inexistencia de causa para suspensiones de contratos o reducción de jornada.
- Art. 47.7, bonificaciones de cuotas en casos de suspensión de contratos.
- Art. 51.9, obligación de las empresas no incursas en procedimientos concursales y que proceden a despidos colectivos de financiar un convenio especial de cotización de los mayores de 55 años.
- Dis Adicional 10, limita la posibilidad de que las clausulas de los convenios colectivos posibiliten la extinción del contrato de trabajo a los casos de trabajadores mayores de 68 años y en caso de que se produzca un relevo generacional a través dela contratación indefinida y a tiempo completo de al menos un nuevo trabajador< este limite se podrá

rebajar hasta la edad ordinaria de jubilación cuando la tasas de ocupación de mujeres en las actividades comprendidas en el ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 % de las personas ocupadas en las mismas.

4. La regulación de seguridad social durante la ejecución del contrato de trabajo

- Art. 19.2, el SMI como base mínima de cotización.
- Art. 20, beneficios en materia de cotización de los empresarios
- Art. 141, obligación de cotizar del empresario
- Art. 102, colaboración de las empresas en la gestión de la S Social.
- Art. 144.1, cotización durante el periodo de prueba.
- Art. 147.1, considera base e cotización la totalidad de remuneraciones, en metálico y en especie.
- Art. 147.2, considera conceptos no computables en la base de cotización las indemnizaciones por despido en la cuantía fijada por el ET, con una exención parcial de las indemnizaciones por despido colectivo u objetivo.
- Art. 149, cotización por horas extraordinarias.
- Art. 3, nulidad de los pactos por los que el trabajador renuncia a derechos reconocidos en esta Ley.
- Art. 153 bis, cotización en caso de reducción de jornada y suspensión de contrato conforme al ET
- Art. 165, periodos de suspensión por violencia de genero del art. 48.10 ET, considerados periodos de cotización efectivos
- Art. 156, definición de accidente de trabajo que utiliza conceptos como lugar de trabajo, cargo sindical, tareas de distinto grupo profesional,fuerza mayor externa ala trabajo,imprudencia profesional.
- Art. 162, prestaciones a cargo del empresario, crédito privilegiado conforme al art. 32 ET.
- Art. 166, situación asimilada al alta de los periodos de vacaciones retribuidas no disfrutadas, o los de excedencia forzosa.
- Art. 177, prestación por nacimiento en periodo de descanso por nacimiento del art. 48 ET.
- Art. 178, prestación en caso de adopción internacional según el art. 48.5 ET.
- Art. 183, prestación en caso de cuidado de lactante con reducción de jornada según el art. 7.4 ET.
- Art. 190, prestación por cuidado de menores enfermos según el art. 37.6 ET.
- Art. 193, incapacidad permanente por por disminución de capacidad laboral.
- Art. 194, incapacidad por reducción capacidad en relación al grupo profesional.

- Art. 198, compatibilidad de incapacidad permanente con salarios si se realizan funciones diferentes
- Art. 207, sobre jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador,condicionado a diversa causas de extinción del contrato de trabajo reguladas en el ET.
- Art. 209, no computo en la base reguladora de la jubilación de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual del convenio colectivo de aplicación, salvo por complementos de antigüedad y ascensos previstos en el convenio.
- Art. 213,compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo a tiempo parcial o salarios inferiores al SMI.
- Art. 214, sobre pensión de jubilación y envejecimiento activo,estableciendo las condiciones para la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta ajena.
- Art. 215, jubilación parcial con contrato de relevo del art. 12.7 ET.
- Art. 224, pensión de orfandad compatible con salario inferior al SMI.
- Art 237, consideración efectos de prestaciones familiares de los periodos cotizados los de excedencia por cuidado de hijos del art. 46.3 ET.
- Incremento cotizaciones de periodos de reducción de jornada conforme al art. 37.6 ET previos a la excedencia.
- Art.247,coeficientes de proporcionalidad para para relacionar el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo comparable.
- Art.249 bis, en los casos de contratos temporales inferiores a cinco días, consideración de cada día como 1.4 días cotizados.
- Art. 249 ter, cotización en los periodos de inactividad de artistas si si han percibido dos veces el SMI en los doce meses precedentes,.
- Art. 253, en el sistema especial de cuenta ajena agraria,no consideración como inactividad si se trabajan cinco jornadas reales en cumplimiento de lo previsto en convenio colectivo.
- Art. 262, prestación por desempleo en caso de suspensión de contrato o reducción de jornada conforme al art. 7 ET.
- Art. 267, prestación por desempleo en caso de despido colectivo, despido objetivo, exportación de contrato de duración determinada, suspensión de contrato.
- Art. 282, compatibilidad de prestación por desempleo contrabajo a tiempo parcial, deduciendo la parte proporcional correspondiente al tiempo trabajado, salvo en programas de fomento del empleo para colectivos con mayores dificultades de inserción laboral con pago parcial del salario a cargo de la empresa.
- Art. 301, concepto de colocación adecuada, definido en referencia a la profesión habitual o a la actividad laboral de los tres últimos meses.
- Disposición adicional cuadragésimo primera, protección social en la aplicación del Mecanismo RED.

- Disposición Adicional cuadragésimo tercera, cotización en contratos formativos en alternancia del art. 11.2 ET.
- Disposición Adicional cuadragésimo cuarta, cotización en casos de ERTE y Mecanismo RED.
- Disposición Adicional cuadragésimo sexta, protección social en ERTE por fuerza mayor del art. 47.5 y 6 ET.

5. Seguridad Social y Prevención de riesgos laborales

- Art. 146, posibilidad de reducción de cuotas por empleo de medios eficaces de prevención.
- Art. 97, establecimiento de un Fondo de contingencias profesionales de la S Social, para prevención de estas contingencias.
- Art. 164, recargo de prestaciones en accidentes de trabajo provocado por carencia de medios de protección reglamentarias o insuficientes medidas de seguridad y salud en el trabajo.
- Art. 186, prestación en los casos de riesgo en embarazo con suspensión contrato según art. 26.3 Ley Prevención riesgos laborales.
- Art. 188, en caso de riesgo para lactancia natural según el art. 26.4 Ley prevención Riesgos laborales.
- Art. 242, equiparación a falta de cobertura de accidentes de trabajo en los casos de incumplimiento del requerimiento de la Inspección de trabajo para paralizar trabajos, con resultado de accidente.
- Art. 243, obligación empresarial de practicar reconocimientos médicos nen las actividades con riesgo de enfermedades profesionales.
- Art. 244, responsabilidad empresarial respecto de las prestaciones en caso de no practicar los reconocimientos médicos

6. Política de empleo desde la Seguridad Social

- Art. 60, complemento de pensiones contributivas para reducir la brecha de genero.
- Art. 151, cotización adicional en contratos temporales ce corta duración.
- Art. 152, exención de cotización al alcanzar la edad de jubilación.
- Art. 153, cotización en las situaciones de compatibilidad de trabajo y jubilación.
- Art. 265, la acción protectora por desempleo también incluye acciones de formación e inserción profesional.
- Art. 266, requisito de disponibilidad para la busca activa de empleo expresado en un compromiso de actividad.
- Art. 268, la solicitud dela prestación por desempleo requiere la inscripción como demandante de empleo.
- Art. 274, subsidio de desempleo para los inscritos como demandantes de empleo.

7. Relaciones laborales colectivas

- Art. 144.2, continuidad de la obligación de cotizar durante el desempeño de cargos sindicales.
- Art. 144.4, suspensión de la cotización durante una huelga.
- Art. 166.7, alta especial en caso de huelga.
- Art. 173, no percepción del subsidio por IT en caso de huelga.

8. Participación laboral en la gestión del Sistema

- Art. 4, los trabajadores y las empresas colaboran en la gestión del Sistema.
- Art. 69, participación en la gestión de la Seguridad Social de organizaciones sindicales y empresariales
- Art. 125, comisión de Seguimiento del Fondo de Reserva, con participación de las organizaciones sindicales y empresariales con mayor implantación
- Art. 86, participación en la junta general de las mutuas de los trabajadores pertenecientes a ellas.
- Art. 89, Comisión de control y seguimiento de las mutuas, como órgano de participación de las organizaciones sindicales y empresariales mas representativas.
- Art, participación en las comisión de prestaciones especiales de las mutuas de representantes de los trabajadores de las empresas asociadas.

9. Lo laboral en la previsión social complementara

La Ley de planes y fondos de pensiones, en lo se refiere a los planes de empleo, también contiene referencias a conceptos objeto de regulación laboral, que son en gran medida fruto de los cambios introducidos por la Ley 12/2022, sobre fondos de pensiones de empleo.

Art. 4.1 a), en los convenios que prevean la incorporación directa de trabajadores al plan de pensiones, se presume la adhesión salvo que el convenio haya establecido formulas de expresión por los trabajadores de su deseo de no incorporación; la empresa debe negociar y en su caso acordar con la representación de los trabajadores sistemas de previsión social de empleo en las formas previstas en la legislación laboral.

Art. 58, Comisión de Control Especial de los Fondos de pensiones de empleo de promoción publica abiertos, con cuatro miembros propuestos por las organizaciones sindicales mas representativas y otros cuatro por las organizaciones empresariales mas representativas.

Art. 67, planes de pensiones de empleo simplificados, promovidos por empresas incluidas en acuerdos colectivos sectoriales que instrumenten compromisos de pensiones en favor de us trabajadores, especialmente orientados a las PYMES.

Art. 68, las empresas incluidas en convenios colectivos estatutarios sectoriales que prevean estos planes deberán adherirse en la forma prevista en el convenio.

Art. 69, la comisión promotora de los planes deberá ser nombrada por la comisión negociadora del convenio o en su defecto, la comisión paritaria.

Art. 72, el Ministerio de seguridad Social establecerá las especificaciones de los planes simplificados previa consulta de las organizaciones sindicales y empresariales mas representativas.

Art. 73, la Comisión de control podrá coincidir en todo o en parte con los miembros de la comisión negociadora o la paritaria del convenio.

Art. 74, posibilidad de modificación de prestaciones y aportaciones y de adaptaciones de las bases técnicas por acuerdo colectivo.

10. La Seguridad Social en la actividad de las ETT

La Ley reguladora de las ETT contiene diversas referencias a obligaciones especificas en materia de seguridad social tanto de estas empresas como de las empresas usuarias.

Así, el art. 2.2 de esta norma establece como una de las condiciones para que las ETT obtengan la autorización administrativa necesaria para su funcionamiento el que se encuentre al corriente de sus obligaciones de seguridad social. Y en esta misma línea, los arts. 3 y 4 fijan como uno de los objetivos de la garantía financiera con la deben contar estas empresas el hacer frente a sus obligaciones en materia de seguridad social.

Por su parte, en el ámbito de las relaciones entre ETT y las empresas usuarias, el art. 16 establece la responsabilidad subsidiaria de estas ultimas respecto de as obligaciones de seguridad social de la ETT. Y en materia de prevención de riesgos laborales, este mismo articulo establece la responsabilidad de la usuaria respecto del pago del recargo de prestaciones por falta de medidas preventivas.

11. Control de normas laborales y de Seguridad Social I

La Ley 23/2015,ordenadora del Sistema de Inspección de trabajo y Seguridad Social, incluye entre las normas del orden social que son objeto de vigilancia de su cumplimiento a las laborales y las de seguridad social, y establece (art. 2) la concepción única e integral de este sistema y el principio de unidad de función y de actuación inspectora en todas las materias del orden social. Y en el caso concreto de la LGSS, varios de sus preceptos reflejan estos criterios al ocuparse dev os temas relacionados con el control de la cotización:

- Art. 21.2, liquidación de cuotas e Inspección de trabajo y seguridad social.
- Art. 34, actas de liquidación de cuotas de la Inspección.
- Art. 133, competencias de la Inspección en materia de Seguridad Social.
- Art. 134, colaboración con la Inspección.

Desde el punto de vista organizativo, la separación administrativa entre los departamentos ministeriales que se ocupan de los temas laborales y los de seguridad social puede sin duda afectar a la efectividad de los indicados principios. Esto explica la inclusión en la Disposición Adicional octava del RD 139/2020, de estructura orgánica del nuevo departamento de Inclusión social, Seguridad Social y migraciones, de un mandato de coordinación ministerial. Este se ha materializado en la creación de una Comisión interministerial de coordinación para el funcionamiento cohesionado del organismo autónomo estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social(Orden PCM/922/2021)

III. Los agentes sociales y el dialogo social en la LGSS

La gran mayoría de las referencias a la participación de los agentes sociales en la puesta en practica o el desarrollo dela LGSS se encuentran en su ultima reforma, efectuada por la Ley 21/2021, y que es precisamente una norma derivada de un Acuerdo Social suscrito el 1 de julio de 2021

Así, el Art 206, sobre jubilación anticipada por razón de la actividad,dispone que el procedimiento para establecer coeficientes reductores debe instarse conjuntamente por organizaciones sindicales y empresariales mas representativas,y también que la valoración de los indicadores para la aplicación de coeficientes corresponde a una comisión interministerial en la que participan las organizaciones sindicales y empresariales mas representativas a nivel estatal.

Por otro lado, la Disposición Adicional trigésimo novena, sobre seguimiento de la revalorización de las pensiones y garantía del mantenimiento de su poder adquisitivo,establece una evaluación cada cinco años de los efectos de este sistema de revalorización, incluyendo en caso de desviaciones una propuesta de actuación a realizar por el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales mas representativa en el marco del dialogo social, y del que se dará traslado a la Comisión de seguimiento y evaluación del Pacto de Toledo También Las disposiciones finales de la propia Ley 21/2021 efectúan diversas referencias al dialogo social, Así la cuarta, al regular el mecanismo de equidad intergeneracional establece que cuando el nivel de gasto no supere los niveles previstos, en el seno del dialogo social podrá valorarse la utilización de recursos del fondo de reserva para reducir cotizaciones o mejorar pensiones, efectuando la correspondiente propuesta a la Comisión de seguimiento y evaluación del pacto de Toledo. Y si por el contrario se producen desviaciones de nivel superior al 0,25 o se hubieren agotado los activos del fondo de Reserva, el Gobierno negociara con los interlocutores sociales para elevar una propuesta a dicha comisión para reducir gastos o incrementar ingresos. Por su parte, la Disp final quinta establece que el Gobierno abordara en el marco del dialogo social una revisión de los criterios para determinar la cuantía de las pensiones mínimas.

Y referencias al dialogo social aparecen también en otras Disposiciones Adicionales de la LGSS:

Quinta, participación de la organizaciones sindicales y empresariales mas representativas en la Comisión e seguimiento del régimen especial por cuenta ajena agrario.

Segunda, realización por el Gobierno de un estudio sobre el Indice de revalorización de pensiones, para presentarlo en el ámbito del dialogo social.

Quincuagésima,participación de las organizaciones sindicales y empresariales mas representativas en el observatorio de seguimiento de la prestación por cese de actividad de autónomos.

Por otro lado, en el ultimo informe de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, también se encontraran referencias a las dimensiones laborales de la Seguridad Socia y el papel de los agentes sociales. En primer lugar habría que destacar que en la recomendación 20 se afirma que, sin perjuicio del protagonismo del Congreso de los Diputados,el Pacto de Toledo es también un pacto de contenido eminentemente laboral en el que, por lógica, deben participar los interlocutores sociales, y de ahí que la Comisión mandate a la Presidencia del Congreso para trasladar formalmente estas recomendaciones a los interlocutores sociales.

En la perspectiva de la relación entre mercado de trabajo y seguridad social, resulta significativo que la recomendación 6 este dedicada a los incentivos al empleo, y que comience precisamente afirmando el papel clave del empleo para el sistema de Seguridad Social. Esta recomendación trata específicamente el los incentivos públicos al empleo, rechazando los de carácter general para concentrarse en los dirigidos a colectivos y situaciones cuyo empleo se persigue favorecer de forma singular, y negando también su financiación a cargo de las cotizaciones sociales.

De forma concreta,la recomendación 12 se refiere a la edad de jubilación, y con la idea de aproximación entre edad real y edad legal propone el fomento dela permanencia de los trabajadores en activo, con medidas laborales que combatan la discriminación por edad en el mercado de trabajo, políticas activas de recolocación o formulas de compatibilidad de trabajo y pensión.

IV. Un ejemplo significativo de la relación entre regulación laboral y de seguridad social: la prolongación de la edad de jubilación

Al revisar las normas de Seguridad Social que se relacionan con normas laborales ya se ha visto que, además de las dedicadas directamente a establecer la edad en que se puede cesar en el trabajo y los años de vida laboral necesarios para acceder a la pensión de jubilación, varias de ellas contienen medidas orientadas a favorecer la prolongación de esa vida laboral. Son medidas que responden al criterio de que la sostenibilidad del sistema de pensiones depende en gran medida de revertir la tendencia al incremento del numero de pensionistas y del coste de las pensiones, mejorando el ratio entre cotizantes y pensionistas a través de la prolongación de la vida laboral.

Los análisis sobre la prolongación de la vida laboral, como los realizados por la OCDE, parten de la existencia de tres tipos de factores con incidencia en este tema. Factores de atracción hacia la jubilación anticipada (pull factors), como son los incentivos en el marco institucional que suponen oportunidades para que los trabajadores opten por esta jubilación, y respecto de los cuales se suele indicar que no operan de manera uniforme para todo tipo de trabajadores, al tener mayor efecto respecto de los de mayor nivel económico y cualificación (que suelen a la vez coincidir con los trabajadores con bajos niveles de precariedad laboral), y presentar también sesgos de genero, por factores que van desde las discontinuidades en las carreras de cotización de las mujeres a su mayor dedicación a los cuidados familiares. Factores de empuje hacia la jubilación anticipada(push factors), como son las condiciones del mercado de trabajo que impiden una mayor participación de las personas mayores en ese mercado, significadamente las relacionadas con cambios en las estructuras ocupacionales que requieren adaptación de las cualificaciones, y que perjudican especialmente a los trabajadores de mayor edad con bajas cualificaciones. A ellos cabria añadir también otras condiciones de trabajo, como las relacionadas con la duración y ordenación del tiempo de trabajo o las características materiales del puesto de trabajo, relacionadas por ejemplo con el esfuerzo físico. Factores de retención, consistentes fundamentalmente en políticas activas de empleo y medidas de refuerzo de las capacidades, que conviene se integren en un marco mas amplio de lo que se suele denominar inversión social, como el aprendizaje a lo largo de la vida o las políticas de favorecimiento de la igualdad de genero.

De forma mas concreta, el ultimo Informe del Comité de Protección Social UE indica que la promoción de vidas laborales mas largas debe empezar en momentos mas tempranos de las vidas laborales y no solo cuando los individuos se acercan mas a la edad de retiro. El Comité considera que la ampliación de la vida laboral es un asunto que requiere de un enfoque transversal con acciones desde una diversidad de ámbitos y con la participación de los agentes sociales. Un prerequisito esencial seria que los mercados de trabajo facilitasen la prolongación de la vida

laboral, incluyendo la formación a lo largo de la vida o un entorno de trabajo flexible, seguro y saludable, adaptado a las necesidades de los trabajadores mayores

Respecto del balance entre medidas de retraso dela edad de jubilación y as de incentivación de la prolongación de la vida activa,el Informe sobre suficiencia de las pensiones, elaborado conjuntamente por el Comité de protección social y la Dirección general de empleo de la Comisión Europea, estima que en los últimos años han prevalecido las segundas. Las formulas de jubilación flexible, incluidas las de compatibilización de trabajo y pensión, y los incentivos al retraso dela edad real de jubilación son medidas adoptadas en esta linea

Por su parte,el informe de la OCDE Pensions at a glance 2021 estudia el crecimiento en los países miembros de esta organización de la tasa de empleo, situándose en 2020 para las personas entre 55 y 59 años en el 71,9 %, para el tramo entre 60 y 64 años en el 50,7 %, y en el 22,9 % para el tramo entre 65 y 69 años. La tasa de empleo también ha ido creciendo en el tramo de55 a64 años, pasando del 43,8 % en 2000 al 61,4 % en 2020,aunque el resultado es algo inferior en el caso de personas con menores niveles educativos. El resultado de esta evolución es una edad promedio de salida del mercado de trabajo del 63. 8años en el caso de los hombres y de 62.4 para las mujeres.

Analizando el caso español, Domenech y García (*La Prolongacion de la Vida Laboral, Retos y oportunidades)* parten de como la tasa de actividad de la población entre 55 y 64 años se ha incrementado mas de 10 puntos desde mediados de los noventa,aunque aun se encuentra por debajo dela media de la OCDE, y lo mismo ocurre con su tasa e empleo, aunque en este caso las distancias comparadas son mayores.Consideran que depreciación del capital humano a lo largo de la vida puede reducir la productividad de los trabajadores mayores, principalmente los menos cualificados, y atribuyen estas diferencias en tasas de participación a las diferencias en el capital humano,siendo el coste de oportunidad de abandonar el mercado laboral mayor para los mas cualificados, algo que coincide con la actitud favorable de las empresas a la prolongación de la vida laboral de los trabajadores con cualificación media-alta.

Teniendo presentes criterios como estos habría que analizar la persistencia del fenómeno de la jubilación real a edades inferiores a la legal: Un 39 % de las jubilaciones se anticipan a la edad legal,situándose así la edad media de jubilación en 64,9 años, e interesa resaltar que en torno al 65 % de las prejubilaciones son voluntarias. No cabe en consecuencia identificar de forma predominante prejubilaciones con grandes ajustes del empleo: los despidos colectivos solo generan el 1 % de las prejubilaciones, y los despidos individuales objetivos son causa del 5 % de estas.

V. Uniendo los trazos

Una primera idea que parece surgir con bastante claridad de este examen conjunto de las normas laborales y de seguridad social es que existe una considerable interrelación entre ellas. Una interrelación cuantitativa, por el elevado numero de preceptos de la LGSS que requieren para su interpretación de la utilización de conceptos definidos en las normas laborales, y. Una interelación cualitativa, por que estos conceptos laborales son claves en temas clave del sistema de seguridad social: la propia delimitación de su campo de aplicación (el ultimo ejemplo seria la incidencia en la seguridad social de la regulación como laboral del trabajo de los *riders* a través del RDL 9/2021), la regulación de aspectos tan relevantes como su financiación por cuotas relacionadas con los salarios o la determinación, a partir de estas cuotas, de la cobertura de las prestaciones para los trabajadores. Y junto a ello, también considerar el papel que las obligaciones empresariales de seguridad social pueden desempeñar como elemento de refuerzo de las obligaciones laborales. Ejemplos de ello serian las responsabilidades empresariales compartidas en los casos de contratas

y ETT, como elemento compensador de un posible debilitamiento o indeterminación de la posición empresarial. o el agravamiento de las responsabilidades empresariales de seguridad social por los incumplimientos de las normas preventivas.

Esta situación pone de relieve la importancia de una interpretación y aplicación integradas de las normas laborales y las de seguridad social. Y a estos efectos es muy positiva la homogeneidad en el control de las normas laborales y de seguridad social a través de un único sistema de inspección y la acción coordinada de las administraciones que gestionan la aplicación de estas distintas normas,y mas si se recuerda que estas administraciones son tanto la general del Estado como las de las Comunidades Autónomas. En este sentido,la gestión de los ERTE seria una buena practica de coordinación y complementariedad entre regulación laboral y de seguridad social, y del papel de las relaciones laborales para facilitar estas practicas.

En segundo lugar,esta valoración jurídica lleva a la valoración socioeconómica de las interrelaciones entre lo laboral y la protección social. En el plano de la actividad empresarial, con las cuotas como elementos muy relevantes de los costes laborales, por el efecto en las cotizaciones de los incrementos salariales (incluido el SMI) o de los cambios en las bases máximas de cotización. En el plano laboral, con la incidencia de las cotizaciones en las prestaciones o en el efecto en la cuantificación de estas prestaciones del desarrollo de las vidas laborales. Y como se ha visto, la cuestión se hace aun mas relevante si nos situamos en el plano macroeconómico de la actividad económica y el gasto publico, recordando los datos sobre el peso en ese gasto del gasto de seguridad social o su relación con el PIB.

De la situación del mercado de trabajo y del desarrollo de las relaciones laborales dependerá el numero de activos cotizantes y el de inactivos perceptores, el volumen de las cuotas o el nivel de generación de prestaciones como las de desempleo, las derivadas de siniestralidad laboral o, en un ejemplo significativo de la interacción ente lo laboral y lo prestacional, las jubilaciones. La conexión del sistema de protección social con las políticas de empleo aparece en el caso del desempleo,y también en el de la jubilación, cuando se plantean estrategias de retraso en el cese en el trabajo. La diversidad de causas de la anticipación de la edad de jubilación lleva a la necesidad de actuar en una diversidad de ámbitos, y por eso parece razonable que al plantear medidas de prolongación de la vida activa, además de reforzar los incentivos públicos al retraso de la jubilación, tratar los aspectos relacionados con las condiciones de trabajo y con el refuerzo de capacidades de los trabajadores. Y todos ellos son aspectos vinculados fundamentalmente al desarrollo de las relaciones laborales

En tercer lugar, la observación de estas conexiones entre el ámbito laboral y el de seguridad social lleva también a valorar las que desde estos ámbitos se pueden dar con otras políticas sociales. Por ejemplo, si se piensa en un tema como el de la ordenación de las migraciones, la dimensión laboral de estas, como factor configurador de la composición del mercado de trabajo, esta fuertemente unida al reforzamiento de la base de cotizantes orientada a la sostenibilidad del sistema de seguridad social. Por ejemplo, si se observa la tendencia a la expansión de las modalidades no contributiva de la protección social, habrá que valorar las formulas de articulación entre estas modalidades y las contributivas,pensando también (como el caso del desempleo) en su relación con las políticas de empleo. Por ejemplo, en el ámbito de las políticas de igualdad surge la cuestión de la desigualdad de genero en pensiones, derivada de la desigualdad en carreras de cotización, relacionada en unos casos con la concentración de las tareas de cuidados en las mujeres y las dificultades de conciliación de estas tareas con la vida laboral y en otros con las dificultades para la inserción de las mujeres en el mercado de trabajo o para superar la brecha salarial de genero.

Con esta perspectiva se puede decir que desde el ámbito del empleo y las relaciones laborales se puede influir en la operatividad del Sistema de Seguridad Social, al igual que desde este Sistema se puede influir en las condiciones sociales y económicas de quienes participan en el mercado de trabajo y protagonizan las relaciones laborales. De ahí la importancia de valorar el impacto reciproco de las acciones en materia laboral y de seguridad social y de todas ellas con otras acciones en el ámbito social que también pueden tener su origen o sus objetivos en el funcionamiento del mercado de trabajo.

En cuarto y ultimo lugar se debe observar que en todos estos aspectos jurídicos y socioeconómicos de la relación entre la materia laboral y la de seguridad social aparece la capacidad reguladora de los agentes sociales a través de la negociación colectiva y de la gestión de las relaciones laborales en las empresas. De ahí la importancia de establecer también una relación fluida entre el ámbito de la regulación laboral y de seguridad social y el de la acción de los agentes sociales.

Como se vio al analizar el Pacto de Toledo, sus referencias al dialogo social vienen en muchos casos acompañadas de una relación entre sus resultados y la Comisión de seguimiento y evaluación de dicho Pacto. La formula de efectuar propuestas desde el dialogo social a esta Comisión da una idea de articulación o complementariedad entre el nivel de la concertación social y el de la concertación política institucionalizada que es en definitiva el Pacto de Toledo. Y la cuestión es importante en si, e incluso puede transcender al ámbito mas amplio de la relación entre dialogo social y actividad parlamentaria, por que en los últimos tiempos, y en particular en el caso de la reforma laboral de 2021, parece darse una cierta confusión entre respetar la capacidad normativa del Parlamento e ignorar los resultados del dialogo social.

La gestión de la Seguridad Social. Hacia una agencia de la Seguridad Social

Andrés Ramón Trillo García
Letrado de la Administración de la Seguridad Social

1. Los antecedentes de la gestión de la Seguridad Social

Hasta la aprobación del Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la gestión de la Seguridad Social se efectuaba por un lado por el Instituto Nacional de Previsión, que gestionaba la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, el desempleo y un régimen básico de prestaciones económicas, y por otro lado, por un conglomerado de mutualidades sectoriales (Servicios de Mutualidades Laborales) que gestionaban un nivel complementario de corte profesional. Junto a ellos se establecía una constelación de servicios comunes del sistema.

Ciertamente este sistema de gestión resultaba una anomalía tras la conformación del sistema de la Seguridad Social implantada tras la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963, que partía de una prestación única por contingencia.

2. El modelo postconstitucional

Tras la aprobación del Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, se establece una gestión dividida en áreas funcionales a cargo de tres entidades gestoras: el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o de la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) encargado de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) encargado de la gestión

de los servicios sociales. Por último, se mantiene el Instituto Social de la Marina como organismo gestor del régimen especial de los trabajadores del mar.

Junto a estas entidades se crean dos servicios comunes que prestan servicios a todas las entidades gestoras: la Tesorería General de la Seguridad Social, titular del patrimonio y encargado de la gestión financiera de la Seguridad Social y la Gerencia de Informática encargada de la gestión de las redes y sistemas informáticos de la Seguridad Social. A finales del siglo pasado se crea un nuevo servicio común, el Servicio Jurídico de la Seguridad Social que sin personalidad jurídica, es el encargado de la asistencia jurídica y la defensa en juicio de todas las entidades y servicios comunes del sistema de la Seguridad Social.

Otras tres organizaciones de la Administración central del Estado se conectan con la Seguridad Social, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social encargada de la vigilancia del cumplimiento normativo de la Seguridad Social, la Intervención General de la Seguridad Social y la Dirección de Ordenación de la Seguridad Social que ejerce la tutela normativa y económica de las diversas entidades y servicios comunes.

Además, se contemplaba una colaboración residual conformada por numerosas mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que aseguraban las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y la asistencia sanitaria y la incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad profesional. Ahora bien, las mutuas no podían asegurar a entidades públicas ni a concesionarios ni contratistas públicos.

Por otro lado, además de la colaboración obligatoria de la prestación de incapacidad temporal, se permitía la posibilidad de asegurar la incapacidad temporal y la asistencia sanitaria derivadas de cualquier contingencia.

La implantación del nuevo modelo no estuvo exenta de dificultades, particularmente de integración de los funcionarios de los organismos anteriores, con culturas administrativas distintas manifestándose no pocas rivalidades derivadas precisamente de esa diversa concepción de la gestión.

Ahora bien, durante el periodo comprendido entre 1985 a 1995 se procedió a un proceso de modernización con un gran esfuerzo inversor en medios tecnológicos y una estrategia de recursos humanos, lo que determinó que durante muchos años la administración de la Seguridad Social se constituya como una administración puntera.

La evolución del sistema ha llevado a la transferencia de las competencias del INSERSO y del INSALUD a las Comunidades Autónomas quedando limitada la gestión a los territorios de Ceuta y Melilla a la gestión residual de determinados centros o programas comunes a todos el Estado.

Por otro lado, se ha procedido a un fortalecimiento del papel de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social incentivándose un proceso de fusión, y, por otro lado, incrementando enormemente el volumen de gestión al cedérseles la gestión de la casi totalidad de los subsidios, las prestaciones derivadas de contingencias profesionales y nuevas prestaciones como el cese de actividad de los trabajadores autónomos. Se ha procedido a una evidente abdicación de la administración de la Seguridad Social en la gestión de los subsidios en favor de las mutuas, reservándose a la INSS funciones arbitrales y de tutela de los beneficiarios.

Las entidades gestoras, con la excepción del Servicio Jurídico que carece de personalidad jurídica, se adscriben a la administración institucional del Estado, si bien con un régimen jurídico específico. En este sentido, las entidades gestoras tienen la naturaleza de entidades de derecho público y capacidad jurídica para el cumplimiento de los fines que les están encomendados. Así,

la disposición adicional decimotercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece que a las entidades gestoras, servicios comunes y otros organismos o entidades que conforme a la Ley integran la Administración de la Seguridad Social, les será de aplicación las previsiones de esta Ley relativas a los organismos autónomos, salvo en los relativo al régimen de personal, régimen económico financiero, patrimonial, presupuestario y contable, la participación de la gestión, así como la asistencia jurídica, que estarán reguladas por su legislación específica, es decir la Ley General de la Seguridad Social, la Ley General Presupuestaria, en las materias que les sea de aplicación y supletoriamente por la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

En este sentido, la disposición adicional 1.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y desempleo se regirán por una normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto por la citada ley ritual administrativa.

Por otra parte, las entidades gestoras se constituían como entes socialmente participados, con una participación tripartita compuesta por representantes de las organizaciones sindicales más representativas, organizaciones empresariales más representativas y la propia administración.

La participación en la gestión se realiza a nivel estatal a través del Consejo General y a nivel provincial a través de las comisiones ejecutivas provinciales.

La participación social en la gestión se limita a la vigilancia y control de la gestión mediante las siguientes facultades:

a) Elaboración de los criterios de actuación.

b) Elaborar el anteproyecto de Presupuestos de acuerdo con lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria.

c) La aprobación de la memoria de las entidades gestoras.

Además, podrán pertenecer a asociaciones y organismos internacionales, concertar operaciones, establecer reciprocidad de servicios con instituciones extranjeras análogo carácter y participar, en la medida y con el alcance que se les atribuya por el Ministerio de tutela les atribuya, en la ejecución de los convenios internacionales de Seguridad Social.

Por último, hay que señalar que las entidades gestoras y servicios comunes tienen reserva de nombre y exención tributaria en la misma medida que el Estado por los actos que realicen o los bienes que adquieran o posean afectados a sus fines.

3. El nuevo modelo de gestión y el cuento de nunca acabar

Desde 1995, se suceden los propósitos, infructuosos de la creación de un nuevo modelo de gestión, entre los que podemos indicar:

1.- Informe del Pacto de Toledo de 6.4.1995, cuya Recomendación 7ª que proponía reafirmar la eficacia gestora a través de una mayor integración orgánica de las funciones de afiliación, recaudación y gestión de las prestaciones.

2.- Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social de 9.3.2001 que su punto 9º propone la creación de la Agencia de la Seguridad Social, si bien la

ley encargada del hacer efectivo el acuerdo social, es decir la ley 32/2002, de 12 de julio, olvida la creación de la citada agencia.

3.- Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2003, que en su punto 8º predica una mayor integración de los servicios de afiliación, recaudación y gestión de la Seguridad Social.

4.- Informe del Pacto de Toledo de 2011, que señala que la eficacia y la legitimación del sistema se revela como una gestión que responda, adecuadamente con agilidad y de forma simplificada a las demandas de los ciudadanos.

5.- La Ley 27/2011, de 1 de, sobre actualización, adecuación, y modernización de la Seguridad Social, en su disposición adicional séptima autoriza la creación de la Agencia de la Administración de la Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en la Ley 28/2006. De 18 de julio, de agencias estatales.

6.- Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Congreso el 10.11.2020, en su Recomendación 8ª, sobre Gestión de la Seguridad Social, propone "Potenciar la mejora de la gestión integrada de las funciones de afiliación, recaudación y de gestión de las prestaciones, con arreglo al marco competencial establecido en la Constitución Española y los diferentes Estatutos de Autonomía. Asimismo, se recomienda abordar de manera inmediata un plan integral de recuperación y renovación de la plantilla de personal al servicio de la Seguridad Social.

7.- Acuerdo Social de 7 de julio de 2021 que propone la creación de la Agencia de la Seguridad Social.

8.- La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, establece en su disposición transitoria 3ª relativa a la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social que: "En el plazo de seis meses, desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno aprobará un proyecto de ley para dar cumplimiento a la disposición adicional 7ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, garantizando la simplificación, racionalización, economía de costes y eficacia del sistema de Seguridad Social, preservando los principios de solidaridad, igualdad de trato y equidad entre generaciones que informan dicho sistema. Todo ello con objeto de asegurar el actual nivel de prestaciones públicas del régimen de reparto en el que se fundamenta nuestra Seguridad Social medido por su tasa de reemplazo".

4. Los modelos de gestión

La Disposición Transitoria 3ª de la Ley 21/2021, se remite a lo dispuesto en la disposición adicional 7ª de la Ley 27/2011, que autorizaba al gobierno para la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social, con la naturaleza de agencia estatal para la mejora de los servicios públicos de las previstas en la ley 28/2006, de 18 de julio, cuyo objeto es llevar a cabo, en nombre y por cuenta del Estado.

No obstante, la Disposición Derogatoria Única de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público derogó la Ley 28/2006. De 18 de julio, si bien, la disposición final 34.8 de la ley 11/2020,

de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021 vuelve a introducir en nuestro ordenamiento jurídico a las agencias estatales.

Así, la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público regula dos modelos de entidades institucionales: los organismos públicos regulados en los artículos 88 a 97 LRJSP y las agencias estatales regulados en los artículos 108 bis a 108 sexies.

4.1. Organismos públicos

Son organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, bien directamente o bien a través de otro organismo público, los creados para la realización de actividades administrativas, sean de fomento, prestación o de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación; actividades de contenido económico reservadas a las Administraciones Públicas; así como la supervisión o regulación de sectores económicos, y cuyas características justifiquen su organización en régimen de descentralización funcional o de independencia (artículo 88 LRJSP).

Estos organismos tienen personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios. Así como autonomía en la gestión, En su esfera de competencia, a estos organismos les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, salvo las expropiatorias, en los términos establecidos en sus estatutos, aunque también podrán establecerse potestades secundarias si son precisas para el cumplimiento de sus fines (artículo 89 LRJSP).

Los máximos órganos de gobierno del organismo público son el presidente y el Consejo Rector, si bien los estatutos del organismo podrán prever otros órganos de gobierno con atribuciones distintas. Por otra parte, la dirección del organismo público debe establecer un modelo de control orientado a conseguir una seguridad razonable en el cumplimiento de sus objetivos (artículo 90 LRJSP).

Los organismos públicos se crean mediante ley que establecerá: a) El tipo de organismos público que crea, con indicación de sus fines generales, así como el Departamento ministerial de dependencia o vinculación; b) en su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial. Fiscal y cualquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley (artículo 91 LRJSP).

El artículo 92 LRJSP dispone que en su creación se establecerá un Plan inicial de actuación que contendrá:

a) Las razones que justifican la creación de un nuevo organismo público y su no duplicidad.

b) La forma jurídica propuesta y un análisis que justifique que la elegida resulta más eficiente frente a otras alternativas de organización descartadas.

c) Fundamentación de la estructura organizativa elegida, determinando los órganos directivos y la previsión de los recursos humanos necesarios para su funcionamiento.

d) El anteproyecto del presupuesto correspondiente al primer ejercicio junto con un estudio económico- financiero que acredite la suficiencia de la dotación económica.

e) Los objetivos del organismo, justificando su suficiencia o idoneidad, los indicadores para medirlos, y la programación plurianual de carácter estratégico para alcanzarlos, especificando los medios económicos y personales que dedicará, concretando en

este último caso de forma de previsión de los puestos de trabajo, su procedencia, coste, retribuciones, indemnizaciones, así como el ámbito temporal de la actividad.

Los organismos públicos deberán acomodar su actuación a lo previsto en el plan inicial y en los anuales.

Según determina el artículo 94 LRJSP, los estatutos regularán los siguientes extremos:

a) Las funciones y competencias del organismo, con indicación de las potestades administrativas que puedan ostentar.

b) La determinación de su estructura organizativa, con expresión de la composición, funciones, competencias y rango administrativo que corresponda a cada órgano. Asimismo, se especificarán aquellos de sus actos y resoluciones que agoten la vía administrativa.

c) El patrimonio que se les asigne y los recursos económicos que hayan de financiarlos.

d) El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio, presupuesto y contratación.

e) La facultad de participación en sociedades mercantiles cuando sea imprescindible para la consecución de sus fines.

Los estatutos serán aprobados por el Consejo de ministros.

4.2. Agencias estatales

Las agencias estatales son entidades de derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. Las agencias estatales deben estar dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados (artículo 108 bis LRJSP).

Las agencias estatales se regirán por la Ley de Régimen jurídico del Sector Público, sus estatutos y demás legislación general o especial que les sea de aplicación (artículo 108 ter LRJSP). A este respecto, con carácter anual se establecerá un plan de acción anual en el marco de contrato plurianual. Según señala el artículo 108 ter LRJSP, el contrato plurianual establecerá:

a) objetivos a perseguir, resultados a obtener y gestión a desarrollar.

b) Planes necesarios para alcanzar los objetivos, con especificación de los marcos temporales e indicadores para evaluar los resultados atendidos.

c) Previsiones máximas de plantillas y marco de actuación.

d) Recursos personales, materiales y presupuestarios a aportar para la consecución de objetivos-

e) Los efectos asociados al grado de cumplimiento de los objetivos.

f) Procedimiento a seguir para la cobertura de los déficits.

g) El procedimiento para la introducción de las modificaciones o adaptaciones anuales que, en su caso, procedan.

En el contrato de gestión se determinarán los mecanismos que permitan la exigencia de responsabilidades por el incumplimiento de objetivos.

El Consejo Rector de la agencia estatal aprueba la propuesta de contrato inicial de gestión, en el plazo de tres meses desde su constitución mientras que los posteriores contratos se presentarán en el último trimestre de la vigencia del anterior.

La aprobación del contrato de gestión tiene lugar por Orden conjunta de los Ministerios de adscripción, y de Hacienda y Función Pública, en un plazo máximo de tres meses a contar desde su presentación. En el caso de no ser aprobado en este plazo mantendrá su vigencia el contrato de gestión anterior.

En el seno del Consejo Rector se constituirá una Comisión de Control. Con la composición que se determine en los estatutos. En este sentido, corresponde a la Comisión de Control al Consejo Rector sobre la ejecución del contrato de gestión y, en general, sobre todos aquellos aspectos relativos a la gestión económico-financiera que deba conocer el propio Consejo y que se determinen en los Estatutos.

El personal al servicio de las Agencias Estatales está constituido:

a) El personal que esté ocupando puestos de trabajo en servicios que se integren en la Agencia Estatal en el momento de su constitución.

b) El personal que se incorpore a la Agencia Estatal desde cualquier administración pública por los correspondientes procedimientos de provisión de puestos de trabajo previstos en esta ley.

c) El personal seleccionado por la Agencia Estatal, mediante pruebas selectivas convocadas al efecto en los términos establecidos en la LRJSP.

d) El personal directivo.

El personal que ocupe puestos de trabajo de la Agencia al constituirse y el procedente de cualquier otra administración mantendrá la condición de personal funcionario, estatutario o laboral de origen, de acuerdo con la legislación vigente.

El personal funcionario y estatutario se rige por la normativa reguladora de la función pública correspondiente, con las especialidades previstas en la LRJSP, y las que se establezcan en el estatuto de la agencia estatal, mientras que el personal laboral se regirá por lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores y por el resto de la normativa laboral.

El personal seleccionado por la agencia accederá mediante convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como de acceso al empleo público de las personas con discapacidad. A tal efecto, y en el periodo previsto en el contrato de gestión, las agencias estatales determinan sus necesidades de personal a cubrir mediante pruebas selectivas. La determinación de las necesidades de personal a cubrir se realizará con sujeción a la tasa de reposición que, en su caso, se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio correspondiente. La previsión de necesidades de personal de incorpora a la oferta anual de empleo de la correspondiente agencia estatal, que se integra en la oferta de empleo público estatal, de conformidad con los que establezca la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado. En este sentido, las agencias estatales seleccionarán a través de sus propios órganos de selección, a su personal laboral de acuerdo con los requisitos y principios de igualdad, mérito y capacidad.

Las convocatorias de selección de personal funcionario se efectuarán por el Ministerio al que se encuentren adscritos los cuerpos y escalas correspondientes, y excepcionalmente por la propia agencia estatal mediante convenio suscrito al efecto. A este respecto, los órganos de representación del personal de la agencia estatal serán tenidos en cuenta en los procesos de selección que se lleven a cabo.

Las agencias estatales elaboran, convocan y, a propuesta de órganos especializados en selección de personal, resuelven las correspondientes convocatorias de provisión de puestos de trabajo de personal funcionario, de conformidad con los principios generales y procedimientos de provisión establecidos en la normativa de función pública.

La movilidad de los funcionarios destinados en las agencias estatales podrá estar sometida a la condición de autorización previa en las condiciones y con los plazos que se determinen en sus estatutos y de acuerdo con la normativa de función pública.

Las agencias estatales disponen de su relación de puestos de trabajo, elaborada y aprobada por la propia agencia estatal dentro del marco de actuación que, en materia de recursos humanos, se establezca en el contrato de gestión.

El personal que preste sus servicios en las agencias estatales verá reconocido su derecho a la promoción dentro de una carrera profesional evaluable, en el marco del Estatuto Básico del empleado Público. Dicha carrera tendrá elementos que permitan criterios de homogeneidad dentro de agencias estatales del mismo ámbito, facilitando similares retribuciones para niveles profesionales semejantes y posibilitando las medidas de movilidad entre el personal de aquellas.

Los conceptos retributivos del personal funcionario y estatutario de las agencias estatales, son los establecidos en la normativa de función pública de la Administración General del Estado y sus cuantías se determinarán de conformidad con lo establecido en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Las condiciones retributivas del personal laboral son las determinadas en el convenio colectivo de aplicación y en el respectivo contrato de trabajo y sus cuantías se fijarán de acuerdo con la normativa de función pública y en las leyes de Presupuestos Generales del Estado.

La masa salarial de las agencias estatales se autorizará en las condiciones que establezca la normativa aplicable. La cuantía de la masa salarial destinada al complemento de productividad, o concepto equivalente del personal laboral, está en todo caso vinculada al grado de cumplimiento de los objetivos fijados en el contrato de gestión.

El personal directivo de las agencias estatales es el que ocupa los puestos de trabajo determinados como tales en el estatuto de estas en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas asignadas.

El personal directivo de las agencias estatales es nombrado y cesado por su Consejo Rector a propuesta de sus órganos ejecutivos, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia entre titulados superiores preferentemente funcionarios, y mediante procedimiento que garantice el mérito, la capacidad y la publicidad.

El proceso de provisión podrá ser realizado por los órganos de selección especializados que formularán propuesta motivada al director de la agencia estatal, incluyendo tres candidatos para cada puesto a cubrir.

Cuando el personal directivo de las agencias estatales tenga la condición de funcionario permanecerá en la situación de activo en su respectivo cuerpo o escala o en la que corresponda con arreglo a la legislación laboral si se trata de personal de este carácter.

El estatuto de las agencias estatales puede prever puestos directivos de máxima responsabilidad a cubrir, en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección.

Al personal directivo de las agencias estatales, en todo caso, le será de aplicación el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos del sector público empresarial y otras entidades. El personal directivo está sujeto, en el desarrollo de sus cometidos, a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y cumplimiento de la legalidad, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que le hayan sido fijados.

El personal directivo percibe una parte de su retribución cono incentivo de rendimiento, mediante el complemento correspondiente que valores la productividad, de acuerdo con los criterios y porcentajes que se establezcan por el Consejo Rector, a propuesta de los órganos directivos de la Agencia Estatal.

El órgano ejecutivo de la agencia estatal es el director, Es nombrado y separado por el Consejo Rector a propuesta del presidente entre personas que reúnan las cualificaciones necesarias para el cargo, según se determine en el estatuto.

Las agencias estatales se financian con los siguientes recursos:

a) Las transferencias consignadas en los Presupuestos Generales del Estado.

b) Los ingresos propios que perciba como contraprestación por las actividades que pueda realizar, en virtud de contratos, convenios o disposición legal, para otras entidades públicas, privadas o personas físicas.

c) La enajenación de los bienes y valores que constituyan su patrimonio.

d) El rendimiento procedente de sus bienes y valores.

e) Las aportaciones voluntarias, donaciones, herencias y legados y otras aportaciones a título gratuito de entidades privadas y particulares.

f) Los ingresos recibidos de personas físicas o jurídicas como consecuencia del patrimonio de actividades o instalaciones.

g) Los demás ingresos de derecho público o privado que estén autorizadas a percibir.

h) Cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido.

En aquellos supuestos expresamente previstos en los estatutos, y solo en la medida que tengan capacidad para generar recursos propios suficientes, las Agencias Estatales podrán financiarse con cargo a los créditos previstos en el capítulo VIII de los Presupuestos Generales del Estado adjudicados de acuerdo con procedimientos de pública concurrencia y destinados a financiar proyectos de investigación y desarrollo. La Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio establecerá los límites de esta financiación.

Los recursos derivados de ingresos propios, aportaciones de terceros a título gratuito, los ingresos derivados de patrocinio y el resto de los ingresos de derecho público o privado no

contemplados inicialmente en el presupuesto de la agencia se podrán destinar a financiar mayores gastos por acuerdo de su director.

El recurso al endeudamiento está prohibido a las agencias estatales, salvo que por ley se disponga lo contrario. No obstante, y con objeto de atender desfases temporales de tesorería, las agencias estatales pueden recurrir a la contratación de pólizas de crédito o préstamo, siempre que el saldo vivo no supere el 5 % de su presupuesto.

La contratación de las agencias estatales se rige por la normativa aplicable al sector público. Las sociedades mercantiles y fundaciones creadas o participadas mayoritariamente por agencias estatales deberán ajustar su actividad contractual, en todo caso, a los principios de publicidad y concurrencia (artículo 108 quinques LRJSP).

El artículo 108 sexies LRJSP establece que el Consejo Rector es el órgano encargado de elaborar y aprobar el anteproyecto de presupuesto de la agencia estatal que será remitido al Ministerio de adscripción para su examen, que dará posterior traslado del mismo, al Ministerio de adscripción para su examen, que dará posterior traslado del mismo al Ministerio de Hacienda. Una vez analizado por este último departamento ministerial, el anteproyecto se incorpora al de Presupuestos Generales del Estado para su aprobación por el Consejo de ministros y remisión a las Cortes Generales, consolidándose con el de las restantes entidades que integran al sector público estatal.

El Ministerio de Hacienda establece la estructura del presupuesto de las agencias estatales, así como la documentación que se deba acompañar al mismo. En este sentido, el presupuesto de gastos de las agencias estatales, tiene carácter limitativo por su importe global y carácter estimativo para la distribución de los créditos en categorías económicas, con excepción de los correspondientes a gastos de personal que en todo caso tienen carácter limitativo y vinculante por su cuantía total, y de las subvenciones nominativas y las atenciones protocolarias y representativas que tendrán carácter limitativo y vinculante cualquiera que sea el nivel de la clasificación económica al que se establezcan.

La autorización de las variaciones presupuestarias corresponde:

a) A la persona titular del Ministerio de Hacienda, las variaciones de la cuantía global del presupuesto y las que afecten a gastos de personal, a iniciativa del director y propuesta del Consejo Rector, salvo las previstas en la letra siguiente.

   Así mismo, corresponde a la persona titular del Ministerio de Hacienda acordar o denegar las modificaciones presupuestarias, en los supuestos de competencia de los directores de las agencias estatales, cuando exista informe negativo de la Intervención delegada y el titular de la competencia lo remita en discrepancia al Ministerio de Hacienda.

b) A la persona titular de la Dirección de la propia agencia estatal, todas las restantes variaciones, incluso en la cuantía global cuando sean financiadas con recursos ingresos propios, aportaciones de terceros a título gratuito, los ingresos derivados de patrocinio y el resto de ingresos de derecho público o privado no contemplados inicialmente en el presupuesto de la agencia por encima de los inicialmente presupuestados, no afectan a gastos de personal y existan garantías suficientes de su efectividad, dando cuenta inmediata a la Comisión de Control.

Los remanentes de tesorería que resulten de la liquidación del ejercicio presupuestario no afectados a la financiación del presupuesto del ejercicio siguiente, podrán aplicarse al presupuesto

de ingresos y destinarse a financiar incremento de gastos por acuerdo de la persona titular de la Dirección, dando a la Comisión de Control. Los déficits derivados del incumplimiento de la estimación de ingresos anuales se compensarán en la forma que se prevea en el contrato de gestión.

Las agencias estatales podrán adquirir compromisos de gasto que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, siempre que no se superen alguno de los siguientes límites:

a) El número de ejercicios a que puedan aplicarse los gatos no será superior a cuatro.

b) El gasto que se impute a cada uno de los ejercicios posteriores no podrá exceder de la cantidad que resulte de aplicar al importe total de cada programa, excluido el capítulo de gastos de personal y los restantes créditos que tengan carácter vinculante, los siguientes porcentajes: El 70 % en el ejercicio inmediato siguiente, el 60 % en el segundo ejercicio y el 50 % en los ejercicios tercero y cuarto.

En el caso de gastos de personal o de otros que tengan carácter vinculante, podrán adquirirse compromisos de gasto con cargo a ejercicios futuros dentro de los límites señalados anteriormente, tomando como referencia de cálculo su dotación inicial.

El Gobierno podrá acordar la modificación de los límites anteriores en los casos especialmente justificados. A estos efectos, la persona titular del Ministerio de Hacienda, a iniciativa de la agencia estatal correspondiente, elevará al Consejo de ministros la oportuna propuesta, previo informe de la Dirección General de Presupuestos.

La ejecución del presupuesto de las agencias estatales corresponde a sus órganos ejecutivos, que elaboren y remiten a la Comisión de Control, mensualmente, un estado de ejecución presupuestaria.

Las agencias estatales deberán aplicar los principios contables que les corresponda de acuerdo con lo establecidos en el artículo 121 de la Ley General Presupuestaria[1], con la finalidad de asegurar el adecuado reflejo de las operaciones, los costes y los resultados de su actividad, así como de facilitar datos e información con trascendencia económica.

Corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado establecer los criterios que precise la aplicación de la normativa contable a las agencias estatales, en los términos establecidos por la legislación presupuestaria para las entidades del sector público estatal.

Las agencias estatales dispondrán de:

a) Un sistema de información económica que:

[1] El artículo 121 LGP establece:
1. La contabilidad de las entidades integrantes del sector público estatal se desarrollará aplicando los principios contables que correspondan conforme a los criterios indicados en los siguientes apartados.
2. Deberán aplicar los principios contables públicos, así como el desarrollo de los principios y las normas establecidas en el Plan General de Contabilidad Pública y sus normas de desarrollo las entidades que integran el sector administrativo.
3. Deberán aplicar los principios y normas de contabilidad recogidos en el Código de Comercio y el Plan General de Contabilidad de la empresa española, así como en sus adaptaciones y disposiciones que lo desarrollan, las entidades que integran el sector público empresarial.
4. Deberán aplicar los principios y normas de contabilidad recogidos en la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y disposiciones que lo desarrollan, las fundaciones del sector público estatal que integran el sector público fundacional.

1) Muestre, a través de estados e informes, la imagen fie del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados y de la ejecución del presupuesto.

2) Proporciones información de costes sobre su actividad que sea suficiente para su correcta y eficiente adopción de decisiones.

b) Un sistema de contabilidad de gestión que permita efectuar el seguimiento del cumplimiento de los compromisos asumidos en el contrato de gestión.

La intervención General de la Administración del Estado establece los requerimientos funcionales y, en su caso, los procedimientos informáticos que deberán observar las agencias estatales.

Las cuentas anuales de las agencias estatales se formulan por la Dirección en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio económico. Una vez auditadas dichas cuentas por la Intervención General de la Administración del Estado son sometidas al Consejo Rector, para su aprobación antes del 30 de junio del año siguiente al que se refieran.

Una vez aprobadas por el Consejo Rector las cuentas se remitirán a través de la Intervención General se remitirán al Tribunal de Cuestas para su fiscalización. Dicha remisión a la Intervención General se realizará dentro de los siete meses siguientes a la terminación del ejercicio económico.

El control externo de la gestión económico-financiera de las agencias estatales corresponde al Tribunal de Cuentas de acuerdo con su normativa específica.

El control interno de la gestión económico-financiera de las agencias estatales corresponde a la Intervención general de la Administración del Estado, y se realizará bajo las modalidades financiero permanente y de auditoría pública, en las condiciones y en los términos establecidos en la Ley General Presupuestaria. El control financiero permanente se realizará por las Intervenciones delegadas en las Agencias Estatales, bajo la dependencia funcional de la Intervención general de las Administración del Estado.

Sin perjuicio del control indicado anteriormente, las agencias estatales estarán sometidas a un control de eficacia y se supervisión continua que será ejercido, a través del seguimiento del contrato de gestión y hasta su aprobación a través del plan de actuación.

5. La agencia de la Seguridad Social

A mi juicio, sobre la base de la regulación de los organismos públicos y en su caso en la modalidad de agencia estatal, la eventual agencia de la Administración de la Seguridad Social requiere una adaptación normativa que le permita una mayor flexibilidad tanto en el ámbito patrimonial y presupuestario como en la gestión de los recursos humanos, pues quizá una de los problemas que la gestión de la Seguridad Social ha padecido es precisamente la rigidez a la hora de implementar instrumentos de gestión.

En este sentido, se requerirán modificaciones en la Ley general de la Seguridad Social, en la Ley de régimen Jurídico del Sector Público, en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley de Contratos del Sector Público y Ley de Asistencia Jurídica al Estado.

En este sentido, la ley general de la Seguridad Social requerirá modificaciones en materia como la determinación del régimen jurídico de la agencia, regulación de la participación en la gestión o la regulación de la intervención de la agencia en las relaciones internacionales.

A partir de aquí, todos son interrogantes, y así podemos distinguir los siguientes problemas a resolver:

a) ámbito subjetivo.

En principio la disposición adicional séptima de la Ley 27/2011, pretendía integrar al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Gerencia de Informática de la Seguridad Social y Servicio Jurídico de la Seguridad Social.

A partir de aquí surgen problemas como si el Instituto de Mayores y Servicios Sociales y el Instituto Nacional de Gestión sanitaria mantienen su condición de entidades gestoras de la Seguridad Social, si la Intervención General de la Seguridad Social se debe integrar en la Agencia o si debe mantener como hasta ahora la doble dependencia de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones y de la Intervención General del Estado.

Integrado en la Agencia de la Seguridad Social el régimen de Clases Pasivas del Estado, por su integración en el Instituto Nacional de la Seguridad Social ¿deben integrarse las mutualidades administrativas (MUFACE, MUGEJU e ISFAS)?, a mi juicio sí, ¿Cuál debe ser la relación de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y de las Mutualidades de Previsión en su actuación sustitutoria de la Seguridad Social con la Agencia Estatal de la Seguridad Social?, y en este sentido, ¿la tutela sobre estas entidades debe residenciarse en la Agencia o en el Ministerio? ¿Por último, debe tener la Agencia de la Seguridad Social una Inspección de Seguridad Social propia?

Desde el punto de vista de las materias que debería asumir la agencia, también surgen ciertas dudas, y así: ¿Debe integrarse en el ámbito de su gestión la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales al tener naturaleza contributiva?. ¿Debe la Agencia mantener la competencia para reconocer el derecho a la asistencia sanitaria y el papel de institución competente y organismo de enlace en la aplicación de los reglamentos de coordinación de Seguridad Social (Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y convenios internacionales de Seguridad Social)?

¿Debe acoger la futura agencia, materias impropias de la Seguridad Social que son gestionadas actualmente por el INSS, como es el caso de la gestión de las prestaciones del síndrome tóxico o el Fondo Especial de funcionarios de la Seguridad Social?

¿Debe asumir la Agencia otras prestaciones impropias de la Seguridad Social ahora gestionadas transitoriamente por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social tras la asunción de las competencias de Clases Pasivas, como es el caso de las Pensiones de la legislación especial derivada de la guerra civil, las ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual o los anticipos del Fondo de Garantía de alimentos?

¿Debe asumir la Agencia las funciones impropias de la Seguridad Social que ejerce el Instituto Social de la Marina, como por ejemplo las de formación, desempleo, reconocimientos médicos de embarque, a la asistencia sanitaria en el mar, la asistencia social y los servicios sociales?

Por último, si la gestión de la prestación de cese de la actividad se inserta en la gestión de la Seguridad social a través de las mutuas y del Instituto Social de la Marina, ¿debe también insertarse en este ámbito de gestión la protección por desempleo, máxime cuando las políticas activas de empleo han sido transferidas a las Comunidades autónomas?

Comunicaciones

Las idas y vueltas del Pacto de Toledo. Impacto en los grupos de exclusión social

María del Carmen Burgos Goye
Profesora Contratada Doctora, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-3862-8074

Es un mal ejemplo no observar una ley,
sobre todo por parte del que la ha hecho

Nicolás Maquiavelo[1]

1. Consideraciones previas

El Pacto de Toledo es en sentido estricto un pacto político pero cuya naturaleza no es la de ser un mero compromiso (*pactum de contrahendo)*, puesto que no se trata de "un prepacto", sino un acuerdo en sí, en el que los partidos políticos legalizados y vigentes en España en ese momento coyuntural, acordaron hace 27 años, que debían concertar tomando como punto de partida el estudio y análisis de la protección social que existía en el país en el *statu quo*, establecer aquellas reformas estructurales que debían acometerse en el futuro, tanto desde una perspectiva cortoplacista como largoplacista, y garantizar de este modo, su viabilidad y, si fuera posible, su mejora, debido al carácter mutable y dinámico que tienen las necesidades sociales y la constante evolución socio-económico y demográfica, en la que nos encontramos inmersos. El Pacto de Toledo supone, según Panizo Robles, J.A. (2015,150):"Un cambio de paradigma en el que *"el*

[1] Maquiavelo, N.: *El príncipe*, traducción de Javier Alcanzarán, Bogotá, Planeta, 1992, pp. 81-82.

sistema de protección social se saca de la pelea política para reforzar qué sistema queremos, cómo tiene que evolucionar y cómo debe financiarse. Es, sin duda, un ejemplo"[2]

Sin embargo, desde su génesis ha planteado dudas su eficacia motivada por un elenco de causas distintas y heterogéneas que sintéticamente se pueden resumir en las siguientes : ausencia de voluntad de que los agentes sociales y económicos participaran en su elaboración y aprobación (cuestión trascendental y no baladí, si se quiere que estos tengan un mayor apoyo y calado socio-político)[3] y cuya justificación responde a cuestiones de técnica-legislativa, debido a que, su elaboración se efectuó de forma anómala a través de una "Ponencia[4] de Estudio" o (Ponencia no legislativa) [5] dentro de la Comisión de Presupuestos(en lugar de una Comisión de Expertos(como creemos que hubiera sido aconsejable) cuyo objetivo era el siguiente: "(…) elaborar un informe, en el que se analizarían los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y se indicarán las principales reformas que deberán acometerse en los próximos años, para garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones"[6].A lo que hay que añadir, la ausencia de un contenido imperativo en cuanto a su cumplimiento, tal y como se deduce tácitamente de su nomenclatura" Recomendaciones del Pacto de Toledo", por lo que queda palmario su carácter no vinculante siendo su valor *a priori* declarativo pero sin embargo, esto no implica una minoración de su importancia jurídico-legal que se consta en las revisiones y seguimientos que se efectúan al mismo.

Por todo ello, para subsanar la primera causa apuntada- omisión en su elaboración de a los agentes sociales y económicos-, fue incluida la recomendación de su información (no su participación) en el Pacto de Toledo de 1995, en su Recomendación Nº 15 cuyo contenido es el siguiente:

" Las actuales previsiones pueden alterarse significativamente en las próximas décadas. Resulta por ello del máximo interés que se utilicen instrumentos, en el Gobierno y en el Parlamento, que realicen un seguimiento y una evaluación periódica de la evolución de las magnitudes que intervienen en el equilibrio financiero del sistema para operar con las intervenciones que fueran requeridas en cualquier eventualidad. Esta información se trasladará a los agentes sociales".

De lo que se colegie el papel tangencial que se le dota a estos sujetos principales que intervienen en las relaciones laborales, que no participan en la declaración de las precitas recomendaciones, sino que su función se restringe estrictamente a ser informado de su contenido. Además resulta llamativo que su inclusión se realice en este apartado donde se establece en primer término la necesidad de efectuar el seguimiento de Pacto y su evaluación para corregir las desviaciones que se produzca durante vigencia, asi como proceder a incorporar nuevas propuestas para afrontar los cambios que se han producido desde 1995, en la realidad social e institucional de España(tal

[2] Panizo Robles, J.A.:"Perspectivas Actuales Y Futuras Del Sistema De Seguridad Social En España", *Estudios De Deusto* 48 (1), 2015, pp. 145-62. https://doi.org/10.18543/ed-48(1)-2000p. 145-162.

[3] Paradójicamente si se tuvo en cuenta el consenso de los agentes sociales en el Pacto de la Moncloa donde si bien, su finalidad era diferente- aunar fuerzas socio - económicas para realizar de forma pacífica la transición a la democracia- ,sin embargo, sus principales ejes -perseguir el saneamiento y equilibrio de cuentas- característica común en ambos pactos: Moncloa y Toledo, si bien, para el primero" Pacto de Toledo", fue recabado el poyado de las fuerzas sociales cuando se firmó el 25 de octubre de 1977, lo que ineludiblemente le aporta una mayor legitimidad y solidez que al segundo "Pacto de Toledo".

[4] Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la seguridad social y de las principales reformas que deberán acometerse. núm. de expediente 154/4, de 12 de abril de 1995, Congreso, Serie E, Núm. 134, p. 20.

[5] Equivalente a las subcomisiones en la actualidad y estas se celebraban a puerta cerrada y por consiguiente, al margen de los agentes referenciados, lo que implícitamente le aportaba unos tintes de obscurantismo y de falta de trasparencia que alimentaban un clima de desconfianza y desconcierto.

[6] *Cfr*.https://www.eleconomista.es/firmas/noticias/8034292/12/16/Pacto-de-Toledo-historia-y-realidad.html

y como reza su Preámbulo), señalando que para conseguirlo, esta función es encomendada a los órganos constitucionales - gobierno y el parlamento-, que deben a través de las herramientas de que disponen acometer esta labor, limitándose su actuación con respecto a los agentes sociales exclusivamente a informarles sobre lo que han realizado. Y para evitar que este consenso se rompa y el pacto se reduzca a ser solo papel mojado, se propone que el Congreso de los Diputados, en un intervalo temporal que se fija en cinco años cree una ponencia cuyo papel fundamental es estudiar el presente y futuro del sistema de pensiones como garante de la continuidad del mismo, en el que tal y como sostiene Monereo Pérez(1996,26) : "*Es claro que el grado de desmercantilización del derecho social a la pensión estará prefigurado por el tipo de relación entre lo público y lo privado en una determinada formación social y en un momento dado, ya que la ley de la inercia no rige para las instituciones sociales. Son la extensión y la intensidad de la cobertura que otorga la Seguridad Social las que condicionaran el limite a partir del cual los individuos «quedaran libres» para acudir al mercado con el fin de « comprar » seguridad, sea con carácter sustitutivo, sea con carácter adicional* (suplementario o complementario) *al sistema público*"[7].

Diálogo social entre las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas cuya materialización se ha articulado en leyes de gran calado e importación tanto materia de empleo como para de financiación de la protección social entre las que destacan: Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, de septiembre de 1996, suscrito entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas; Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo que cristalizaron en diferentes leyes, la primera, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social, cuya justificación reside en un primer conato de contención del gasto público que según Gutiérrez Bengoechea(2020)":"Una de las medidas para reducir el gasto presupuestario través de esta norma es la ampliación del período mínimo de cotización de 8 a 15 años. Con esta medida se eliminó el pago de muchas pensiones contributivas y con ello el coste de las pensiones público"[8]; en materia financiera le sigue por orden de importancia en este ámbito la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida; Ley 64/1994, de 26 de diciembre, por la que se produce una modificación sustancial de las bonificaciones en las cotizaciones sociales como medida de fomento del empleo, efectuándose una apuesta decidida por el empleo estable; Acuerdo sobre Revalorización de las Pensiones Mínimas, de septiembre de 1999 (realizado en el marco de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de Pensiones, a través del que se efectuaron revalorizaciones adicionales a la correspondiente a la evolución real del IPC, en especial para determinadas categorías de perceptores de esta clase de pensiones) y el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social de 2001, que establece como vías para adecuar las necesidades sociales actuales al sistema de protección social -el empleo y el crecimiento económico-.

Ante este contexto singular y con la finalidad de subsanar esta situación, se produce una mutación con respecto al papel que se le había asignado inicialmente a los agentes sociales en relación con este instrumento, siendo la primera modificación que se realiza al mismo el 2 de octubre de 2003, en concreto en el segundo informe del pacto, que en el Considerando segundo de su Preámbulo, destaca la importancia que tiene para la consolidación y las reformas de los sistemas de pensiones, la necesidad de alcanzar un alto grado de consenso político y *social* para que de este modo, dichas modificaciones sean comprendidas y aceptadas por la sociedad

[7] VV.AA.: *Pensiones públicas: ¿Y mañana qué?,* Torres López, J.(Coord.), Barcelona, Ariel, 1996, pp. 23-76, especialmente p. 24.

[8] Gutiérrez Bengoechea, M.:" El sistema de reparto de la Seguridad Social *versus* envejecimiento poblacional", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social* núm. 1,2020. https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/10438/11539

en su conjunto y no quiebre la paz social (Esta transformación obedece a que esta reforma del Pacto ,tiene como antecedente el Acuerdo sobre Seguridad Social, suscrito seis meses antes a su aprobación en octubre de 2003 entre el Gobierno, la organización sindical de Comisiones Obreras y las organizaciones empresariales más representativas. Relevancia que vuelve a ser insertada en su última Recomendación (núm.23), el papel que se asigna a estos agentes socio-económicos, donde se vuelve a reiterar el papel secundario de ser mero receptor de información que les trasmita el gobierno sobre el pacto, en lugar de atribuirle como hubiera sido más idóneo la función de coprotagonista en el mismo, error que intenta rectificar realizando una alusión explícita a la importancia que tienen éstos con respecto a sus efectos, en concreto en la aplicación eficaz y efectiva del pacto, se requiere la necesidad(*exigible*), del dialogo con los agentes sociales y económicos, asi como el análisis y seguimiento de las nuevas recomendaciones en el futuro se deban realizar para actualizar las recomendaciones originarias ; y de este modo, poder proceder a su ajuste al *statu quo*, periocidad que se fija cada cinco años, además de señalar la relevancia que puede generar la reciente reforma de la normativa laboral en la financiación del sistema y en las prestaciones que reconoce y presta , ignorando o quizás olvidando intencionadamente reconocer el papel que los agentes socio-económicos tienen en la negociación colectiva , en la reforma social o en cualquier tipo de modificación que se produzca en materia de protección social, visibilizando el escaso margen de que se atribuye a los interlocutores sociales en general y a los sindicatos en particular, a pesar de que se adoptan muchas medidas que afectan a las condiciones de trabajo de los ciudadanos, y que en principio, habría que al menos oír al respecto a los sujetos colectivos que los representan[9], que como acertadamente aserta Barrios Baudor, G.L.: "*Diálogo cuya principal virtualidad reside en la paz social que del mismo deriva y que tan trascendental resulta para acometer cualquier reforma del sistema de Seguridad Social*"[10]. Por todo ello, la Comisión subraya la importancia del diálogo con los agentes sociales y económicos para el mejor desarrollo de las recomendaciones contenidas en este informe, de las que se dará traslado a aquellos"[11].

El enfoque de nuestro estudio se centra en las recomendaciones que efectúa dicho instrumento en relación a las políticas de empleo dirigida a los grupos más vulnerables: Nuevas formas de trabajo y desarrollo profesional, a mujer y protección social, a dependencia, a discapacidad y a inmigración.

2. Recomendaciones adicionales

2.1. Reforma de 2003

Hay que partir de la premisa de que el primigenio Pacto de Toledo (1995), no contempla en ninguna de sus quince recomendaciones, referencia explícita alguna a los colectivos más vulnerables. Su objetivo era distinto y fundamentalmente consistía en solventar en la medida de lo posible, las dudas que *ex tunc,* se hubieran suscitando acerca del modelo de financiación del sistema de protección vigente en nuestro país. Por lo que habrá que esperar al segundo informe de 2003(también conocido como "Renovación del Pacto de Toledo"), consta de un Preámbulo y 22 recomendaciones que revisaba lo realizado desde el año 1995, teniendo en cuenta las transformaciones producidas *ex tunc*. Y además se detuvo en analizar múltiples

[9] Pedrosa González, J.: "El papel de los sindicatos en la crisis por COVID-19", *Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado1*" Monográfico dedicado a las Respuestas laborales y de protección social a la pandemia por coronavirus, Universidad de Sevilla, 2020, pp. 49-72.

[10] Barrios Baudor, G.L.: "La «revisión» del Pacto de Toledo", *Temas Laborales* núm. 73,2004, pp. 145-176.

[11] Informe de la Comisión no permanente del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados de 30 de septiembre de 2003 (publicado 2 de octubre de 2003.- serie D. núm. 596,p. 9.Conclusiones)

aspectos relacionados con: financiación, integración de regímenes, equiparación de la cobertura de los trabajadores autónomos, contributividad y solidaridad, la modernización de la gestión o la lucha contra el fraude y cuya incidencia en el plano legislativo se plasmó fundamentalmente en una triada de textos legales, a saber: a) La Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social; b) La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social; y, c) 35/2002 de 12 de julio, que incentivaba la jubilación más allá de los 65 años. Además como novedad este informe abordaba nuevas cuestiones (que se materializaron en cinco nuevas recomendaciones) que se refieren expresamente a los colectivos que estructuralmente son objeto de exclusión social y que no se habían tenido en cuenta de forma directa en el originario Pacto y que son los siguientes: jóvenes, mujer, dependencia de personas mayores, discapacitados, inmigración y personas sin hogar. Cuyo tratamiento obedece entre otras razones, al mandato contemplado en la Agenda de Política Social y Económica de 2000-2005(COM(2000)379 *final*) aprobada en Niza, en la que destaca entre sus objetivos:"(…) *Lograr una interacción positiva y dinámica entre las medidas económicas de empleo y sociales, y un acuerdo político que movilice a todos los agentes claves para trabajar conjuntamente en la consecución del nuevo objetivo estratégico*" *y* cuya traslación legislativa en nuestro ordenamiento jurídico en el caso de las mujeres se realizó a través de la Ley 39/1999, de 11 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar. En puridad, este instrumento viene a recoger una dualidad de objetivos interconectados y complementarios para conseguir la integración social, económica y laboral en el seno de la UE. Uno, sostenibilidad y modernización del sistema de pensiones. Y dos, erradicar toda forma de discriminación y exclusión social con actuaciones dirigidas a previsión de los riesgos de exclusión, acciones positivas dirigidas a los grupos más vulnerables y movilización de todos los agentes sociales. Para ello, se realizó una nueva redacción del art. 137 del TUE para incluir la lucha contra la exclusión social y la modernización de los sistemas de protección social entre los ámbitos en los que la UE apoyara y complementara la acción de los Estados en Política Social[12].

Y cuyo reflejo a nivel nacional cristalizó en el *Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España 2001-2003*[13], cuyo primer objetivo era promover y fomentar el empleo a los grupos más desfavorecidos, prestando para ello especial atención a la formación, orientación e inserción laboral(objetivo 3). Mientras que el segundo, se centra en prevención de los riesgos de exclusión antes de que estos riesgos potenciales se actualicen y se produzcan. Para ello, las actuaciones se bifurcan en una triple vertiente correctora: desintegración del territorio; desintegración familiar; y falta de acceso y formación a las nuevas tecnologías, esta nueva desigualdad conocida como "brecha digital", se encuentra interconectada con problemas estructurales de la sociedad global como: pobreza, desempleo, precarización del trabajo, etc. Y cuya labor es encomendada a la actuación conjunta y coordinada de la Administración territorial autonómica y local (Objetivo 1 y 2). Seguidamente, el tercer objetivo, persigue desarrollar programas especializados cuyos destinarios son las personas de edad dependientes, discapacitados, mujeres con dificultades de empleabilidad, entre otros. Y finalmente el cuatro objetivo, reclama la participación de todos los agentes sociales y económicos tanto públicos como privados, para lograr eludir la exclusión social.

Y en este sentido, surge la disyuntiva ¿cuál es el papel que deben van a tener estos agentes sociales? La respuesta la ofrece el propio Plan, al señalar que esta se concreta en exigir su participación e implicación en las diferentes áreas específicas que figuran en el mismo como son entre otras: servicios de empleo y áreas de protección social, a través de la mejora de los servicios

[12] Mogín Barquín, M.T.: El Plan nacional de Acción para la Inclusión Social 2001-2003 en el marco de la estrategia europea de lucha contra la exclusión social", *Acciones e Investigaciones Sociales* núm.16, 2002, pp. 169-186.

[13] Disponible en: https://sid.usal.es/idocs/F8/8.4.1-3247/8.4.1-3247.pdf

sociales que presta la Administración multinivel e intentando lograr una mayor proximidad con los sujetos que integran estos grupos de exclusión; a través de la incorporación de estos colectivos a empleos de calidad, a la cobertura de ingresos mínimos: pensiones, ayudas para situaciones de emergencia, salarios sociales, etc.; facilitar mediante la herramienta de la educación la inclusión social, prestar una sanidad universal, erradicar el chabolismo, conciliar la vida familiar y laboral con hijos y mayores dependientes; colaboración y participación de las CCAA e implementación en sus territorios de planes propios, en concordancia con el estatal. Asimismo para valorar la naturaleza pluridimensional de la exclusión social se fijan indicadores comunes para garantizar la compatibilidad entre todos los estados miembros de la UE, acordándose por el Comité de Protección Social, su fijación atendiendo al grado de prioridad en primarios y secundarios, para que de este modo, sea más fácil y segura su utilización, además de facilitar esta uniformidad de criterios supervisar el grado de cumplimiento de los objetivos fijados por el Consejo de Europa en esta materia.

Este proceso llevado a cabo por los diferentes entes territoriales en nuestro país en colaboración el tercer sector cristalizó en una serie de planes y programas destinados a colectivos específicos que son objeto de forma sistemática y estructural de exclusión socio-laboral en nuestro país ,destacando entre otros: Plan Gerontológico para personas mayores, Plan de Acción para personas con discapacidad, Plan de Igualdad de Oportunidades y Plan Integral contra la violencia doméstica para mujeres, Plan de Juventud para jóvenes, Programas para infancia y familia, Programa de Desarrollo Gitano, Plan contra las Drogas, Plan de Integración Social para Inmigrantes y Plan Nacional contra el Sida.

Retomando el examen de las Recomendaciones adicionales de la reforma del Pacto de 2003, la primera titulada" Nuevas formas de trabajo y desarrollo profesional", conviene precisar que, su incorporación obedece a un intento de corregir las disfuncionalidades que presenta nuestro sistema de protección social ante la globalización económica y la trasformación que esta produce en la organización del trabajo, prestando un especial atención a los trabajos realizados a tiempo parcial, efectos de precarización que genera la temporalidad laboral, o las nuevas posibilidades de compatibilidad entre salario y pensión o subsidio, compatibilidad entre estas dos últimas percepciones que deben implantarse según BARCELÓN COBEDO,S.(2016:418) realizando los oportunos ajustes y solo aplicable de forma excepcional al contrato temporal y ante determinadas situaciones de pluriempleo y pluriactividad[14].

2.2. Impacto de la Reforma de 2011 en los grupos de exclusión social

La segunda reforma realizada en el Pacto de Toledo data de 31 de enero de 2011, obedece su redacción a la evaluación del seguimiento y revisión correspondientes al periodo de 2003-2010 del citado instrumento (tambien conocido como "La reforma del Pacto de Toledo"), cuya estructura sistemática se vertebra en una Consideración Preliminar, una Recomendación Cero, relativa al mantenimiento y mejora de sistema público de pensiones, basado en el reparto y en la solidaridad, lo que implícita la permanencia del actual sistema de financiación y 20 Recomendaciones.

Abordando el tema objeto de estudio, en relación a los grupos de exclusión social, entendido este concepto como fenómeno multidimensional y multifactorial, en oposición al carácter unidimensional del término pobreza (TEZANOS TORTAJADA, J.F. (1999: 17)[15]. Procederemos al desglose de cada uno de estos grupos correspondientes al periodo referenciado.

[14] Barcelón Cobedo, S.: "La Compatibilidad Entre Salario y Prestaciones del Sistema de Seguridad Social. La Proyección de la Compatibilidad con la Denominada Renta Básica", *Revista Derecho & Sociedad,* N° 46, 2015, pp. 415-426.

[15] VV.AA.: *Tendencias en desigualdad y exclusión social,* Tezanos Tortajada, J.F. (Coord.), Sistema, Madrid, 2004, pp. 11-54.

2.2.1. Mujeres

Las mujeres como sujetos de exclusión socio-laboral, figuran recogidas de forma expresa en la Recomendación 17, bajo la rúbrica "Mujer y protección social", en el que se subraya la desigualdad estructural que existe entre hombres y mujeres en todos los estratos de la protección social y cuyas razones subyacentes son policausales, si bien, nosotros centramos como específicas de nuestra área -la legislación y la configuración del mercado de trabajo-. Conviene *a priori* precisar que, la incorporación de este tratamiento de la mujer no responde a una iniciativa *motu proprio* del legislativo sino a las tareas(*obligaciones*) que impuso Europa a España para lograr la convergencia con esta y es la respuesta politica- económica realizada por el Estado a la Comunicación de la Comisión de 11 de octubre de 2000 "Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: Pensiones seguras y viables" (COM 2000, 622 *final*), que se refiere a las mujeres en los siguientes términos: *"(…)claramente la participación de la mujer es un punto clave. Las mujeres siguen teniendo problemas para que se les reconozcan condiciones de igualdad en el acceso al mercado de empleo, los ascensos, los salarios y la posibilidad de conciliar la carrera profesional con la vida familiar. Aunque la creación neta de puestos de trabajo durante la última década haya beneficiado principalmente a las mujeres, ese desarrollo del empleo no ha sido proporcional al creciente número de mujeres que desean trabajar, y las tasas de empleo femenino siguen siendo inferiores a las de empleo masculino. Una de las razones son las interrupciones de la carrera laboral para cuidar a otras personas. Esos periodos podrían tener mayor reconocimiento en los regímenes de pensiones. También deberían realizarse ajustes para reforzar los incentivos a que la mujer entre, regrese o permanezca en el mercado de trabajo*" (9-10).El reflejo de la toma en consideración de esta comunicación se materializó en dos leyes fundamentales: las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, así como en el ámbito de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en términos de igualdad de género, cuya cristalización jurídico-normativa se plasma en una dualidad de leyes. La primera, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo objetivo fue eliminar los supuestos de discriminación existentes en relación con el empleo femenino y su protección social aplicando el principio transversalidad de género que hacen que más que una Ley se convierta es un plan de actuaciones del futuro, de modo idéntico al que lo son las medidas que cada cierto tiempo, con periodicidad bianual o trianual, se recogen en los Planes de Igualdad de los diferentes entes gubernamentales territoriales en nuestro país. Y la segunda, la Ley 39/1999, de 11 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, que pretende lograr un reparto más equitativo de las cargas familiares entre los miembros de la unidad familiar. En definitiva, con este soporte se pretende lograr la remoción de los obstáculos que dificultan el acceso de la mujer al trabajo y a su vez, reforzar su débil protección en materia de Seguridad Social (*v.gr.* Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, que entre otras actuaciones prohíbe que exista discriminación de género con respecto a las categorías profesionales y la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del sistema de Seguridad Social, que entre otras cuestiones, crea una cotización ficticia para corregir el impacto de género).

En síntesis, la incorporación de esta Recomendación 17, se hizo no pensando en las mujeres, sino atendiendo a su capacidad reproductora -maternidad- y en el impacto que la natalidad produce en el sostenimiento del sistema de pensiones en el futuro, planteamiento transversal que aún perdura hoy día. Y este tratamiento inadecuado del problema no es novedoso, sino que, fue ya apuntado en el voto particular num.8, por el que el Grupo Parlamentario Mixto (Unión, Progreso y Democracia), que manifestó su disconformidad sobre esta Recomendación, en base a que, el modelo que fija nuestro sistema de protección social se basa en la idea de "*breadwinning man*", de modo que, la mujer solo tienen "derechos derivados (no propios), en materia tanto

laboral como de seguridad social. Por todo ello, considera que, el objetivo de igualdad de género debe explicitarse y concretarse para la solidaridad inter e intra generacional propia del sistema de pensiones, y para seguir avanzando hacia el modelo socioeconómico de mujeres y hombres sustentadores y cuidadores en igualdad.»

2.2.2. Discapacitados

El legislador social en España *ab aeterno* ha manifestado una especial preocupación por la integración socio-laboral y económica de las personas con discapacidad y su actuación la ha sustantivado a través de medidas de acción positiva en su doble vertiente tanto laboral como de seguridad social. Hecho que se constata con la referencia explícita de un apartado específico en la reforma operada en el Pacto de Toledo de 2011, en que inserta la Recomendación núm.18, cuyos destinatarios exclusivos son las personas con discapacidad. La articulación de estas medidas se han instrumentalizados en bonificaciones (sufragadas por el Estado) y reducciones en la contratación (financiadas con cargo a los Presupuestos de la Seguridad Social), a quienes contraten a trabajadores que integran este colectivo objeto de exclusión social, en consonancia con lo dispuesto en el RD. Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que dirigió las bonificaciones a la contratación de colectivos con dificultades objetivas y especiales para acceder al mercado de trabajo, y por este motivo, mantuvo todas aquellas destinadas a la contratación de discapacitados. Sin embargo, hasta el momento la ley no ha sabido corregir el desajuste económico-social, que genera la disociación entre el grado y estado de la persona que tiene una discapacidad tal y como señala Esteban Legarreta y Gutiérrez Colominas(2014,13): "*El legislador ha instaurado un sistema de determinación y reconocimiento de discapacidad, que tiene en cuenta la diversidad existente de afectaciones físicas y psíquicas y factores sociales complementarios; pero tal reconocimiento no se ha traducido en la acomodación de las cuantías de la subvención en función del grado o clase de discapacidad*"[16]. Estos incentivos a la contratación difieren según se efectúe su integración en el sistema ordinario de trabajo o bien, a través de prestar sus servicios en un Centro Especial de Empleo. Y cuya plasmación normativa se realizó en diferentes leyes, entre otras: Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, que ha mejorado los incentivos a la contratación temporal para el fomento del empleo de las mujeres con discapacidad incorporando la posibilidad de pago único de las prestaciones por desempleo del trabajador discapacitado con el objeto de que pueda constituir o incorporarse como socio trabajador en cooperativas o sociedades laborales (DF 3. º). Para que de este modo, vuelva a reintroducirse en el circuito de la laboralidad y facilitar la plena autonomía de las personas con discapacidad; tambien la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuyo objetivo fundamental es establecer medidas para garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad de conformidad con los arts. 9.2, 10, 14 y 49 CE, asi como el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad; Ley 53/2003, de 10 de diciembre, de Empleo público de discapacitados que elevó la cuota de reserva para discapacitados en las convocatorias de provisión de personal que realicen las Administraciones Pública del 3 % al 5 %, cuya ineficacia ha queda patente motivada primordialmente por la dulcificación del Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva (en los casos de que así se recoja en acuerdos dentro de una negociación colectiva sectorial de ámbito estatal o, en su defecto, de ámbito inferior, o por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, siempre y cuando se apliquen las medidas alternativas que se

[16] Esteban Legarreta, R. y Gutiérrez Colominas, D.: "La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo", *Revista Española de Discapacidad*, 2 (1), 2014, pp. 7-32.

determinen reglamentariamente)[17] ; Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo recoge en su art. 26, después de aludir a programas y medidas de política activa de empleo dispone que: "El Gobierno y las Comunidades Autónomas elaborarán programas específicos para los colectivos con especiales dificultades de inserción laboral (jóvenes, mujeres, discapacitados, inmigrantes y parados de larga duración de más de 45 años) ; la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que introduciría medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo de los discapacitados; y RD 290/2004, de 20 de febrero, regulador de los enclaves laborales como técnica con la doble funcionalidad de fomentar el empleo de discapacitados y facilitar su transición desde el empleo protegido al mercado de trabajo ordinario, objetivo éste último tradicional de las políticas de inserción laboral de este colectivo. En este sentido, conviene recordar que de nuevo se ha producido un olvido (¿deliberado?) de contar con la participación de los agentes sociales como en cambio sí se ha hecho (como no podía ser de otra manera), con las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en el Consejo Nacional de la Discapacidad que según reza el tenor literal del art. 15.3 de la Ley 51/2003: "El Consejo Nacional de la Discapacidad es el órgano colegiado interministerial de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el que se institucionaliza la colaboración entre las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, con el objeto de coordinar y definir una política coherente de atención integral a este grupo ciudadano.

En particular, corresponderá al Consejo Nacional de la Discapacidad la promoción de la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, a cuyo efecto se constituirá en su seno una oficina permanente especializada, con la que colaborarán las asociaciones de utilidad pública más representativas de las personas con discapacidad y sus familias". Por todo ello, tal y como acertadamente sostienen García Valverde, M.D. y González de Patto, R. (2004,92):" *Es necesario poner de relieve, así mismo, la necesidad de implicación de todos los actores en el proceso de diálogo social para el establecimiento de las políticas de integración socio-laboral de este colectivo(…)por lo que resulta pues criticable que nuestro legislador haya desaprovechado la oportunidad de institucionalizar la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas incluyéndolas en la composición del Consejo Nacional de la Discapacidad, al tiempo de redefinir y potenciar las funciones de este órgano consultivo*"[18]

2.2.3. Inmigración

El tratamiento de la inmigración por parte del instrumento político que es *per se* el Pacto, se realiza en la Recomendación 19, en ella se alude exclusivamente a la recepción de la inmigración ordenada y legal en nuestro país[19], en dicha propuesta se demanda que se realice la canalización de los inmigrantes regulares al mercado de trabajo y que de este modo, se garantice su protección social por parte del sistema. Premisa que figura en los prolegómenos de la vigente LO 2/2009, de 11 de

[17] Interesantes reflexiones sobre esta cuestión son abordadas por García Ninet, I: "Sobre las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 % a favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores (un comentario de urgencia)", *Tribuna Social*, núm. 110, 2000, p. 5.

[18] García Valverde, M.D. y González de Patto, R.: "Discapacidad y trabajo. Un balance tras el año europeo de las personas con discapacidad", *Temas Laborales* núm. 75, 2004, pp. 59-93, especialmente pp. 92-93.

[19] Que cristalizó en 2018,en el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (Resolución A/RES/73/195, aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018), que a pesar de su carácter de *soft law* el cumplimiento de los objetivos, sin ser vinculantes ha supuesto un avance importante. En este sentido el Objetivo 23, plantea fortalecer la cooperación internacional y las alianzas globales para una migración segura, ordenada y regular y el Objetivos 5 que se refiere a aumentarla disponibilidad de las vías de migración regular, entre otros. En todo caso, su objetivo finalista es reducir los aspectos negativos como la migración irregular, sin embargo, su aplicación choca frontalmente con la idea defensiva de Europa de sus fronteras en contraposición al ideario de cooperación.

diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tanto en la parte programática en su Considerando III, párrafo segundo y en el Considerando V, punto 2.En el primero, recoge este mandato que deben cumplir los poderes públicos de ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de forma que los mismos, se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo en cada momento, que tal y como manifiesta Solanes Corella(2008)[20] :*"(…)las vías legales para los flujos migratorios en lugar de estrecharse periódicamente, con cada reforma normativa, hasta quedar casi estranguladas, deberían flexibilizarse, incluso acudiendo al argumento utilitarista en clave económica de las mismas"*. Y en el segundo, esta tipología de inmigración figura como uno de los motivos justificativos vertebradores programáticos de la reforma operada en la LO 4/2000.Asimismo se alude a este deber en la parte dispositiva, en el art. 2 *bis*, relativo a la política inmigratoria, cuyo carácter multidimensional y transversal, queda reflejado en el numeral 2.b), figurando como principio que debe regir en la administración territorial en nuestro país, y cuya inclusión obedece según Triguero Martínez, L.A. (2009,6) :" *Del conjunto, se desprenden unos rasgos propios e inherentes a esta nueva regulación legal de la inmigración en España: la integración de los inmigrantes, la canalización legal y ordenada de los flujos y la lucha contra la inmigración irregular son las prioridades de la política de inmigración, que a su vez se tiene que desarrollar de acuerdo con la política comunitaria de inmigración, cooperando con los terceros países de origen y tránsito de la inmigración y coordinando las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas con competencia en la materia teniendo como referente el nuevo marco competencial construido con las reformas de los Estatutos de Autonomía; la mejora de las garantías de los derechos fundamentales para todos los extranjeros; la integración social como eje principal de la política de inmigración; la vinculación de la inmigración que ha de llegar con la situación del mercado de trabajo; y el establecimiento de una totalidad de medidas incrementadoras del control sobre la inmigración irregular y la eficacia de los sistemas de repatriación*."[21]

En base a lo expuesto, a los sujetos que componen esta categoría jurídico-legal, se les deberá facilitar la gestión de los mecanismos para su inserción en el mercado de trabajo formal, a través de la formación y adecuación de su perfil a las necesidades *status quo* de demanda del mercado de trabajo; y puesto que, su situación jurídico- administrativa es regular(legal), para favorecer su integración socio-laboral, deberá facilitársele su contratación, afiliación e integración en el sistema de protección social, debido a que goza de un *status activae civitatis,* consecuentemente la Administración multinivel les deberá garantizar un equiparación e igualdad idéntica a los españoles en el acceso e intensidad a las prestaciones a las que tiene derecho por su condición de "trabajador" y de "ciudadano "y este objetivo resulta de imposible cumplimiento, si no se facilita y se fomenta su integración, preocupación política-social y jurídica que no ha sido desarrollada plenamente hasta ahora, de modo que, no existe una clara vocación manifiesta por parte del legislador de extranjería de crear los mecanismos y cauces necesarios para fomentar una política activa de integración social que debería ser desarrollada de forma simultánea a la laboral mediante acciones específicas y concretas.

En este sentido, conviene precisar que si bien, las oscilaciones demográficas de origen migratorio están sujetas a variaciones muy intensas difícilmente previsibles, lo que implica que los cálculos proyectados deban tomarse con cautela, tomando como punto de referencia los datos

[20] SOLANES CORELLA, A.:" ¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España, *Revista Migraciones Internacionales* vol.4 núm.4, Tijuana (México) julio/ diciembre, 2008. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-89062008000200005

[21] Triguero Martínez, L.A.:"La nueva reforma de la ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social: notas clave para su comprensión", *Revista de Estudios Jurídicos* núm. 9,2009 (Segunda Época), pp. 1-11.

producidos el año pasado, el número total de trabajadores afiliados a la Seguridad Social a fecha de 29 de enero de 2021 a los diferentes regímenes de previsión fue de 16.781.000 españoles[22] frente 2.045.631 extranjeros[23]. Esto supone que el 10,86 % de los afiliados a la seguridad social eran extranjeros, cifra muy parecida al 11 % de población extranjera en España. Como ejemplo paradigmático de prestación propia e inherente que tiene el trabajador regular y por tanto, como elemento diferenciador del inmigrante que se encuentra en situación administrativa irregular, tomamos con ejemplo la prestación por desempleo que en 2019, accedieron a la misma una media anual de 192.242 trabajadores extranjeros frente a de 1.668.858 españoles[24]. Es decir que, de los beneficiarios de prestaciones de desempleo, sólo un 10,33 % es de origen extranjero. De este modo, se cumple lo dispuesto en el art. 14 de la LO Extranjería de 2019, que según reza el citado precepto tienen los siguientes derechos sociales:

1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.

2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico.

3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

Es decir, los extranjeros residentes al reconocerles el legislador de extranjería el derecho a prestaciones sociales básicas y complementarias, esto se materializa en el acceso a los siguientes derechos: rentas mínimas de inserción, derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda (pero solo los que tienen reconocido el status de larga duración), al desempleo, al sufragio, derecho al trabajo y a la seguridad social, sanidad y servicios sociales, en igualdad de condiciones que los españoles Mientras que los que se encuentran en situación de administrativa de irregularidad, solo tienen derecho a las prestaciones básicas cuya prestación es idéntica a la que le correspondería percibir a cualquier persona ante una situación de necesidad de primer nivel, independientemente de su situación jurídico-administrativa y debe ser proporciona tanto por los ayuntamientos como por las comunidades autónomas para situaciones de "emergencia social". De modo que, quedarían encuadrados como servicios y prestaciones sociales básicas las siguientes: atención social primaria, atención domiciliaria, ayudas de comedor, los centros abiertos para menores de 18 años y ayudas de urgencia social.

[22] Según la Seguridad Social. En el apartado "Situación de afiliados en alta por regímenes, provincias y autonomías". Disponible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/ec3d95b1-24c7-46c5-b0d6-dfd80e7bbe89/01-Ult-C-P-Reg+01-2021.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-ec3d95b1-24c7-46c5-b0d6-dfd80e7bbe89-nujo6Ik

[23] Según la estadística de la seguridad Social. Apartado "Afiliaciones medias del mes de extranjeros por países y regímenes2 a fecha 29 de Enero de 2021,p. 4.Disponible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/cda10064-c21d-41b0-b4cb-75f4c89a2ff3/09-EXT-Ult-Nac-Reg-0121.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-cda10064-c21d-41b0-b4cb-75f4c89a2ff3-nuOhFg3

[24] Según estadísticas de datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones .Apartado prestación por desempleo de 2019. Disponible en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2019/PRD/PRD.pdf

A este respecto conviene añadir que, si bien, no se alude de forma específica a la inmigración irregular en el precitado Pacto en 2011, si en cambio se realiza su referencia implícita en la Recomendación 10, titulada "Lucha contra el fraude ", que constituye un "cajón de sastre", donde figuran un elenco de objetivos, entre otros: evitar el fraude en el acceso indebido a la protección social y las conductas fraudulentas para poder percibirla, en la que se insiste en la necesidad de seguir avanzando en la adopción de medidas destinadas a mejorar el control y seguimiento en el percibo de las prestaciones, en particular en el supuesto de incapacidad temporal, para de este modo, evitar el absentismo injustificado, su utilización como mecanismo alternativo al desempleo o la jubilación, u otras prácticas abusivas. En el mismo sentido, sta reordenación deberá atender al necesario equilibrio entre el control del fraude y la protección del trabajador impedido para su actividad laboral; tambien figura en este apartado la lucha contra la inmigración irregular, para lo que se propone crear mecanismos para la erradicación o por lo menos para la disminución de este fraude laboral ,contexto en el que se inserta (generalmente los inmigrantes recién llegados por cauces no regulares o que han perdido su situación de legalidad) , operando como vía posible para la salida de esta situación, la creación de mecanismos y desarrollo de programas que visibilicen donde éstos se encuentran prestando sus servicios y de este modo, reformular esta económica irregular en regular, con la consiguiente mejora no solo para los trabajadores, sino tambien para el sistema de protección social, al producirse un incremento en el número de afiliaciones al mismo, si bien, esta actuación aislada no resuelve *per se* el problema de la sostenibilidad financiera del sistema al menos si lo alivia. A este respecto, tal y como establece el Informe de evaluación y reforma del Pacto[25]: "(…)la lucha contra el fraude debe comportar la aprobación de planes conjuntos entre Seguridad Social, Servicios Públicos de Empleo, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal de Administración Tributaria, Instituciones Tributarias Forales y Ministerio del Interior que, por un lado, favorezcan la afloración de la economía sumergida y, por otro, sirvan para perseguirla y para erradicar las empresas ficticias creadas para la generación fraudulenta de prestaciones, así como para la defensa de los derechos de los colectivos más vulnerables, en especial de los becarios, de los trabajadores sin afiliación y de los trabajadores autónomos económicamente dependientes"(p. 54).

Rebus sic stantibus, hoy por hoy, uno de los mecanismos más eficaces para impedir o al menos evitar el fraude laboral de los empresarios en materia de contratación irregular de mano de obra extranjera, es reforzar los instrumentos y medios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para lo cual no solo deben intensificarse los medios humanos y técnicos de que dispone, sino tambien de forma simultánea y paralela el régimen de sanciones a los empleadores que incumplan con sus obligaciones frente a la Seguridad Social[26], por lo tanto, deben adecuarse los tipos penales, la regulación de la prescripción en el caso de estructuras organizadas para la defraudación, el blanqueo de capitales, su ocultamiento en paraísos fiscales y otros delitos graves contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

---

[25] Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo correspondiente al periodo 2003-2010, p. 54 y 63. Disponible en: https://www.congreso.es/docu/comisiones/PactTole/153_000001_0000.pdf

[26] Hay que traer a colación que, la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE 11 de julio de 2021), a través de su D.F. 1ª, se modifica el art. 40 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 Social , de tal manera que, las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo; Seguridad Social; movimientos migratorios y trabajo extranjeros, en materia de ETT's y empresas usuarias pasan a partir del 1 de octubre de 2021 a tener los siguientes importes: a) Las leves, en su grado mínimo, con multas de 70 a 150 €; en su grado medio, de 151 a 370 €; y en su grado máximo, de 371 a 750 €.

b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 751 a 1.500 euros, en su grado medio de 1.501 a 3.750 €; y en su grado máximo de 3.751 a 7.500 €.

c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 €; y en su grado máximo de 120.006 € a 225.018 €.

En lineamiento con lo expuesto, se encuentra el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social correspondiente al periodo 2021-2023[27], en el que figura en el Eje 1 bajo el epígrafe" Contribuir a la mejora de la calidad del empleo, la garantía de los derechos de las personas trabajadoras, la lucha contra la precariedad y el fraude en materia laboral y de seguridad social y la igualdad efectiva entre hombres y mujeres", además de la batiburrillo de materias en las que incide, se aluden específicamente dos que afecta a este colectivo. Una, relativa al trabajo no declarado y sin afiliación o alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social y tambien el denominado "trabajo en gris", entendido englobado en este concepto- el que se encuentra regulado parcialmente- como la realización de una actividad a tiempo completo pero declarada a tiempo parcial (formado por los que tienen contratos basura y las tercerizaciones-trabajadores que reúnan las condiciones para considerarlos precarios, pero otros no, ya sea porque ganan más que el mínimo o tienen "estabilidad", pero si se comparan sus remuneraciones o condiciones de trabajo, con las de sus compañeros permanente que están bajo el convenio que les corresponde por la actividad y que realizan tareas similares, se confirman grandes situaciones de precariedad-) o por un encuadramiento inadecuado y cuyas actuaciones se dirigen a aflorar empleos irregulares. Y otra, relativa a mejorar - las condiciones para el desarrollo personal e integración social-, cuyo objetivo finalista es evitar todo tipo de discriminación, tanto en el acceso al empleo como en la promoción profesional, con especial atención a colectivos especialmente vulnerables. Para lograr estos fines, tal y como dispone la Actuación 3.1 rubricada "Campañas contra el trabajo no declarado "del precitado Plan, se intensificará la actuación en sectores y zonas geográficas en los que detecte el mayor número de fraudes. Se mejorará poder acceder a una mayor diversidad de fuentes de datos, mediante una unidad del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que ha creado una herramienta denominada" Lucha contra el Fraude", cuya actuación se realiza a través de técnicas de análisis y la gestión masiva de datos que ya obren en poder de las Administraciones Públicas, y de esta forma, conseguir una mejor y más eficaz planificación y ejecución de la actividad inspectora a través de las siguientes medidas: a) Ampliando las bases de datos a las que se accede y de esta manera, poder acceder a una mayor diversidad de fuentes de datos, que permitan su cruce y tratamiento con objeto de incrementar la eficacia de las campañas de inspección, reforzando los convenios anuales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la Tesorería General de la Seguridad Social, dotándolos de mayor impacto económico y de prácticas de colaboración más eficaces; c) Suscribiendo a corto plazo un convenio con la Gerencia Informática de la Seguridad Social, con el fin de establecer mecanismos de cooperación y apoyo técnico de las tecnologías de la información en ejecución de las campañas y actuaciones inspectoras que lo requerían. En este sentido merece especial atención la novedad que ha supuesto la realización de campañas extensivas por la inspección, mediante la remisión de cartas informativas a las empresas como una herramienta dirigida a facilitar un cambio en los comportamientos de incumplimiento(anterior a la sanción), produciéndose un cambio de actuación en la inspección de trabajo caracterizada por su papel represivo y sancionador; por otro, más próximo y moderado de creación de conciencia social en la empresa(en la práctica se espera que se convierta en un órgano de ayuda y por tanto, colaborador en las relaciones laborales entre empleador y empresario) que en caso de que no desista de su actuación irregular, se vuelve al papel represivo clásico de la inspección de trabajo que se materializa a través de la expedición de la correspondiente "acta de infracción". Además se incentivará este tipo de actuaciones de inspección, teniendo en cuenta la dureza y riesgos de dicha actividad. Se reforzará la colaboración con la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las Fuerzas y Cuerpos de

[27] Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023.
«*BOE*» núm. 289, de 3 de diciembre de 2021, Rec. 20005, pp. 149285 - 149357.

Seguridad del Estado, así como con cualquier Administración u organismo público que pueda facilitar información que permita una mayor eficacia en las actuaciones (Administraciones locales, Federación Española de Municipios y Provincias, policías locales y autonómicas etc.).

En cualquiera de los casos, esta declaración bienintencionada de objetivos carecen de efecto disuasorio sino se acompañan de medidas sancionadoras estrictas y severas, lo cual conlleva necesariamente la anhelada modificación del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social(el obsoleto Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto) , que debería ser aprovechada para clarificar los supuestos en que los incumplimientos en materia salarial requieren ser sancionados con una infracción grave o muy grave.

2.3. Reforma de 2020

El último Informe de evaluación y reforma del Pacto Toledo se ha realizado el 19 de noviembre de 2020, se vertebra en una Recomendación 0 y veinte recomendaciones. En la primera, la "Recomendación O", recuerda que, el derecho de los españoles a la Seguridad Social viene configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva y se basa en los principios ideológicos, económicos y técnicos de universalidad, unidad, solidaridad, igualdad y suficiencia. Cuya justificación viene avalada por la configuración de nuestro modelo de Estado como social, denominado por una parte de la doctrina mayoritaria entre los que se encuentra García Pelayo, M. (1980,114)" Estado democrático neocapitalista[28]", en consonancia con el contenido que predica el art. 1.1 CE, lo cual implica que se debe proteger y atender tanto a población laboralmente activa y cuando los mismos se vean afectados por las contingencias que el sistema protege. Asi como tambien, a las personas que, por carecer de recursos económicos suficientes, se encuentran en situación de necesidad por no tener ingresos o rentas que les permitan cubrir sus necesidades vitales básicas, para lo cual deberá previamente el beneficiario demostrar de que no supera el umbral de pobreza, establecido por la legislación. En todo caso, nos encontramos ante unos derechos sociales que garantiza el constituyente "de mínimos asistencialistas" y que debe avanzar según sostiene Espino Tapia, D.R.(2016,71) :"Hacia un nuevo modelo de Estado social desarrollista para lograrlo debe retomar los fines que le dieron origen así como colocar los derechos fundamentales- con especial énfasis en los derechos sociales- en el centro de la acción estatal, garantizando su progresiva eficacia ante las nuevas circunstancias agravadas de la globalización, la tecnología y el mercado"[29], es decir, el objetivo actual se ha transformado y el fin último *hic et nunc* del nuevo modelo de estado es lograr la igualdad de acceso a las oportunidades de desarrollo para la totalidad de los sujetos. En concordancia con lo expuesto, Monereo Pérez, J.L. (2020, 28) propone como parámetro de valoración de la suficiencia económica:" (…) *la importancia de contar con indicadores de suficiencia que a través de la delimitación de umbrales de referencia sirva para reforzar la efectividad de la lucha contra la pobreza. Por ello, la Comisión considera necesario establecer alguna referencia adecuada (como puede ser la tasa de sustitución que relaciona la pensión media del sistema con el salario medio de los trabajadores ocupados) y un ámbito territorial de medición comparada (países más avanzados de la Unión Europea), que permita realizar un seguimiento continuo de su evolución y, en caso de desviación, adoptar las medidas oportunas. Así, del mismo modo que la Carta Social Europea establece una fórmula para considerar que un salario es digno, resulta necesario establecer un objetivo que defina la suficiencia de las pensiones*"[30].

[28] García Pelayo, M.: *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 113 y 114.

[29] Espino Tapia, D.R.: "Una propuesta de Estado Social para el siglo XXI: Una vuelta al origen", *Universitas,* núm. 24, 2016, pp. 39-75.

[30] Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de las pensiones: Desafíos para la sostenibilidad económica y social", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social* núm. 3, mayo-octubre 2021, pp. 21-64.

Además se insiste en dicha Recomendación 0, de que la Seguridad Social forma parte fundamental del Estado del bienestar, por lo que se rechaza explícitamente cualquier transformación substancial que incumpla los principios de solidaridad intergeneracional, suficiencia y equidad en el reparto de las cargas y la responsabilidad pública en la dirección y gestión del sistema.

En relación a la protección de los colectivos más vulnerables estos figuran explícitamente en las Recomendaciones 16 a la 19, relativas a mujeres, juventud, discapacidad e inmigrantes respectivamente. Cuyo análisis se desglosa en este apartado.

2.3.1. Mujeres

El tratamiento que efectúa este instrumento político en relación a las mujeres, se recoge en la Recomendación 17, titulada" Mujeres y Seguridad Social", en la que se señala que se deben adoptar medidas de carácter estructural para conseguir la equiparación de la cobertura para pensiones entre mujeres y hombres y potenciar la corresponsabilidad entre géneros, evitando roles a través de los permisos parentales, la regulación de la prestación por riesgo en el embarazo y lactancia. De su contenido se extraen sintéticamente las siguientes conclusiones. La primera de ellas, es la obligación de aprobar leyes y medidas (*y sobre ejecutarlas*) para eliminar o al menos paliar la ancestral brecha de género que sufren las mujeres y garantizar no solo el reducido número que accede a la pensiones sino tambien el desequilibrio en cuanto a su cuantía sobre todo, en materia de jubilación, asi como la elevada edad que se exige para poder acceder en la actualidad al percibo de la pensión de viudedad. Conviene precisar con respecto a la igualdad retributiva, la importancia que tiene la introducción del RD 9002/2020, sobre igualdad retributiva entre hombres y mujeres, que surge como respuesta al desarrollo reglamentario del art. 28.1 del ET (modificado por el RDL 6/2019, de 1 de marzo) , cuyo objetivo es garantizar la transparencia retributiva a través de los siguientes mecanismos: registro retributivo, auditoría retributiva, transparencia en la negociación colectiva y tutela administrativa y judicial , de modo que, si de la información retributiva obrante, se aprecia la existencia de discriminación salarial o si no se proporciona dicha información a la representación legal, o en su defecto al trabajador, al que solo se podrá mostrar las diferencias porcentuales existentes en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, desglosado en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de calificación aplicable. En caso de producirse alguna de estas dos situaciones descritas, según dispone la Disposición final cuarta de este decreto que entraría en vigor el 14 de abril de 2021(a los seis meses de su publicación en el BOE, *vacatio legis* para que mientras tanto, tal y como establece la disp. final 1ª, se apruebe mediante una orden ministerial un procedimiento de valoración de los puestos de trabajo) sería de aplicación la LISOS, incluida, en su caso, la aplicación de las sanciones correspondientes por concurrencia de discriminación salarial se considera una falta muy grave, y se le aplican sanciones de cuantías considerablemente elevadas, pudiendo alcanzar en su grado máximo hasta 187.515 € y con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (incluyendo, en su caso, el procedimiento de oficio establecido en su art. 148.c), siempre que en su caso, se constate y recoja en las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la existencia de una discriminación por razón de sexo, asi como los perjuicios estimados para el trabajador).En todo caso, tal y como sostiene Arenas Viruez, M. (2021,49):"*De la misma forma que estos instrumentos de transparencia retributiva arbitrados por el RD de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, pese a que tienen como objetivo directo identificar las incorrectas valoraciones de los puestos de trabajo, también van a permitir detectar otro tipo de diferencias retributivas, como las vinculadas*

al embarazo y nacimiento de hijos, a partir de cuya detección se tendrá que analizar si están o no justificadas y, en su caso, si constituyen o no discriminaciones retributivas por razón de sexo"[31]

En este sentido, el "Informe Fórum Política Feminista a las Recomendaciones del Pacto de Toledo 2020"[32] , analiza de forma pormenorizada la incidencia de cada una de las recomendaciones del pacto tienen en las mujeres, extrayendo como valoración de conjunto que:" (…) el documento carece de una visión feminista transversal que incida en las distintas medidas o recomendaciones, de manera que pueda corregirse la brecha de género de forma efectiva… "(1).Y en particular con respecto a esta Recomendación 17, al hilo de la corresponsabilidad, considera que: "Poner la dirección de los cuidados únicamente en la corresponsabilidad y la crianza es olvidar el rol de cuidadora de las mujeres de personas mayores (menores y dependientes) y en el sistema de dependencia" (11). Debido a que, *de facto* quien se dedica a los cuidados, son las mujeres, puesto que sus salarios son más reducidos, de ahí, que se vean abocadas en el mercado de trabajo a situarse en alguna de las siguientes situaciones de exclusión o marginación laboral: :reducción de jornada(parcialidad), excedencias o abandono.

En base a lo expuesto, las soluciones posibles como vías integradoras e igualitarias pasan por reformular el sistema de dependencia cuya financiación y prestación debería ser financiada y proporcionada en su totalidad por los servicios públicos; eliminación de la prestación económica individual por cuidados no remunerados en el entorno familiar; y, perfeccionamiento en la coordinación de los servicios sociales y sanitarios ,a nuestro juicio la eliminación de este elenco de factores reduciría la enorme burocratización que existe en este ámbito y lo haría más equitativo.

2.3.2. Inmigrantes

El fenómeno socio-económico de la inmigración no es un hecho nuevo. Durante milenios, un sinfín de poblaciones se ha desplazado en busca de mejoras sociales, económicas y laborales. Los políticos y el legislador español han tardado demasiado tiempo en darse cuenta de que son necesarios pero no solo como una solución temporal para rejuvenecer la estructura demográfica, sino tambien por la aportación como factor dinamizador para el sostenimiento financiero del sistema de protección social, al elevar la proporción de cotizantes, asi como mejorar el sistema productivo *lato sensu*, al pagar impuestos directamente los que se encuentran en situación jurídico-administrativo regular y, al contribuir al sistema al pagar impuestos indirectos mediante el consumo aquellos que se encuentran en situación irregular, todo ello, sin olvidar, que la incorporación de los mismos al cuidado de dependientes y del hogar, permiten que la mujer autóctona se reincorpore de nuevo al circuito laboral.

Sin embargo, lejos de facilitar y propiciar su integración socio-laboral, la Recomendación núm. 19 de la actual reforma del Pacto, se limita a señalar explícitamente en relación a este colectivo que debe apoyarse la inmigración legal por motivos de satisfacer la demanda del mercado laboral español. Y a tal fin, la Seguridad Social, debe articular los procesos con medidas que faciliten la gestión de los trámites de contratación, afiliación e integración en el sistema, en cuyo grupo se hace alusión específica a los menores de edad que llegan a España no acompañados, con el fin de favorecer su incorporación plena al mercado laboral (en esta línea se inserta la reforma operada por el RD. 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifican los arts. 118.2, 196, 197, 198 y 211.5 y las disposiciones adicionales tercera y octava del RLExtranjería

[31] Arenas Viruez, M.: "Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre", *Temas Laborales* núm.156/2021, pp. 11-49.

[32] Ilustrativo a la par que interesante en esta materia, Informe Fórum Política Feminista a las Recomendaciones del Pacto de Toledo 2020. Disponible en: https://www.tercerainformacion.es/wp-content/uploads/2020/12/INFORME-FORUM-POLITICA-FEMINISTA-2.pdf

557/2011, de 20 de abril y cuya incidencia en el plano laboral se sintetiza en dos modificaciones sustanciales. Una, alargando la duración de las autorizaciones de residencia y permitiendo que los jóvenes extutelados por entidad pública que ahora tienen entre 18 y 23 años y que se han visto abocados a la irregularidad sobrevenida, puedan acceder a una autorización de trabajo dejando de estar sujetos como hasta ahora, a los requisitos del régimen de residencia no lucrativa y configurándoles un régimen propio que les permite continuar con la autorización de residencia con habilitación para trabajar para el ejercicio de actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación y favorezcan su integración social. Y dos, los menores extranjeros no acompañados que ya cuentan con una autorización de residencia cuando alcanzan la mayoría de edad, podrán conservar la autorización de residencia con habilitación para trabajar, si disponen de medios económicos suficientes igual al 100 % del IMV, para una persona sola, salvo que la institución de acogida o el programa de tránsito a la vida adulta al que el joven esté acogido proporcionen su sustento.

De lo expuesto se deduce que, solo se va a seguir admitiendo la inmigración canalizada de forma regular y esta única modalidad es la que desde el plano institucional de protección social se le va facilitar la gestión administrativa en nuestro sistema social, en la que se incluye obviamente, la inmigración de carácter circular y estable, siempre que esta cumpla el requisito *sine qua non* de ser legal. Y con respecto a la inmigración ilegal o irregular, alude tácitamente al señalar el deber que tiene la Administración de evitar el racismo, discriminación, explotación, debido a la mayor vulnerabilidad y precariedad laboral a la que se ve afectada este colectivo.

2.3.3. Discapacitados

El tratamiento de las personas con discapacidad se realiza en el Pacto en la Recomendación 18, bajo la nomenclatura "Personas con discapacidad", donde señala el deber que tienen (los poderes públicos) para su activación, favoreciendo su acceso a un empleo digno, suficiente y de calidad, para lo que se reitera "que la legislación debe facilitar la incorporación inclusiva al mercado de trabajo de este colectivo y, también, propiciar su mantenimiento en su actividad profesional". En concreto, se recomienda "seguir introduciendo modificaciones en la normativa de Seguridad Social que conlleve mejoras en las prestaciones familiares (asignación económica por hijo a cargo y pensión de orfandad, entre otras), lo que implica reordenar la prestación por nacimiento y cuidados del menor y la atención que se debe prestar a las mujeres con discapacidad para sortear los obstáculos durante el embarazo y en las primeras semanas del posparto. Sin embargo, las fuerzas políticas solo se refiere a la posibilidad de compatibilizar el cobro de las pensiones por incapacidad permanente(contributiva) con el trabajo en el caso de las personas discapacitadas, como vía inclusiva, lo que implicaría una notable mejora en su calidad de vida y mantenimiento de su empleabilida. En este sentido, conviene traer a colación que según el INE en el año 2020[33] había 1.933.400 personas con discapacidad en edad de trabajar (de 16 a 64 años), de los que solo 663.900 eran activos, es decir, 1.269.500 trabajadores discapacitados están fuera del mercado laboral. La tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del 26,7 % (del 64,3 % para las personas sin discapacidad), lo que refleja la desigual integración en el mercado laboral y las dificultades de empleabilidad. Según el Informe de ODISMET (Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo de Fundación ONCE de 2021)[34], el volumen de

[33] Instituto Nacional de Estadística.: El Empleo de las Personas con Discapacidad. Notas de prensa de 15 de diciembre de 15 de diciembre de 2021 (actualizada 28 de febrero de 2022) ,pp. 1-22.Disponbile en: https://www.ine.es/prensa/epd_2020.pdf

[34] Fundación CERMI Mujeres en las redes sociales. "Inclusión laboral", Generosidad núm. 68 Mayo 2021. Disponible en: http://boletingenerosidad.cermi.es/noticia/Fundacion-ONCE-Inserta-Empleo-Informe-6-Odismet-mercado-trabajo-discapacidad.aspx

contrataciones a personas con discapacidad muestra que se contrataron el año pasado un total de 218.381 hombres frente a 136.610 contrataciones de mujeres. En consecuencia, las mujeres con discapacidad solo acumulan el 38,5 % del empleo generado. Además los varones tienen mayor presencia en la contratación indefinida mientras que la jornada parcial tiene una mayor presencia en las mujeres (24,3 % frente al 12,2 % de los hombres), cuya justificación obedece a que las mujeres concilian empleo con tareas domésticas y de cuidados de familiares, frente a los hombres que lo hacen en menor proporción. A lo que hay que sumar, la discriminación salarial, siendo el salario de las mujeres 3.142,5 € inferior al de los hombres, siendo las mujeres más jóvenes quienes se ven más afectados por el riesgo de pobreza, siendo significativo el hecho de estas tengan mayor peso en el nivel "Sin estudios", no obstante, también tienen mayor presencia en los estudios superiores. En base a lo cual, en líneas generales se puede afirmar que las mujeres con discapacidad tienen mayor nivel formativo que los varones. De otra parte, en relación a las pensiones no contributivas los hombres son perceptores del 63,7 % de las pensiones contributivas por incapacidad permanente, y la media de su percepción es de 1004 € frente a las mujeres que además de percibir menor número de pensión de invalidez contributiva su importe tambien es inferior a los hombres aproximadamente 827,5 €. Sin embargo, las mujeres son en mayor medida perceptoras de pensiones no contributivas de invalidez en concreto el 51,7 %, cuya cuantía media asciende a 463,80 €.

2.3.4. Jóvenes

Figuran incorporados en una recomendación adicional, en concreto Recomendación 17 bis" Juventud y Seguridad Social", en la que se verbaliza que las personas jóvenes son especialmente perjudicadas por la precariedad y el subempleo, lo que dificulta generar amplias carreras continuas de cotizaciones, lo que es una de las causas del descrédito de nuestro sistema de Seguridad Social entre la juventud, ya que muchos jóvenes están convencidos de que no accederán a una pensión pública o, de acceder, que la misma no será suficiente para poder vivir dignamente. Por todo ello, el objetivo de los políticos en este pacto se dirige a recupere la confianza de éstos en el sistema, para lo que se proponen entre otras las siguientes medidas: a) Facilitar la transición del sistema educativo al mercado y mejorar las relaciones laborales; b) dar un mayor protagonismo de la juventud en el fortalecimiento del sistema de pensiones y del principio de solidaridad intergeneracional reforzando la confianza de este colectivo en el Estado de Bienestar; y, c) dedicado exclusivamente a los " becarios", respecto de los que se recomienda que se sigan adoptando medidas legislativas encaminadas a garantizar y a mejorar su cobertura social en lineamiento con respecto a este colectivo, el RDL 28/2018, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. De forma que, a partir del 1 de enero del año 2019, es obligatorio cotizar por todos los becarios, independiente de la naturaleza de que las prácticas que realicen tengan carácter retribuido o no.

3. Conclusiones

Hace veintisiete años se firmó un pacto político para realizar un elenco de reformas estructurales necesarias y asi poder garantizar la sostenibilidad de nuestro sistema de protección social y su perdurabilidad, asi como adecuarlas a las mutables circunstancias socio.-económicas, demográficas y técnicas, que se producían en la sociedad española. La herramienta utilizada para la plasmación de estos propositos han sido las recomendaciones, que como es obvio, han ido evolucionando a lo largo del tiempo, y lo han hecho introduciendo, añadiendo o modificándolas.

En nuestro caso, en el tema objeto de estudio, nuestro examen lo hemos focalizado en las recomendaciones adicionales, en los que se inserta en la última reforma: mujer, discapacitados e inmigrantes (ya abordados anteriormente en la reforma de 2011) y jóvenes (que se introducen

de forma explícita *ex nunc,* en 2020). Con respecto a las primera, continua la preocupación por eliminar la discriminación laboral y brecha salarial que repercuten en el sistema de pensiones, siendo el criterio de la contributividad uno de los principales criterios de desigualdad que existen en el actual sistema de pensiones en España (*v.gr.* las mujeres mayoritariamente son perceptoras de invalidez no contributiva) tambien es necesario una subida de las pensiones mínimas ,mejora en la cobertura de las lagunas de cotización(no solo deben estar indexadas como hasta ahora, a la maternidad) .En definitiva, mejora de las relaciones laborales.

Con respecto a las personas con discapacidad, a pesar de ser un colectivo numéricamente reducido, presenta graves dificultades de inserción sociolaboral, de ahí que, las medidas se orienten a flexibilizar la compatibilidad entre la actividad laboral y pensiones no contributivas, anticipación de los trabajadores discapacitados a la edad mínima legal de jubilación atendiendo a la severidad de su situación, sin embargo, esta medida resulta ser escasamente efectiva sino se suaviza el requisito *sine qua non* de tener reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 45 % (paradójicamente antes bastaba el 33 % para obtener un certificado de discapacidad y las ventajas inherentes al mismo) durante al menos quince años ¿esto es realmente una politica inclusiva integradora?

En relación a los migrantes, vuelta de tuerca al mismo discurso, solo admisible en el mercado la inmigración regular y canalizada conforme a las demandas existentes , asi como propuestas de eficacia, coordinación y desburocratización en la gestión ,asimismo se abre parcialmente la vía para los menores extranjeros no acompañados puedan integrarse en el mercado laboral , ampliando la vigencia de la autorización de residencia que habilita para trabajar a partir de los 16 años para aquellas actividades que, a propuesta de la entidad de protección de menores, favorezcan su integración social, ampliando la vigencia de la autorización inicial a 2 años(antes 1 año) y su renovación que será a partir de 3 años de su tenencia (antes 1 año).Además se perfecciona la vía de integración laboral al desvincular de la habilitación para trabajar , la situación nacional de empleo, en caso de actividades por cuenta ajena.

Y por último, en relación a los jóvenes, se pretende reforzar la confianza de este colectivo en el Estado del Bienestar (condicionado por la evolución prevista del empleo, de la financiación del sistema público de pensiones y de la demografía), cuestión compleja sino se logra sustraerlo de la precariedad laboral y el subempleo. Para ello, de nuevo, resulta fundamental mejorar sus condiciones laborales. En cualquiera los casos, las políticas de empleo que se han realizado hasta el momento en relación a los grupos de exclusión social han demostrado ser insuficientes y escasamente efectivas. Por todo ello, para que se cumplan las bienintencionadas proposiciones de los políticos que reformulan el pacto, debe existir realmente un cambio profundo socioeconómico, cultural, demográfico y político que modifique las bases del sistema. Porque si no se realizan estas mejoras que se proponen y que han sido aprobadas, se agravaría la incertidumbre e inseguridad en el sistema. El problema está en saber si realmente se van a poner en práctica estas medidas, si su puesta en marcha va ser efectiva, y si realmente eliminan o palian la actual crisis el sistema. Y la solución que se adopte debe tener en cuenta como primera premisa rediseñar el contrato político subyacente al modelo social europeo y reformar los elementos esenciales del mismo, si queremos que perviva el Estado de Bienestar, aunque somos conscientes de que será diferente al actual y en que debe jugar un papel fundamental -la concertación social-, para que legitime lo acordado y la ciudadanía lo acepte. La respuesta solo la siguiente reforma del Pacto de Toledo nos la proporcionará….

4. Bibliografía

Arenas Viruez, M.: "Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre", *Temas Laborales* núm.156/2021, pp. 11-49.

VV.AA.: *Tendencias en desigualdad y exclusión social,* JOSÉ FÉLIZ TEZANOS TORTAJADA (Coord.), Sistema, Madrid, 2004, pp. 11-54.

VV.AA.: *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?,* Torres López, J.(Coord.), Barcelona, Ariel, 1996, pp. 23-76, especialmente p. 24.

Espino Tapia, D.R.:" Una propuesta de Estado Social para el siglo XXI: Una vuelta al origen, *Universitas,* núm. 24, 2016, pp. 39-75.

Esteban Legarreta, R. y Gutiérrez Colominas, D.: "La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo", *Revista Española de Discapacidad*, 2 (1), 2014, pp. 7-32.

Barcelón Cobedo, S.: "La Compatibilidad Entre Salario y Prestaciones del Sistema de Seguridad Social. La Proyección de la Compatibilidad con la Denominada Renta Básica", *Revista Derecho & Sociedad,* N° 46, 2015, pp. 415-426.

Barrios Baudor, G.L.: "La «revisión» del Pacto de Toledo", *Temas Laborales* núm. 73,2004, pp. 145-176.

García Ninet, I: "Sobre las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 % a favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores (un comentario de urgencia)". *Tribuna Social*, n. 110, 2000, p. 5.

García Pelayo, M.: *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 113 y 114.

García Valverde, M.D. y González de Patto, R.: "Discapacidad y trabajo. Un balance tras el año europeo de las personas con discapacidad", *Temas Laborales* núm. 75, 2004, pp. 59-93, especialmente pp. 92-93.

Gutiérrez Bengoechea, M.:" El sistema de reparto de la Seguridad Social *versus* envejecimiento poblacional", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social* núm. 1,2020. https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/10438/11539

Maquiavelo, N.: *El príncipe*, traducción de Javier Alcanzarán, Bogotá, Planeta, 1992, pp. 81-82.

Mogín Barquín, M.T.: El Plan nacional de Acción para la Inclusión Social 2001-2003 en el marco de la estrategia europea de lucha contra la exclusión social", *Acciones e Investigaciones Sociales* núm.16, 2002, pp. 169-186.

Monereo Pérez, J.L.: La garantía de las pensiones: Desafíos para la sostenibilidad económica y social, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social* núm. 3, mayo-octubre 2021, pp. 21-64.

Panizo Robles, J.A.:"Perspectivas Actuales Y Futuras Del Sistema De Seguridad Social En España", *Estudios De Deusto* 48 (1), 2015, pp. 145-62. https://doi.org/10.18543/ed-48(1)-2000p. 145-162

Pedrosa González, J.: "El papel de los sindicatos en la crisis por COVID-19", *Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado1*" Monográfico dedicado a las Respuestas laborales y de protección social a la pandemia por coronavirus, Universidad de Sevilla, 2020, pp. 49-72.

Solanes Corella, A.:" ¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España, *Revista Migraciones Internacionales* vol.4 núm.4, Tijuana (México) julio/ diciembre, 2008.Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-89062008000200005

Triguero Martínez, L.A.:"La nueva reforma de la ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social: notas clave para su comprensión", *Revista de Estudios Jurídicos* núm. 9,2009 (Segunda Época), pp. 1-11.

La gestación parlamentaria de la ley de impulso de los planes de pensiones de empleo (o el valor del criterio histórico para entender las normas)

Juan José Fernández Domínguez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Cristina González Vidales
Contratada Predoctoral
Universidad de León

Ana María Castro Franco
Contratada Predoctoral
Universidad de León

1. Presentación

En medio de una vorágine de normas que se suceden a velocidad sin parangón en el tiempo, embebidos en el afán de comentar o anticipar cuanto mañana ya será añejo, resulta cuando menos poco común la decisión de detener la atención para examinar una ley a través de su proceso de elaboración.

De ahí, en parte, que el criterio de interpretación llamado a aportar los condicionantes del contexto de la norma haya sido prácticamente abandonado por el juzgador y la doctrina. Esa relación con "los antecedentes históricos y legislativos" a que alude el art. 3.1 CC permite, sin embargo, descubrir cuanto se quiso cambiar o mantener del Derecho precedente, así como lo propuesto, discutido y conclusiones alcanzadas durante su tramitación[1]; motivo por el cual no debería ser ignorado por los llamados a aplicar la norma o a reflexionar sobre su sentido actual y proyección hacia el futuro.

Fuentes jurídicas precedentes, materiales prelegislativos o trabajos preparatorios, ponencias, enmiendas y su discusión o explicaciones habidas en sede parlamentaria (la conocida como *occasio legis*), si unidas a las exposiciones de motivos y preámbulos, pueden constituir canon hermenéutico de primer orden a la hora de explicar la evolución normativa que conduce al texto o precepto examinado, así como para facilitar el contexto apropiado en el debate de intereses e ideas en presencia al momento de su aparición y, también (con eventual contraste), de su aplicación. Más aún, y además de proporcionar el criterio subjetivo original para los autores, está en disposición de llevar a una perspectiva objetiva si puesta en relación con el significado que pudo tener para sus destinatarios en el momento de la promulgación; aportando, por ende, un "significado público" de su sentido primero, sin adulterar por el transcurso del tiempo o enriquecido precisamente por su experiencia histórica[2].

Obvio resulta que, por su propio procedimiento y circunstancias de adopción o por su contenido final, no todas las normas presentan el mismo interés para este contraste. En la ocasión en presencia varios motivos confluyen para entender que el canon histórico puede ser fundamental llegado el momento de comprender el alcance concreto de aspectos esenciales de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

El factor fundamental viene dado, sin duda, por la necesidad de su aprobación urgente. La celeridad lo impregna todo y marca su impronta sobre varias decisiones, entre las cuales cobran singular importancia las vicisitudes parlamentarias acaecidas desde la ponencia original hasta su texto final, capaz de dotar de un sentido concreto a los cambios producidos hasta alcanzar el resultante final en vigor.

Al análisis de esta accidentada y apresurada tramitación aparecen dedicadas las siguientes páginas, con dación de cuentas última sobre algunos aspectos que habrían de ser considerados con particular interés a la hora de ponderar determinados contenidos de la reforma.

2. La urgencia como protagonista y sus derivas subsiguientes

Las prisas nunca han sido buenas consejeras y, como consecuencia, los resultados de las actuaciones urgidas suelen ser manifiestamente mejorables. En el supuesto de la ley destinada a impulsar los planes de previsiones de empleo no obra excepción a la regla y la premura capaz de convertir los plazos en perentorios deja su impronta de manera manifiesta.

---

[1] Pérez Algar, F.: *La interpretación histórica de normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 63.

[2] Sobre este sentido múltiple, el sucinto pero ilustrativo análisis de Rodríguez-Toubes Muñiz, J.: "El criterio histórico en la interpretación jurídica", *Dereito*, Vol. 22, núm. Extraordinario, 2013, pp. 599-632, https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/1184; este mismo autor en Rodríguez-Toubes Muñiz, J.: "Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm 30, 2014, pp. 309-339. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2014-10030900339 o Apalategui Cabra, J.M.: "Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2017, p. 37-62.

El motivo último radica en que los buenos propósitos contenidos en el Plan Anual normativo para 2021, como desarrollo del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia, no fueron satisfactorios en tiempo y forma[3]. A tal punto que la laxitud mostrada motivó el necesario ajuste en los compromisos entre España y la Comisión Europea, portador de un nuevo cronograma con obligaciones firmes, también en lo relativo a las necesarias reformas en el ámbito de la Seguridad Social[4]; en concreto, la atinente a los planes de pensiones en el primer semestre de 2022[5], convirtiendo el 30 de junio en fecha límite a la hora de cubrir una de las exigencias impuestas para poder acceder a otro tramo de fondos que incorpora el Plan *Next Generation*[6].

El afán de satisfacer en tiempo y forma el compromiso asumido hizo de la premura divisa y no solo trajo aparejada una singular tramitación parlamentaria, sino también otras dos consecuencias adicionales de no menor calado[7]:

1.- De seguro, la más llamativa viene dada por el hecho de que el apremio ha desvirtuado el orden normal de proceder, cuyo sentido hubiera debido estar y pasar por abordar en un primer momento la reforma de las pensiones, aún pendiente, y más tarde hacer lo propio con uno de los instrumentos más característicos de la previsión social complementaria.

La actuación del legislador se aleja de aquel consejo, pleno de racionalidad, a partir del cual "lo adjetivo ha de seguir a lo principal" y, por ende, que lo complementario en sentido estricto (dejando al margen, por tanto, las mejoras voluntarias "autónomas") debe construirse sobre los cimientos de lo básico[8], al parecer en el entendimiento de que el orden de factores en esta ocasión no altera el resultante. Perspectiva discutible por cuanto, sin negar la mayor facilidad para modificar este aspecto puntual dentro del conjunto del Sistema en un tiempo record (bajo el riesgo de relegar las cuestiones de superior envergadura para una apretada agenda en el segundo de los semestres del año), no puede ocultar cómo algunos de los asuntos a tratar con posterioridad están en disposición de incidir en las decisiones normativas previas, forzando a reajustes que no son sino el precio a pagar por satisfacer una necesidad política, por la demora en cumplir los objetivos legislativos dentro de los plazos previstos y por haber desgajado esta materia tanto de la reforma de las pensiones, como de una estrategia más general para el desarrollo del segundo pilar del modelo de previsión social.

2.- Al lado, no deja de resultar llamativo que, frente a la reforma laboral acaecida seis meses antes, de la cual se ha ponderado favorablemente el hecho de ser un producto acabado del diálogo social, ninguna constancia documental expresa obre acerca del aval de sindicatos y patronal a esta iniciativa.

---

[3] El compromiso inicial en GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan Anual normativo 2021. Anexo II. Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia*, 2021, p. 5, https://www.lamoncloa. gob.es/ consejodeministros/resumenes/ Documents/2021/310821-PLAN_ANUAL _NORMATIVO_2021.pdf.

[4] COMISIÓN EUROPEA: *Annex to the Commission Decision approving the Operational Arrangements between the Commission and Spain pursuant to Regulations (EU) 2021/204*, C (2021) 7903 final, 20 octubre 2021, tablas 313 a 315 y 341 y 342, https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C(2021)7903&lang=en.

[5] GOBIERNO DE ESPAÑA: *II Informe de situación del Plan de Recuperación*, abril 2022, pp. 58, 64 y 109, https:// planderecuperacion.gob.es/sites/default/files/2022-04/28042022_Informe_de_Ejecucion_del _Plan_de_Recuperacion. pdf.

[6] El condicionante en el contexto de la reforma de las pensiones en Chislett, W.: "Spain's state pension conundium", *Blog Real Instituto Elcano*, 23 diciembre 2021, https://www. RealinstitutoElcano. org/ en/spains-state-pension-conundrum/

[7] Fernández Domínguez, J.J.: "El impulso de los planes de pensiones de empleo", *Briefs de la AEDTSS*, 13 julio 2022, https://www.aedtss.com/el-impulso-de-los-planes-de-pensiones-de-empleo/

[8] García Becedas, G.: "La Seguridad Social complementaria en España", en VV.AA.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 43 y 44.

Sin perjuicio de noticias puntuales a partir de las cuales cabe colegir el pleno conocimiento sobre su proceso de gestación y contenidos fundamentales, la ausencia de mayores quejas por una posible postergación en su elaboración, o la aquiescencia tácita a su resultante derivada de cualquier manifestación en otro sentido, no consta ningún mayor compromiso de patronal y sindicatos con esta concreta materia.

A un punto tal es así que voces y organismos autorizados en la materia apuntan como uno de los principales defectos de la norma, el hecho de no "haberse presentado como fruto del consenso público y social, especialmente entre los agentes sociales, llamados a ser los principales protagonistas a la hora de convertir en realidad su implementación"[9]; más aún el dato de que "se presenta[ra] para su discusión parlamentaria sin el aval de patronal y sindicatos (…) convierte esta iniciativa en un acto de buenas intenciones, pero que corre el peligro de quedarse solo en eso". En particular es así cuando "la composición propuesta de las comisiones Promotora y de Seguimiento y de Control Especial relegan a un segundo plano el protagonismo de los agentes sociales, patronal y sindicatos, atribuyendo un poder de decisión a los representantes de la Administración pública en la Comisión de Control Especial que limita la capacidad efectiva de decisión de los representantes de los agentes sociales y que supone una injerencia y tutela excesiva de la Administración pública sobre la autonomía de las partes, en las que recae la responsabilidad de negociar y acordar el desarrollo de dichos instrumentos, propuestos por el Gobierno, en el ámbito de la negociación colectiva"[10].

En este sentido, la visibilidad de los interlocutores hubiera sido de todo punto deseable, pues sobre ellos gravita en gran medida el éxito o el fracaso en el diseño del "régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado" que habrá de "impulsar de forma preferente los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo, que integran el segundo pilar de las pensiones", según reza la recomendación 16ª del Pacto de Toledo[11]. Línea en la cual también se inscribe el componente 30 (R5) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su apuesta por el nuevo marco en Derecho que dinamice los planes de pensiones de empleo y contemple su promoción pública en orden a proporcionar cobertura a cuantos colectivos de personas trabajadoras no disfrutan de ellos en sus empresas o a los autónomos. Precisamente por eso resulta más extraña la ausencia de diálogo social, cuando el propio Preámbulo de la norma insiste en el punto anterior para reconocer que "la negociación colectiva se establece como clave en el proceso de la expansión de la previsión social a una gran cantidad de sectores en los que prevalece la presencia de pequeñas y medianas empresas", incluido el ámbito público, "especialmente entre las entidades locales pequeñas y medianas".

La extensión pretendida, que remite como ámbito "natural" a la negociación colectiva no únicamente para el afianzamiento de estos instrumentos a nivel empresarial, sino para su salto trascendente al ámbito sectorial (incluidas las oportunas garantías internas de control y

[9] Giménez Maluenda, J.: "Los sistemas complementarios, los otros pilares de nuestro modelo de previsión social", en *Observatorio de los Sistemas Europeos de Previsión Social Complementaria* (recogido de *El Periódico* 10 julio 2020, p. 33).

[10] Giménez Maluenda, J.: "Luces y sombras en la reforma de las pensiones del ministro Escrivá", en *Observatorio de los Sistemas Europeos de Previsión Social Complementaria* (tomado de *La Vanguardia*, 22 abril 2022), https://www.lavanguardia.com/seguros/20220422/8214160/luces-sombras-reforma-pensiones-ministro-escriva.html

[11] En este sentido, las reflexiones que surgen en el marco más amplio esbozado por De la Fuente Lavín, M.: "El Pacto de Toledo y la política de pensiones: recorte del gasto, contributividad y financiación", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 28, 2021, p. 259; su contexto de potenciar el pilar segundo frente al tercero precisamente al calor de la negociación colectiva en De la Fuente, A.; García Díaz, M. A. y Sánchez Martín, A.R.: "Algunas reflexiones sobre el informe del Pacto de Toledo y los planes del Gobierno en materia de pensiones", *Mediterráneo Económico*, núm. 3-4, 2021, p. 116.

supervisión)[12], hubiera hecho aconsejable una presencia y unos compromisos formales con el texto acordado con sindicatos y patronal. Más aún, y en la medida en la cual se pretende la cobertura de autónomos en condiciones análogas a las de los partícipes trabajadores por cuenta ajena, también hubiera sido aconsejable el diálogo con las organizaciones representativas de sus intereses, ausentes de cualquier referencia, aun cuando fuera marginal o testimonial.

En este sentido, no se trata únicamente de reaccionar contra la doble inercia de acudir casi en exclusiva a la capitalización individual, con sus graves riesgos[13], sino también de corregir la evidente anomalía de unos planes de empleo que interesan tan poco como para que cuantos (pocos) permanezcan se alejen de la empresa para asentarse, sin gran afán, en el sector.

A este respecto, el propio Preámbulo de la norma deja noticia de cómo, "a lo largo de los años, el patrimonio gestionado en los fondos de pensiones de empleo ha perdido peso relativo respecto del total de fondos de pensiones, puesto que representaban un 50 % del total de la previsión social complementaria al inicio de los años 90, mientras que ahora representan un porcentaje ligeramente superior al 25 %". Por tal motivo, cuanto persigue la nueva norma es "revertir esta tendencia (…) a partir del desarrollo de los planes de pensiones de empleo, con un fuerte anclaje en la negociación colectiva sectorial, facilitando así el acceso a colectivos que, hasta ahora, encuentran dificultades para acceder a los mismos", haciendo que aumenten tanto el nivel de ahorro como el número de pensiones cubiertas por los planes al nivel europeo que indica.

Por su parte, y de acudir tan solo a los últimos datos derivados de los 908 convenios suscritos en 2021, cabrá corroborar que únicamente un 10,78 % incluye planes de pensiones; de este modo, de los 3,5 millones de trabajadores concernidos, únicamente 378.410 quedan cubiertos por un plan de pensiones. Más aún, lo paradójico es que, de los 685 convenios de nivel de empresa, tan solo el 5,64 % contemplan el instrumento, ofreciendo protección a 11.366 trabajadores; por el contrario, y en manifiesta anormalidad, son los 233 de sector cuantos ofrecen este derecho en el porcentaje superior de 11,09 % a los restantes 367.044 trabajadores[14].

Hora era, por tanto, de actualizar cuanto ya contemplara el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2007 (y mantiene hasta el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016, 2017), a saber, que "las organizaciones firmantes de este Acuerdo compartimos una valoración positiva sobre los Sistemas de Previsión Social Complementaria y hemos considerado conveniente abordar el desarrollo de los mismos en el marco de la negociación colectiva". Que la decisión finalmente adoptada respondía a una perspectiva compartida por los agentes sociales era, pues, sobradamente conocido; incluso cabrá advertir que contó a su favor con la difusión de la influyente noticia relativa a un preacuerdo por los negociadores del Primer Plan Colectivo de Pensiones para la Construcción, a incluir el VII Convenio Colectivo del sector. Lástima que el tiempo no permitiera una puesta en escena más adecuada en la cual constara un compromiso firme en este ámbito.

---

[12] Fundamental el planteamiento ya acabado que figura en Fernández Bernat, J.A.: *El régimen jurídico de los Planes de pensiones del sistema de empleo*. Universidad de Granada, Tesis Doctoral, 2007, pp. 550-570, https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/1452/16614914.pdf?sequence=1&isAllowed=y

[13] Pérez Alonso, M.A.: "El factor sostenibilidad en España", *Lex Social*, Vol. 6, núm. 2, 2016, p. 151.

[14] MINISTERIO DE TRABAJO: *Estadística de convenio colectivo. Datos provisionales 2021*, 2022, https://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm. Sobre las diferencias sustanciales entre la previsión de estos planes a nivel empresarial (identificación de los aspectos concretos de su formalización) y sectorial (efectividad diferida), ya desde sus primeras expresiones a lo largo de la primer década del siglo, Gala Durán, C.: *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual (II Parte)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pp. 186-198, https://www.seg-social.es/ wps/wcm/connect/wss/a9209727-95c0-47a4-8f84-d9af4ef5deee/44_II_F06.pdf?MOD=AJPERES.

Como anverso, y por solo mostrar el eco de algunos recortes de cuanto se publicó por esas fechas, cabrá dejar constancia de las manifestaciones del Ministerio del ramo pocos días antes de que el Consejo de Ministros diera luz verde a la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, en las cuales hacía ver cómo "nunca aspiramos en este tema a que hubiera una firma con los agentes sociales", quizá porque mediaba "la sensación de que hay bastante acuerdo" con los interlocutores[15].

Información constatada, no obstante, por el Secretario Confederal de Protección Social y Políticas Sociales de CCOO, quien, tras elogiar la opción por sistemas fundados en la negociación colectiva frente a los individuales, no dudó en afirmar que la futura Ley no tendría "un desarrollo cuantitativo o cualitativo muy relevante", debido a que "es incierto el resultado que tendrán en el mundo del trabajo autónomo [y] la negociación colectiva sectorial tiene otras herramientas más útiles"[16]; por su parte, el portavoz de UGT manifestaba que constituía "una medida que tiene [tenía] una dudosa relevancia práctica", pues al menos en su versión inicial era "insuficiente sin las medidas complementarias adicionales"[17]; en fin, tampoco su versión inicial convencía a la CEOE, al considerar que "no contempla[ba] los incentivos necesarios, ni fiscales[18], ni de Seguridad Social y coartaba el abono individual que acaecía fuera de los planes de empleo"[19].

3. La celeridad en la tramitación parlamentaria con tres momentos destacados en el congreso para una interpretación histórica

La necesidad de satisfacer un plazo perentorio, unida a demora sin justificación aparente en el calendario previsto, hizo que ni el inexistente diálogo social previo, ni unas conversaciones políticas fluidas con anterioridad, permitieran llevar al Parlamento un texto maduro y suficientemente consensuado.

Más aún, en la primera votación del texto que acudió al Congreso, allá por el mes de marzo, ERC voto en contra de la propuesta gubernamental, apoyando la enmienda de devolución del BNG junto con EH-BILDU, Mas País-Equo, la CUP y Compromis. A tal punto llego la situación que, para superar esta votación de grupos frecuentemente aliados con los postulados

[15] EUROPA PRESS: "Escrivá llevará la norma de los fondos de pensiones de empleo al Consejo de Ministros del próximo martes", 18 febrero 2020, https://www.europapress.es/economia/noticia-escriva-llevara-norma-fondos-pensiones-empleo-consejo-ministros-proximo-martes-20220218153520.html.

[16] Bravo Fernández, C.: "Comunicado sobre anteproyecto de ley de pensiones de empleo", 2022.

[17] Así el literal de las declaraciones en el artículo titulado "Los sindicatos, escépticos ante los planes de pensiones colectivos que impulsa el Gobierno", *Newtral*, 23 febrero 2020, https://www.newtral.es/nueva-ley-planes-de-pensiones/20220223/

[18] No alcanzando, por ejemplo, las deducciones en el Impuesto de sucesiones de aportaciones a planes de empleo previos a la reforma de 2012, para un análisis más extenso de su repercusión en el mentado impuesto consultar Álvarez García, S. y Aparicio Pérez, A.: "Un análisis de la fiscalidad de los sistemas de previsión social", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 11, 2010, pp. 213-224. https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/11390/RevistaUniversitariadeCienciasdelTrabajo-2010-11-Unanalisisdelafiscalidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y; Padrín García, Y. y García Boza, J.: "Fiscalidad de los planes y fondos de pensiones en España: evolución y actualidad", *Ciencia y Sociedad*, Vol. 31 núm. 3, 2006, pp. 429-449. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7439234
LA LEY: Plan de pensiones (fiscalidad), 2022. https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAASNTQ0MTtbLUouLM_DxbIwMDS0NDQ3OQQGZapUtckhlQaptWmJOcSoAhu0a7jUAAAA=WKE o MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Plan integrado de actuación para el año 2012*, 2012. https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Planificacion_actuaciones/actas-planes/Planes_y_objetivos_de_la_ITSS_para_2012.pdf

[19] La declaración de agencia sobre la posición de la CEOE en el artículo de Ferrari San Juan, J. y Velarde Díaz, C.: "Los empresarios aceptarían la ley del fondo público de pensiones con incentivos fiscales atractivos", *El Economista*, 21 febrero 2022, https://www.eleconomista.es/economia/noticias/11625969/02/22/Los-empresarios-aceptarian-la-ley-del-fondo-publico-de-pensiones-con-incentivos-fiscales-atractivos.html.

gubernamentales, cuantos avalaban la medida debieron buscar respaldo no solo del PNV, sino de Ciudadanos e, incluso, del PP y Vox.

En todo caso, los grupos parlamentarios no lograron cerrar un Informe de la Ponencia que estudió el texto a puerta cerrada; por tanto, las enmiendas permanecieron vivas en el trámite de Comisión, donde comienzan los sucesos de los cuales se ocupa el análisis como momento histórico significativo que dota de sentido alguna de las medidas sin cuya explicación podría resultar ciertamente sorprendente[20].

3.1. Del error en la votación a favor de la enmienda presentada por los socios en el gobierno al voto particular que escenifica la alianza con un grupo de la oposición

"Carajal", fue el gráfico término empleado por una diputada del grupo parlamentario de la oposición convertido en apoyo fundamental para la aprobación del proyecto de ley a la hora de definir la votación acaecida en la Comisión del Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones el día 2 de junio de 2021[21].

Al parecer por error, el Grupo Socialista votó a favor de las enmiendas número 57, 58 y 60 formuladas por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, en virtud de las cuales se eliminaban los incentivos fiscales en el IRPF que aparecían en el Informe (con la subsiguiente alteración del contenido de los arts. 52.1 y disp. ad. 16ª Ley 36/2006) y se introducía una modificación en el art. 19.2 LGSS para eliminar el tope máximo en la cotización a la Seguridad Social.

Tras la votación, y advertida la equivocación (en particular se considera como tal la decisión de eliminar el tope máximo), el Grupo Socialista reclamó su repetición; sin embargo, y a instancia del Letrado, el Presidente de la Comisión (a la sazón del grupo que había propuesto tales enmiendas) rechazó la posibilidad, instando a plantear un voto particular durante la votación de la iniciativa en el Pleno[22].

Así figura a través de los Votos particulares 1, 2 3 y 4 (a las enmiendas núm. 57, 58 y 59 y 60) formulados por el Grupo Ciudadanos y 5, 6 y 7 (a las enmiendas 57, 58 y 60), formulados por el Grupo Socialista. En este último caso, y dado aquel error reseñado, instando únicamente lo pertinente de volver en lo afectado a cuanto disponía el Informe de la Ponencia. Con una justificación de superior enjundia (e idéntica en los cuatro casos) en el supuesto del Grupo Parlamentario Ciudadanos, por entender que "resulta indefendible aprobar un proyecto de Ley para el impulso de los planes de pensiones de empleo, esto es, para que las empresas complementen las pensiones de sus trabajadores, reduciendo los incentivos fiscales a practicar estas deducciones. Respecto del destope de las cotizaciones, este no puede hacerse sin entrar en

[20] BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XIV Legislatura, Serie A, 4 marzo 2022, pp. 1-23, https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/ BOCG/D/BOCG-14-D-416.PDF; BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. XIV Legislatura, Serie A, 31 de marzo 2021, p. 1 https://www.congreso.es/publicaciones-organo?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_texto=&_publicaciones_id_texto=BOCG-14-CG-A-125.CODI.#1 y BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERAL. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XIV Legislatura, Serie A, 19 abril 2022, pp. 1-147 https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-93-3.PDF

[21] Las declaraciones de la diputada del Grupo Parlamentario Ciudadanos en EFE: "El Gobierno salva los planes de pensiones tras un complejo trámite en el Congreso", 9 de junio 2022, https://www.efe.com/efe/espana/economia/el-gobierno-salva-los-planes-de-pensiones-tras-un-complejo-tramite-en-congreso/10003-4828176.

[22] La crónica en el artículo Arias, R.: "Un error del PSOE permite que el Congreso apruebe destopar las bases máximas de cotización", *65 y mas.com*, 2 junio 2022, https://www.65ymas.com/economia/planes-de-pensiones/error-psoe-permite-congreso-apruebe-destopar-bases-maximas-cotizacion_40206_102.html.

un debate de fondo sobre el modelo de pensiones que queremos. La enmienda aprobada, que eliminaba el tope sin aumentar en paralelo las prestaciones correspondientes, supone una ruptura del carácter contributivo de la Seguridad Social. Además, no guarda relación con el contenido y fines del proyecto de Ley"[23].

Las enmiendas fueron finalmente revocadas con el apoyo a los votos particulares de la gran mayoría de los grupos, incluido el del Grupo Popular. Claro quedaba, por ende, que iba a haber un lugar para los beneficios fiscales de distinta índole; de igual modo, que la eliminación del tope máximo en la cotización no iba a tener ningún lugar en esta norma.

3.2. Las bases para el acuerdo que permitió alumbrar la norma

La composición de fuerzas a lo largo del itinerario que condujo hasta la Comisión del Congreso mostraba lo difícil que iba a resultar para los dos grupos parlamentarios en el Gobierno mantener el apoyo de algunos aliados tradicionales. Al margen de las divergencias internas en el sentido arriba significado, los planteamientos de Esquerra Republicana de Catalunya, la CUP o Más País-Equo no podían distar más de la iniciativa en marcha[24].

Todo pasaba por conseguir atraer al menos a uno de los grupos de la oposición con peso suficiente. Según cabe colegir de los votos particulares arriba expuestos, el Grupo Ciudadanos fue quien manifestó su aquiescencia final, asentada sobre dos grandes pilares: en primer lugar, y sobre todo, los estímulos o incentivos fiscales; en segundo término, la remodelación de alguno de los órganos de nueva creación para supervisión de la gestión de los fondos y garantía de la calidad de su servicio.

3.2.1. El acuerdo sobre incentivos fiscales

La base de consenso entre el Grupo Socialista y el Grupo Ciudadanos se asienta, sin duda, sobre una adecuada ponderación de los estímulos económicos que habrían de recibir las empresas, llamados a ser, junto con el compromiso de los interlocutores sociales, la pieza fundamental para el éxito del empeño acometido.

Así, en primer lugar, a través de aquellos votos particulares que sirvieron para renovar las enmiendas formuladas por el Grupo Confederal Unidas Podemos-En Comú Podem- Galicia en Común, que aparecían en orden a eliminar los estímulos fiscales a recoger en los arts. 52.1 y Disposición Adicional 16ª Ley 35/2006, se recupera el incentivo fundamental a partir del cual lograr revertir la inercia decreciente de los fondos de pensiones de empleo: la reducción de la aportación en el IRPF.

Esta medida estelar, capaz de llevar a un enfrentamiento entre el segundo y el tercer pilar de protección social (sacrificando alternativas más imaginativas en el altar de una eficacia que solo el tiempo dirá si se ha conseguido), consiste en introducir una doble excepción al límite de 1.500

[23] BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XIV, Serie A, 13 junio 2022, pp. 36-40, https://www.congreso.es/publicaciones-organo?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_texto=&_publicaciones_id_texto=BOCG-14-CG-A-244.CODI.#1

[24] En concreto el portavoz de Esquerra Republicana de Catalunya en la Comisión, no dudó en afirmar que "esta Ley nunca debió ser planteada por el Gobierno"; menos aún con las orientaciones que se barajaba incorporar, no en vano su Grupo estaba "en contra" del tratamiento fiscal a otorgar a los planes de pensiones, pues a su juicio cuanto procedía en potenciar el sistema público. Así figura en la noticia de agencia que publicada bajo el título DIARIO SIGLO XXI: "La Ley del Fondo Público de Pensiones pasa al Pleno del Congreso con la abstención de Vox y el voto en contra del PP", *Diario Siglo XXI*, 2 junio 2022, https:// www.diariosigloxxi.com/texto-s/mostrar/458456/ley-fondo-publico-pensiones-pasa-pleno-congreso-abstencion-vox-voto-contra-pp

euros como reducción máxima en la base imponible del IRPF por aportaciones y contribuciones a los planes de pensiones. A partir de cuanto aquí se aquilata en cantidades (aun cuando la filosofía fuera la contenida en el Informe inicial presentado al Congreso de los Diputados), cabrá aludir:

En primer lugar y con carácter general, a las efectuadas por el participe en mismo importe que las llevadas a cabo por la empresa al sistema de previsión social, con el límite de 8.500 euros; eso sí, aplicando un coeficiente multiplicador en los supuestos de aportaciones inferiores a 1.500 euros, que se cifra en el 2,5 en cantidades inferiores a 500 euros, desciende a 2 entre 500,02 y 1.000 euros y se reduce a 1,5 entre 1.000,01 y 1.500 euros. Siempre contando con una excepción en virtud de la cual, y "en todo caso, se aplicará el coeficiente 1" si el empleado obtiene rendimientos de la entidad que efectúa la contribución por un importe superior a 60.000 euros.

En segundo término, y sin duda para compensar y recuperar el tiempo perdido tanto en el anterior ejercicio como el presente (donde el límite había descendido desde los 10.000 euros hasta los 8.000 euros, primero, y a los 2.000 euros después), la posibilidad de que el colectivo de autónomos en general pueda elevar ese umbral máximo en 4.250 euros, para un total, por tanto, de 5.750 euros anuales.

A este respeto, sin embargo, se ajustan el criterio mantenido en el dictamen y el contenido de cuanto figuraba en la enmienda planteada por los socios en el Gobierno. No acogiendo, por ende, las formuladas por el resto de los grupos parlamentarios que, de manera unánime, propugnaban su ampliación a 8.500 euros.

En este sentido, y de acudir a cuanto figura en la fuente que recoge fielmente las posiciones mantenidas por cada formación política[25], cabrá constatar que prima la igualdad a la baja propugnada por el Grupo Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común ("reducir las deducciones en la base imponible del Impuesto sobre la Renta por las aportaciones a planes de pensiones de empleo, a la cuantía prevista en el mismo texto del Proyecto de Ley a las aportaciones de los trabajadores autónomos a planes de empleo simplificados"[26]), frente al parecer más simple esgrimido por el Grupo Popular ("mejora técnica", como única justificación)[27], la elevación al alza formulada por el Grupo Ciudadanos ("equiparación del tratamiento de las aportaciones de los planes de pensiones de trabajadores autónomos y trabajadores por cuenta ajena")[28] o el argumento más elaborado de PDeCAT dentro de Grupo Plural.

En razonamiento de esta última función política, que merece la pena reproducir, se hace ver cómo "no permitir que los trabajadores autónomos puedan realizar aportaciones de hasta 10.000 euros (8.500+1.500 euros) a planes de pensiones de empleo simplificados, al objeto de conseguir una equiparación con el tratamiento de los trabajadores por cuenta ajena, no solo es discriminatorio, sino que es contrario a las propias recomendaciones del Pacto de Toledo, que establecen claramente que se debe seguir avanzando en la equiparación de los derechos y obligaciones de los trabajadores autónomos con los del Régimen General. Carece de sentido que, si se busca el desarrollo efectivo del Pilar II del Sistema de pensiones, se limiten los mecanismos en el caso de los autónomos que son quien más recurren a la pensión social complementaria (Pilar IV). Asimismo, y más allá [de] que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena las contribuciones se produzcan por parte de la empresa y por parte del trabajador, no parece

[25] BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XIV Legislativa, Serie A, 19 abril 2022. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-93-3.PDF

[26] Justificación a las enmiendas núms. 57 y 58 formuladas por el Grupo Confederal Unidas Podemos-En Cómu Podem-Galicia en Común, pp. 55 y 56.

[27] Justificación a las enmiendas núms. 32 y 36 formuladas por el Grupo Popular pp. 33 y 35-36.

[28] Justificación a las enmiendas núms. 123 y 124 formuladas por el Grupo Ciudadanos, pp. 114 y 115.

riguroso entender que en el caso de los autónomos, al solo aportar ellos al plan como empresario/trabajador, la solución sea dividir en [el] límite de las aportaciones a la mitad"[29].

Pero, sin duda, la gran aportación a este pacto de Ciudadanos aparece situada en la deducción en la cuota íntegra del 10 % de las contribuciones empresariales imputadas a favor de los trabajadores cuyas retribuciones brutas anuales fueran inferiores a 27.000 euros; con la corrección, cuando fueran iguales o superiores a tal cuantía, de aplicar la deducción sobre la parte proporcional de aquellas aportaciones del empleador que correspondan al importe de la retribución anual bruta.

De repasar el Diario de Sesiones del Congreso, cabrá comprobar que la solicitud también había sido mantenida por otros tres grupos parlamentarios más (Popular, Vox y Plural -en concreto PDeCAT-); además, los tres con el porcentaje del 10 %, frente al 15 % postulado en la enmienda del Grupo Ciudadanos[30]. Sin embargo, ninguna duda puede caber respecto a que el apoyo de este último (unido al del PDeCAT) constituyó el argumento final para su introducción en la versión vigente.

En este sentido, convendrá barajar las justificaciones utilizadas en su aval[31], que arrancan de la escueta referencia a una "mejora técnica" en la planteada por el Grupo Popular[32], y siguen con el recuerdo al pasado, vinculado a la apuesta por la privatización del Sistema, en el argumento del Grupo Vox, cuando sostiene de forma literal su implementación "con el fin de recuperar la deducción por contribuciones empresariales a planes de pensiones de empleo, a mutualidades de previsión social que actúen como instrumento de previsión social o por aportaciones a patrimonios protegidos de las pensiones con discapacidad. Esta deducción ya estuvo prevista en la anterior Ley del Impuesto de Sociedades (…) pero se suprimió posteriormente mediante la Ley 3/2012, d 6 de julio. Sin embargo, la situación actual del sistema de pensiones, caracterizado por la insostenibilidad del mismo, requiere la implementación o, en su caso, la recuperación de medidas destinadas a promover el uso de planes de pensiones alternativos y complementarios al sistema de pensiones públicas"[33].

Ese recuerdo del pasado, aderezado con sus efectos benéficos, aparece reseñado bajo idéntica valoración en la enmienda formulada por el Grupo Plural: "entre los incentivos que deberían establecerse para los empresarios, sin duda la inclusión de una deducción en la cuota (…) del Impuesto Sociedades de las contribuciones realizadas en favor de los trabajadores similar a la que ya existió antes de 2011 contribuiría notablemente al desarrollo de estos sistemas de previsión social colectiva"[34].

En fin, y bajo el parecer del Grupo Ciudadanos, "la negociación colectiva, por sí sola, no será suficiente para impulsar la constitución de planes de empleo. Es necesario complementarlo con incentivos para los agentes sociales, en este caso los empresarios"[35].

---

[29] Justificación a las enmiendas 67, 70, 91 y 95 formuladas por el Grupo Plural, pp. 66, 70-71, 88-89 y 92.

[30] BOLETIN OFICIAL DE LAS CORTES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XIV Legislatura, Serie A, 13 junio 2022. https://www.congreso.es/publicaciones-organo?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_texto=&_publicaciones_id_texto=BOCG-14-CG-A-244.CODI.#1

[31] BOLETIN OFICIAL DE LA CORTES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XIV Legislatura, Serie 1 19 abril 2012. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-93-3.PDF

[32] Justificación a la enmienda núm. 41 formulada por el Grupo Popular, p. 40.

[33] Justificación a la enmienda núm. 157 formulada por el Grupo Vox, p. 142.

[34] Justificación a la enmienda núm. 77 formulada por el representante de PDeCAT ubicado en el Grupo Plural, p. 79.

[35] Justificación a la enmienda núm. 141 formulada por el Grupo Ciudadanos, p. 125.

3.2.2. El perfil más acabado de la Comisión de Control Especial (y la revisión de la estrategia de inversión)

De composición tripartita (con cinco miembros designados por el Ministerio del ramo y cuatro por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, hasta conformar los trece finales), este órgano cuyas funciones quedan genéricamente vinculadas a la supervisión de la gestión de los fondos, así como a la vigilancia de la calidad de servicios, recibió numerosas enmiendas, de las cuales solo dos prosperaron.

En primer lugar, y proveniente del Grupo Plural (Más País-Equo), "para garantizar la paridad" -según figura en su justificación- se acoge la idea de que "al menos la mitad de los cargos deben estar ocupados por mujeres"[36].

En segundo término, y producto de aquel acuerdo con el Grupo Ciudadanos, la enmienda formulada respecto a la eliminación del derecho de veto que, en la versión del Informe, aparecía otorgado a los integrantes designados por el Gobierno cuando establecía que los acuerdos relativos a cambios en la política de inversiones sobre el ejercicio del derecho de impugnación de acuerdos sociales y de la acción social de la responsabilidad habrían de requerir la aprobación de los miembros propuestos por el Ministerio. Con toda razón se considera que se trataba de "un privilegio exorbitante que carece de justificación"[37].

Además, y fruto del acuerdo, se acepta que la estrategia de inversión (en un marco estable y a largo plazo efectuada por la Comisión Promotora y de Seguimiento) habrá de ser revisada al menos cada cinco años, acogiendo la enmienda al efecto formulada por el Grupo Ciudadanos, que motiva el cambio respecto al plazo inicialmente previsto de cuatro al entender que, "si bien se considera que no debería ser función de la Comisión Promotora y de Seguimiento establecer y aprobar un marco común de estrategia de inversión, en caso de mantenerse, resultaría conveniente desacoplar lo máximo posible la actualización de ese marco del ciclo político, extendiéndolo más allá de la duración de una legislatura ordinaria y dándole más estabilidad"[38].

3.3. La denominada tasa Tobin como concesión al apoyo del grupo vasco (EAJ-PNV)

El elenco de estímulos se agranda al dar acogida a la enmienda de adición formulada por el Grupo Vasco con el objeto de eximir del Impuesto de Transacciones Financieras a las adquisiciones realizadas por los planes de pensiones de empleo y por mutualidades o entidades de previsión voluntaria sin ánimo de lucro.

A tal efecto se proponía (y admitió) la incorporación de un nuevo apartado m) en el art. 3 de la Ley 5/2020, de 15 de octubre, bajo la justificación a partir de la cual "la implantación en España de este impuesto se realizó bajo la referencia de las iniciativas adoptadas en Francia e Italia, que aparecían como países modelo a estos efectos. Precisamente en dichos países se encuentran excepcionados los planes de empleo. En coherencia debería implantarse en España igual excepción, cuando menos respecto a las entidades sin ánimo de lucro"[39].

Aun cuando menos llamativa, también cabrá dar cuenta de la aportación del Grupo Vasco (EAJ-PNV) "con el fin de equiparar los planes de previsión social de empleo de las EPSV ya existentes a los efectos de los futuros acuerdos colectivos sectoriales que puedan instrumentar los

[36] Justificación a la enmienda núm. 47 formulada por el Grupo Plural (Más País-Equo), p. 49.

[37] Justificación a la enmienda núm. 135 formulada por el Grupo Ciudadanos, p. 121.

[38] Justificación a la enmienda núm. 133 formulada por el Grupo Ciudadanos, p. 120.

[39] Justificación a la enmienda núm. 108 formulada por el Grupo Vasco (EAJ-PNV), p. 104.

compromisos de pensiones a través de planes de pensiones de empleo sectorial simplificado"[40]. A tal fin, se añade un párrafo destinado a la adaptación de los planes de pensiones de empleo preexistentes, para sentar que "en aquellas Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de mutualidades no integradas en la Seguridad Social, las empresas que tuvieran constituido un instrumento propio de previsión social de empleo y se vean afectadas con posterioridad por un acuerdo colectivo de carácter social en el que se prevea la instrumentación de compromisos por pensiones con sus personas trabajadoras a través de un plan de pensiones de empleo sectorial simplificado, podrán mantener los compromisos por pensiones en el instrumento propio de previsión social preexistente".

Previsión que tiene continuidad para la Administración Pública, "con el fin de habilitar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi que las Administraciones Públicas vascas pueden negociar y atender la previsión social a través de los instrumentos propios de las EPSV"[41]. Disponiendo, a tal efecto, que "en aquellas Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de mutualidades no integradas en la Seguridad Social y que cuenten con instrumentos propios de previsión social, en las Administraciones Públicas de ámbito territorial igual o inferior al de la propia Comunidad Autónoma serán objeto de negociación los instrumentos propios de previsión social, dentro de las mesas generales de negociación según lo establecido en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público".

El afán culmina con la adición de una disposición entera dedicada a regular la aplicación en las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de mutualidades, "con el fin de equiparar los planes de previsión social de empleo de las EPSV a los planes de pensiones de empleo simplificados en el ámbito de Comunidad Autónoma de Euskadi como instrumentos de previsión social voluntaria"[42].

3.4. Compromisos en la norma y al margen de la norma como condición para la abstención del grupo Euskal Herria Bildu

A pesar de su posición de partida de abierta oposición, la necesidad de apoyos del Grupo Socialista hizo que desde el Gobierno se pusiera específico empeño en conseguir, si no el apoyo como en otras ocasiones, por lo menos la abstención del Grupo EH Bildu.

Una doble contrapartida exigió este sentido del voto: de una parte, una reforma que, aun cuando vinculada al sistema de protección social, nada tiene que ver con el contenido de la norma aquí y ahora analizada; de otra, la atinente a la financiación de reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social[43] por contingencias comunes derivada de los incrementos que provengan directamente de la aportación patronal al plan de empleo.

---

[40] Justificación a la enmienda núm. 104 formulada por el Grupo Vasco (EA-PNV), p. 101.

[41] Justificación a la enmienda núm. 105 formulada por el Grupo Vasco (EAJ-PNV), p. 102.

[42] Justificación a la enmienda núm. 107 formulada por el Grupo Vasco (EAJ-PNV), p. 103.

[43] Para un análisis por extenso de las deducciones en las cuotas Gómez de la Torre del Arco, M.: "Ventajas fiscales de las aportaciones y las prestaciones de los planes de pensiones y sistemas alternativos de previsión social", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 48, 2015, pp. 259-280 https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5009664; Gorospe Oviedo, J.I.: "La sostenibilidad de las pensiones públicas y su conexión con los planes de pensiones privados en la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 157 enero-marzo, 2013, pp. 151-188. http://opendata.dspace.ceu.es/bitstream/10637/5353/1/Sostenibilidad_J_Gorospe_RevEspDchFin_2013.pdf; De la Luz Juárez, G. y Daza Sánchez, A.: "Seguridad Social en España y los fondos de pensiones", *Análisis Económico*, Vol. 19, núm. 41, 2004, pp. 199-223. https://www.redalyc.org/pdf/413/41304109.pdf; o, para una perspectiva actual, IBERLEY: *Regulada (con efectos de 1 de enero de 2023) la reducción de cuota a la Seguridad Social por contribuciones empresariales*

La abstención del Grupo EH Bildu tuvo un precio primero muy concreto, difundido en comunicado por la formación política y confirmada ante los medios de información pública por el titular del Ministerio: el compromiso de subir un 15 % todas las pensiones no contributivas de manera casi inmediata.

De este modo, y atendiendo al propio comunicado de la formación política "EH Bildu ha logrado un acuerdo con el Gobierno español para que todas las pensiones no contributivas, las de viudedad, orfandad o invalidez, vean incrementadas sus cuantías mensuales en un 15 %. Esta medida será válida en el nuevo decreto anticrisis que el Gobierno aprobará próximamente, y se prorrogará [como] mínimo hasta el 31 de diciembre de 2022, cuando sean los Presupuestos Generales del Estado de 2023 los que deban determinar la revalorización de las mismas. Gracias al acuerdo alcanzado EH Bildu se abstendrá en la votación (…) para continuar con la tramitación de la Ley que regulará los planes y fondos públicos de pensiones (…). Este incremento supondrá un enorme beneficio para miles y miles de pensionistas, especialmente para las mujeres y personas con invalidez que cobran unas pensiones de miseria. En una situación de crisis y alza de precios como la actual, estos pensionistas son uno de los sectores más vulnerables a los que proteger y, gracias a este acuerdo, estos pensionistas verán incrementadas entre 60 y 100 euros mensuales de sus pensiones"[44].

3.4.1. La financiación de la reducción de cuotas empresariales por contingencias comunes en relación con su incremento derivado de contribuciones a los planes de pensiones de empleo

A todos los estímulos hasta ahora enumerados cabrá añadir otro muy importante, en favor de las empresas y Administraciones, situado en la reducción del 100 % de la cuota patronal a la Seguridad Social por contingencias comunes exclusivamente ceñida al incremento en aquella derivada de manera directa de las aportaciones al plan de pensiones.

Su importe máximo queda situado en el resultado de multiplicar por trece la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de dichas contingencias, esto es, los tan publicitados 115 euros por trabajador (1.380 al año), con un ahorro de 400 euros por empleado.

El debate respecto a este beneficio fue arduo, con dos posiciones abiertamente enfrentadas a partir de las distintas enmiendas presentadas al Proyecto de Ley: por una parte, cuantos pretendieron que el beneficio lo fuera sin el límite establecido; por otros cuanto postulaban su desaparición.

Entre las que abogaban por la supresión del umbral máximo cabrá mentar las formuladas por el Grupo Popular, bajo la justificación habitual en esta tramitación de responder -sin más- a una "mejora técnica"[45], así como las dos observaciones formuladas por el Grupo Plural (PDeCAT y Junts per Catalunya) que contienen un recuerdo de la historia reciente en la normativa de Seguridad Social, cuya regulación se quiere reinstaurar.

a los planes de pensiones. https://www.iberley.es/noticias/regulada-reduccion-cuota-seguridad-social-contribuciones-empresariales-planes-pensiones-31756.

[44] EH-BILDU: "EH Bildu acuerda con el Gobierno aumentar un 15 % las pensiones no contributivas y cerrar la puerta al debilitamiento de la Seguridad Social", 2 junio 2022, https://ehbildu.eus/herriak/kongresua-senatua/es/noticias/eh-bildu-acuerda-con-el-gobierno-aumentar-un-15-las-pensiones-no-contributivas-y-cerrar-la-puerta-al-debilitamiento-de-la-seguridad-social.

[45] Justificación a la enmienda núm. 31 formulada por el Grupo Popular, p. 39.

Así, literalmente se venía a afirmar que "el impulso de la previsión social empresarial requiere de incentivos más potentes para lograr que los empresarios acuerden en la negociación colectiva el establecimiento de sistemas de empleo para sus trabajadores. De otro modo, se corre el riesgo de que no se alcance el objetivo principal de la reforma, consistente en elevar la cobertura de los sistemas de pensiones colectivos. Si bien el texto del Proyecto de Ley incorpora algunos incentivos en este sentido, se considera que no son suficientes. En efecto, como único incentivo para las empresas se establece que las contribuciones empresariales satisfechas a los sistemas de empleo no cotizarán a la Seguridad Social, con un límite de 115 euros al mes por trabajador (1.380 euros al año), lo que podría suponer un ahorro para las empresas de casi 400 euros por trabajador".

Añadían en la motivación que "este incentivo debería mejorarse recuperando el tratamiento favorable a efectos de bases de cotización de la Seguridad Social que desde 1994 hasta 2013 se aplicó a las contribuciones empresariales a los sistemas de empleo de sus trabajadores (planes de pensiones de empleo, planes de previsión social empresarial y mutualidades de previsión social que actúen como instrumento de previsión social empresarial), que preveía que tales contribuciones no se computaban en la base de cotización. En efecto, el art. 109 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (ahora derogado), en su redacción original (1994), reconocía como no cotizables todas las mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social, así como las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas, en los términos establecidos por el reglamento. A estos efectos, se venían considerando mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social las cantidades dinerarias entregadas directamente por los empresarios a sus trabajadores o asimilados, así como las aportaciones efectuadas por aquéllos a los planes de pensiones y a los sistemas de previsión social complementaria de sus trabajadores, siempre que el beneficio obtenido o que pudiera llegar a obtenerse por el interesado supusiera una ampliación o complemento de las prestaciones económicas otorgadas por el Régimen General de la Seguridad Social en el que se hallen incluidos dichos trabajadores".

En la continuación de argumento, y como colofón, se hace ver cómo "a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2013, las aportaciones realizadas por las empresas a sistemas de empleo a favor de sus trabajadores comenzaron a computarse a efectos de cotización, lo que supuso un impacto económico muy significativo para las empresas. Debería recuperarse, por tanto, el tratamiento anterior a 2013 estableciendo que las contribuciones efectuadas por las empresas en favor de sus trabajadores a sistemas de empleo (planes de pensiones de empleo, planes de previsión social empresarial y mutualidades de previsión social que actúen como instrumento de previsión social empresarial) no se computarán en la base de cotización de la Seguridad Social, sin establecer ningún tipo de límite más allá del que establece la normativa fiscal para este tipo de contribuciones empresariales"[46].

En el otro extremo, abogaban por su suspensión tanto el Grupo Confederal Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común con el Grupo EH Bildu. Esta última formación justificando la enmienda de suspensión "por entrar en contradicción con el mecanismo de equidad intergeneracional dado por Ley 21/2021, de 28 de diciembre". La primera de las confederaciones, con un tenor más amplio, al entender que "la inclusión en el listado del artículo 147.2 LGSS de conceptos excluidos de la base de cotización del importe de las aportaciones empresariales a planes de empleo, constituye una merma directa de ingresos al primer pilar de nuestro sistema de pensiones, y vulnera la recomendación 1.ª del Acuerdo del Pacto de Toledo de 19 de noviembre de 2020, relativa a la consolidación de la separación de fuentes y restablecimiento del equilibrio

[46] Justificación a las enmiendas núms. 75 y 101 formuladas por el Grupo Plural (la primera por los diputados de PDeCAT, la segunda por el diputado de Junts per Catalunya), pp. 76 y 98.

financiero, por cuanto contribuye a distraer ingresos del sistema público de pensiones, en favor de políticas de promoción de la inversión a través de fondos de pensiones de empleo de naturaleza privada. Es, por tanto, también, contraria al mandato a los poderes públicos del artículo 41 CE, que nos obliga a velar por el mantenimiento del sistema público de pensiones, sin perjuicio del reconocimiento a la libre promoción de planes de pensiones complementarios".

A partir de tal premisa, prosigue el razonamiento haciendo ver cómo "la eliminación en el cómputo de la base de cotización de los conceptos que se establecen supondría volver a un régimen privilegiado de estas aportaciones, que no contribuirían al sostenimiento del sistema de Seguridad Social y únicamente sostendrían los sistemas de previsión complementaria. A lo que hay que añadir que ese privilegio de exención se daría en favor exclusivamente de las rentas del trabajo más altas, con mayor capacidad marginal de ahorro, que son las que normalmente tienen acceso a planes de pensiones complementarios. No nos parece admisible, tras más de una década de debate público en torno al déficit creciente de la caja de la Seguridad Social, cuando se acaba de aprobar el Mecanismo de Equidad Intergeneracional dirigido a sostener la cobertura de las pensiones de la generación del llamado '*baby boom*', que se recuperen medidas que implican una reducción de ingresos para el sistema público de pensiones"[47].

El Dictamen aprobado en Comisión mantuvo el estímulo, pero varió su orientación de manera sustancial. Lo hizo con la incorporación de un apartado 4 a la nueva disposición adicional 47ª LGSS, para establecer que, "conforme al principio de separación de fuentes consagrado en el Pacto de Toledo y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109.1 a) y en la disposición adicional trigésima segunda de esta ley, el coste de la reducción de cuota por contingencias comunes previsto en esta disposición adicional se financiará anualmente mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social".

Parecía, de este modo, que quien llevaba la iniciativa parlamentaria atendía (al menos parcialmente) las recomendaciones de sus socios en el Gobierno y de aquel con quien había acordado su abstención. Así al menos lo presentaba el comunicado de este último partido cuando, de manera harto significativa, dejaba constancia sobre cómo "el acuerdo cerrado este mismo jueves asegurará que ni un solo euro de la Seguridad Social, del sistema público, sea destinado al fondo de pensiones, evitando así la descapitalización de la Seguridad Social y blindando las pensiones públicas y su sostenibilidad. De esta manera, EH Bildu ha conseguido desbaratar la intención de las derechas de utilizar esta ley para introducir y extender los fondos de pensiones privados mediante beneficios para quien pueda pagárselos. Una suerte de salvase quien pueda que venía a debilitar el sistema público de pensiones que debe ser, y seguirá siendo, el pilar fundamental del sistema".

Considerando por la contraparte como "uno de los aspectos más lesivos de la ley", su entidad no debió ser valorada como tan trascendente cuando en la tramitación parlamentaria subsiguiente desapareció, sin que conste ninguna manifestación a tal respecto y sus consecuencias desde el punto de vista de financiación de la partida.

3.5. Los aspectos sociales y ambientales en la inversión de los fondos de pensiones

Otro punto de controversia y de cambio sustancial en la tramitación parlamentaria fue el relativo al régimen de inversión de los fondos de nueva creación.

[47] Justificación a la enmienda núm. 59 formulada por el Confederal Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, p. 57.

Por ejemplo, y bajo el parecer del Grupo Ciudadanos, el impacto social y medioambiental no habrían de ser tenidos como criterios decisivos, pues "si bien compartimos, en sí, los objetivos de responsabilidad social y sostenibilidad que se pretenden impulsar, no es este el lugar adecuado para hacerlo. En su caso, debe corresponderle a cada fondo de pensiones la determinación de qué fines pretende potenciar, que podrán ser estos u otros. Por cuanto hace al sector público, se debe reducir al mínimo el potencial uso político o partidista de los planes de empleo de promoción pública, más aún teniendo en cuenta que su objetivo prioritario debe ser la seguridad y el retorno de las inversiones con el fin de asegurar las pensiones. El frente de inversiones más sostenible deberá hacerse, en su caso, con la creación de un nuevo regulatorio y de incentivos que hagan esas inversiones de por si más atractivas por su seguridad y su retorno"[48].

Frente a tal parecer, ambos factores constituyen una presencia constante en algunas enmiendas formuladas por la representación del Grupo Plural, en concreto de Más País-Equo, incidiendo en que los fondos no habían de ser invertidos en empresas o negocios que contaran con alguna sede en paraísos fiscales, quedando igualmente excluidos cuanto hubieran cometido delitos medioambientales o laborales en el plazo (ampliado desde la versión inicial) de 10 años[49].

Criterio, este último, que queda incorporado a la versión final de la norma, como igualmente lo fue el añadido a la formulación anual de cuentas por las entidades gestoras que, también y precisamente a partir de otra enmienda del Grupo Plural (Más País-Equo), habrían de "dar a conocer con detalle en qué sectores se han invertido los fondos, desglosando sectores y empresas para poder realizar un efectivo control de la responsabilidad fiscal, social y medioambiental del fondo"[50].

3.6. Los acuerdos, tras las diferencias iniciales, con el socio de gobierno

Toda la tramitación parlamentaria aparece impregnada por la tensión derivada del hecho de que los integrantes de la coalición en el Gobierno, además de no haber podido consensuar un texto previo, a lo largo de la tramitación parlamentaria no dudaron en mantener posiciones abiertamente enfrentadas en puntos sustanciales de la futura norma.

Constan, a estas alturas del discurso, los elementos de enfrentamiento que llevaron a los votos particulares por los que el Grupo Socialista se desvinculaba del apoyo inicial conferido al contenido de algunas de las enmiendas (las formuladas entre los núms. 56 a 60) por el Grupo Parlamentario Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común. Recuperar la confianza y la unidad de acción pasó por llevar a un compromiso político cuanto se había intentado introducir por la puerta de atrás en esta reforma legal.

En ese sentido, conviene recordar la enmienda de coalición destinada a eliminar el tope máximo en las bases de cotización. Su justificación ni siquiera trataba de disimular la falta de conexión con la materia que concitaba la atención, pues aparecía añadida a un discurso de carácter general, bajo cuyo tenor la modificación postulada del art. 19.2 LGSS encontraba fundamento en la idea de que "la supresión de los topes máximos de cotización supone un mecanismo redistributivo de los recursos de Seguridad Social de modo que las rentas más altas contribuyan de forma proporcional a su renta al sostenimiento del sistema de Seguridad Social. Este aumento de cotizaciones puede paliar de algún modo los desequilibrios estructurales en cuanto a la financiación de la Seguridad Social cumpliendo a la vez con el factor de sostenibilidad de las

[48] Justificación a la enmienda núm. 136 formulada por el Grupo Ciudadanos, pp. 122 y 123.

[49] Justificación a las enmiendas núms. 48, 50, 51, 52 y 53 formuladas por el Grupo Plural (Más País-Equo), pp. 50-52.

[50] Con la escueta y ritual alusión a "mejora técnica", la justificación a la enmienda núm. 49 formulada por el Grupo Plural, p. 50.

pensiones conforme al Pacto de Toledo, ya que el aumento de cotizaciones supone el aumento de los fondos propios del sistema. Es necesario promover medidas dirigidas no a mermar, sino a garantizar la sostenibilidad financiera del primer pilar de nuestro sistema de previsión social, de manera que las rentas más altas contribuyan en mayor medida a su sostenimiento"[51].

Al igual que ocurrió con el compromiso alcanzado con EH Bildu, la solución al conflicto interno abierto se adoptó al margen de la norma defendida por la portavoz del Grupo Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, presentada como un intento de avanzar en la negociación para llevar en futuro inmediato a la eliminación del límite en la cotización máxima.

Acuerdo ratificado por el Ministro del ramo, pero sentando que el anuncio efectuado por los socios "no es ninguna novedad" pues, se trataba de "una de las medidas ya comprometidas con la Comisión Europea a abordar una vez finalizada la reforma del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en el seno del diálogo social"[52].

3.7. Dos matices importantes introducidos por el gobierno en sede parlamentaria

A fin de facilitar la incorporación mayoritaria a estos instrumentos, obran cambios importantes en el concepto de discriminación y antigüedad mínima para participar en un plan de empleo, pues no cabrá considerarlo contrario al derecho fundamental cuando la totalidad del personal esté acogido o en condición de acogerse al mismo, sin poder exigir más que una antigüedad rebajada, desde los dos años anteriores, al mes para poder acceder a su beneficio.

Previsión establecida a partir de la enmienda formulada por el Grupo Socialista, que justifica su introducción bajo el siguiente tenor: "la actual regulación establece un periodo máximo de dos años para que los trabajadores de una empresa que tenga un plan de pensiones de empleo puedan acceder al mismo como partícipes a no ser que las especificaciones del propio plan establezcan un período de antigüedad en la empresa inferior".

Esta modificación pretende acortar el plazo en el que un trabajador pueda ser partícipe del plan de pensiones de su empresa a partir de un mes de antigüedad en la misma para facilitar su acceso y que sea, efectivamente, no discriminatorio con respecto a los trabajadores de la misma empresa con una mayor antigüedad en esta.

Aunque el plazo establecido actualmente en la Ley es un plazo máximo, a la hora de negociar este aspecto de las especificaciones de los planes de pensiones de empleo, de no haber acuerdo, se tiende a fijar el plazo establecido en la Ley y lo que se pretende es reducirlo para agilizar el acceso a esos trabajadores con menor antigüedad al plan de pensiones de empleo de su empresa[53].

A su lado, también cabrá dar cuenta de la enmienda que toma cuerpo en otra más extensa, perfilada sobre el texto original por el propio Grupo Socialista para regular la adaptación no solo de los planes de pensiones preexistente, como figuraba en la Iniciativa, sino también de otros instrumentos de previsión social empresarial previos, con el objetivo de "equiparar el tratamiento de los distintos instrumentos de previsión social empresarial". Se propone ampliar la posibilidad que otorga la redacción actual de la disposición adicional décima a los planes de pensiones de

[51] Justificación a la enmienda núm. 60 formulada por el Grupo Confederal Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, pp. 57 y 58.

[52] EFE: "El Gobierno salva los planes de pensiones tras un complejo trámite en el Congreso", 9 junio 2022, https://www.efe.com/efe/espana/economia/el-gobierno-salva-los-planes-de-pensiones-tras-un-complejo-tramite-en-congreso/10003-4828176

[53] Justificación a la enmienda núm. 112 formulada por el Grupo Socialista, p. 106.

empleo previos de transformarse en planes de pensiones de empleo simplificados al resto de instrumentos de previsión social empresarial empleados por las empresas para la exteriorización de los compromisos por pensiones asumidos con sus trabajadores.

Con el mismo objetivo de equipar el tratamiento que reciben los distintos instrumentos de previsión social empresarial [se] amplía la posibilidad de mantener los instrumentos ya existentes a los efectos de los futuros acuerdos colectivos sectoriales que puedan instrumentar los compromisos de pensiones a través de planes de pensiones de empleo sectoriales simplificados[54].

4. Conclusión

Después de haberse acogido (y discutido o remodelado en su caso) la enmienda del Grupo Plural núm. 49, las del Grupo Confederal Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común núms. 56 a 60, las del Grupo Vasco (EAJ-PNV) núms. 104 a 106, las del Grupo Socialista núms. 109, 111, 112 y 114 y las del Grupo Ciudadanos núm. 133, 134 y 137, así como 17 transnacionales más, el Dictamen fue aprobado por 19 votos a favor, 12 en contra y 6 abstenciones anunciadas.

Lo más difícil parecía haberse salvado. Así lo demostró la votación en el Pleno del Congreso, donde el Proyecto de Ley contó con el apoyo de PNV, Ciudadanos y PDeCAT y la abstención de EH Bildu, para un total de 172 votos a favor, 164 en contra (PP, Vox, ERC, CUP y Más País-Equo) y las 6 abstenciones enumeradas.

La incertidumbre presidió hasta el último momento la votación en el Senado, con un empate por tres veces consecutivas (126 votos a favor, 126 en contra y 4 abstenciones), que dejó expedito el camino para la publicación de la norma en plazo.

Conocer la distinta proveniencia de algunas de las previsiones incorporadas al texto final, así como su justificación última, no siempre coincidente en sentido final de la norma, podrá servir para una adecuada exégesis futura de la ley y, en particular, habría de ser convenientemente sopesada en el futuro desarrollo reglamentario. Este es el objetivo del presente análisis; como siempre, *sine ira et studio*.

5. Bibliografía

Álvarez García, S. y Aparicio Pérez, A.: "Un análisis de la fiscalidad de los sistemas de previsión social", *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, núm. 11, 2010. https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/11390/RevistaUniversitariadeCienciasdelTrabajo-2010-11-Unanalisisdelafiscalidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Apalategui Cabra, J.M.: "Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica", *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 33, 2017.

Arias, R.: "Un error del PSOE permite que el Congreso apruebe destopar las bases máximas de cotización", *65 y mas.com*, 2 junio 2022.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XIV Legislatura, Serie A, 4 marzo 2022.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XIV Legislatura, Serie A, 13 junio 2022.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XIV Legislatura, Serie A, 19 abril 2022.

[54] Justificación a la enmienda núm. 114 formulada por el Grupo Socialista, p. 108.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XIV Legislatura, Serie A, 31 de marzo 2021.

Bravo Fernández, C.: "Comunicado sobre anteproyecto de ley de pensiones de empleo", 2022.

COMISIÓN EUROPEA: *Annex to the Commission Decision approving the Operational Arrangements between the Commission and Spain pursuant to Regulations (EU) 2021/204*, C (2021) 7903 final, 20 octubre 2021, tablas 313 a 315 y 341 y 342.

Chislett, W.: "Spain's state pension conundium", *Blog Real Instituto Elcano*, 23 diciembre 2021.

De la Fuente, A.; García Díaz, M.A. y Sánchez Martín, A.R.: "Algunas reflexiones sobre el informe del Pacto de Toledo y los planes del Gobierno en materia de pensiones", *Mediterráneo Económico*, núm. 3-4, 2021.

De la Fuente Lavín, M.: "El Pacto de Toledo y la política de pensiones: recorte del gasto, contributividad y financiación", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 28, 2021.

De la Luz Juárez, G. y Daza Sánchez, A.: "Seguridad social en España y los fondos de pensiones", *Análisis Económico*, Vol. 19, núm. 41, 2004.

DIARIO SIGLO XXI: "La Ley del Fondo Público de Pensiones pasa al Pleno del Congreso con la abstención de Vox y el voto en contra del PP", *Diario Siglo XXI*, 2 junio 2022.

EFE: "El Gobierno salva los planes de pensiones tras un complejo trámite en el Congreso", 9 de junio 2022.

EH-BILDU: "EH Bildu acuerda con el Gobierno aumentar un 15 % las pensiones no contributivas y cerrar la puerta al debilitamiento de la Seguridad Social", 2 junio 2022.

EUROPA PRESS: "Escrivá llevará la norma de los fondos de pensiones de empleo al Consejo de Ministros del próximo martes", 18 febrero 2020.

Fernández Bernat, J.A.: *El régimen jurídico de los Planes de pensiones del sistema de empleo*. Universidad de Granada, Tesis Doctoral, 2007.

Fernández Domínguez, J.J.: "El impulso de los planes de pensiones de empleo", *Briefs de la AEDTSS*, 13 julio 2022.

Ferrari San Juan, J. y Velarde Díaz, C.: "Los empresarios aceptarían la ley del fondo público de pensiones con incentivos fiscales atractivos", *El Economista*, 21 febrero 2022.

Gala Durán, C.: *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual (II Parte)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

Giménez Maluenda, J.: "Los sistemas complementarios, los otros pilares de nuestro modelo de previsión social", en *Observatorio de los Sistemas Europeos de Previsión Social Complementaria* (recogido de *El Periódico* 10 julio 2020.

Giménez Maluenda, J.: "Luces y sombras en la reforma de las pensiones del ministro Escrivá", en *Observatorio de los Sistemas Europeos de Previsión Social Complementaria* (tomado de *La Vanguardia*, 22 abril 2022).

GOBIERNO DE ESPAÑA: *II Informe de situación del Plan de Recuperación*, abril 2022.

GOBIERNO DE ESPAÑA: *Plan Anual normativo 2021. Anexo II. Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia*, 2021.

Gómez de la Torre del Arco, M.: "Ventajas fiscales de las aportaciones y las prestaciones de los planes de pensiones y sistemas alternativos de previsión social", *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 48, 2015.

Gorospe Oviedo, J.I.: "La sostenibilidad de las pensiones públicas y su conexión con los planes de pensiones privados en la Unión Europea", *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 157 enero-marzo, 2013.

IBERLEY: *Regulada (con efectos de 1 de enero de 2023) la reducción de cuota a la Seguridad Social por contribuciones empresariales a los planes de pensiones.*

LA LEY: *Plan de pensiones (fiscalidad)*, 2022.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIA: *Plan integrado de actuación para el año 2012*, 2012.

MINISTERIO DE TRABAJO: *Estadística de convenio colectivo. Datos provisionales 2021*, 2022.

Newtral: "Los sindicatos, escépticos ante los planes de pensiones colectivos que impulsa el Gobierno", *Newtral*, 23 febrero 2020.

Padrín García, Y. y García Boza, J.: "Fiscalidad de los planes y fondos de pensiones en España: evolución y actualidad", *Ciencia y sociedad*, Vol. 31 núm. 3, 2006.

Pérez Algar, F., *La interpretación histórica de normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1995.

Pérez Alonso, M.A.: "El factor sostenibilidad en España", *Lex Social*, Vol. 6, núm. 2, 2016.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J.: "Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm 30, 2014.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J.: "El criterio histórico en la interpretación jurídica", *Dereito*, Vol. 22, núm. Extraordinario, 2013.

La agencia Española de Seguridad Social: Un punto de apoyo para la sostenibilidad del modelo

Octavio Granado Martínez
Exsecretario de Estado de la Seguridad Social 2004-2011 y 2018-2020

1. Introducción

Cuando se comentan en los análisis sociológicos las particularidades de los sistemas de Seguridad de los países de la Unión Europea, siempre aparecen algunos elementos. Uno de ellos, la escasa presencia en España del segundo y tercer pilar de protección, consecuencia sin duda de la falta de cultura fiscal de los españoles, pero también de la mala experiencia de los ciudadanos en las sucesivas crisis financieras. También la enorme confianza que depositan todos los ciudadanos en el sistema de Seguridad Social público. Dentro de esa confianza, una parte sustancial se debe al funcionamiento de la administración de Seguridad Social, en comparación con los de otras administraciones públicas.

Esa confianza está disminuyendo a pasos agigantados. La desaparición de la actividad presencial de la administración durante la pandemia fue especialmente perjudicial para los colectivos con menor conocimiento de la informática o de la digitalización, y dentro de estos colectivos los pensionistas y los aspirantes a pensionistas son uno de los más significados. Por citar un ejemplo basado en los propios datos de la Administración de Seguridad Social, las quejas sobre el funcionamiento del INSS, que fueron de 381 en el año 2011, (el último de mi primer ciclo de mandato); en 2020 y 2021 hubo 3.009 y 2.007 respectivamente, dato recogido por UGT en las propias estadísticas del INSS. Por cierto, que el propio sindicato refleja en sus publicaciones que la decisión sobre si la actividad de los empleados públicos es presencial o se realiza trabajo telemático también es diferente en cada provincia y servicio.

No es algo irrelevante. Según los datos de EUROSTAT, a través de SEPROSS (Sistema de Estadísticas de PROtección Social), la Unión Europea a 28 destinó en 2018 (último año de estadísticas consultadas) un 1,2 % del PIB a gastos de administración, funcionamiento y otros. Este gasto supuso que dentro del gasto social, un 4,3 % se destinaba a gastos de funcionamiento de la Administración. En España, ese mismo año, la proporción de gastos de funcionamiento fue del 0,4 % del PIB, lo que supuso un 1,7 % de los gastos realizados. Es evidente que en esto influye el modelo español, vinculado al reconocimiento de prestaciones definidas con criterio exclusivamente contributivos, pero cuando en los mismo términos comparativos EUROSTAT analiza los diferentes sistemas tiene palabras de reconocimiento al esfuerzo modernizador realizado en la Seguridad Social española, y que se traducen en indicadores de tiempos de gestión de prestaciones, de respuesta a las demandas, y de pronunciamientos judiciales favorables eran superiores a los de otros países. Cuando el Estado Español tuvo que hacer frente en 2005 a una regularización extraordinaria de más de setecientos mil inmigrantes que se hallaban trabajando en situación irregular dentro de nuestras fronteras, el procedimiento seguido fue la afiliación a la Seguridad Social y el organismo que gestionó dichas regularizaciones la Administración de Seguridad Social. Cuando se planteó hace cuatro años la posibilidad de que fuera imprescindible la regularización de la gestión de las prestaciones sanitarias y de la residencia en España de más de cuatrocientos mil ciudadanos del Reino Unido, los proyectos del Gobierno pilotaban sobre la actuación de la Seguridad Social.

Ahora, ¿Esta valoración positiva de la opinión pública se mantiene en estos momentos? Vayamos con un análisis somero de la actual situación y de sus antecedentes.

2. El contexto histórico

Desde que en el año 1900 el Gobierno Dato estableció en la Ley de Accidentes de Trabajo la responsabilidad de los propietarios de las instalaciones industriales en los accidentes que tuvieran lugar en los mismos con ocasión de la actividad de las mismas, se hizo necesaria la creación de unos instrumentos administrativos para hacer posible la ejecución de las normas de protección social. En el caso de la ley de 1900, la responsabilidad de los empresarios obligó a los mismos a asociarse en mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales para evitar los riesgos económicos de la protección en los casos de accidentes colectivos. El deseo de los gobiernos de extender las figuras de protección social se tradujo en 1908 en la creación del Instituto Nacional de Previsión, encargado de la gestión del Seguro Obligatorio de Vejez (luego SOVI), que coexistía con las prestaciones de las diferentes mutualidades corporativas.

Después de la guerra civil, la creación del seguro de enfermedad se vinculó a las mutualidades. Cuando la mala situación económica del país y la desastrosa gestión de las organizaciones mutualistas amenazaron el futuro de las prestaciones que debían cobrar millones de trabajadores, la Ley General de Seguridad Social salió al rescate de las mismas integrando en sucesivas tandas las mutualidades en el Sistema Público de Seguridad Social, incluyendo a sus trabajadores en los servicios públicos y abonando con cargo a las cotizaciones del conjunto de los trabajadores, las prestaciones en peligro por la ruina de las mutualidades. La Seguridad Social integró primero asalariados de la industria, los servicios, y la minería, luego trabajadores del campo y por cuenta propia, hasta llegar a las empeladas de hogar, los religiosos, etc. Hoy en día, es prácticamente universal, y después de la extinción paulatina de los regímenes de funcionarios (desde 2011 no hay nuevos ingresos), sólo restan mutualidades en algunas profesiones (abogacía, arquitectura) que son alternativas o sustitutorias de la misma.

Esta extensión que cubre prácticamente todas las actividades económicas se realizó paralelamente a la extensión de las prestaciones, que se generalizaron en cuatro grandes bloques:

pensiones y prestaciones públicas de incapacidad y muerte y supervivencia; prestaciones de desempleo; atención sanitaria; y unos servicios sociales incipientes. Para atender a la gestión específica de cada uno de los bloques temáticos en que se organizaba la protección social, el antiguo INP se desagrega en el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el Instituto Nacional de Salud (INSALUD, luego Instituto de Gestión Sanitaria, INGESA), el Instituto Nacional de Servicios Sociales (luego Instituto de Mayores y Servicios Sociales, IMSERSO) y el Instituto Nacional de Empleo (INEM, luego Servicio Estatal de Protección al Empleo). La recaudación de las cotizaciones con las que se abonarían las prestaciones, además de las transferencias del Estado, se realizaría por un servicio común, la Tesorería General de la Seguridad Social, que luego verían como se desarrollaban, con un grado menor de institucionalización, la Intervención General de la Seguridad Social, la Gerencia de Informática y el Servicio Jurídico.

3. Los esfuerzos contemporáneos

Como se ha indicado con antelación, en términos sociológicos, la institución de la Seguridad Social es bien valorada por los ciudadanos españoles, y esta valoración implica la menor penetración que tienen en España tanto el segundo como el tercer pilar del sistema de protección, los fondos de pensiones individuales o vinculados a la negociación colectiva, carencia que intenta resolverse ahora por el Gobierno con un proyecto de ley que intenta permitir un desarrollo razonable de éstos, que aspira con ambición a que lleguen a sectores de empresas con escaso número de trabajadores. En la cohorte de edad de mayores de 65 años, la inmensa mayoría de los hogares españoles tienen en las pensiones su principal fuente de ingresos., incrementada por la revalorización anual de las pensiones, indiferente a los ciclos económicos Consecuencia de esta omnipresencia y de la ausencia de recursos financieros alternativos, la sociedad española vive con angustia los problemas económicos del sistema, sobre los que inciden instituciones privadas para conseguir el aseguramiento y la suscripción de productos financieros individuales.

Esta preocupación permanente por la situación económica del sistema llevó a diferentes políticas públicas. Desde comienzos de los años 90, se articuló una política de separación de las fuentes de financiación, que perseguía destinar las cotizaciones sociales en exclusiva a la financiación de pensiones (incapacidad, otras prestaciones) y desempleo, y atribuir la financiación de la sanidad y de los servicios sociales, cuya gestión había sido transferida a las comunidades autónomas, a los ingresos tributarios del Estado, lo que se consiguió en su totalidad en el año 2000, aunque los cotizantes a la Seguridad Social siguieron financiando con cuotas los complementos a mínimo de las pensiones (financiadas al 100 % por el Estado en 2012) y las prestaciones no contributivas de desempleo. El *Pacto de Toledo,* acuerdo parlamentario sobre la Seguridad Social que con todos sus defectos es mirado con respeto fuera de nuestras fronteras, señaló que todas las políticas que no tuvieran una naturaleza puramente contributiva debían financiarse con ingresos tributarios, lo que solo se ha conseguido el año 2021. En el año 2000 el acuerdo del Gobierno con los sindicatos alumbró la creación de un Fondo de Reserva de la Seguridad Social, que debía concentrar los superávits financieros del nivel contributivo del sistema, y que llegó a tener más de 60.000 millones de euros en 2011, pero luego se destinó a financiar el déficit de un sistema de pensiones que había puesto en marcha diferentes reformas, en 1985, 1997, 2007 y 2011, pero que había sido incapaz de llegar a un mínimo consenso para articular nuevas medidas en 2013 (subidas del 0,25 % anual de las pensiones y disminución de las mismas inversamente proporcional al crecimiento de la esperanza de vida a los 65 años). El Fondo volverá a crecer con un suplemento de cotización aprobado el año pasado, pero en todo caso el previsible crecimiento diferencial de las prestaciones en un año de intensa inflación, no disminuye la preocupación de los pensionistas.

En términos de gestión del sistema, el confinamiento establecido en marzo de 2020 por la pandemia de COVID 19 obligó al cese de la actividad presencia en las oficinas de la Seguridad Social y al trabajo telemático de la inmensa mayoría de los empleados del sistema. Los sectores de la administración más dirigidos hacia colectivos sociales con menores conocimientos de la tramitación por procedimientos informáticos vieron claramente empeorar la calidad de los servicios que recibían de la administración, a pesar de que la misma realizara un enorme esfuerzo para garantizar que las prestaciones básicas pudieran reconocer si que se produjeran periodos largos de interrupción de rentas. Comparativamente con otras prestaciones, nuestro balance es más favorable, aunque en términos generales puede traerse a colación el aforismo de Agustín de Hipona "Si me analizo me denigro, si me comparo me ensalzo".

En las localidades y en las áreas de gestión de prestaciones con mayores déficits de efectivos, las dificultades fueron mucho mayores, y lógicamente estas situaciones, ya existentes pero en menor grado en ejercicios anteriores, fueron puestas de relieve por medios de comunicación, y sindicatos de trabajadores. Esta situación además se produce tras unos años de reducción de efectivos constantes en la administración de Seguridad Social. En el año 2000 la plantilla de la Seguridad Social era la típica de la administración pública española, con un número elevado de efectivos de los grupos con menor cualificación y carencias importantes en los colectivos formados específicamente (médicos, informáticos, auditores, letrados). Con mucha dificultad la política restrictiva de recursos públicos, común a todos los gobiernos con independencia del color político dificultaba la entrada del número de nuevos funcionarios y funcionarias. En cada sector se habilitaron soluciones paliativas: la Gerencia de Informática multiplicó hasta un punto de cautividad inaceptable sus asistencias técnicas, se habilitaron acceso a las plantillas de empleados de otros sectores de la administración (miles de trabajadores de Correos pasaron a la Seguridad Social), etc. En todo caso, nuestra administración ha conseguido reequilibrarse parcialmente disminuyendo su apariencia piramidal (altas/bajas cualificaciones), y la informatización de procesos ha conseguido que muchas prestaciones se reconozcan de forma prácticamente automatizada con menores necesidades de trabajo no cualificado, pero no ha podido enmascarar el que los tiempos de respuesta empeoren, y que la satisfacción de los ciudadanos disminuya.

Cuando se ha intentado en términos políticos responder a esta relativa decadencia en la gestión, la alternativa diseñada por los directivos de la Seguridad Social y apoyada por la representación de los empleados públicos se orientó hacia la simplificación administrativa del modelo funcional. En este momento, la existencia de dos estructuras diferentes dedicadas al reconocimiento y abono de prestaciones (INSS) y a la recaudación de cotizaciones y gestión de ingresos (TGSS) mantiene zonas de duplicación e interferencia, la duplicidad de cargos en determinadas provincias, una duplicidad de estructuras que partiendo de necesidades de trabajo diferentes ha acabado dificultando que se cubran vacantes peor remuneradas, y en general se percibe como generadora de más inconvenientes de que ventajas. La dificultad estructural para pasar de una entidad a otra ha acabado provocando que la IGSS, la Gerencia y el Servicio Jurídico unifiquen sus estructuras por su cuenta, y ahora se plantea la creación de la Agencia como una elemental y urgente necesidad funcional, cuestión que vamos a analizar en el siguiente apartado.

4. La creación de la Agencia Estatal de la Seguridad Social, una respuesta a una situación perentoria

En el discurso sindical o de simple reacción ante una situación de crisis funcional, la Agencia de la Seguridad Social aparece como una respuesta a la carencia global de medios imperante en la actual administración, que ya no puede paliarse con medidas coyunturales como contrataciones singulares de efectivos temporales o apertura del concurso de traslados a funcionarios de otros

departamentos. Sería pues una Agencia de constitución urgente, para garantizar el bajo nivel de costes administrativos del sistema de protección social y el uso eficiente de unos recursos humanos insuficientes.

En cuanto a la forma de constitución de la Agencia, como bien indica la UGT en la Administración de Seguridad Social (escrito de su responsable de sección al Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de abril de este año), no estamos hablando de los artículos 108 bis y siguientes que en el año 2020 se han incorporado a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, que han incorporado a la misma las agencias estatales como entidades de derecho público creadas para el "cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolla la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias". Como bien señala el escrito del representante sindical, la propia Ley aclara que no está pensando en la Seguridad Social a la hora de realizar esta transmutación, que acarrearía nuevos problemas y dejaría a la Administración de Seguridad Social con problemas añadidos a los que actualmente sufre. Estamos hablando, necesariamente, de una Ley de creación de la Agencia que añada sus artículos al Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, modificando las numerosas referencias que se hacen en el mismo al INSS y la Tesorería. Una Agencia que tendría un departamento de recaudación y otros de pago de prestaciones, y que asumiría casi todas las funciones del INSS (posteriormente se indicará que se propone que algunas cuestiones residuales pasen a las comunidades autónomas), el pago de las pensiones ya reconocidas por el ISM, y prácticamente todas las funciones que asume actualmente la TGSS.

Planteada la posibilidad de constituir una Agencia Estatal, pueden aparecer dudas sobre el impacto del periodo trasitorio en el que culmine su constitución. Dudas razonables , pero si las ventajas de su constitución existen, cuanto antes comience la compactación de procesos en las entidades y servicios afectados, antes concluirá el inevitable periodo transitorio, con los problemas propios de estas situaciones. No obstante, debemos conocer que las sinergias y las economías de escala que se desarrollarían con la simple fusión del INSS y la TGSS no se apreciarían hasta pasados algunos años, y los problemas de encaje suscitados por la fusión tendrían relevancia inmediata.

Para paliar estos problemas de encaje, la Administración debe intentar generar una cultura común en torno a unos objetivos compartidos. Un ejemplo personal sobre una situación similar: Mi padre y mi madre eran funcionarios del Instituto Nacional de Previsión; habían entrado en el INP por las oposiciones de los años 50; en las comidas familiares mis hermanos y yo comenzamos a conocer de referencias unos individuos con un comportamiento diferente al de nuestros progenitores, los "de las mutualidades". Eran los empleados que se habían integrado en el Instituto provenientes de las mutualidades laborales extinguidas. Reproducir este esquema de absorción, en el que se aviven los agravios comparativos de los diferentes trabajos y encomiendas (en particular, las diferencias retributivas) sería negativo, y en todo caso debería buscarse una estrategia para hacer este proceso digerible.

De no tener un planteamiento claro con un horizonte temporal razonable , en una situación extrema sería los desencajes acabarían generando una situación de caos, que los adversarios de cualquier cambio achacarían a la imprudencia de haber modificado una estructura anterior que para ellos y ellas funcionaba mejor. Y que con un tema sensible, y en un momento de delicado, los medios de comunicación generaran una atención excesiva a esta situación.

Por situarnos en el escenario temporal de los próximos años, que intenta ser abordado específicamente por la temática escogida para este Simposio, la creación de la Agencia coincidirá con un momento complicado para la administración de la Seguridad Social, el de la jubilación de

los *baby boomers*. Como es bien sabido, en Europa y el norte de América tiene lugar una eclosión de nacimientos al final de la Segunda Guerra Mundial, que se prolonga hasta mediados de los años cincuenta del siglo pasado. En España, la represión y la emigración después de nuestra guerra civil coinciden con un país destruido, sin ningún Plan Marshall que fomentara la reconstrucción, y con malas cosechas del sector agrario. Solo cuando esta situación carencial se resuelve mínimamente comienza el *baby boom* español, precisamente cuando está disolviéndose el europeo. Este *baby boom* acabará cuando la muerte del general Franco acaba con una de las señas de identidad más negativas de su Régimen, el rechazo integrista de los medios de control de la natalidad. La democracia trajo los preservativos, anticonceptivos, después la legalidad de la interrupción del embarazo y con ello la tasa de natalidad disminuyó abruptamente. El movimiento pendular y la falta de una política respetuosa con los deseos de las personas (hacer posible con ayudas públicas que se tengan los hijos deseados en el momento deseado) ha ocasionado que España sea uno de los países del mundo en dónde el primer hijo llega a la edad más elevada de la madre. Este país, con una fecundidad y natalidad bajísimas, va a tener un volumen de jubilaciones enorme de los nacidos en años con más de 600.000 natalicios, y esta situación no va a resolverse exclusivamente con la inmigración. En este sentido, la Agencia de Seguridad Social es un objetivo en sí mismo, pero también una pieza más de una estrategia social que debe hacer frente a una sociedad en cambio social y cultural.

5. Concepto y experiencias de partida

Retrocedamos a los orígenes del término en el derecho moderno. Podemos fijar con mucha imprecisión, pero también con sentido utilitarista, el origen conceptual de la Agencia que se desea proponer en la administración USA. La *Administrative Procedure Act* de 1946 define literalmente "Agencia es cualquier autoridad del Gobierno de los Estados Unidos, esté o no sujeta al control de otra agencia, con exclusión del Congreso y de los Tribunales." El concepto parte pues de dos cuestiones fundamentales, las agencias federales corresponden al Gobierno federal (no a los territoriales -estatales-), y gozan de autoridad en sus decisiones. Es evidente una simpatía conceptual entre la misma y el concepto de Agencia en la legislación norteamericana, que reserva el término para órganos con presencia en todo el territorio del estado, por oposición a otros órganos de la administración territorial.

En términos más académicos, el especialista en Derecho Tributario Albert Hensel señaló en 1927 como "El hecho de asignar la ejecución de determinadas leyes a determinado tipo de organización es a menudo algo decisivo para el efectivo contenido de la norma". Si el nivel contributivo de las pensiones públicas está asignado a una entidad que conceptualmente corresponde a la Administración del Estado, estamos estipulando que dentro de los poderes públicos mencionados en el artículo 50, el papel que en la garantía de suficiencia económica corresponda a las pensiones públicas debe ser ejecutado por dicha administración. Lo cual permitirá a dicha entidad asumir esta obligación con el plus de autoridad que se la supone desde su formulación. Y nos permitirá ahorrarnos el por definición estéril debate sobre las competencias, que impregna la política española contemporánea.

Se defiende pues en estas líneas una Agencia que no solo resuelva la endémica carencia de efectivos, o que garantice la carrera profesional de los trabajadores de la Seguridad Social, sino que sea capaz de generar una nueva cultura de la jubilación en el sistema de protección social español. Evidentemente, una apuesta muy ambiciosa, pero no menos que los hitos de institucionalización por los que ha pasado la Seguridad Social : La Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, la creación del Instituto Nacional de previsión, el Seguro de Vejez, el Seguro Obligatorio de Enfermedad, la Ley de Seguridad Social, la desagregación del INP, las diferentes reformas…. Hitos de institucionalización que se han basado en la aprobación de nuevas estructuras o de nueva

normativa, pero que siempre han posibilitado a la Administración asumir nuevas funciones en una sociedad que cambia en su mercado de trabajo, en sus relaciones sociales, en sus valores

Es interesante hacer una mínima reflexión sobre el tratamiento de las pensiones en la Constitución Española de 1978. En su artículo 50 recoge que "Los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales…". En el artículo 149.1, a la hora de fijar la competencia exclusiva del Estado sobre las diferentes materia, el punto 17 señala ésta sobre "Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. Cabe suponer que a los constituyentes les parecía imprescindible fijar la revalorización periódica de las pensiones, después de muchos años en los que no existía claramente obligación de revisar la cuantía de las prestaciones. También que los servicios de la Seguridad Social, en su acepción económica ("prestación humana que satisface alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales", RAE) estaban en la voluntad del constituyente llamados a la ejecución por parte de las Comunidades Autónomas. Pero no hay una referencia en el texto constitucional al sistema público de pensiones como contributivo, lo que no ha impedido que el desarrollo de la contributividad del sistema haya garantizado la adecuación y periódica actualización de las pensiones, y con ella la suficiencia económica de la tercera edad, dando perfecto cumplimiento al texto constitucional. En este sentido, si es razonable definir como uno de los objetivos de la Agencia seguir garantizando mediante la adecuación y periódica actualización de las pensiones, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad, es razonable pensar que la definición esencialmente contributiva del sistema ayuda a la consecución de este objetivo.

6. Una Agencia pensada como punto de apoyo desde el que lanzar una serie de reformas para garantizar la sostenibilidad del sistema

Hemos comentado suficientemente la situación de carencia de recursos humanos y exigüidad de medios materiales con las que la administración de Seguridad Social se verá obligada a afrontar un periodo de crecientes tareas y de cambios sociales profundos. Con este punto de partida, el proceso de creación de la Agencia, debe implicar la puesta en marcha de reformas que impulsen la sostenibilidad del sistema. Y estas reformas, a su vez, deben realizarse a través de un proceso que tenga determinados requisitos, condiciones de partida. La primera, un amplio consenso parlamentario. La segunda, el proceso debe comenzar con un periodo de preparación, de generación de una cultura común, deba implicar no solo una simple modificación de la Relación de Puestos de Trabajo o de la estructura del departamento. La tercera, una perspectiva temporal que permita a la misma afrontar gastos crecientes con un margen de maniobra razonable, que debe partir de la consolidación de los ingresos propios del sistema y no solo de las transferencias del Estado. El texto legal que defina la Agencia, debe servir para servir de punto de apoyo para la resolución de problemas enquistados en el tiempo, y dar a la Agencia el margen de maniobra necesario para afrontar sus responsabilidades con solvencia. Sin ánimo exhaustivo alguno, vamos a señalar algunas de las cuestiones que podrían abordarse en el momento de la creación de la Agencia, y que mejorarían notablemente la situación actual.

7. Una revisión del Texto Refundido sin los problemas de la perspectiva prestacional

La creación de la Agencia, en el marco de la Ley General de Seguridad Social, permitiría una revisión del Texto Refundido de la Ley que no tuviera que afrontar un marco de discusión caracterizado por el deseo de los grupos parlamentarios de revisar el cálculo de las prestaciones,

añadir o restringir las mismas, o introducir nuevos elementos que intenten adecuarse a las modificaciones del mercado del trabajo. Perspectiva que ha impedido hasta ahora los intentos de reescribir una nueva Ley General de Seguridad Social, cuya discusión parlamentaria, en un momento en el que las mayorías absolutas de grandes partidos parecen pertenecer a un tiempo histórico superado, sería algo poco deseable para cualquier gobierno. La creación de la Agencia permitiría una modernización de la estructura de la ley, que es muy necesaria. El actual texto tiene una mezcla de contenidos que son más propios de normas de rango reglamentario, y carece de otros que son comunes a las normas de protección social aprobadas durante los últimos años. Por poner un ejemplo, no existe un artículo que reconozca los derechos y las obligaciones de los cotizantes, ni una carta que integre de forma inteligible todas las prestaciones del sistema. No basta con modificar la estructura de la Seguridad Social, sino el funcionamiento del sistema para hacerlo más flexible y accesible a los ciudadanos.

8. Una definición de las actividades económicas que impida que se generen lagunas y que se adecúe a las tendencias futuras

El actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social sigue manteniendo muchos elementos comunes con la legislación de los años sesenta, y en este sentido, es un texto antiguo, que no ha incorporado por ejemplo las referencias inevitables en la legislación postconstitucional de derechos y deberes de los administrados. En cuanto a las actividades económicas, las referencias de la Ley vienen de la mano del campo de aplicación de la Seguridad Social. Aunque la extensión del trabajo asalariado y la incorporación de los colectivos de empleados públicos parecen definir un futuro bastante controlado, cada vez son más frecuentes las actividades mixtas en las que no puede definirse con precisión dónde comienza el trabajo asalariado y dónde continúa el trabajo por cuenta propia. Esto es especialmente grave en los supuestos en los que se ha fabricado, partiendo de la letra de la ley, una relación cuyo objetivo es justificar la no cotización a la Seguridad Social. Sucede con frecuencia en los ámbitos de las actividades deportivas (jugadores que perciben sueldos pero no son trabajadores por cuenta ajena, los árbitros a los que su Federación les fabrica una circunstancia con la que justifican la imposibilidad de cotizar a ningún régimen en concreto), las actividades artísticas (músicos que organizan espectáculos en los que son empresarios, y a la vez participan en otros como miembros de conjuntos asalariados, artistas que realizan *performances),* algunas actividades financieras. Lo mismo sucede con la definición de lo que se considera actividad agraria para justificar su inclusión en los sistemas especiales, que ha sufrido cambios sustanciales poco justificados y lo que se considera actividades pesquera en el caso de la recolección de mariscos, que se considera acreedora al tratamiento homólogo con la pesca si se realiza en el mar (aunque sea a decenas de metros de la costa) y no acreedora a ese tratamiento en costa (aunque la actividad obligue a sumergirse en el agua). La creación de la Agencia podría permitir la redifinición del actual "campo de aplicación" como conjunto de actividades sometidas a la obligación de cotizar a la Seguridad Social, que esencialmente serían todas las actividades económicas en las que exista remuneración, lo que evitaría las lagunas presentes. Y debería definir de forma sencilla el encuadramiento, generando si es necesario un ámbito específico para las actividades que se realizan en varios campos de aplicación.

9. Los niveles contributivo y no contributivo

Sobre lo que se considera nivel contributivo no parecen existir demasiadas dificultades, pero en lo que viene a denominarse nivel no contributivo existe una primera mezcla que genera bastante confusión, entre las prestaciones vinculadas al derecho de ciudadanía y las vinculadas a la carencia de recursos. En todo caso, las referencias en el vigente texto legal ofrecen algunos motivos de confusión.

En la actualidad, los últimos niveles salariales en las cotizaciones por desempleo y en pensión pueden carecer de naturaleza contributiva, ya que no generan derechos vinculados a la cotización. Las actividades compatibles con el cobro total o parcial de la pensión ofrecen otras dudas. En las prestaciones, las actividades preventivas o formativas que realizan las mutuas colaboradoras entre los trabajadores que prestaban servicios en las empresas adheridas y que han obtenido pensiones de incapacidad total o parcial, pero se mantienen en el ámbito del mercado de trabajo, tienen un vínculo contributivo muy tenue. Los subsidios por defunción son claramente no contributivos. Y muchas de las encomiendas que el INSS asumió en su día (las pensiones del síndrome tóxico, las pensiones del FAS (antiguo FONAS) no tienen ninguna naturaleza contributiva. La defensa de la Agencia como estructura estatal con competencia exclusiva clara debe suponer el paso de situaciones de asistencia social a las administraciones competentes, con la misma firmeza que se defiende la competencia exclusiva del estado en la regulación y gestión de la Seguridad Social.

Ha aparecido con la gestión por parte del Ingreso Mínimo Vital por parte de la Administración de Seguridad Social la cuestión de si es o no ésta la administración que debe entender de las pensiones y subsidios que se otorgan a las personas que cumplen con el requisito de carencia de ingresos, y que viven incluso en situaciones de carencia o exclusión.

La constitucionalidad de esta gestión es cosa juzgada. Otra cosa es la ejecución cotidiana de los procedimientos de concesión de prestaciones. El estilo de trabajo de la Seguridad Social casa mal con las actividades de averiguación de las situaciones de pobreza, y en consecuencia, dependemos de otras administraciones. En el caso del IMV, dependemos no solo de los servicios sociales municipales, sino del criterio del secretario de cada ayuntamiento de cuando emitir o no un certificado de empadronamiento en casos siempre dudosos, grises en vez de blancos o negros. Para la averiguación de las rentas personales compatibles con el complemento a mínimo, dependemos esencialmente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de las Haciendas Forales (de los territorios provinciales en el País Vasco y de la Hacienda de la Comunidad en Navarra). Como ya se ha comentado con anterioridad, la intensificación del carácter contributivo del sistema español de pensiones no ha tenido efectos negativos para la igualdad y la solidaridad, y en este sentido no sería preciso crear en el ámbito de la Seguridad Social un departamento de asistencia social para realizar el seguimiento de las rentas de los pensionistas o beneficiarios en general. Además de que lo razonable sería sin duda reforzar los servicios sociales básicos, de atención primaria, en ayuntamientos, mancomunidades, cabildos y consejos insulares, diputaciones, etc, para que hagan frente al seguimiento del conjunto de ayudas públicas de todos los sectores de forma integrada, tal y como ya lo hacen en los casos de emergencias energéticas, de vivienda, ayudas por escolarización, ayudas de alimentos, etc. La creación de la Agencia nos debe permitir reclamar la exclusividad competencial de nuestro trabajo, y aceptar sin reticencias la colaboración de otras administraciones en la asistencia social, sin cambiar la naturaleza de nuestra función. Concentrar los esfuerzos en las prestaciones contributivas será especialmente útil en un periodo temporal en el que la gestión debe dedicarse más a analizar la actividad compatible de los pensionistas con su pensión, o a impulsar los planes de pensiones colectivos, antes que a evaluar su nivel de pobreza.

10. La redefinición de lo que se considera estructuralmente Seguridad Social

En la actualidad, en el Texto Refundido se considera dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social en su artículo 42.1 la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común, la recuperación profesional, las prestaciones familiares en sus modalidades contributiva y no contributiva, las prestaciones de servicios sociales, los beneficios de asistencia social complementarios que puedan otorgarse a las prestaciones… En el artículo 42.2 se considera que cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar

o modificar las prestaciones contributivas de la Seguridad Social forma parte del Sistema de Seguridad Social, lo que por cierto nunca se ha aplicado cuando una Comunidad Autónoma ha ampliado las prestaciones sanitarias establecidas en las leyes estatales. El hecho de que la Seguridad Social sea la única institución del Estado que cuenta con presencia en todo el territorio nacional con frecuencia justifica el hecho de que deba hacerse cargo de las prestaciones de asistencia sanitaria del Seguro Escolar que no quieren asumir las Comunidades Autónomas, o que deba ser el organismo de enlace del Estado con los países de la Unión Europea a efectos de la asistencia sanitaria que se presta en el territorio de la Unión a nacionales fuera de sus fronteras. Que en estos momentos el INGESA, como heredero del INSALUD, gestione diversos establecimientos de referencia y la asistencia sanitaria en Ceuta y Melilla, y que el IMSERSO gestione nominalmente las pensiones no contributivas y las ayudas del Estado a las situaciones de dependencia y de falta de autonomía personal, no justifica demasiado que se sigan considerando entidades gestoras de la Seguridad Social, a juicio del que esto escribe, y esta situación general el hecho de que aunque las leyes hablen de la asistencia sanitaria como algo independiente del sistema de pensiones, el 80 % de los españoles siguen hablando del sistema sanitario como Seguridad Social. Se produce en los textos que regulan la acción protectora una cierta confusión en la determinación de que se consideran prestaciones del nivel no contributivo, vinculadas en el Texto Refundido a la carencia de rentas, y en el caso de la asistencia sanitaria y de la acción de los servicios sociales vinculados simplemente al estatuto de ciudadanía de españoles y residentes en España.

11. Una política de personal que permita una carrera y un reconocimiento social de los principales colectivos de trabajadores

En las posiciones reactivas que predominaban con los gobiernos anteriores en la Administración Pública española, no era menor una percepción de que cualquier creación de una Agencia provocaría una expansión indeseable del gasto público. Realmente, esta consideración estaba basada en la experiencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en la que las cuestiones de personal se trataban de forma aparentemente neutral a través de un presupuesto aprobado por autoridades ajenas a la AEAT, que sometían a límite todos los conceptos, pero que luego declaraban la posibilidad de que los ingresos provenientes de la recaudación por actos de liquidación tuvieran la naturaleza de créditos ampliables, al margen de los límites presupuestarios con la que operaban las transferencias recibidas del Tesoro. Créditos que al final acababan generando gastos sin que existiera déficit presupuestario alguno.

No parece razonable solicitar de este auténtico privilegio se extienda, pero sí cabe solicitar que las plantillas de la Agencia puedan cubrir sus efectivos sin acudir a Comisiones (la Comisión Interministerial de Retribuciones, y su brazo ejecutivo, la CECIR) que solo existen para negar aquiescencia, y que las retribuciones de los trabajadores no inviten a que todos los organismos con límites laxos en su contratación de personal, bien por la exigüidad de sus plantillas, bien por su capacidad para crear puestos del altos niveles de complemento de destino y específicos, utilicen a la Seguridad Social como una escuela de formación de la que nutrir su plantilla. En este sentido, situaciones como la de la Gerencia de Informática con un abuso de asistencias técnicas que impide que sean funcionarios públicos quienes realicen muchas tareas reservadas para ellos, la carencia de medios en la Inspección Médica, en los servicios jurídicos, en muchas direcciones provinciales, no puede ser el fundamento con el que se cree la Agencia.

En otro orden de cosas, la política retributiva de la Seguridad Social, que durante mucho tiempo ha sido objeto de intensas críticas por el peso para algunos excesivo de sus complementos de productividad, debería tal vez ser el ejemplo en el que se midieran otros departamentos endémicamente aquejados de una asfixiante igualdad retributiva en el que la única forma de

mejorar la calidad de vida es disminuir la carga y responsabilidad en el trabajo, para cobrar lo mismo que se percibía trabajando más.

12. Una política patrimonial que haga real en el patrimonio la separación de fuentes de financiación

La separación de las fuentes de financiación como ya se ha indicado con anterioridad tuvo un primer cierre cuando se alcanzó la total financiación de los ingresos del sistema sanitario y de servicios sociales a cargo de tributos del Estado, un segundo cierre cuando el Estado asumió el 100 % de los complementos a mínimo, y un tercer cierre cuando un conjunto de prestaciones, como el complemento de igualdad de género, o las reducciones de cotización a cotizantes agrarios, del mar (pescadores y marinos) o las tarifas planas para autónomos fueron asumidos por el Estado, cumpliendo con un mandato de la Comisión del *Pacto de Toledo* que se ha venido reiterando desde 1995, y que ha cumplido por primera vez este Gobierno.

No obstante, esta separación de fuentes no ha tenido lugar en el balance patrimonial de la Seguridad Social, manteniéndose la indeseable situación de que la Administración de Seguridad Social es titular virtual de todo el patrimonio afecto a usos sanitarios o de servicios sociales, que antes gestionaban el INSALUD y el INSERSO. Titularidad que solo genera a la Seguridad Social gastos y problemas, ya que no obtiene ningún rendimiento de estos bienes.

La contabilidad patrimonial de la Seguridad Social sí tiene sin embargo registrado como parte de su pasivo los préstamos otorgados por el Estado al terminar la posibilidad de que el Fondo de Reserva cubriera el déficit del organismo. Préstamos, por cierto, que la propia Intervención General de la Administración del Estado consideró en 2017 que no podían considerarse como tales a la luz de los requisitos establecidos para estas operaciones por el Sistema Europeo de Cuentas en su Reglamento, ya que nunca había existido un plan para el reembolso de tales préstamos, mas bien al contrario, eran prolongados automáticamente cuando vencía el periodo exigido para un desembolso que nunca se producía.

En términos auténticamente irrelevantes para el Tesoro, la creación de la Agencia debería permitir que todos los complementos a mínimo financiados con cotizaciones sociales, y todos los bienes afectos a usos sanitarios y sociales, fueran entregados al Estado en dación a los préstamos otorgados en los plazos previstos para su vencimiento, para que en términos de balance patrimonial no existieran deudas de la Seguridad Social con la Administración del Estado. Después de esta operación, como es lógico, el Estado debería transferir a las Comunidades Autónomas los edificios y solares que existen en cada territorio, a fin de que las Comunidades Autónomas pudieran realizar una gestión activa de su patrimonio sanitario y de servicios sociales, que ya ha sido posible anticipar en algunos lugares mediante permutas de cosa futura entre hospitales antiguos y nuevas construcciones.

13. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social que necesitaría la Agencia

La ruptura de la situación que existía en 1996 entre la Inspección de Trabajo y la TGSS generó en su día muchos problemas, que al resueltos frecuentemente gracias a la buena voluntad de las personas intervinientes. En el año 2018 se elevaron, en el mismo momento en que se produjo la alternancia en el Gobierno de la Nación, la elevación de las actas de inspección que consideraban que en muchos centros de trabajo de empresas cárnicas, mataderos y otras, los trabajadores debían encuadrarse en el Régimen General, en vez de en el RETA. Las denuncias que habían motivado dichas actuaciones solicitaban que a los trabajadores presionados para darse de alta en el RETA se les devolvieran las cotizaciones que, de acuerdo con la normativa, figuraban

como pagadas. La solución más fácil y adecuada a los intereses de la Seguridad Social era que llegaran a un acuerdo empleados y empleadores y pasaran a formar parte del Régimen General, sin modificar las cotizaciones anteriores. Pero esto ha resultado imposible, o mejor dicho, ha debido ser resuelto en mucho casos por sentencias judiciales. En Cataluña, dónde la Inspección de Trabajo gestionada por la Generalitat mantiene una relación más parecida a la existente en 1996, se adoptó un acuerdo entre trabajadores y empresa en el grupo Jorge que ha resultado más difícil en otros lugares.

Podríamos hablar de las actuaciones iniciadas en los casos en que personas que ya cotizan por la base máxima tienen una relación laboral exigua con un centro educativo, que se producen a pesar de que nadie sale beneficiado con la actuación, de los problemas que planteaba la antigua cotización por accidentes de trabajo, de las diferencias de criterio que abren procedimientos judiciales en una provincia (a veces en un municipio) cuando la misma situación en un lugar vecino es contemplada de otra forma. Sin perjuicio de los convenios de la OIT suscritos por España, debería ser posible buscar una nueva relación que respetara los criterios de la Seguridad Social, sin general la paradoja de que la protección social es el único sistema comunitario que tiene cuerpos de inspección ajenos a su estructura funcional.

14. Y al final, una conclusión.

Estas líneas han sido redactadas no desde una perspectiva económica. Tampoco desde una perspectiva estrictamente jurídica, aunque es evidente que tienen implicaciones financieras y jurídicas de calado. Puede parecer que son demasiadas tareas, pero en realidad los cambios sociales y económicos harán aparecer otras nuevas. Simplemente, las modificaciones que está experimentando el concepto de familia y el mercado de trabajo impondrán al sistema de protección social una redefinición continua.

El punto de vista del presente escrito parte, eso sí, de un apriorismo: La convicción de que en estos momentos la confianza de los españoles en la Seguridad Social es una de las principales fortalezas del sistema. Si esta confianza se deteriora, sería posible un proceso que acabaría con el sistema de reparto tal y como lo conocemos. La principal amenaza pues no sería tanto de una insostenibilidad económica, sino que los españoles contemplaran una modificación sustancial de la Seguridad Social como algo no solo inevitable, sino conveniente ante la degradación de los procesos recaudatorios y prestacionales. El depósito de confianza que manifiestan los españoles en la Seguridad Social es el más intenso e importante que tiene lugar en su vida. Una persona empieza a cotizar en su juventud. A lo largo de su vida, podrá cambiar de profesión, de país, de religión, mantener o cambiar su orientación sexual, haber formado una familia, formado otras, cambiado incluso de sexo. Todos estos cambios no alterarán su relación con la Seguridad Social. Cuando la necesite, ésta cumplirá su parte en el acuerdo

En todo caso, nadie espera que todas estas cuestiones deban acometerse con la creación de la Agencia, aunque sería positivo que el texto legal que la alumbrara dejara puertas abiertas con un cierto sentido de flexibilidad. Éstas no son reflexiones de un jurista, sino de una persona preocupada por el futuro de la Seguridad Social, que piensa que "la principal obligación de las leyes es mantener la cohesión social" (E. Durkheim), y que desearía que en un momento de obligaciones financieras en crecimiento, la Agencia no naciera lastrada con problemas funcionales que la impidieran funcionar debidamente. O que las nuevas discusiones en curso, como el protagonismo público en los planes colectivos de pensiones, se agoten antes de empezar a andar. En todo caso, lo que sirva que se perfile con acierto, y lo que no sirva, que se deseche sin tardanza

"Dixi et salvavi animam meam"

Post scriptum

Diversos contenidos de este texto han sido formulados con mayor o menor extensión en diferentes intervenciones orales sobre la situación de la Seguridad Social en el momento actual.

Los empleados de ETT y las mejoras de Seguridad Social en la empresa usuaria. Entre la jurisprudencia clásica y las nuevas interpretaciones doctrinales

Raúl López Baelo
Abogado laboralista (Labormatters Abogados)
Profesor asociado (U. Carlos III de Madrid)

1. Contexto y evolución legislativa en el derecho a la igualdad retributiva de empleados de ETT

Se ha señalado con corrección que la retribución supone un elemento primordial (y añadimos, problemático) en la consolidación del modelo de gestión del empleo temporal[1].

Sin embargo, la centralidad de este componente salarial no ha evitado una casi incesante polémica doctrinal y jurisdiccional acerca de los límites y caracteres que habrían de allanar el abrupto terreno de la igualdad entre empleados de la empresa usuaria y trabajadores puestos a disposición de la misma desde ETT.

La originaria Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal diseñaba en su artículo 11 un mandato a tal efecto que, a la postre, se constató insuficiente: se desarrollaba un derecho a la remuneración según la normativa convencional aplicable en la propia ETT, o en su defecto, en el convenio colectivo de la empresa usuaria.

[1] Molero Marañón, M.L.: *El régimen de retribución del personal de las empresas de trabajo temporal, "Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal", edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, 2009.*

Tal literalidad, desde luego, no aseguraba una equiparación retributiva entre ambos colectivos, tan siquiera ante la eventualidad de que la empresa de trabajo temporal no contase con tablas salariales propias integradas en su convenio colectivo.

Con ocasión en la promulgación de la Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, la redacción del artículo 11 -que siempre se ha preservado como referencial en los aspectos aquí abordados- sufre una alteración de calado en su tenor, al sustituir la atribución convencional por una mención a "la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo".

Parte de las implicancias de esta reforma deben buscarse en el marco y contexto de la negociación colectiva en dicho momento. Así, se ha identificado un elemento llamativo desde una óptica tanto cronológica como finalística: la premura y pronta suscripción del I Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, lo que entonces se achacó a dos factores decisivos: una presunta carencia de fuerza negociadora por parte de las fuerzas sindicales, y, acaso con una mayor intensidad, la previsión de que la competencia de precios correlativas a las condiciones salariales se desplace al plano de los convenios de empresa, lo cual podría entrañas una empeoramiento en el plano retributivo de mayor relieve.[2]

A propósito de la anterior reforma, vinieron a destacar MERCADER UGUINA y ESCUDERO RODRÍGUEZ lo limitado de las previsiones allí contenidas en la materia abordada, reseñando que "el resultado de tal opción legal es una mayor apertura en este punto que, en general, puede colocar en situación de ventaja a aquellos trabajadores que presten sus servicios en una empresa usuaria a la que es de aplicación un convenio propio y no el sectorial."[3]

La redacción precedente se mantuvo incólume más de una década, concretamente hasta la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en que dicha equivalencia retributiva vino a vincularse a "las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto.", esclareciendo siguientemente el precepto que la remuneración ha de ser considerada como una de dichas condiciones esenciales.

Una primera lectura del nuevo tenor propuesto por el legislador debe servir para advertir la supresión (como límite) del convenio colectivo como fuente de la equiparación salarial; o, por decirlo en palabras de VALDÉS DAL-RÉ, la modificación de un sistema que hasta entonces se había configurado bajo la premisa de un contenido material que quedaba delimitado *per relationem*.[4]

No debe perderse de vista, ni huelga recordar, que esta última normativa sirvió para regularizar en el plano legislativo determinados imperativos ordenados por la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, incluidas ciertas modificaciones referidas al principio de igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y los trabajadores de las empresas usuarias, según se reconoce en el propio Preámbulo de la normativa nacional.

---

[2] López Sánchez, M.C.: "Régimen retributivo de los trabajadores en misión", *Actualidad Laboral, Nº 27, 2002, Ref. XXXI, p. 541, tomo 2, Editorial LA LEY*

[3] Mercader Uguina, J.R. *y* Escudero Rodríguez, R.: *"La Ley 29/1999, de reforma de la Ley 14/1994, sobre empresas de trabajo temporal: un empeño a medio camino (y II)", Relaciones Laborales, N.º 11, Quincena del 1 al 15 Jun. 2000, p. 661, tomo 1, Editorial LA LEY*

[4] Valdés Dal-Ré, F.: "La garantía de ingresos salariales en favor de los trabajadores puestos a disposición", *Relaciones Laborales, Nº 2, Sección Editorial, Quincena del 16 al 31 Ene. 2001, p. 15, tomo 1, Editorial LA LEY.*

En efecto, el artículo 5 de la citada Directiva supondría el parangón comunitario del art. 11 de la normativa nacional, expresándose en los siguientes términos. La semejanza entre ambos preceptos es subrayable y prácticamente absoluta, siendo por tanto la internalización nacional del instrumento europeo meramente transcriptiva.

Se trata, en efecto, de la vigente redacción; por tanto, no se trata de una circunstancia menor la definición ofrecida por el texto comunitario al intrincado concepto de la "condición esencial de trabajo": "las condiciones de trabajo y empleo establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias."

Ello constituye una redacción congruente y debe entroncarse frontalmente con lo reflejado en el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No es posible eludir, ciertamente, que el objeto de la norma comunitaria es la equiparación de condiciones (no solo salariales), pero que sin embargo su ámbito de actuación únicamente alcanzaría, como vemos, a la disposición de carácter general, no así, como acertadamente se ha delimitado por la doctrina[5], a las mejoras producidas al amparo de la autonomía individual (promociones, condiciones contractuales individuales…).

A fin de cuentas, el régimen salarial de estos empleados en misión arrastra una problematización histórica desde la legalización de estos métodos de intermediación en los países occidentales durante los años sesenta y setenta. De forma elocuente, comentaristas de su normativización en España -desde luego, más tardía- reflejaron a mediados de los 90 que "sin duda, uno de los mayores problemas suscitados por esta novedosa intermediación legal de mano de obra y por la relación tripartita que la caracteriza es el concerniente a las condiciones salariales del trabajador cedido en contraste con las videntes en la empresa usuaria", lo cual conminaba a concluir que "cesión es sinónimo de precarización, pues en muchos casos las empresas usuarias recurren a las ETT como medio de abaratar costes salariales".[6]

Es de hacer notar, en lo que aquí interesa, que el corpus normativo citado no se detiene, en ninguna de sus versiones históricas objeto de análisis, en la eventual exclusión de conceptos retributivos a modo de excepción en cuanto a la igualdad de trato. En cambio, dicha ausencia de exclusión no ha sido necesariamente interpretada por los Tribunales como un mandato a la igualdad total en dicho plano.

2. Asimilación por los órganos judiciales de la evolución normativa sectorial

Una vez esbozado el histórico legislativo de esta tipología de agencia privada, con específica atención a la propugnada igualdad de trato entre empleados de la empresa usuaria y trabajadores de la ETT, procede abordar, siquiera de un modo amplio, el modo y forma en que los órganos de la jurisdicción social han venido interpretando, al socaire de la norma vigente en cada momento, este principio de igualdad de trato.

Para ello, según ha sido enunciado en líneas precedentes, se prestará una mirada especialmente atenta a las mejoras en materia de seguridad social.

---

[5] Monereo Pérez, J.L.; López Insua, B.M.: "Límites al uso abusivo de la contratación temporal en Empresas de Trabajo Temporal: cuestiones conflictivas y garantía del principio de igualdad de trato", *La Ley Unión Europea, Nº 86, noviembre 2020, Wolters Kluwer.*

[6] De Prada García, A.: *Las empresas de trabajo temporal y el principio de igualdad, Boletín de la Facultad de Derecho, núms. 10-11, 1996, pp. 468.*

En efecto, se ha apuntado[7] que, carácter previo a la reforma transpositiva de la Directiva comunitaria (Ley 35/2010), se venía interpretando muy ampliamente tanto la mención al convenio colectivo recogida en la redacción originaria, como la posterior ligada a las condiciones de trabajo y empleo.

Así las cosas, ya en la STS, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2002 (Rec. 70/2002), hacía gala el Alto Tribunal de dicho criterio extensivo:

> *"Para cumplir la finalidad de equiparación salarial perseguida por el actual art. 11 de la Ley 14/1994 es obligado interpretar la referencia del mismo al «convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria» en un sentido amplio, que comprenda las distintas modalidades de la negociación colectiva que se encargan de determinar retribuciones, cualquiera que sea su naturaleza y eficacia. De no ser así el efecto útil de la norma se vería perjudicado en todos aquellos supuestos, bastante frecuentes en la vida de las empresas, en que o bien no existe un convenio colectivo aplicable que se haya tramitado por el cauce del Título III del ET, o bien las retribuciones de los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general se han elevado a través de acuerdos o pactos de empresa."*

Esta línea interpretativa ha sido larga y pacíficamente refrendada por la Sala; baste citar, entre otras, la STS, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2007 (Rec. 104/2005); STS, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2009 (Rec. 4262/2007) o, de un modo más reciente, la STS, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2020 (Rec. 110/2009).

Ahora bien, no se trata de una tesis omnicomprensiva y recaería en error quien, ante la amplitud de la mentada doctrina, interpretase que todo concepto incluido en un instrumento empresarial colectivo ha de ser satisfecho en iguales términos a las personas trabajadoras de la empresa usuaria y a las pertenecientes a la ETT.

A continuación, se disgregará lo que podrían afirmarse como etapas/ciclos en la doctrina judicial y jurisprudencial respecto a los conceptos retributivos excluibles de la norma general antes reflejada, esto es, la de la igualdad de trato (también salarial) con respecto a los empleados de las sociedades usuarias. Ello, con especial hincapié, como es menester, en la equiparación respecto a las mejoras de seguridad social.

2.1. Tesis clásica: la igualdad de trato no engloba las mejoras de seguridad social

La presente línea interpretativa aparece inaugurada jurisprudencialmente por la connotada STS, Sala de lo Social, de 18 de marzo de 2004 (Rec. 23/2003), en que se niega el derecho de un trabajador de ETT a percibir un complemento de Incapacidad Temporal -analizando precisamente el art. 11 de la entonces vigente Ley 29/1999-, por entender que se trata de un complemento no salarial no vinculado al puesto de trabajo.

Así, y como recuerda la STS, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2020 (Rec. 110/2019), la ETT está obligada a satisfacer todas aquellas partidas retributivas que la usuaria abona a sus empleados/as si la obligación de pago de ésta última surge de cualquier acuerdo colectivo o decisión de carácter general, a saber:

[7] Calvo Gallego, F.J.; Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal", *Relaciones Laborales, Nº 21/22, Sección Doctrina, Noviembre 2010, Año XXVI, p. 251, tomo 2.*

> *"Y, para ello, es evidente que no se contempla que la ETT haya debido ser parte en la negociación del convenio o acuerdo de la usuaria. De lo que se trata es de que no existan diferencias salariales entre personas trabajadoras que prestan servicios en la misma empresa, con independencia de que sean empleadas directamente o hayan sido puestas a disposición por una ETT."*

Como vemos, la motivación del Tribunal reside más bien en el carácter salarial/extrasalarial del concepto concreto (tesis ya superada, como veremos en subsiguientes líneas), y en menor medida, en su naturaleza como concesión en materia de seguridad social.

De modo posterior en el tiempo, y sentando a nuestro juicio una doctrina más estable y favorable a la sistematización, la STS, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2007 (Rec. 104/2005), en que se enmienda la anterior línea, para instituir la línea divisoria y frontera respecto a la equiparación salarial en si dicha percepción concreta está directamente relacionada con el trabajo desempeñado.

Ello conduce al TS a concluir la existencia de tres grupos diferenciados de percepciones: un primero correspondiente a las indemnizaciones o suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral, que como decimos sí habría de ser retribuido en igualdad de condiciones a los empleados de las ETT; así como un segundo y tercero concernientes tanto a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la llamada acción social empresarial como a las indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral. Ambas categorías estarían excluidas, como decimos, de la equiparación preceptuada en el art. 11 de la normativa sectorial de las ETT, como corolario de no constituir, en puridad, conceptos retributivos ligados al trabajo desempeñado para la empresa usuaria -con independencia, reiteramos, de su naturaleza estrictamente salarial-.

Este cauce doctrinal abierto por la anterior sentencia es ratificado como "lógico", y por tanto constituido en jurisprudencia en puridad, por la STS, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2009 (Rec. 4262/2007), pese a que la casuística del caso no pareciera exigir verdaderamente dicha reflexión amplia, máxime al tratarse de una prima de producción, percepción alejada por tanto de lo aquí tratado.

Sea como fuere, lo cierto es que parece indiscutible la consolidación de una línea doctrinal favorable a una creciente homogeneidad entre las condiciones retributivas de los empleados con independencia de que formen parte de la empresa usuaria o de la empresa de trabajo temporal.

2.2. Tesis extensiva de derechos: la equiparación retributiva no debe excluir, per se, ningún concepto

Debe advertirse, de modo preliminar, la inexistencia de pronunciamientos posteriores emitidos por el Alto Tribunal que dejen sin efecto o revoquen lo que habríamos calificado como "tesis clásica". Razón por la cual, de modo ineludible ha de aseverarse como línea judicial imperante, y necesariamente referencial a los presentes efectos.

Ello es óbice, como ha sido preludiado, a la sucesiva aparición de precedentes provenientes de otros órganos judiciales, donde -sin obviar tales *dictum*- se reinterpretan a la vista de la nueva legislación tanto nacional como comunitaria en la materia. Si bien no se esgrime por general de forma explícita, la línea seguida en parte de estos nuevos pronunciamientos presupone en el orden lógico la inaplicabilidad de dicha tesis judicial clásica tras la promulgación tanto de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo como

de la citada Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

En un emplazamiento prominente, dado el esfuerzo hermenéutico y dialéctico del que hace gala, hemos de ubicar la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 17 de enero de 2019 (Rec. 6677/2018).

Haciendo síntesis de la doctrina explicitada en la misma, la inclusión de las mejoras voluntarias de Seguridad Social en el escenario de equiparación retributiva se refrenda con base en las siguientes motivaciones:

I.- En pulcritud terminológica, el concepto "retribución" -del que se vale por la legislación aplicable- no englobaría, necesariamente y en exclusiva, las gratificaciones carácter salarial.

II.- Por otro lado, y con amparo en la doctrina científica, el Tribunal asevera que la normativa nacional no habría hecho uso ni incluido en su desarrollo una excepción a la igualdad de trato retributiva, cuestión que habría de haberse incluido, según esta línea, de forma específica.

III.- La conjunción entre las distintas revelaciones jurisprudenciales, aportación doctrinal y evolución legislativa, así como la necesidad de interpretar la aplicación de un derecho fundamental desde una óptica no restrictiva, conducen al TSJ a dictar una resolución que, cierto es, parece frontalmente contraria a la doctrina previa de la Sala Cuarta.

Haciendo abstracción de la elogiable labor expositiva del Tribunal Territorial en la sentencia dictada, lo cierto únicamente se controvierten en la misma -o se cuestionan en su aplicabilidad al supuesto enjuiciado- la STS, Sala de lo Social, de 18 de marzo de 2004, así como la sentencia del mismo Tribunal de fecha 7 de febrero de 2007.

Por ello, se han omitido en su valoración precedentes del Alto Tribunal cuyo interés para la resolución del conflicto pudiera haber resultado relevantes y de alta pertinencia.

De forma complementaria, los órganos judiciales han declaro el derecho de los trabajadores en misión provenientes de ETT a percibir una prima extraordinaria por COVID-19 (SAN, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 2022 (Rec. 112/2022); paga de beneficios (STS, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2020 (Rec. 110/2019) o paga extra de vacaciones (SJUE, Sala Sexta, de 12 de mayo de 2022 (C-426/2020), lo cual da buena cuenta de la amplitud y carácter heteróclito de las problemáticas suscitadas más de una década después de la última reforma de calado en la materia.

De igual forma, y ya bajo la redacción actual de la legislación aplicable, parte de la doctrina ha continuado manteniendo (alejándose así de la línea seguida por la precedente aquí comentado del TSJ de Cataluña), lo siguiente:[8]

> *"Se dejan fuera a efectos salariales las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la acción social de la empresa y los complementos por incapacidad temporal, así como las indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral. Las mejoras voluntarias, en concreto las concedidas unilateralmente por el empresario a sus trabajadores, no tienen que ser extendidas a los trabajadores cedidos al no estar relacionadas con el puesto de trabajo y ello no supone efectivamente una práctica discriminatoria."*

[8] López Ahumada, J.E.: "Reflexiones sobre el aumento de la protección de los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal: garantías y ausencias desde la óptica de la flexiseguridad", *Temas laborales núm. 116/2012, pp. 89-124.*

3. Reflexiones finales

Corolario a lo enunciado en páginas precedentes, se podría concluir un avance tanto legislativo como doctrinal tendente a una equiparación retributiva en alza entre los empleados de la empresa usuaria y los pertenecientes directamente a la ETT.

Empero lo anterior, dicha igualdad no ha alcanzado cotas absolutas, con la salvedad de pronunciamientos aislados, al menos por el momento, dictados por órganos de suplicación, y no ratificados en casación a día de la fecha por el Tribunal Supremo.

En tal sentido, no es eludible la circunstancia de que existe jurisprudencia consolidada previa que limite la extensión de dicha igualdad retributiva, excluyendo - además de las gastos o suplidos, así como indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral- las mejoras voluntarias de Seguridad Social.

Si bien no es descartable un próximo viraje en la línea doctrinal seguida por el Alto Tribunal, dada la orientación que han seguido las alteraciones en la materia en las dos últimas décadas, resulta motivo para la reflexión las dificultades que pudiera acarrear la inclusión de los empleados contratados por ETT en determinados planes empresariales que dan sustento a dichas mejoras a la Seguridad Social, dada la prototípica restricción temporal de dicha clase de contratos -en la realidad, de difícil encaje con determinadas previsiones pensadas para una relación laboral de largo alcance-.

Y, todavía con mayor intensidad en la problemática, su eventual encaje en planes de previsión social, cuyo ámbito subjetivo podría verse perturbado por la inclusión de un colectivo no previsto en su régimen reglamentado.

Ello no obstante, parece obvio el beneficio para el sistema común y las previsiones de futuro del mismo con la incorporación de dicho colectivo, que a junio de 2022 -último dato disponible- se situaba según la Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral del Ministerio de Trabajo y Economía Social en 1.812.897 personas trabajadoras, lo cual da buena cuenta de la envergadura y dimensiones del debate aquí entablado.

La mejora de la estabilidad del sistema de pensiones, a través del ahorro privado y colectivo

Carlos José Martínez Mateo
Profesor Ayudante Doctor
Acreditado Contratado Doctor
Universidad de Málaga

I. Introducción

El sistema de pensiones se encuentra en una situación comprometida como consecuencia del crecimiento progresivo de la tasa de dependencia.

En este sentido, la viabilidad del sistema de reparto (como el que tenemos actualmente en España) necesita de una reforma aún más eficaz, pues se está viendo también afectado por factores como el incremento del gasto en pensiones (de mayor magnitud que el de pensionistas), el aumento progresivo de la esperanza de vida, la deuda y el gran déficit de la Seguridad Social. Esta necesidad de replanteamiento del sistema de pensiones es compartida por la UE, el BCE y OCDE, las cuales, han emitido una serie de recomendaciones muy eficaces sobre posibles reformas a incorporar en nuestro sistema de pensiones entre las que destaca el fomento del desarrollo de la previsión complementaria.

En este escenario, como es sabido, la aprobación por el Congreso de las recomendaciones del Pacto de Toledo dará lugar a una próxima reforma del sistema, por lo que, para la pervivencia de éste, se hará necesario seguir estas directrices europeas estableciendo una serie de medidas jurídico-sociales destinadas a equilibrar el contrapeso del Sistema Seguridad Social, con la ayuda de los ahorros tanto a nivel individual como colectivo los cuales funcionarán como esa previsión complementaria.

En este último aspecto, las pensiones privadas se convierten en una solución viable. Como punto de partida, y a la espera de la llegada del gran fondo de pensiones públicas, del lado de los planes y fondos de pensiones, disponemos de una legislación específica que en la actualidad está conformada por el RD-Leg. 1/2002, de 29 de diciembre (TRLPFP) y su pertinente desarrollo reglamentario contenido en el RD 304/2004, de 20 de febrero (RPFP). Del resto de instrumentos de previsión social, conviene destacar el RD-Leg. 6/2004, de 29 de octubre (TRLOSSP)[1].

Logrando mediante la promoción y la información pública la concienciación del pueblo sobre la necesidad planificar la jubilación a nivel individual y colectivo utilizando los medios públicos y privados, se conseguirá un sistema de pensiones viable y con garantías de futuro.

1. La situación de las pensiones en España

1.1. La dificultad de obtención del derecho a pensión y prestaciones complementarias

En nuestro país, no todos los trabajadores pueden llegar a obtener el derecho a la obtención del derecho a una pensión pública el cual nace cuando se cumplen los requisitos establecidos en relación con la misma por la ley vigente en el momento en que se produce el hecho causante.

Si se toma como ejemplo la pensión contributiva de jubilación, que es la que más exigencia de cotización supone y la que, en principio, todo trabajador aspira a obtener, se observa que, para obtenerla, se exigen una serie de requisitos muy taxativos que no todo trabajador tiene (edad, carencia, cese en la actividad, etc.)[2].

Este fenómeno no sólo es característico de las pensiones de jubilación, en el ámbito de las prestaciones complementarias como son los planes de pensiones o los contratos de seguro, aunque exista una "consolidación" del derecho, es necesario trabajar y cotizar para que este derecho a prestación complementaria sea ejecutivo.

"Y, aun cuando en una definición poética de la Seguridad Social se estime que la misma supone que "al egoísmo estrictamente personal de la supervivencia digna, se superponga el altruismo de querer lo mejor para todos los otros"[3] lo cierto es que el individuo que cotiza también quiere obtener una contraprestación a cambio de su esfuerzo"[4].

A tenor de lo expresado y trasladándolo al contexto jurídico social, actualmente, el derecho a la obtención del derecho a esta pensión pública y a las citadas prestaciones complementarias va creciendo en complejidad debido al aumento de edad de la población pensionable, a que cada día hay más trabajadores desempleados, por ende, menos ingresos de cotizaciones debido a la gran crisis post pandémica, las alteraciones de los conflictos geopolíticos como la actual guerra de Ucrania, , y al incremento de la población debido a los movimientos migratorios[5].

---

[1] *Vid.* Monereo Pérez, J.L. "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* mayo - octubre 2021 - núm 3 ISSN-e: 2660-437, p. 46.

[2] *Vid.* López Cumpre, L.: "La jubilación. Entre el derecho y la obligación", en VV.AA.: T*ratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 39-106.

[3] Véase. Villa Gil, L.E. "La aportación del profesor José Vida Soria al ordenamiento español de Seguridad Social", en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, p. 42.

[4] Más ampliamente: *Vid.* López Cumpre, L. "El «derecho» a la pensión futura". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*. P. 88 mayo - octubre 2021 - núm 3 ISSN-e: 2660-437X.

[5] Sobre este fenómeno, Jimeno y VV.AA. analizan la contribución de la inmigración al crecimiento económico y al comportamiento del sistema de pensiones durante la primera década del siglo XXI con un modelo que incluye costes de ajuste del capital el cual señala que la edad de jubilación es exógena y recoge en menor detalle el funcionamiento del sistema español de pensiones. *Vid.* De la Fuente, A. y Domenech, R. (2010): *"Aging and real convergence: challenges*

Además, nuestro sistema público de pensiones del denominado "trabajo decente"[6] obedece a un sistema de reparto, es decir, los trabajadores de hoy son los que pagan las pensiones de los jubilados. En este contexto, debemos tener en cuenta que cada vez hay más pensionistas y los trabajadores no aumentan en la misma proporción.

A ello han contribuido de manera creciente medidas como el retraso en la edad de jubilación y otras de protección social., las cuales han sido fomentadas en los últimos años mediante reformas legislativas adoptadas con la pretensión de retrasar el acceso a la jubilación ordinaria y a la jubilación anticipada[7], además de la posibilidad de compatibilización de la percepción de la pensión de jubilación con el desarrollo de un trabajo o actividad[8].

A esta tendencia "in crescendo", quedará aún más agravada en un futuro próximo por diferentes causas como las bajas tasas de la natalidad, y el progresivo envejecimiento de la población debido a la mayor esperanza de vida, principalmente. De manera ejemplificativa, como dato en nuestro país, la esperanza de vida al nacer se sitúa, actualmente, en los 86 años en las mujeres y 82 en los varones, con la perspectiva de que en 2050 alcance los 92 y 88 años, respectivamente[9].

Todos estos factores llevan incidiendo de forma añadida a al incremento de los gastos sobre los ingresos procedentes de las cotizaciones de los trabajadores el cual actualmente continúa una trayectoria ascendente desde 2011.

Hoy en día, las pensiones públicas son insostenibles, pues "el principal problema que se plantea en este escenario base es que, bajo sus previsiones de rápido envejecimiento y crecimiento moderado de los ingresos de la Seguridad Social, la regulación actual del IRP exigiría con toda probabilidad la cuasi-congelación de las pensiones ya existentes durante varias décadas para evitar que el déficit del sistema se dispare[10].

En el pasado ejercicio, las cotizaciones ingresadas contra los pagos ordinarios de las prestaciones habituales fueron determinantes para obtener un déficit donde no se tiene en cuenta el dinero que el Estado transfiere a la Seguridad Social para el pago de distintas prestaciones y otros gastos. "Si se tuviera en cuenta esa transferencia extraordinaria, el déficit del sistema podría superar los 34.000 millones de euros. Así pues, el déficit del sistema habría sido mayor si no se hubiera producido dicha transferencia y el pago de cuotas por valor de casi 9.800 millones de euros por parte del SEPE. Según los últimos datos de marzo de 2021, el gasto total que supone el pago de los 9,82 millones de pensiones que hay en España, supera ligeramente los 10.000 millones

and proposals. En: J. F. JIMENO, editor, Spain, and the Euro: The first ten years. Banco de España". Madrid, 2010, pp. 191-273. Disponible en castellano en http://ideas.repec.org/p/bbv/wpaper/0906.html

[6] *Vid.* Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*. ED. Laborum. 2019. Murcia. España, p. 112.

[7] Véase. García Jiménez, M.: "Trabajadores de edad avanzada, envejecimiento activo y mercado de trabajo: Retos y realidades", en VV.AA. Soriano Arroquia, E. y González Cobaleda, E. (Coord.) E*l envejecimiento activo, nuevo reto de seguridad laboral: entre tradición y renovación*, Fraternidad-Universidad de Jaén, 2017, p. 115.

[8] *Vid.* Trillo García, A.R.: "Las políticas públicas sobre envejecimiento activo. Incidencia en las pensiones", en VV.AA. Soriano Arroquia, E. y González Cobaleda, E. (Coord.) *El envejecimiento activo, nuevo reto de seguridad laboral: entre tradición y renovación*, Fraternidad-Universidad de Jaén, 2017, p. 69.

[9] Rescatado de: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout

[10] *Vid.* García Díaz, M.A. "La sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones español". Tesis doctoral. Dirigida por Dr. Felipe Serrano Pérez, Dr. Ángel de la Fuente Moreno Departamento de políticas públicas e historia económica. Facultad de Economía y Empresa, UPV-EHU. Programa de doctorado e integración económica. Universidad del País Vasco. 2021, p. 96.

de euros, lo cual representa un aumento del 2,45 por ciento con respecto al mismo mes del año anterior"[11].

A tenor de lo expresado, España ha presentado recientemente en Bruselas su Plan de Recuperación y Resiliencia. Una de las reformas incluidas en el plan es la de las pensiones, que se presenta articulada en un calendario en el que se incluyen medidas que afectan a la fórmula de la revalorización de las pensiones, el retraso en la edad de jubilación o el sistema de cotización de los autónomos.

1.2. La necesidad de reforma del sistema actual y las recomendaciones del la UE, BCE, y OCDE

Esta necesidad de reforma de las pensiones que ha comenzado su singladura, es compartida por la Unión Europea, OCDE y Banco Central Europeo, que han emitido una serie de recomendaciones sobre posibles reformas a incorporar en nuestro sistema de pensiones. La batería de medidas incluye acercar la edad de jubilación real a la edad de jubilación legal, disminuir la tasa de sustitución o importe de las pensiones, desvincular en incremento de las pensiones del IPC, y en especial, fomentar el desarrollo de la previsión complementaria o desarrollar mecanismos de transparencia e información, entre otros.

Dentro de las líneas maestras a seguir, la Comisión de seguimiento y Evaluación del Pacto de Toledo[12] ha aprobado nuevas recomendaciones en defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones[13], con el fin de cumplir con las recomendaciones de Europa y permitir a su vez que pueda mantenerse a largo plazo nuestro actual sistema de pensiones, a través de una dotación de estabilidad "al actual modelo de previsión social complementaria", impulsar, de forma preferente, los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo, que integran el denominado segundo pilar del modelo de pensiones y a los que se deberá dotar "de un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado".

De esta forma, se busca impulsar la implantación efectiva de los planes de pensiones de empleo reconfigurando la protección social complementaria en favor de instrumentos de dimensión colectiva lo que ha de suponer, en ese contexto, un fortalecimiento del contenido de la negociación colectiva de carácter sectorial, todo ello, "sin cuestionar la centralidad del sistema público de pensiones basado en un régimen financiero de reparto"[14].

2. El camino a la sostenibildiad

2.1. Estrategias para una futura viabilidad

El sistema de pensiones nunca ha perdido actualidad, dadas las dudas y debate sobre su estabilidad. No obstante, en las últimas semanas ha vuelto tener relevancia ante la aprobación por el Congreso de las recomendaciones del Pacto de Toledo que guiarán a próxima reforma del sistema. La Recomendación 16 del nuevo Informe del Pacto de Toledo vuelve a insistir en la

[11] Rescatado de https://www.jubilacionypension.com/derechos-obligaciones/seguridad-social/situacion-actual-del-sistema-publico-de-pensiones/

[12] El Pacto de Toledo 2020, en su recomendación 16.ª ya puso el foco en esta necesidad

[13] Rescatado de: https://revista.seg-social.es/-/el-pacto-de-toledo-aprueba-nuevas-recomendaciones-en-defensa-del-mantenimiento-y-mejora-del-sistema-p%C3%BAblico-de-pensiones.

[14] Vid Preámbulo Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

necesidad de impulsar estos sistemas complementarios de pensiones, pero, en este caso, lo hace con una conocida "sensación de fracaso que hasta ahora han supuesto las medidas adoptadas para su relanzamiento"[15].

Sin duda, lo deseable para alcanzar el objetivo de mejorar la estabilidad del sistema de pensiones de cara al futuro es equilibrar el peso de sus tres pilares: Ahorro colectivo a través de planes empresariales, ahorro individual y Seguridad Social. Estos dos primeros, considerados como previsión social complementaria, no se han desarrollado de forma ideal, por lo que la circunstancia económica fuerza a que ya sea el momento de una reforma.

La defensa de la sostenibilidad y mejora del actual sistema de pensiones públicas sirven de base para los cambios normativos que debe acometer el legislador en dicha materia. En este sentido, la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo aprobó un Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, dotado de 21 recomendaciones en defensa este cometido[16]. Éstas, contemplan adoptar las medidas necesarias para garantizar el poder adquisitivo de las pensiones públicas mediante su revalorización en base al IPC real y consolidar la separación de fuentes de financiación para restablecer el equilibrio financiero del Sistema.

Con la finalidad de garantizar su sostenibilidad en el medio y largo plazo, ofreciendo seguridad a pensionistas actuales y futuros, los portavoces de la citada Comisión cerraron un borrador que tenía como objetivo preservar este modelo público y adoptar las medidas adecuadas.

La idea básica perseguida se basa en la planificación de las cotizaciones sociales, las cuales, deberían ir destinadas exclusivamente a financiar prestaciones contributivas. En el caso de las prestaciones no contributivas y otros gastos que actualmente asume la Seguridad Social pasen a financiarse con cargo a los Presupuestos Generales del Estado para superar el déficit financiero del sistema.

3. El objetivo: un sistema de previsión más asequible al trabajador

3.1. Los planes privados de pensiones

Los planes de pensiones se configuran como un complemento a la pensión del trabajador y son productos de previsión diseñados para planificar un ahorro para la jubilación y que dará lugar a la puesta a disposición de un capital o una renta futura.

No obstante, también existen otras contingencias que permiten el cobro del plan de pensiones, como son la incapacidad permanente total o absoluta, dependencia, enfermedad grave, desempleo de larga duración o fallecimiento. Actualmente este sistema de ahorro privado es, actualmente un producto que permite obtener al trabajador beneficiario de la máxima reducción fiscal en la declaración del IRPF.

La ordenación legal vigente de las pensiones privadas es el resultado de intervenciones normativas de diferente signo adoptadas en momentos históricos distintos[17].

[15] Véase más ampliamente Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 16. Sistemas complementarios. La política del derecho de fomento de los planes de pensiones del sistema de empleo de carácter complementario", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo* (2020), Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021

[16] Rescatado de: https://revista.seg-social.es/-/el-pacto-de-toledo-aprueba-nuevas-recomendaciones-en-defensa-del-mantenimiento-y-mejora-del-sistema-p%C3%BAblico-de-pensiones.

[17] *Vid*. Monereo Pérez, J.L. "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social". *Op. Cit.* p. 46.

Los planes de pensiones como técnicas o mecanismos de ahorro, obedecen a un gran modelo legal que presentando una cierta estabilidad en los últimas décadas, ha necesitado (tras las últimas crisis económico-financieras), de importantes reformas orientadas una vez más a propiciar el acceso al trabajador a dichos Planes.

Como dato, en España, siguen suscribiéndose a planes de pensiones sólo el 10 % de la población ocupada, porcentaje muy por debajo de países de nuestro entorno, que se sitúan entre el 25 % y el 90 %.

En esta línea, la promoción de los planes de empleo comenzó su singladura en la pasada ley de Presupuestos de 2021, a través de una rebaja desde los 8.000 euros hasta los 2.000 (la cantidad máxima de las aportaciones que puede desgravarse en el IRPF), e incrementó la de los planes de empresa hasta los 8.000, con un tope conjunto de 10.000 euros.

Este desafío a los tradicionales planes privados sigue manteniéndose en el proyecto de Presupuestos de 2022[18] el cual señala que el incentivo fiscal de 8.500 euros será aplicable a todos los planes de empresa. La norma establece que los asalariados que se acojan a esta propuesta podrán beneficiarse del tope conjunto de 10.000 euros[19]. Para los autónomos, sin embargo, el tope baja a 5.750, ya que no habrá aportación de la empresa.

Todo ello se encuentra inmerso en un contexto donde la previsión social complementaria española, tras años de lenta evolución no ha alcanzado la deseada expansión tanto en la empresa privada como en la pública.

A modo de ejemplo, en el ámbito de las administraciones públicas, si bien hemos conocido instituciones que de manera ejemplar han puesto en marcha en los últimos años sistemas de pensiones complementarias para sus trabajadores como son los casos de RTVE y Diputaciones como la de Granada, en otros lugares de la geografía se ha adolecido hasta ahora de una verdadera cultura de complementar las pensiones públicas cuando se causa la contingencia que da lugar a ellas.

A pesar de ello, aunque esta figura de protección social no haya alcanzado el alcance deseado (como si ocurre con los modelos de éxito de países como UK), se observa que si se ha experimentado "un incremento de los fondos instrumentados a través de las diferentes fórmulas existentes"[20] pero atendiendo más que a razones de protección social, a otras puramente cuantitativas destinadas a mejorar los resultados de la factura fiscal del ejercicio.

---

[18] Más ampliamente vid: https://www.sepg.pap.hacienda.gob.es/sitios/sepg/es-ES/Paginas/Busqueda.aspx?k=planes+de+empleo

[19] En términos generales el art. 5.3 del Texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre en su inciso primero señala:
"Las aportaciones anuales máximas a los planes de pensiones regulados en la presente Ley se adecuarán a lo siguiente:
a) El total de las aportaciones y contribuciones empresariales anuales máximas a los planes de pensiones regulados en la presente Ley no podrá exceder de 1.500 euros.
Este límite se incrementará en 8.500 euros, siempre que tal incremento provenga de contribuciones empresariales, o de aportaciones del trabajador al mismo instrumento de previsión social por importe igual o inferior a la respectiva contribución empresarial. A estos efectos, las cantidades aportadas por la empresa que deriven de una decisión del trabajador tendrán la consideración de aportaciones del trabajador". *Vid.* Letra a) del apartado 3 del artículo 5 redactada de conformidad con la disposición final novena de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre («BOE», número 312, de 29/12/2021).

[20] Como señala Bravo Fernández, para dar cobertura a las contingencias de jubilación, invalidez y/o fallecimiento, en España existen los instrumentos (…) exclusivos para este ahorro finalista y con un tratamiento fiscal favorable (…) precisamente por ese carácter de iliquidez que es característico a la mayor parte de estos instrumentos: planes de pensiones; mutualidades de previsión social en el conjunto del Estado; entidades de previsión social voluntaria en la Comunidad Autónoma Vasca; contratos de seguros sobre la vida. *Vid.* "La protección social complementaria en la

4. La gran alternativa: la ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de planes de pensiones de empleo

La alternativa a la sostenibilidad en los próximos años de nuestro sistema de pensiones viene dada por la ya existencia de la planificación de un Gran Fondo de Pensiones de empleo que se nutrirá de aportaciones provenientes de las empresas y sus trabajadores, incluyendo los colectivos de trabajadores Autónomos y Pymes, a través de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones aprobado por (Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, publicada en el BOE del 1 de julio, que democratizará los planes de pensiones de empresa, los cuales hasta esa fecha sumaban el 25 % del total, frente a los individuales.

La filosofía perseguida reside en que, "la disponibilidad de ahorro acumulado a lo largo de la vida laboral puede contribuir a mejorar las condiciones de vida tras la jubilación al atender las necesidades de gasto de los individuos, por lo que fomentar el ahorro mediante el desarrollo de esquemas de previsión social para la vejez constituye un pilar relevante para mejorar el bienestar de los ciudadanos al llegar a la jubilación. Asimismo, un aumento del ahorro colectivo permitirá contar, en el conjunto de la economía nacional, con un mayor volumen de recursos disponibles para invertir y aumentar la capacidad productiva y, con ello, poder elevar los ingresos y el nivel de vida de la sociedad española"[21].

Ante ello, los planes de empleo se consagran como la gran alternativa que a su vez es fruto de la trayectoria seguida por el artículo 41 de la Constitución, el cual establece el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos el cual ha de garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad y consagra el principio constitucional de libertad de complementación voluntaria de las prestaciones públicas "las prestaciones complementarias serán libres"

En este sentido y como señala MONEREO PÉREZ, el artículo 41 de la Constitución Española, también concede - "apertura a la iniciativa privada en ese espacio vital de la complementación voluntaria, siempre que se respete el nivel mínimo y obligatorio consagrado en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social[22]-.

En definitiva, el ahorro institucional a largo plazo a través de la figura del fondo de pensiones de empleo reforzará el sistema público de pensiones, y fortalecerá el ahorro sistemático para la jubilación".

Estos instrumentos, como herramientas de ahorro complementario (en un sistema de Seguridad Social dotado de una posible viabilidad futura comprometida), se sitúan como un "segundo pilar" del sistema de pensiones[23].

---

empresa: desarrollo y perspectivas". *LAN HARREMANAK*/10 (2004-I) (139-156) - Revista de Relaciones Laborales. Editada por la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus Bizkaia) de la Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU PRESS)

[21] *Vid.* Preámbulo Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones aprobado por (Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre , publicada en el BOE del 1 de julio.

[22] Véase muy acertadamente Monereo Pérez, J.L.*: Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996, pp. 77 y ss., y 84 y ss.

[23] Éste dentro de nuestro sistema comparte el peso con el denominado primer Pilar o Pilar central de nuestro sistema conformado por las "pensiones públicas", y los denominados "planes individuales" donde se hace necesaria la revisión de los incentivos fiscales siguiendo las conclusiones de la evaluación de la autoridad independiente de Responsabilidad fiscal.

4.1. Las medidas de impulso de los sistemas complementarios de pensiones

De forma idónea y encaminada a un cierto modelo de éxito, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su reforma 5.ª del componente 30 recoge de forma inédita el compromiso de una "Revisión e impulso de los sistemas complementarios de pensiones".

Esta medida que se hará posible en breve debe posibilitar un nuevo marco normativo acorde con las necesidades sociales y que promueva los planes de pensiones de empleo contemplando a su vez la promoción pública de fondos de pensiones, haciendo posible la cobertura eficaz a todas aquellas personas trabajadoras por cuenta propia o ajena que aunque trabajen se encuentren sin planes de pensiones de empleo en sus empresas

Dentro de las medidas de impulso, se contemplarán varios cambios para facilitar el desarrollo de estos planes[24]:

1º- Creación de un fondo de pensiones de empleo de promoción pública[25], gestionado por el sector privado, al que puedan adscribirse planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación.

Estos fondos de impulso público tienen vocación de facilitar los planes de pensiones cualquier clase de trabajadores, incluidos los colectivos de funcionarios y autónomos.

2º-Extender el número de habitantes de nuestro país cubiertos por planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para jubilación con financiación mixta de empresa y trabajadores, a través de la negociación colectiva de dimensión preferentemente sectorial para lo cual se han de establecer mecanismos e incentivos que hagan efectiva esta extensión con el fin de alcanzar la universalidad de estos planes de pensiones de empleo para todos los trabajadores[26].

3º-Hacer más sencillos y simples los trámites en la adscripción y gestión de los planes de pensiones usando especialmente la digitalización para que las operaciones de alta de la empresa y del partícipe, aportación, información de rentabilidad y movimientos, petición de prestaciones y cobro sean on-line, teniendo en cuenta no dejar fuera a ningún usuario por la brecha digital[27].

4º- Diseño de mecanismos que favorezcan la movilidad de los trabajadores entre las diferentes empresas y sectores.

De nuevo, el artículo 57.2 del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones da cumplimiento a otra medida del Componente 30, Reforma 5.ª del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. La plataforma digital común que deberán usar todas las entidades gestoras y depositarias es, por tanto, un medio indispensable en esta norma.

5º- Diseño de un nuevo incentivo fiscal dirigido a impulsar este tipo de instrumentos colectivos, que beneficie especialmente el ahorro de las rentas medias y bajas e incorpore a los jóvenes de manera más eficaz.

---

[24] *Vid.* Preámbulo Ley 12/2022, de 30 de junio.

[25] Como bien señala la norma, los artículos 52, 53 y 57.1 del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones darán cumplimiento a esta medida.

[26] Esta medida se puede ver cumplida con los artículos 53 y 68 del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

[27] Estas medidas pueden verse cumplidas con lo dispuesto en los artículos 57.2 y 69 del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

En este sentido, los artículos 52.1 y la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas amplían los límites fiscales y financieros a las aportaciones a planes de pensiones de empleo.

6º- Limitar los costes de gestión de los planes de empleo.

Los planes de pensiones de empleo deben proporcionar a los partícipes el máximo valor de la gestión a los costes más eficientes posibles, dentro de los máximos normativamente establecidos para ello. Esta gestión debe poner su foco también en la transparencia de la información a los partícipes[28].

En líneas generales, los planes de pensiones de empleo, por su diseño, deben proporcionar a los partícipes el máximo valor de la gestión a los costes más eficientes posibles, dentro de los máximos normativamente establecidos para ello. Esta gestión debe poner su foco también en la transparencia de la información a los partícipes.

- La Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, que persigue en su disposición adicional cuadragésima un nuevo impulso a los planes de pensiones de empleo a través de la promoción pública de fondos de pensiones de empleo. En ella se establece que, en el plazo máximo de doce meses, el Gobierno presentará un proyecto de ley sobre fondos de pensiones de empleo en el que se atribuya a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción.

Con el citado texto normativo, se refuerza la previsión social de carácter empresarial con la creación de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos y de los planes simplificados, que se podrán adscribir a estos fondos y que cuentan con un sistema menos complejo de promoción que el vigente, orientado a facilitar la generalización de estos basado en tres ámbitos:

- El impulso desde la negociación colectiva sectorial mediante la promoción de planes sectoriales que sirvan para encuadrar a los convenios territoriales o de empresa y que facilitan la adscripción de las empresas y de las personas trabajadoras empleadas en ellas.

La negociación colectiva se establece como clave en el proceso de expansión de la previsión social empresarial a una gran cantidad de sectores (en los que prevalece la presencia de pequeñas y medianas empresas) ya que, hasta la fecha, solo sectores menores de la actividad económica han desarrollado planes sectoriales a escala nacional.

- Una regulación específica para el sector público que busca la generalización de los planes de pensiones de empleo para empleados públicos, especialmente entre las entidades locales pequeñas y medianas, dentro de los límites que fijen las normas básicas sobre aumentos retributivos.

- Por su parte, el desarrollo de los planes específicos para trabajadores por cuenta propia o autónomos dentro de la previsión social empresarial permitirá encauzar de una forma mucho más efectiva el ahorro para la jubilación de este ámbito y podría suponer un menor gasto por comisiones a través de la contratación de planes de pensiones simplificados.

[28] Para dar cobertura normativa a estos objetivos, se añaden dos nuevos capítulos al texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo.
1/2002, de 29 de noviembre: el capítulo XI, titulado «Fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos» y el capítulo XII, titulado «Planes de pensiones de empleo simplificados».

4.2. Los fondos de pensiones de empleo de promoción pública

La regulación de estos nuevos Fondos forma parte de las estrategias centrales promovidas de forma muy acertada por el Ministerio de Inclusión Seguridad Social y Migraciones.

Su finalidad viene dada con el objetivo de:

-Facilitar el acceso de todos los trabajadores/as, por cuenta propia de las pequeñas y medianas empresas, al bienestar que aportan unas pensiones complementarias del sistema de empleo en condiciones de calidad y bajo coste.

-Fomentar o desarrollar la previsión social empresarial como mecanismo generador de riqueza.

Persiguiendo esta meta, el art. 60.3 de la Ley 12/2022, de 30 de junio, establece que los activos de los fondos de pensiones serán invertidos exclusivamente en interés de las personas partícipes y beneficiarias tomando en cuenta la rentabilidad, el riesgo y el impacto social de las inversiones, pero también establece ciertas excepciones[29].

Se establecerán para ello y de forma regular un sometimiento a evaluación sobre temas sociales, medioambientales, pero fundamentalmente aquellos relativos al buen gobierno corporativo.

En cuanto a la estrategia de inversiones del Fondo de pensiones ésta será, como veremos más adelante, aprobada por la Comisión Promotora y de Seguimiento, mientras que la declaración comprensiva de los principios de la política de inversión será realizada por la Comisión de Control Especial con la participación de las entidades gestoras.

En definitiva, la estrategia de inversión tendrá vocación de poseer un carácter de permanencia y buscando la máxima eficacia, deberá ser revisada por parte de esa Comisión Promotora al menos cada lustro.

Para estos Fondos de carácter abierto podrán establecerse criterios de diversificación, dispersión y congruencia específicos y vendrán dotados de las siguientes notas puntuales:

1º-Podrán integrarse[30] en dichos Fondos los planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación que así lo establezcan en sus especificaciones y los planes de pensiones de empleo simplificados.

2º- El proceso de selección de las entidades gestoras y depositarias se fundamentará en los principios de igualdad, transparencia y libre competencia con sujeción a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, a través de un procedimiento abierto. Se exigirán requisitos de solvencia y capacidad a dichas entidades para que se garantice una alta calidad en la gestión unida a unas comisiones reducidas, que especialmente beneficiarán a los autónomos.

3º- Para garantizar la operatividad entre gestoras y depositarias, la normalización y calidad de los procesos, la agilidad de las operaciones y la accesibilidad de la información a empresas, personas partícipes y beneficiarias se utilizará una plataforma digital común.

[29] En este sentido, el legislador establece que dichos fondos "no podrán ser invertidos en empresas o negocios que cuenten con alguna sede en paraísos fiscales, considerando como tales los recogidos en la lista adoptada por el Consejo Europeo el 24 de febrero de 2022, así como la relación de países y territorios calificados como paraísos fiscales en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio y sus sucesivas actualizaciones. También quedarán excluidas de la inversión las empresas que hayan cometido delitos medioambientales o laborales en los 10 años anteriores a la inversión".

[30] *Vid.* Preámbulo Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

4.2.1. La comisión promotora y de seguimiento

Este órgano actuará como entidad promotora pública como órgano colegiado compuesto por miembros de la Administración General del Estado y será, por ende, un nuevo organismo dependiente del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSM)[31].

Estará integrada por nueve funcionarios de carrera (con nivel, al menos, de Subdirector General y asimilado), cinco del MISSM, y los otros cuatro corresponderían a un representante por cada uno de otros cuatro Ministerios (Economía, Trabajo, Transición Ecológica y Hacienda). No cobrarán remuneración por esta tarea[32].

Sobre estos Fondos de pensiones, las funciones básicas que serán atribuidas a dicha Comisión serán:

A- La constitución inicial de los fondos de pensiones y velar por la idoneidad de su desarrollo o disolución de estos.

B- El establecimiento de medidas o aprobar marcos comunes de estrategia dirigidos a la inversión de los fondos de promoción pública, que se desarrollarán en las normas de funcionamiento de cada uno de esos Fondos de Pensiones de promoción pública abiertos o FPEPP.

C- Realizar un seguimiento periódico sobre las actividades y devenir de los mismos.

D-Seleccionar a las entidades gestoras y depositarias

E. Nombrar los miembros de la Comisión de Control Especial

F-Ratificar las decisiones de la Comisión de Control Especial que afecten a la política de inversión y a la sustitución de las entidades gestora y depositaria, así como a las modificaciones de las normas de funcionamiento del fondo de pensiones.

Adicionalmente, se prevé que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP) ejercerá sus funciones de supervisión financiera sobre los FPEPP.

4.2.2. Órganos gestores

Los Fondos, serán administrados por una o varias entidades gestoras con la participación de una entidad depositaria.

Con una periodicidad máxima de un trienio, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSM) dará luz verde a un procedimiento abierto para escoger a las entidades gestoras más competentes de fondos de pensiones así como para la constitución y gestión de nuevos fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos.

El MISSM fijará en dicho procedimiento los criterios de determinación del perfil y número de Fondos Públicos de pensiones en función de las previsiones futuras de desarrollo, de la dimensión media mínima adecuada para obtener economías de escala y optimizando el número de fondos existentes.

[31] *Vid.* Art. 55.1 Ley 12/2022, de 30 de junio.

[32] Rescatado de: https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/nuevos-fondos-de-pensiones-de-empleo-de-promocion-publica.html

El proceso de selección de las entidades gestoras se realizará respetando "los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia a través de un procedimiento abierto que se determinará reglamentariamente"[33].

En cuanto a requisitos que dichas entidades deben cumplir, se hace necesario que las adjudicatarias deban de alcanzar un patrimonio mínimo en esos fondos de pensiones de promoción pública[34], en los términos que se establezcan en el proceso de selección.

De no ser alcanzado, las Comisiones de Control de los planes de pensiones adscritos deberán movilizar a otro fondo de pensiones de su elección. La Comisión de Control Especial determinará los plazos de ejecución de esa movilización y, en su caso, el fondo de pensiones de destino en ausencia de decisión por parte de la Comisión de Control del Plan.

4.2.3. La comisión de control especial

Para supervisar y someter a control la gestión de los fondos por parte de estas entidades gestoras, Ley 12/2022, de 30 de junio manifiesta la necesidad de creación de una única Comisión de Control Especial, cuya eficacia se manifieste en sus funciones de supervisión y control de la adecuada gestión de los Fondos por parte de las entidades gestoras que se seleccionen.

Estas entidades gestoras realizarán sus funciones con la ayuda de una entidad depositaria y bajo la supervisión de una única Comisión de Control Especial para todos los fondos de pensiones de promoción pública abiertos[35].

En los términos del art. 58.1 de la Ley, esta Comisión estará formada por trece personas con reconocida experiencia, conocimiento, capacidad de supervisión y gestión y serán nombrados por la Comisión Promotora y de Seguimiento, donde cuatro serán propuestos por las organizaciones sindicales más representativas, otros cuatro por las organizaciones empresariales más representativas, y finalmente cinco designados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones o MISSM.

Se observará el principio de representación equilibrada, teniendo una representación mínima del 40 % cualquiera de los géneros.

Los miembros de la Comisión de Control Especial actuarán con plena independencia, en defensa de los intereses de los partícipes y beneficiarios y sin que puedan recibir instrucciones de cualquier organización, grupo o asociación. La duración de su mandato según lo establecido en su art. 58.1.b) será de seis años, con renovaciones cada tres, y cobrarán una retribución determinada reglamentariamente

Sus funciones serán las que el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, establece para la comisión de control de fondo de pensiones, con ciertas singularidades, siempre que resulten compatibles con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por

[33] *Vid.* Ibidem.

[34] Se ha eliminado el requisito inicial, que se había incluido en los primeros borradores del Anteproyecto de Ley, de que las entidades gestoras que aspiren a concursar para la gestión de los fondos de promoción pública deban tener un volumen de patrimonio total bajo gestión en fondos de pensiones superior a 1.000 millones de euros.

[35] En este sentido, clara es la literalidad del Artículo 57.1 Ley 12/2022, de 30 de junio. "Administración de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos. 1. Los fondos de pensiones de promoción pública abiertos serán administrados por una entidad gestora con el concurso de una entidad depositaria y bajo la supervisión de una única Comisión de Control Especial para todos los fondos de pensiones de promoción pública abiertos".

la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

4.3. Los planes de pensiones de empleo simplificados

Dentro de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública podrán integrarse los nuevos planes de empleo simplificados -que se adscribirán necesariamente a un fondo de pensiones de empleo de promoción pública abierto-

Tendrán la consideración de planes de pensiones de empleo simplificados las siguientes modalidades de planes de pensiones que se constituyan siguiendo lo establecido en el presente capítulo:

a) Planes de pensiones de empleo promovidos por las empresas incluidas en los acuerdos colectivos de carácter sectorial

b) Planes de pensiones de empleo del sector público promovidos por las Administraciones públicas[36]

c) Planes de pensiones de trabajadores por cuenta propia o autónomos, promovidos por las asociaciones, federaciones, confederaciones o uniones de asociaciones de trabajadores por cuenta propia o autónomos, por sindicatos, por colegios profesionales o por mutualidades de previsión social, en los que sus personas partícipes exclusivamente sean personas trabajadoras por cuenta propia o autónomos.

d) Planes de pensiones de socios/as trabajadoras y de socios de trabajo de sociedades cooperativas y laborales, promovidos por sociedades cooperativas y laborales y las organizaciones representativas de las mismas.

4.3.1. Notas características y requisitos más significativos que deberán cumplir los planes de empleo simplificados

Como tales, los Planes de Pensiones de Empleo Simplificados son una gran herramienta de futuro que, de manera acertada introdujo el Anteproyecto de Ley para el impulso de los planes de pensiones de empleo. La razón de su diseño vino dada para dotar de mayor sencillez a los largos trámites burocráticos a los que se veían sometidos tanto los promotores, como empresas y personas físicas empleadoras, y que traen consigo la puesta en funcionamiento de los actuales planes de pensiones de empleo.

El legislador en el artículo 71 de la Ley 12/2022 de 30 de junio, establece una serie de obligaciones estipuladas en estos planes de pensiones estableciendo como primer requisito que deban ser de la modalidad de "aportación definida" para la contingencia de jubilación.

En cuanto a sus especificaciones, éstas serán comunes para todas las empresas o entidades integradas en el mismo. Además, deberán incorporar un anexo documentado normalizado por cada empresa o entidad integrada en el plan que contendrá las condiciones particulares relativas a las aportaciones y contribuciones, sin que los anexos puedan contener cláusulas que dejen sin efecto o modifiquen alguna de las condiciones generales contenidas en las especificaciones del plan[37].

[36] *Vid.* Art. 67 Ley 12/2022, de 30 de junio: "Las sociedades mercantiles con participación mayoritaria de las Administraciones y de entidades públicas podrán integrarse en los planes de pensiones de los apartados a) o b) en función de los correspondientes acuerdos de negociación colectiva".

[37] *Vid.* Art. 72 Ley 12/2022, de 30 de junio.

Las prestaciones definidas que se prevean, en su caso, para las contingencias de fallecimiento, incapacidad permanente y dependencia del partícipe, así como las garantizadas a los beneficiarios una vez acaecida cualquier contingencia y sus reversiones (a favor de beneficiarios), deberán articularse en su totalidad mediante los correspondientes contratos de seguro previstos por el plan. El plan de pensiones en ningún caso asumirá los riesgos inherentes a dichas prestaciones.

Los contratos de seguro previstos para la cobertura de fallecimiento, invalidez y dependencia del partícipe deberán ser de duración no superior a un año, es decir, temporales anuales renovables.

También el legislador para estos planes establece que cada empresa o entidad será responsable del cumplimiento de las obligaciones de contribución previstas en las especificaciones o anexo correspondiente respecto de sus personas trabajadoras.

En el caso de aquellos promovidos por las asociaciones de trabajadores por cuenta propia o autónomos, por sindicatos, por colegios profesionales o por mutualidades de previsión social dicha obligación corresponderá al trabajador por cuenta propia o autónomo, sin que la mera mediación de un tercero en el pago pueda alterar la naturaleza de las aportaciones.

La revisión financiero actuarial podrá realizarse mediante una única revisión actuarial conjunta, agrupando todos los planes adscritos a un mismo fondo. En este caso, la designación de actuario revisor recaerá en la Comisión de Control Especial.

Finalmente, las prestaciones de los planes de pensiones de empleo simplificados se percibirán en forma de renta, salvo que, por circunstancias excepcionales, y en los términos y se establezcan reglamentariamente, puedan percibirse en forma de capital.

5. Conclusiones

La escasa viabilidad que ofrece el futuro sistema de pensiones obliga a un cambio legislativo basado en modelos privados de previsión complementaria y no sustitutiva con el actual sistema de pensiones.

En este sentido, la pervivencia del sistema de reparto español descansará en una serie de medidas jurídico-sociales destinadas a equilibrar el contrapeso del Sistema Seguridad Social, con la ayuda de los ahorros tanto a nivel individual como colectivo los cuales funcionarán como esa previsión complementaria.

En este último aspecto las pensiones privadas y más concretamente los fondos públicos de pensiones se convierten en la única salida viable para el futuro de la sostenibilidad de este sistema.

El vigente es un modelo legal de pensiones privadas complementarias no es suficiente a pesar de haber evidenciado cierto equilibrio en los últimos años, y este nuevo impulso que trae el legislador para con los fondos de planes de pensiones de empleo de promoción pública, promete convertir a estos en unos verdaderos instrumentos o mecanismos de complementación de las pensiones públicas.

Las nuevas medidas creación del nuevo fondo de planes de pensiones no evidencian simples cambios puntuales, si no que se orientan en una dirección de sostenibilidad. Este giro estratégico de envergadura, definido y en ciernes de una regulación acertada en plena acogida en el artículo 41 CE, tendrá vocación estrictamente de ayuda complementaria y no sustitutivo del sistema público de pensiones.

Estos fondos de empleo de promoción pública siendo planes de pensiones colectivos en el seno de las empresas, tendrán una promoción pública, aunque serán de gestión privada y se

constituirán en el marco de la negociación colectiva. Así, serán funcionarios los encargados de escoger las entidades privadas que realizarán las inversiones. Estos planes -con la nueva figura del plan simplificado, también de nueva creación- tendrán "bajas comisiones" para facilitar el ahorro para la jubilación de trabajadores con rentas medias y bajas de pymes y para autónomos, jóvenes y empleados públicos.

La regulación de estos Fondos, en manos del legislador, es un camino de esperanza impulsado por el Ministerio de Inclusión Seguridad Social y Migraciones, para desarrollar la previsión social empresarial y facilitar el acceso de todos los trabajadores, especialmente de los trabajados de pymes y autónomos, a unas pensiones complementarias del sistema de empleo en condiciones de calidad y bajo coste.

6. Bibliografía

Bravo Fernández, "La protección social complementaria en la empresa: desarrollo y perspectivas". *LAN HARREMANAK*/10 (2004-I) (139-156) - Revista de Relaciones Laborales. Editada por la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus Bizkaia) de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU PRESS)

Fuente, A. y domenech, R. (2010): "Aging and real convergence: challenges and proposals. En: J. F. Jimeno, editor, Spain, and the Euro: The first ten years. Banco de España". Madrid, 2010

García Díaz, M.A. "La sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones español". Tesis doctoral. Dirigida por Dr. Felipe Serrano Pérez, Dr. Ángel de la Fuente Moreno Departamento de políticas públicas e historia económica. Facultad de Economía y Empresa, UPV-EHU. Programa de doctorado e integración económica. Universidad del País Vasco. 2021.

García Jiménez, M.: "Trabajadores de edad avanzada, envejecimiento activo y mercado de trabajo: Retos y realidades", en VV.AA. Soriano Arroquia, E., González Cobaleda, E. (Coord.) El envejecimiento activo, nuevo reto de seguridad laboral: entre tradición y renovación, Fraternidad-Universidad de Jaén, 2017

López Cumpre, L. "El «derecho» a la pensión futura". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*. P.88 mayo - octubre 2021 - núm 3 ISSN-e: 2660-437X

López Cumpre, L.: "La jubilación. Entre el derecho y la obligación", en VV.AA.: *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007

Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*. ED. Laborum. 2019. Murcia. España

Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* mayo - octubre 2021 - núm 3 ISSN-e: 2660-437

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 16. Sistemas complementarios. La política del derecho de fomento de los planes de pensiones del sistema de empleo de carácter complementario", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) *et altri*: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo* (2020), Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021

Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996

Trillo García, A.R.: "Las políticas públicas sobre envejecimiento activo. Incidencia en las pensiones", en VV.AA. Soriano Arroquia, E. y González Cobaleda, E. (Coord.) *El envejecimiento activo, nuevo reto de seguridad laboral: entre tradición y renovación*, Fraternidad-Universidad de Jaén, 2017.

Villa Gil, L.E. "La aportación del profesor José Vida Soria al ordenamiento español de Seguridad Social", en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008

7. Webgrafía

http://ideas.repec.org/p/bbv/wpaper/0906.html

https://revista.seg-social.es/-/el-pacto-de-toledo-aprueba-nuevas-recomendaciones-en-defensa-del-mantenimiento-y-mejora-del-sistema-p%C3%BAblico-de-pensiones.

https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/nuevos-fondos-de-pensiones-de-empleo-de-promocion-publica.html

https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p.1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout

https://www.jubilacionypension.com/derechos-obligaciones/seguridad-social/situacion-actual-del-sistema-publico-de-pensiones/

https://www.sepg.pap.hacienda.gob.es/sitios/sepg/es-ES/Paginas/Busqueda.aspx?k=planes+de+empleo

8. Legislación

Ley 12/2022, de 30 de junio de regulación para el impulso de planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones aprobado por (Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre , publicada en el BOE del 1 de julio.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Ley 22/2021, de 28 de diciembre («BOE», número 312 de 29/12/2021).

Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre

Texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre

RD-Leg. 1/2002, de 29 de diciembre (TRLPFP)

RD 304/2004, de 20 de febrero (RPFP).

RD-Leg. 6/2004, de 29 de octubre (TRLOSSP).

Conferencia de clausura

PONENCIA

Pensions law and employment law in a common law system

DAVID CABRELLI
University of Edinburgh

I. Overview of Pensions Law in the UK

1. Applicable Law:

- Pensions Act 1995 - introduced entirely new statutory regulation of pensions
- Pensions Act 2004 - introduced statutory funding objective
- Pensions Act 2008 - introduced auto-enrolment
- Common Law:
  - Law of Trusts
  - Law of Contract
  - Law of Tort

2. Types of Pension Scheme in the UK

- Two types of pension - state pension and private pensions
- Private Pensions:

- Occupational Pension Scheme
  - a scheme set up by an employee's employer
  - administered by trustees, rather than the employer under a trust deed
  - assets of the pension scheme and the employer are separated
  - to qualify for favourable tax treatment it must be registered with *HM Revenue & Customs*
- Personal Pension Scheme
  - an individual pension arrangement.
  - created as a contract between a pension scheme provider (normally an investment firm) and an individual
  - Both employees and the self-employed can have personal pensions
  - Employers may choose to make contributions to an employee's personal pension scheme (but are not obliged to do so).

— State Pension - approximately £9,419 p.a.

- Qualifying criteria:
  - Payable at state pension age - 66
  - an individual must have paid 35 qualifying years of *National Insurance contributions* (NICs) during their working life.
- The "triple lock" - the state pension rises every year, at the higher of each of the following:
  - A flat 2.5 % rise
  - Average earnings growth (measured from May to July each year)
  - Rate of inflation (measured in the year from September every year)

— Types of Pension Benefit Provision

- Defined Benefits schemes, e.g. based on an employee's average salary over their career or their "final salary" in the final year of employment before retirement
  - Example:
    1) Member joins employer aged 23;
    2) Joins pension scheme at age 25;
    3) Total pay including bonus of £5,000pa is £35,000pa;
    4) Pensionable pay is £30,000pa, as the bonus is excluded;
    5) Member works for the employer until age 65 at which point his pensionable pay is £99,000pa;

6) Final salary pension scheme at 1/80 x final pensionable pay for each complete year of pensionable service;

Pensionable service? 40 years (age 25 to age 65, excluding from age 23 to age 25 as he was not a member of the pension scheme)

Final pensionable pay? This equals his final salary, i.e. £99,000pa

Pension amount? 40/60 x £99,000 = £66,000 pa until the member dies.

- Defined Contributions schemes, e.g. a money purchase scheme
  - Example:
    1) Member is male;
    2) Starts contributing at age 25
    3) Fixed salary of £30,000pa throughout working life
    4) Member and employer make a contribution as % of member's salary
    5) Retires at age 65
    6) Accumulates a personal pension of £300,000
    7) Member uses DC savings of £300,000 to buy an annuity
    8) At current annuity rates in the pensions market, approximately £14,000pa until the member dies
    9) Can exit and liquidate savings at any point from age 55

— Combinations of Defined Benefits and Defined Contributions Schemes are possible, e.g. the USS Pension Scheme for academics working in the higher education sector

— Auto-enrolled Pensions - Pensions Act 2008
  - Provided by employers
  - They choose a pension provider
  - They must automatically enrol their employees into a pension scheme
  - 8 % total contribution (including tax relief) on relevant earnings, of which at least 3 % is from the employer
  - By definition, this is a Defined Contribution pension scheme
  - A member has the statutory right to opt out at any time from making contributions

3. Structure of Pension Schemes in the UK

— Key elements of a typical pension scheme set up in the UK
  - In the case of a defined benefits pension scheme, this will be set out in a trust deed:

- The appointment and retirement of trustees (if they are individuals). In many large schemes, a corporate body will act as trustee
- The trustees' administration of the scheme, for example requirements about the conduct of trustee meetings and the necessary quorum.
- The funding of the scheme (by its sponsoring employers and members) and the investment of the scheme assets.
- The trigger events for winding up the scheme (for example, the insolvency of the sponsoring employer) and how the assets are to be distributed on winding-up
- How members' benefits are to be calculated and paid (including discretionary benefits paid on a member's death).
- Eligibility requirements, e.g. must be a full-time and permanent employee, thus excluding part-time or fixed-term workers
- Definition of the benefits (if a DB scheme) and/or member and employer contributions
- Entitlements versus discretions;
- Powers;
- Balance of powers;

— The effect of pensions legislation on each of the above factors:

  - Pensions Act 1995
  - Pensions Act 2004
    - statutory funding objective - a pension scheme must have sufficient funds to cover its benefits as they accrue. This will involve actuarial valuations
    - if a scheme's regular actuarial valuations indicate that there is a deficit in the scheme, the trustees and employer must agree a *recovery plan*. A copy of a recovery plan must also be sent to the Pensions Regulator
    - the Pensions Regulator has published guidance setting out its position on when it will intervene in schemes' affairs. Generally, it may do so if a recovery plan does not eliminate a deficit in a scheme over a ten-year period, or if the level of underfunding is extremely severe.

— Statutorily-mandated Pension Increases:

  - Once a pension is in payment, the law provides that it must be increased by a minimum amount each year to allow for inflation. Before 6 April 1997, there was no legal requirement for schemes to increase pensions in payment. In practice, whether or not increases were payable depended on the scheme rules: some schemes provided guaranteed increases, others allowed for discretionary increases
  - For the period between 6 April 1997 and 5 April 2005, section 51 of the Pensions Act 1995 required that schemes had to give Limited Price Indexation ("LPI" =

the higher of 2.5 % or the Retail Prices Index ("RPI")) increases at the lesser of 5 % and the increase in RPI over the preceding year (known as 5 % LPI). Following reforms introduced in the Pensions Act 2004, schemes were entitled to change their rules to provide that pension increases for future service on or after 6 April 2005 could be capped at 2.5 % LPI.

- Since 2011, schemes have been able to calculate LPI increases by reference to the increase in the Consumer Prices Index ("CPI") instead of the RPI. Depending on how scheme rules are written, the switch to CPI indexation may have occurred automatically or it may require rule amendments before it can be implemented. In some cases, RPI-based indexation may be "hard-coded" into a scheme's rules.

— Tex Benefits:

- As an incentive for employers to offer occupational pension schemes, and for individuals to join these (or personal pension schemes), the UK government offers generous tax advantages in several respects. The Finance Act 2004 introduced a system of registration of pension schemes with HMRC, in place of the old system of approval by HMRC of scheme rules, and maximum limits on pension saving by reference to earnings.
- An occupational or personal pension scheme that is a registered pension scheme benefits from various tax advantages:
  - Employer and employee contributions paid to the scheme are tax deductible, subject to an annual allowance for tax-relieved pension saving.
  - Investments are taxed favourably, with investment income allowed to roll up tax-free, and no capital gains tax charges arising.
  - On retirement, part of the employee's benefits may normally be taken as a tax-free lump sum.

4. Winding-Up Pension Schemes

— The governing deed of a Defined Benefits scheme will invariably explain when the scheme must be wound up. Typical triggers for winding-up include the provision of notice by the principal employer or its insolvency. Legislation provides that when a Defined Benefits scheme winds up, the sponsoring employer is responsible to the trustees for any deficit in the scheme. The shortfall constitutes an employer debt under section 75 of the Pensions Act 1995.

— Since April 2005, the insolvency of an employer that sponsors a Defined Benefits scheme may also trigger the assessment and entry process for the Pension Protection Fund.

— Besides winding-up, employer debts can arise when a participating employer in a multi-employer Defined Benefits scheme ceases to participate, for example following a corporate reorganisation or a share sale. The departing employer is responsible for its share of any deficit in the scheme, although several alternative options are available which can reduce the level of the debt payment.

5. The Regulation of Pensions in the UK

- Pensions Regulator
  - Its statutory objectives cover:
    - Protecting members' benefits
    - Reducing the risk of situations that may lead to calls on the Pension Protection Fund
    - Promoting good administration and understanding of work-based schemes
    - Maximising compliance with employers' auto-enrolment duties
    - Minimising any adverse impact from the exercise of its scheme funding functions on the sustainable growth of an employer
  - Given the widespread deficits in DB schemes, the Regulator takes particular interest in ensuring that schemes are adequately funded
  - Trustees and employers must report various matters to the Regulator. Trustees are required to send annual scheme returns, providing detailed information about the membership of their scheme, and its finances.
  - Additionally, trustees and employers are required to report breaches of pensions law to the Regulator, if they believe the breach is likely to be materially significant to the Regulator.
  - The Pensions Act 2004 enables the Pensions Regulator to prevent employers walking away from their pension liabilities. The Regulator can issue:
    - A *contribution notice* on one of two bases:
      - if it considers that a company is deliberately avoiding paying an employer debt, or trying to reduce its amount; or
      - if it considers that an act or transaction (such as a buyout or buy-in) is materially detrimental to the likelihood of the members receiving their accrued benefits.
    - A *financial support direction* (FSD), requiring connected or associated companies (or individuals) to give financial assistance to the group's pension scheme, even if the particular company's employees do not participate in it.
- Pension Protection Fund
  - The PPF acts as a form of statutory insurance fund that pays compensation to members of underfunded Defined Benefits schemes whose employers become insolvent.
  - The PPF pays members up to 90 % of their expected pensions. Members already in receipt of pensions, who are over their schemes' normal pension age, receive their existing pensions in full

- The PPF is funded by a system of levies on eligible occupational schemes.

— Two Ombudsmen:

- The Pensions Ombudsman deals with complaints by members that they have suffered injustice caused by maladministration on the part of the scheme trustees, administrators, or the sponsoring employer. The Pensions Ombudsman also determines disputes of fact or law raised by members against the trustees, administrators or employer; and
- The Financial Ombudsman Service deals with complaints about the sale and marketing of personal pensions.

6. The Interaction Between Employment Law and Pensions Law in the UK

— Discrimination Law:

- Non-discrimination rule - Section 61 of the Equality Act 2010
- Sex discrimination
- Age discrimination exemptions - the Equality Act (Age Exceptions for Pension Schemes) Order 2010 (SI 2010/2133)

— EU Acquired Rights Directive 2001/23/EC (OJ [2001] L82/16) - TUPE in UK

— Article 3(4)(a) of the Acquired Rights Directive 2001 and Regulation 10 of the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006 (SI 2006/246):

- Exception for occupational pension schemes, i.e. the rights, powers and liabilities do not transfer to a transferee
- However, provisions of an occupational pension scheme which do not relate to benefits for old age, invalidity or survivors *do* transfer to the transferee
- What does this mean? For example, does it cover provisions for the payment of a pension on death of the employee, or ill-health early retirement provisions?
- *Beckmann v Dynamco Whicheloe MacFarlane Limited* [2002] 64 PBLR and *Martin v South Bank University* [2004] IRLR 74
- Both *Beckmann* and *Martin* were cases where, before the transfer, individuals were entitled to *early retirement benefits* payable under collectively negotiated terms that formed part of their contracts of employment, and included benefits from the NHS Pension Scheme as part of their compensation for loss of employment on redundancy and re-organisation. The Court of Justice of the European Union made clear in these cases that the pensions carve-out must be construed narrowly. In effect, *pensions payable before normal pension age* were not old age benefits, and so could pass under the Directive.
- UK Courts Approach to *Beckmann* and *Martin*: *The Procter & Gamble Co. v Svenska Cellulosa Aktiebolaget SCA* [2012] EWHC 1257 (Ch)
- Held by the court that a transferee assumes liability only for enhancements to an early retirement pension that are no longer available to a transferring

employee following the TUPE transfer, not for the full amount of an early retirement pension. Where transferring employees become deferred members in the transferor's scheme on the TUPE transfer, they cannot make a double recovery by claiming entitlement to a full early retirement pension from the transferee too.

— Discretions conferred on Trustees and Employer in Trust Deed in respect of the Pension Scheme

  - See the case of IBM United Kingdom Holdings Ltd. v Dalgleish [2017] EWCA Civ 1212
  - Owing to the 2008 financial crisis, the value of the assets in the pension scheme decreased; the employer responded by purporting to exercise its discretionary powers under the trust deed to (1) reduce the benefits available for early retirement; (2) remove future pay increases from the calculation of employee's final salaries; and (3) use a contractual exclusion power to actively remove beneficiaries from membership
  - It was held that the discretionary powers had to be exercised rationally, i.e. that only relevant matters (and no irrelevant matters) can be taken into account by the decision-maker; and, second, whether the result was such that no reasonable decision-maker could have reached it. On this approach, the existence of members' reasonable expectations is only one relevant factor to be taken into account and the employer's approach was approved.

II. Further Reading

S. Agnew et al, *Pensions: Law, Policy & Practice* (Oxford, UK, Hart/Bloomsbury, 2020)

CMS Pension Team, *Pensions Law Handbook* (15th edition, Oxford, UK, Hart/Bloomsbury, 2020)

A. Cooke, *Pensions and Legal Policy* (Oxford, UK, Hart/Bloomsbury, 2021)

ISBN 978-84-19145-40-6



