

**PROPUESTAS PARA UNA REFORMA DE
LA PROTECCIÓN A LA VEJEZ (1.ª PARTE)**

por

Juan José Fernández Domínguez

Profesor titular de Derecho del Trabajo. Universidad de León

María de los Reyes Martínez Barroso

Profesora Ayudante de Escuela Universitaria de la Universidad de León

Susana Rodríguez Escanciano

Licenciada en Derecho y Becaria del Plan de Formación del Profesorado Universitario

1.º Premio Revista *Estudios Financieros* 1995.

Modalidad: *Derecho del Trabajo y Seguridad Social.*

Sumario:

Abreviaturas.

I. Consideraciones previas.

1. El Estado de Bienestar en cuestión.
2. Causas explicativas de la situación deficitaria.
3. El problema demográfico.
 - 3.1. Factores fundamentales en la evolución de la población y su repercusión en los sistemas de Seguridad Social.
 - 3.2. El envejecimiento de la población.
 - 3.3. La salud de las personas de edad avanzada.
 - 3.4. Cambio radical en las estructuras familiares tradicionales.
4. Envejecimiento jurídico: el problema de las jubilaciones anticipadas.
 - 4.1. Premisa básica: la edad de jubilación.
 - 4.2. Mecanismos que permiten modular o anticipar la edad de jubilación.
 - 4.3. Prejubilaciones, jubilaciones anticipadas y «ayudas equivalentes a la jubilación anticipada».
 - 4.4. Su incidencia en el sistema de Seguridad Social.

II. Protección económica del riesgo de vejez.

III. Primer nivel: asistencial.

1. Especial referencia a las prestaciones no contributivas.

1.1. Sobre su origen y justificación.

1.2. La Ley 26/1990: finalidad, objetivos y problemas planteados.

- A) Finalidad.
- B) Objetivos.
- C) Problemas.

2. Posible encuadramiento de las pensiones de supervivencia dentro del nivel asistencial. Especial referencia a la pensión de viudedad: eliminación de discriminaciones.

ABREVIATURAS

AISS:	Asociación Internacional de Seguridad Social.
AL:	«Revista Actualidad Laboral».
CC:	Código Civil.
CE:	Constitución Española.
CEC:	Centro de Estudios Constitucionales.
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial.
D-R.D.:	Decreto-Real Decreto.
DS:	Droit Social.
ET:	Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, modificada por Ley 32/1984, de 2 de agosto.
HPE:	«Revista Hacienda Pública Española».
ICE:	«Revista Información Comercial Española».
IE:	«Revista Investigaciones Económicas».
IEE:	Instituto de Estudios Económicos.
IELSS:	Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social.
IESS:	Instituto Europeo de Seguridad Social.
INSS:	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
INSALUD:	Instituto Nacional de la Salud.
INSERSO:	Instituto Nacional de Servicios Sociales.
LGSS:	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.
LOSP:	Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado.
LP:	Ley de Presupuestos.
LPFP:	Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.
LPL:	Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. R.D. Legislativo 521/1990.
LSS:	Texto Articulado de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. Decreto 907/1966, de 21 de abril.

MTSS:	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
OIT:	Organización Internacional del Trabajo.
OM:	Orden Ministerial.
PEE:	«Revista Papeles de Economía Española».
RAP:	«Revista de Administración Pública».
REDA:	«Revista Española de Derecho Administrativo».
REDF:	«Revista Española de Derecho Financiero».
REDT:	«Revista Española de Derecho del Trabajo».
RISS:	«Revista Internacional de la Seguridad Social».
RIT:	«Revista Internacional de Trabajo».
RL:	«Revista Relaciones Laborales».
Res.:	Resolución.
Rev. Treb.:	«Revista de Treball».
RPPF:	Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.
RPS:	«Revista de Política Social».
RSS:	«Revista de Seguridad Social».
SCT:	Sentencia Tribunal Central de Trabajo.
STCo.:	Sentencia Tribunal Constitucional.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo (cuando no medie otra indicación será de la Sala de lo Social).
STSJ:	Sentencia Tribunal Superior de Justicia.
TGSS:	Tesorería General de la Seguridad Social.
TRET:	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
TRLGSS:	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.
TRLPL:	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
Trib. Soc.:	«Revista Tribuna Social».
UVMI:	Unidades de Valoración Médica de Incapacidades.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Sabido es que la Seguridad Social (1) atraviesa una grave situación deficitaria que en la actualidad se compensa con transferencias del Estado y que en el futuro se prevén crecientes como consecuencia del incremento del número de beneficiarios no compensado por otro correlativo del número de cotizantes. La fragilidad de la economía española, la especial gravedad con la que en ella se manifiesta la crisis económica mundial, así como la incuestionable precariedad económico-financiera y asistencial de las instituciones públicas de protección social, son otras tantas razones para motivar una actitud más abierta y comprensiva ante un programa de reformas que parece inminente y que deberán abordar, entre otras, las exigencias derivadas de la armonización en el ámbito geográfico de la Unión Europea, la garantía de un mínimo para todos los ciudadanos y, más en concreto -por lo que a este estudio interesa-, de la protección a la vejez.

No pueden olvidarse, en tal contexto, las enseñanzas que dimanarían de las experiencias reformadoras europeas ni, por supuesto, las exigencias de armonización, referidas a todo un abanico de operaciones que acercan, de una u otra manera, los regímenes nacionales de Seguridad Social y se sitúan a medio camino entre la unificación global de parte de ellos y su coordinación mutua (2). El punto de partida no puede ser otro que la gran diversidad existente dentro de los países comunitarios tanto por lo que se refiere al nivel de cobertura de los riesgos reconocidos (esto es, la gran desigualdad en el gasto social por habitante y las diferencias en los potenciales beneficiarios) como en la distribución de los recursos disponibles (3), teniendo presente además que cada Estado miembro dispone de multitud de regímenes de Seguridad Social.

(1) Indistintamente se utilizarán en este trabajo las expresiones «Seguridad Social» y «Protección Social», si bien para una mayor precisión conceptual puede verse: HURTADO GONZÁLEZ, L.: «Seguridad Social versus Protección Social», *AL*, 13, 1995, pág. 201 y ss.

(2) *Vid.*, por todos, ALONSO OLEA, M.: *El dinamismo de la Seguridad Social*, Murcia (Estudios Sociales), 1971, pág. 11. VIDA SORIA, J.: «Régimen General y Regímenes Especiales en el sistema de Seguridad Social», en *CCDT*, Universidad de Valencia, 3, 1972. «Los Regímenes Especiales», *PEE*, 12-13, 1982, pág. 155 y ss. PIETERS, D.: «Consecuencias del mercado único europeo para los sistemas nacionales de Seguridad Social: ¿vamos hacia una armonización con vistas a 1993?», AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid (MTSS), pág. 260, quien distingue entre armonización absoluta (en la que se impone una reglamentación uniforme a todos los regímenes nacionales de Seguridad Social) y relativa (se intenta colocar al mismo nivel los regímenes nacionales de Seguridad Social con respecto a otros asuntos nacionales), así como entre armonización mínima (entendida como la voluntad de introducir, al menos, algunas reglamentaciones uniformes en los diferentes Estados miembros) y armonización estándar (que impone un tipo uniforme a los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros).

(3) *Vid.*, sobre estas divergencias, BAREA TEJEIRO, J.: «Gastos de protección social, Política de convergencia y competitividad», *PEE*, 48, 1991, págs. 79-83. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPEÉNES: *La protection sociale dans les Etats membres de la Communauté*. Bruselas (Secrétariat MISSOC), 1993.

El principal argumento que se invoca en favor de la armonización puede sintetizarse en la fórmula siguiente: si se quiere crear un mercado interior realmente integrado (4), en el que las empresas de los diferentes Estados miembros deberán ser más productivas para afrontar la mayor competencia intracomunitaria, las principales diferencias nacionales en materia de Seguridad Social (especialmente las que afectan a su financiación) deben suprimirse so pena de falsear la competencia empresarial en el seno de la Comunidad (5). No cabe olvidar, sin embargo, que los sistemas de Seguridad Social son el resultado de complejos procesos históricos de carácter diverso, el fruto de sistemas socioeconómicos diferentes y, en consecuencia, que la armonización de los sistemas de protección social debe ser el resultado de un proceso gradual y muy meditado (6). Ello no quiere decir que no puedan iniciarse acciones concretas a nivel comunitario que avancen en la línea de una mayor coordinación y armonización de las políticas de protección social, vinculando así el papel de la protección social a objetivos relacionados sobre todo con el establecimiento de ese gran mercado, orientado a eliminar las barreras que en el plano social pudieran representar un obstáculo de cara a la realización del mercado interior. Cabe interrogarse así, sobre si el objetivo prioritario de la armonización de los sistemas de pensiones o de Seguridad

- (4) Y al respecto se entiende que el mercado único va a comportar riesgos de amplitud variable para las empresas, los trabajadores y las regiones. La solución a los mismos ha de provenir de la coordinación de las políticas de Seguridad Social, cuyos objetivos han de ser los siguientes: concertación obligatoria entre los Estados miembros de toda reforma en materia de financiación de la Seguridad Social; el papel de los fondos sociales y estructurales de la Comunidad en la prestación de paro y en la promoción de empleo; introducción de una renta mínima europea fijada en cada país en un cierto porcentaje del PIB por habitante, con ayuda financiera comunitaria; realización de la «Europa blanca» por el reconocimiento mutuo de especialidades farmacéuticas y de aparatos médicos y por la abolición de listas nacionales de productos reembolsables; garantía europea de un derecho patrimonial a las prestaciones obtenidas en un régimen contributivo, en la medida en que se financie por cotizaciones; garantía comunitaria del respeto a la Convención Europea de los Derechos del Hombre en materia de Seguridad Social y, no discriminación en la protección social. IESS.: «Rapport sur la politique de Sécurité Sociale au niveau communautaire dans le cadre du Marché Interieur 1992», *Rapport pour la Commission des Communautés Européennes*, Lovaina, 1990, pág. 81.
- (5) PIETERS, D.: «Consecuencias del mercado único europeo para los sistemas nacionales de Seguridad Social...», *cit.*, págs. 263-266, aunque señala que durante los años sesenta las conclusiones a las que se llegaban eran las contrarias a su postura, al pensarse que eran los costes de mano de obra los únicos que determinaban la posición competitiva de una empresa; así, al intentar armonizar únicamente la Seguridad Social se comprometerían, más que favorecerían, las posibilidades de igualdad de las empresas de los diferentes Estados miembros en el plano de la competencia intracomunitaria. El miedo de *dumping* social de las organizaciones profesionales se alimenta de la posibilidad que asiste a los Estados miembros de hacerse la competencia a través de intervenciones de Seguridad Social en favor de las empresas; es difícil comprender por ello que dichas organizaciones profesionales y sociales no sean más partidarias de una acción armonizadora comunitaria en el ámbito de la Seguridad Social.
- (6) Suponiendo que los Estados miembros no tienen, en principio, límites que cumplir en los riesgos provenientes de impuestos indirectos. Si éstos se admiten, la optimalidad de Pareto no exigirá normalmente la uniformidad de estructuras impositivas en los Estados miembros. *Vid.*, KEEM, M.J.: «Welfare effects of commodity tax harmonization», *Journal of Public Economics*, 33, págs. 107-114 y «La armonización de la imposición indirecta como mejora en el sentido de Pareto», *HPE*, 114, págs. 149-155. Así, y si la Unión tuviera realmente tal óptimo restringido entonces la armonización estaría condenada al fracaso; en concreto, cualquier medida armonizadora que sea una mejora en el sentido de Pareto cuando se pasan por alto los efectos recaudatorios disminuiría necesariamente los ingresos fiscales al menos en un país. Pero los riesgos proteccionistas de las actuales estructuras impositivas conducen a una presunción de que la Comunidad no se encuentra ahora en un óptimo de este tipo. Si los efectos recaudatorios son insignificantes, la pertinencia de los argumentos aumentaría y el caso puro de la eficacia en favor de la armonización se reforzaría. *Vid.*, ROSE, M.: «Optimal tax perspective on tax coordination», COSSEM'S (ed.), *Tax coordination in the European Community Deventer* (Kluwer), 1987, pág. 150 y ss.

Social debe ser económico o social. En el primer caso, la armonización debería afectar únicamente a las fuentes y los niveles de aportación que se agregan al coste salarial de la mano de obra, en particular las cotizaciones sociales, para evitar las distorsiones en la concurrencia y «devaluaciones sociales» que en otro caso pudieran producirse; en el segundo, se trataría de conseguir la equiparación en el progreso de las condiciones de vida y de trabajo (7). Perseguir simultáneamente ambos objetivos -a juicio de algunos- no sería realista ni posible, puesto que los distintos países comunitarios no tienen estructuras demográficas y sociales idénticas (8). Se hace conveniente así distinguir entre la convergencia de políticas [objetivos (9)] y la convergencia de sistemas (modalidades para realizar los objetivos). La primera sería indudablemente útil y podría promoverse con orientación práctica, la segunda, en tanto, tendría menor relevancia y pocas expectativas de realización.

Lo más coherente es pensar que el proceso de convergencia en este campo haya de efectuarse por etapas, no siendo previsible que la armonización social se vaya a producir de manera espontánea o automática. Podría iniciarse una primera etapa en la vía de la coordinación de los sistemas nacionales de protección social, en general, y de Seguridad Social, en particular, para garantizar la libre circulación de trabajadores y personas en el mercado único europeo. Cabría, en paralelo, una orientación hacia la armonización parcial y de mínimos ceñida a aspectos concretos de los sistemas nacionales de protección social y, sobre todo, a establecer un estándar común que debería ser respetado por los diversos sistemas nacionales; tope mínimo de protección que se convierte en una de las mejores soluciones para vencer el problema de las fuertes disparidades sociales que existen en los distintos Estados miembros. Habría que pensar, por último, en un proceso más intenso de convergencia orientado, sobre todo, a la satisfacción de las nuevas necesidades sociales a las que tendrá que hacer frente la protección social en la próxima década con el fin de avanzar en la instauración de un sistema comunitario de protección social, no limitada a una cobertura mínima, pero que supere los posibles problemas derivados de la persistencia de los sistemas nacionales.

(7) BAREA TEJEIRO, J.: «Gastos de protección social, Política de convergencia y competitividad», *cit.*, págs. 85-92.

(8) TAMBURI, G.: «Los sistemas de pensiones en la Europa de los 90», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid (MTSS), 1992, pág. 21, señalando que para un mismo nivel de protección el «costo» es forzosamente diferente según el coeficiente demográfico de cada país y su nivel de empleo/desempleo/retribución media.

(9) CHASSARD, I.: «Pour une convergence de politique des États Membres de la Communauté dans le domaine de la protection sociale», *DS*, 2, 1991, pág. 164. Estima así que la identificación de los objetivos pasa por el enunciado de algunos principios comunes que definan las funciones de la protección social en los países europeos. Estos principios pueden ser agrupados de la forma siguiente:

- a) Debe garantizar un nivel de vida mínimo decoroso a toda persona que resida legalmente en un Estado miembro.
- b) Debe contribuir a favorecer la inserción social del conjunto de personas legalmente residentes, y a la inserción en la vida económica de todas las que están en edad y aptitud de ejercer una actividad remunerada -política que debe llevar asociadas medidas referentes a la promoción de empleo, la formación y la vivienda-.
- c) Debe garantizar a los trabajadores, por último, que su nivel de vida no se verá sensiblemente reducido en caso de enfermedad, maternidad, invalidez, paro o jubilación.

1. El Estado de Bienestar en cuestión.

En la medida en que el conjunto de la Seguridad Social afecta hoy de forma nada despreciable a todos los aspectos políticos, económicos y sociales de las sociedades contemporáneas, es de esperar que las mejoras de la eficiencia y equidad de cualesquiera de los programas que constituyen el sistema de la Seguridad Social se proyecten sobre todo el conjunto de la economía, y adquieran un efecto potencialmente positivo sobre el bienestar social (10).

Las repercusiones de los sistemas de Seguridad Social sobre la situación económica general son pues muy amplias, con manifestaciones claras, por ejemplo, en el desarrollo industrial, la rivalidad entre distintas ramas de la economía o dentro de las mismas, la capacidad de competir a nivel internacional o sobre el empleo. Por ello, el tratamiento jurídico de la Seguridad Social no debe ser abstracto sino, al contrario, estar muy atento a las nuevas realidades sociales y a los límites económicos en que se desarrolla el sistema de pensiones. La manera de abordar en concreto los problemas de la Seguridad Social no puede sino atender cuidadosamente a sus aspectos financieros y económicos (11) pues, en definitiva, las instituciones del Estado Social (entre ellas la Seguridad Social) sólo marchan bien como mecanismos redistributivos en un ambiente económico de mínima prosperidad (12).

En este contexto, y desde hace tiempo, viene planteándose por parte de algunos sectores la necesidad de efectuar un análisis del actual sistema de protección de la vejez y de las perspectivas de futuro del mismo. La actual situación de crisis económica ha acelerado el debate al punto de transmitirse socialmente el mensaje de la necesidad de un profundo cambio en los sistemas de protección social si se quiere que al menos una parte del actual sistema tenga garantizada su supervivencia más allá del año 2000. Desde algunos sectores se llega a afirmar que la desaparición del actual es inminente, lanzándose, en paralelo, a los ciudadanos el mensaje de que vayan preparando su futuro buscando una solución individual mediante sistemas de aseguramiento privado. Otros consideran, empero, que cuestionar al Estado del Bienestar en una sociedad de inflación, con un mercado de trabajo precario y estanflación, puede tener efectos catastróficos si se pretende que su reforma tienda a una protección social de mínimos y en la que el mercado complemente una mejor protección para los ciudadanos de mayores rentas. Para el conjunto del movimiento sindical europeo, la supervivencia del modelo de bienestar social, caracterizado -entre otros aspectos- por la obligatoriedad de afiliación, su carácter mayoritariamente público, la solidaridad alcanzada a través de los mecanismos de reparto o la garantía de presta-

(10) CASAHUGA VINARDELL, A.: «Análisis económico, reforma del sistema de pensiones de la Seguridad Social», *HPE*, 70, 1981, pág. 222.

(11) *Cfr.* MORENO MARTÍN, L.: «Efectos de las pensiones de la Seguridad Social sobre el ahorro privado», *Documento de Trabajo del Programa de Investigaciones Económicas de la Fundación Empresa Pública*, núm. 8.802, pág. 6.

(12) MARTÍN VALVERDE, A.: «Las pensiones de la Seguridad Social: su dimensión jurídica», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, *cit.*, pág. 26.

ciones suficientes, es condición *sine qua non* tanto para la estabilidad social y económica como para la estabilidad democrática; es claro que el Estado del Bienestar es un capital histórico irrenunciable no sólo para la clase trabajadora sino también para todos los ciudadanos de cualquier país civilizado, constituyendo una consecución esencial de las sociedades modernas, desarrolladas y democráticas. Así, uno de sus más importantes logros históricos (13) ha sido, sin duda, la institucionalización de los llamados derechos sociales, entendiéndose por tales tanto la implantación de un sistema universal de Seguridad y Protección Social y otro de garantía de recursos para quienes tienen dificultades de inserción o de mantenimiento en el proceso productivo, como la provisión de un conjunto de servicios y equipamientos colectivos para la salud y para la obtención de unos niveles educativos mínimos (14). En relación con lo anterior, otro éxito importante que hay que apuntar en el haber del Estado del Bienestar es la gran estabilidad social obtenida gracias al papel desempeñado por el intervencionismo del Estado en la disolución de la conflictividad social tradicional (empresarios-trabajadores) y a la creciente complejidad de la estructura social con la expansión de las clases medias, convirtiéndose el propio aparato estatal en árbitro de los intereses en disputa y demostrando, al mismo tiempo, su gran capacidad integradora. Al aplicar los instrumentos de cobertura social a un número cada vez mayor de ciudadanos y a una variedad siempre creciente de riesgos, este modelo desarrolló además en la sociedad, y de forma decisiva, la capacidad de tratar a todos sus miembros igualmente, no tanto redistribuyendo la riqueza cuanto los costes del riesgo y el infortunio, ya que en las sociedades democráticas la voluntad de instaurar más igualdad es, por definición, una de las principales motivaciones de la mayoría de las medidas de política social (15).

Durante más de 25 años se pensó que los Estados de Bienestar se seguirían perfeccionando, desarrollando y extendiendo sus servicios y, sin embargo, a pesar de que *Welfare State* ha supuesto una materialización de los derechos sociales y la profundización de la democracia dentro de los sistemas de capitalismo avanzado (16), la crisis económica de los años setenta va a poner en cuestión la intervención pública que el mismo incorpora y su compatibilidad con

(13) Y debe tenerse presente que el Estado de Bienestar no llegó de súbito sino que la idea de Estado Social se encuentra ya en el mismo momento en que tiene lugar la segunda revolución industrial consolidándose durante los años cincuenta o sesenta. *Vid.*, entre otros, FRASER, D.: *The Evolution of the British Welfare State*, Londres (MacMillan), 1973, pág. 222; GARCÍA COTARELL, R.: «Origen y desarrollo del Estado de Bienestar», *Sistema*, 80-81, págs. 5-21; ROJO TORRECILLA, E.: «Protección social. Reflexiones sobre el Estado de Bienestar en Europa y España», *Razón y Fe*, Vol. 225, núm. 120, págs. 59-72; BOTAS VIGÓN, R.: «La crisis del *Welfare State*», *ICE*, 585, 1982, págs. 61-69; RODRÍGUEZ CABRERO, G.: «El concepto histórico del Estado del Bienestar», *Gaceta Sindical*, Especial Monográfico: Reflexiones sobre el Estado de Bienestar, 122, 1994, págs. 13-15; GONZÁLEZ TEMPRANO, A. y TORRES VILLANUEVA, E.: *El Estado de Bienestar en los países de la OCDE*, Madrid (MTSS), 1992, págs. 19-39.

(14) *Vid.*, GONZÁLEZ TEMPRANO, A. y TORRES VILLANUEVA, E.: *El Estado del Bienestar en los países de la OCDE*, *cit.*, págs. 35-39.

(15) THUROW, L.C.: «Equidad, eficacia, justicia social y redistribución», *El Estado protector en crisis*, Madrid (Colección de informes OCDE), 1985, recogido por ALCALDE, M. en «La protección social», *Economía y Sociología del Trabajo*, 3, 1989, pág. 203.

(16) *Vid.*, al respecto, RUBIO LARA, M.J.: *La Formación del Estado Social*, Madrid (MTSS), 1991, págs. 254-284.

el cabal funcionamiento del mercado, dando lugar a distintos planteamientos, tanto teóricos como políticos, sobre su viabilidad o deseabilidad. El análisis que sigue se va a centrar en la crisis que a partir de los años setenta afecta al *Welfare State* (17) y el debate que en torno al mismo se suscita (18), aunque quizá lo más correcto sea afirmar, como punto de partida, que tal crisis no se asienta exclusivamente en razones económicas, sino que, al plantear la dificultad creciente que supone sostener el incremento del gasto que este tipo de organización política, se cuestionan, igualmente, las razones ideológicas o culturales (19).

Cabe hacer referencia así a los factores básicos (20) que confluyen en la crisis; a saber:

1. PROBLEMAS ECONÓMICOS.

El primer signo de las inminentes dificultades para el Estado de Bienestar fue la crisis del petróleo de 1973, que hizo estallar o intensificó la recesión mundial, de forma tal que durante los setenta y principios de los ochenta los resultados económicos del mundo capitalista avanzado se deterioraron bruscamente (21), produciéndose una notable caída de la inversión acompañada de unas tasas muy bajas de crecimiento y un desempleo muy elevado. Debe añadirse que la evolución del gasto público ha sido desde entonces -desde siempre, con carácter general- de todo punto

- (17) Ahora bien, aunque ha gozado de un enorme consenso durante los años 50 y 60 (ya que no se habló apenas de la crisis o reducción del Estado de Bienestar y menos de desmantelarlo), desde su mera aparición el Estatismo de Bienestar se ha visto sometido a ciertas críticas no demasiado abundantes y no tomadas muy en serio fuera de su círculo de creyentes. Así, por ejemplo, un pequeño grupo de economistas de creencias antioletolectivas advirtieron que significaba el camino a la «servidumbre» y a la ruina económica -HAYEK, F.A.: *The Road to serfdom*, Londres (Routledge), 1944. Igualmente, FRIEDMAN, M.: *Capitalism and Freedom*, Chicago (University of Chicago Press), 1962-. Este punto de vista fue adoptado por numerosos políticos conservadores en la mayor parte de los países occidentales -TITMUS, R.M.: *Income Distribution and Social Change*, Londres (Allen and Unwin), 1962-. Tampoco faltaron críticas de la izquierda -SAVILLE, J.: «The Welfare State: An Historical Approach», *New Reasoner*, vol. 3, 1975; WEDDWEBURN, D.: «Facts and Theories of the Welfare State», *The Socialist Register* (ed. a cargo de R. Miliband y J. Sanville), Londres (Merlin Press), 1965, págs. 127-146; MILIBAND, R.: *The State in Capitalist Society*, Londres (Weidenfeld and Nicolson), 1962.
- (18) Como ejemplo, MISHRA, R.: *The Welfare State in crisis*, Brighton (Wheatsheaf), 1984, pág. XIII, estima «de formas y en grados diferentes el Estado de Bienestar se encuentra en una situación confusa a lo largo de todo el occidente industrializado».
- (19) SERRA, F.: «La crisis del Estado de Bienestar», *Gaceta Sindical*, Especial Monográfico: Reflexiones sobre el Estado de Bienestar, 122, 1994, pág. 7.
- (20) SCHULTE, B.: «Financiación de los sistemas de protección social en la Europa comunitaria», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, cit., pág. 48, utiliza los siguientes términos para calificar los efectos secundarios negativos del Estado de Bienestar: «burocratización», «centralización», «economización», «monetización», «institucionalización», «juridicidad» y «profesionalización». Añade que las críticas van dirigidas fundamentalmente hacia «la ineficacia de los instrumentos tradicionales de la Seguridad Social y hacia la evidente falta de capacidad de las instituciones de la Seguridad Social para hacer frente a los nuevos problemas o incluso a los desarrollos inesperados de problemas bien conocidos».
- (21) CAMERON, D.R.: «Public Expenditure and Economic Performance in International Perspective»; KLEIN, R. y O'HIGGINS (eds.): *The Future of Welfare*, Oxford (Blackwell), 1985, págs. 8-21.

creciente (22), ocupando los gastos sociales básicos, es decir, aquellos destinados fundamentalmente a los sectores de población con menores niveles de renta, cumpliendo una función de solidaridad e integración la parte principal de la Política de Bienestar Social de los Estados de la OCDE. Cabe destacar también, por último, la emergencia de nuevas necesidades sociales como consecuencia del envejecimiento de la población, pérdida del peso asistencial de la familia, expansión del divorcio y diversificación de los núcleos familiares y no familiares de convivencia; todo lo cual motiva un incremento de la necesidad de fondos para hacer frente a multiplicadas demandas de protección en contraste con la reducción de las bases financieras ante la severa destrucción de puestos de trabajo, creciente provisionalidad de empleo y congelación de rentas salariales (23).

2. PROBLEMAS FISCALES.

Es unánime la consideración de que el Estado está sufriendo serios problemas de índole fiscal, en el sentido de intentar el logro de un equilibrio entre el gasto resultante de tratar de satisfacer las demandas ciudadanas de bienes y servicios públicos y su disposición a pagar por ellos en forma de impuestos. Los gobiernos se encuentran sometidos así a un dilema: son populares si otorgan servicios e impopulares si aumentan los impuestos, abriendo una brecha entre el ingreso y el gasto público, pues «cada clase social y económica y cada grupo quiere que el gobierno gaste más y más dinero en más y más cosas; pero ninguno quiere pagar nuevos impuestos o unos tipos más elevados de nuevos impuestos. En realidad, casi todo el mundo quiere impuestos más bajos» (24). Esta circunstancia conduce a que el poder político proceda a intentar reducir las expectativas del público y recortar los servicios (si bien con diferencias de tiempo y lugar), tome prestado y elabore un presupuesto deficitario con presencia de tensiones inflacionistas, o combine ambas formas de actuar (25).

3. PROBLEMAS DE GOBIERNO.

La burocracia que ha generado el moderno Estado Social de Derecho ha crecido tanto con los años que su dominio del ámbito estatal permite hacer prevalecer su interés como grupo funcional sobre el servicio público que están obligados a garantizar (26). En cierta medida, y ade-

(22) *Vid.*, al respecto, RODRÍGUEZ CABERO, G.: «Déficit público y Estado de Bienestar: valoración de una polémica e hipótesis de futuro», *Rev. Treb.*, Número Extraordinario sobre el Estado de Bienestar, 1987, págs. 31-56.

(23) GURPIDE IBARROLA, J. y HUALDE MAYO, K.: «El sector público y el Estado del Bienestar: La Seguridad Social», *Revista de Economía Vasca*, 5/6, 1987, pág. 133.

(24) O'CONNOR, J.: *The fiscal crisis of the State*, Nueva York (St. Martin's Press), 1973, pág. 1.

(25) JOHNSON, N.: *El Estado de Bienestar en transición. La teoría y la práctica del pluralismo de bienestar*, Madrid (MTSS), 1990, pág. 63.

(26) GARCÍA AROCA, J.: «La desburocratización del Estado de Bienestar», *Rev. Treb.*, Número Extraordinario sobre el Estado del Bienestar, 1987, págs. 85-97, señala que a la organización burocrática no le interesa el individuo concreto sino su expediente, se produce continuamente el efecto «remisión» en virtud del cual el cliente es enviado al funcionario que tenga las competencias sobre un asunto concreto y, al topar con la burocracia, mantiene una actitud pasiva, dando origen así a un sentimiento de impotencia.

más, los partidos políticos administran los recursos públicos en beneficio de sus propios intereses (27), produciéndose como resultado de esta sobrecarga una cierta ineficacia y despilfarro en la administración de los mismos. A estas circunstancias cabe atribuir también una gran responsabilidad en la progresiva desideologización, despolitización y pragmatismo creciente de los partidos políticos que compiten únicamente por la captación del voto; así, al acercarse los comicios, ponen en práctica medidas de política económica que tienen un marcado carácter electoralista para perpetuarse en el poder, provocando un deterioro de la estabilidad económica a corto plazo como fruto de una cierta homogeneización de los programas de los partidos y una política gubernamental en la que no puede haber profundas diferencias con los partidos opositores si no es a riesgo de perder las siguientes elecciones.

4. EFECTO REDISTRIBUTIVO MÍNIMO.

Al ser posible obtener la redistribución en mayor medida por el lado del gasto que por el de los impuestos (28), afectando normalmente a los niveles de renta inferior [de suerte que la política del gasto suele inclinarse más a la reducción de la pobreza que a la disminución de las desigualdades sociales (29)], puede concluirse que el Estado de Bienestar genera un efecto redistributivo mínimo que nada tiene que ver con la expansión del gasto. El fracaso en la distribución de la renta, que coincide con una acentuación de las desigualdades sociales, no evita, sin embargo, que el ciudadano perciba la sensación de disfrutar una mayor seguridad material gracias al Estado, surgiendo lo que podría denominarse «espejismo psicológico de la redistribución» (30).

5. PROBLEMAS DE COMPETITIVIDAD INTERNACIONAL.

El *Welfare State* ha puesto de manifiesto una cierta obsolescencia del Estado-nación tal como fue concebido en el siglo XIX. Así, mientras las políticas económicas y sociales se siguen ejecutando en su mayoría en este ámbito territorial, los mercados se hacen cada vez más transnacionales ante el aumento de la capacidad productiva a que conduce el desarrollo de la ciencia y de la tecnología (causa y efecto de una mayor competitividad a escala mundial), el incremento de los gastos del Estado destinados a desempleo -paro tecnológico- y la menor aportación a la recaudación tributaria de las empresas multinacionales que, con frecuencia, consiguen eludir de sus responsabilidades fiscales (31). Si a ello se une la aparición de nuevos competidores, que

(27) *Vid.*, al respecto, ROJO, L. A.: «Sobre el estado actual de la Macroeconomía», *Pensamiento Iberoamericano*, 1, enero-junio, 1982, pág. 48.

(28) UUSITALO, H.: «Redistribution and Equality in the Welfare State», *European Sociological Review*, I, 2, septiembre, 1985; TAYLOR-GOBY, P.: «The Distributional Compulsion and the Moral Order of the Welfare State», AA.VV.: *Dilemmas of Liberal Democracies*, Londres (Adrian Ellis y Krishan Kumar), 1983, pág. 110.

(29) VILA LÓPEZ, L.: «Los efectos redistribuidores del Estado de Bienestar: una valoración, posibilidades de remodelación y perspectivas futuras», *Rev. Treb.*, Número Extraordinario sobre el Estado de Bienestar, 1987, págs. 78-80.

(30) GONZÁLEZ TEMPRANO, A. y TORRES VILLANUEVA, E.: *El Estado de Bienestar...*, *cit.*, pág. 123.

(31) MATOUK, J.: «Crisis y porvenir de las regulaciones», AA.VV.: *Rupturas de un sistema económico*, Madrid (Blume), 1981, pág. 317.

ofrecen gran cantidad de bienes mucho más baratos en comparación con los suministrados por los «viejos» países industrializados, se comprende que los Estados con altos salarios y niveles de protección social, sólo puedan hacer frente, de un lado, a los productores con mano de obra barata, y de otra, se verán obligados a acelerar sus mejoras en calidad y productividad, abandonando los mercados más abiertos a la competencia. La conclusión deviene obvia desde tal punto de partida: son necesarios ajustes importantes, dentro de los cuales podría encontrarse una posible reducción del Estado de Bienestar (32).

6. DESCENTRALIZACIÓN DEL *WELFARE STATE*.

Simultáneamente, aunque con una menor incidencia, en los Estados nacionales se observa una progresiva descentralización del Estado de Bienestar tanto en la concepción como en la ejecución de muchas de sus políticas. A tal punto que el Estado, si bien sigue controlando las principales fuentes de financiación, las decisiones de gasto se adoptan, sin embargo, de una forma cada vez más perceptible por los gobiernos regionales o locales. Ésta es, en cierto modo, la experiencia española respecto de las Comunidades Autónomas en los últimos años (33).

7. AMPLIA CRÍTICA CULTURAL.

Circunscrita no tanto a rechazar su papel e importancia, cuanto a aportar una demanda colectiva de articulación conjunta con otras distintas formas sociales de satisfacer necesidades colectivas, desplazando así la inversión de lo colectivo a lo privado. Tales problemas apuntados no pueden conducir sino a una difícil legitimación del Estado de Bienestar, en la medida en que éste ya no puede proporcionar lo que promete o lo que la gente espera de él, comenzando a perder entonces el apoyo de las masas y surgiendo nuevas orientaciones superadoras o integradoras del mismo. En efecto, es claro que el sustrato económico y sociológico de los sistemas de protección social ha cambiado durante los últimos 15 años, pues si bien el Estado de Bienestar no ha sufrido una alteración radical en sus fundamentos institucionales, la crisis sí ha puesto de manifiesto la complejidad y diversidad de la producción y distribución del bienestar, mostrando, al tiempo, sus límites (34). Al perder credibilidad el Keynesianismo y otras teorías sociales que sirvieron tanto de guía práctica a la intervención estatal como de sustrato intelectual, la crítica extrema al Estado de Bienestar se ha convertido en tema común (35) tanto desde la derecha

(32) Vid., PFALLER, A., GOUGH, I. y THERBORN, G.: *Competitividad económica y Estado de Bienestar. Estudio comparativo de cinco países avanzados*, Madrid (MTSS), 1993.

(33) Vid., GONZÁLEZ TEMPRANO, A. y TORRES VILLANUEVA, E.: *El Estado de Bienestar...*, cit., pág. 16.

(34) GLAZER, N.: *Los límites de la Política social*, Madrid (MTSS), 1992, págs. 40 y 137.

(35) PICO, J.: «El Estado del Bienestar: modelos teóricos», *Rev. Treb.*, Número Extraordinario: *El Estado de Bienestar Social en el horizonte de los 90*, 1987, págs. 13-29.

política (36) como desde la izquierda (37). Su carácter de respuestas radicales hace, sin embargo, que no acaben de ser convincentes ni desde el plano normativo ni desde el práctico y que surjan otras tendencias, cuales son el Corporativismo (38), la respuesta de Centro-izquierda (39) o la orientación pluralista (40) del Estado de Bienestar, basada ésta en la descentralización y participación en la provisión de servicios, causa última de un sistema mixto donde el Estado ostentaría una posición menos dominante que la actual, al no ser el único instrumento posible en la provisión colectiva de servicios sociales (41).

Se encuentra así un nexo con el debate sobre políticas sociales públicas o privadas (42) o, lo que es igual, sobre si los costes sociales de la política económica y las desventajas creadas

- (36) La forma de concebir la realidad social por la Nueva derecha puede resumirse, a grandes rasgos, en que, dada la situación de inseguridad en que se mueven importantes sectores, se ha de incrementar el grado de sumisión y disciplina social, negando el carácter de derechos que tendrían determinadas prestaciones, y haciendo preciso confiar en que los mecanismos de autorregulación del mercado mantuvieran a flote a la economía industrial avanzada. Suscriben, de esta forma, que el Estado de Bienestar es la causa de disparatados gastos estatales y que el crecimiento de la estructura de gobierno reduce los incentivos, sofoca la iniciativa, absuelve a la gente de responsabilidad personal y estimula la dependencia, la ineficiencia y el despilfarro en virtud de la ausencia del mecanismo de los precios. *Vid.*, JOHNSON, N.: *El Estado de Bienestar en transición. La teoría y práctica del pluralismo de Bienestar*, *cit.*, pág. 68.
- (37) Los Marxistas han estado al frente de la defensa de la protección social, considerando que su reducción llevaría a un descenso de los niveles de vida de los trabajadores y que los logros conseguidos como resultado de la presión obrera se perderían. No están, sin embargo, meramente interesados en defender las formas existentes de Estado de Bienestar ya que, en una sociedad socialista con pleno desarrollo, la necesidad sería el único criterio para la distribución de bienes y servicios y la organización y el reparto de los servicios sería descentralizada, con una gran dosis de autogestión. Incluso se ha llegado a pensar que el Estado de Bienestar es una institución destinada a desaparecer, pues no tuvo razón de ser más que en aquella época en que el crecimiento económico continuado permitió al Estado asumir determinadas funciones que hoy sería imposible llevar a cabo (SERRA, F.: «La crisis del Estado de Bienestar», *cit.*, pág. 8).
- (38) Que consiste, en lo esencial, en una aproximación pragmática a los problemas de integración, asociados con la economía política del capitalismo avanzado, dotado de una centralización en la toma de decisiones por parte de ciertas asociaciones económicas, relegando al Parlamento a un segundo plano en algunos aspectos importantes. Hay que tener presente que la naturaleza del Estado del Bienestar no cambia con el Corporativismo, sino que éste sirve para generar un marco institucional en el mantenimiento del pleno empleo y de servicios sociales generalizados dentro de una sociedad libre de mercado. El problema de esta concepción no es otro que demostrar su viabilidad política, la cual dependerá, en un país concreto, de la naturaleza del capital, del nivel de afiliación sindical, de la estructura política y de la tradición. *Vid.*, CAWSON, A.: *Corporatism and Welfare*, Londres (Heinemann), 1982, pág. 41.
- (39) Fabianos y Socialdemócratas argumentan a favor de conseguir una mera reestructuración administrativa. Parece que su error se basa en no reconocer que el grado de desarrollo de los servicios sociales depende del crecimiento económico. *Vid.*, sobre la respuesta Social demócrata en sus diferentes vertientes. MISHRA, R.: *The Welfare State in crisis*, *cit.*, págs. 185-236.
- (40) Dentro de esta orientación pluralista pueden destacarse varios subsectores: informal, voluntario, oficial y mercantil. *Vid.*, JOHNSON, N.: *El Estado de Bienestar en transición*, *cit.*, págs. 96-237.
- (41) HATCH, S. y MOCROFT, I.: *Components of Welfare*, Londres (Bedford Square Press), 1983, pág. 2.
- (42) CAINZOS, J.F.: «Los componentes público y privado del Estado de Bienestar: Una perspectiva constitucional», AA.VV.: *Estado, Privatización y Bienestar. Un debate de la Europa actual*, Barcelona (Economía crítica), 1991, págs. 48-94.

socialmente deben ser socializados o privatizados. Pero lo que es claro, y de ello se parte, es que el *Welfare State* de mínimos -que combina una economía de mercado intervencionista, una sociedad pluralista y un sistema de bienestar social avanzado- constituye una formación social que, aunque híbrida y fruto del compromiso, merece la pena conservar. El término «privatización» ha llegado a simbolizar mucho más que lo que la palabra en sí manifiesta (43); ahora bien, siempre entendida no como recapitalización del capitalismo, sino como privatización en la satisfacción de las necesidades. La respuesta a la cuestión planteada ha de orientarse, por tanto, en el sentido de que los servicios no deben ser necesariamente gestionados por el Estado, reconociendo un ámbito propio al desarrollo de determinadas formas de bienestar por el sector privado, ello contribuiría a un aumento de la equidad, la libertad, la posibilidad de opción y la participación popular. Habrá que sondear así la opinión de los gestores de Fondos de pensiones, sindicatos, asociaciones profesionales y compañías de seguros, pues algunas de estas organizaciones estarán más dispuestas que otras a aceptar el cometido que se les confía y a explotar medios innovadores de proporcionar formas diferentes de bienestar, con la ingente tarea de promover la equidad (dentro de un sistema que propende a la desigualdad) y conseguir así la justicia social (44). En este sentido cabe propugnar un esfuerzo de realismo y estimar que si bien la privatización no constituye por sí misma una respuesta a las divisiones sociales, ofrece, en cambio, una perspectiva adecuada de cambio e innovación, en la medida en que cabría sostener las ganancias de eficiencia que resultan de privatizar el aparato productivo estatal.

Si el déficit fue la causa primera del segundo viraje de la Seguridad Social, en tanto que el modelo Keynesiano resultó muy popular pero incapaz de amoldarse con facilidad a las exigencias de una política anticíclica cuando fuese preciso frenar la actividad, haciendo necesario coordinar la nueva realidad económica y social con el sistema fiscal, el nuevo modelo productivo provoca en 1973, con la crisis del petróleo, una transformación tal que hace imprescindible una política de ajuste económico. Varias son las razones que se aducen para ello (45):

- 1.^a La Seguridad Social disminuye sus ingresos y aumenta sus desembolsos.
- 2.^a Se hace necesario luchar contra la inflación.
- 3.^a Se agrava el problema de la balanza comercial exterior, vinculado al recargo en los costes salariales del proceso productivo, como consecuencia del impuesto sobre nóminas que grava las exportaciones. La III regla del GATT impide que lo abonado

(43) DONNISON, D.: «The Progressive Potential of Privatisation», AA.VV.: *Privatisation and the Welfare State*, Londres (Gregor Allen and Unwin), 1984, pág. 45.

(44) MANN, K.: «Privatización, Individualismo y Estado», AA.VV.: *Estado, Privatización y Bienestar. Un debate de la Europa actual*, Barcelona (Economía crítica), págs. 96-125.

(45) VELARDE FUERTES, J.: *El tercer viraje de la Seguridad Social en España (Aportaciones para una reforma desde la perspectiva del gasto)*. Madrid (IEE), 1990, pág. 390 y ss.

en este concepto sea desgravado en frontera, con lo cual aumenta la competitividad de los países que financian todo o parte de su sistema de Seguridad Social a través del IVA.

- 4.^a Se pone fin a los movimientos utópicos, punto de apoyo esencial de las medidas socializadoras.
- 5.^a Se hace preciso adoptar medidas de reforma tributaria que conduzcan tanto a la disminución de las cargas fiscales para fomentar la actividad económica como a una política de contención del gasto público y cambio de perspectiva sobre los impuestos indirectos, ignorando su carácter regresivo.
- 6.^a Revalorización del papel del mercado y adopción de medidas desreguladoras y reprivatizadoras.
- 7.^a Rápidos movimientos demográficos con caídas del índice de natalidad y aumento de las expectativas de vida.
- 8.^a Ampliación de la Unión Europea y europeización de la Seguridad Social.
- 9.^a Espectacular aumento de la población a proteger a consecuencia de la incorporación de nuevos colectivos -inmigrantes, retirados con pensiones bajas, madres solteras, parados que no acceden a subsidios, menores sin familia que sean primeros demandantes de prestaciones, etc.-.

Bajo estas premisas, surgen las consideraciones en torno a un posible «tercer viraje» de la Seguridad Social que pondere también otros factores como la disminución en el empleo, ayudas a sectores en reconversión, apoyos a sectores preferentes o estratégicos, exenciones o bonificaciones en la cotización como medida de fomento del empleo juvenil y del paro subsidiado, jubilaciones anticipadas o la cobertura de recursos escasísimos en Regímenes Especiales como el agrario, del mar o del carbón, necesitado de subvenciones continuas. Nueva perspectiva que debería tener presente inexcusablemente dos orientaciones: de un lado, tratar de conseguir mayores cotas de igualdad distributiva -aunque ello suponga sacrificar la eficiencia estática y dinámica en la asignación intertemporal de recursos-, de forma que se analice el sistema de la Seguridad Social con los mismos criterios que se analizaría cualquier otro programa público; de otro, sacrificar posibilidades redistributivas en aras a una mayor eficiencia y utilizar criterios actuariales para valorar el sistema de pensiones (46).

(46) CASAUGA VINARDELL, A.: «Análisis económico, reforma del sistema de pensiones de la Seguridad Social», *cit.*, pág. 222.

2. Causas explicativas de la situación deficitaria.

Como puede colegirse de lo anterior, la situación duradera de déficit en que se ha instalado la Seguridad Social española, lejos de derivar de factor único, encuentra múltiples causas en su origen (47). Anteponiendo que no todas se derivan inmediatamente de la crisis económica [antes al contrario, algunas de tales raíces resultan ser artificiosas y degenerativas, en cuanto que derivadas de superadas circunstancias histórico-políticas, del enquistamiento de privilegios corporativos de determinados grupos sociales o de la mera impericia y descoordinación administrativa tanto desde la perspectiva del control de los ingresos como desde la del control de los gastos (48)], sí cabe resaltar que quizá la más relevante sea el acelerado crecimiento de los gastos de Seguridad Social con origen en causas socio-culturales (relacionadas con el cambio de valores sociales), económicas (derivadas de la crisis), jurídico-políticas o históricas (dependientes de la transición política) y jurídico-administrativas o de gestión de prestaciones (vinculadas a la deficiente organización, a la ausencia de coordinación o a la ineficiencia de determinados servicios) (49). Incremento que se ha producido justamente cuando la situación económica debilitaba a los que han sido sus firmes fundamentos en la etapa pasada de expansión, a saber, la tasa de desarrollo del PIB, el nivel de ocupación y la inflación controlada. El aumento de gastos sociales se ha visto acompañado del correlativo descenso en el ritmo de ingresos obtenidos por la Seguridad Social, debilidad productiva y ocupacional y extensión de las situaciones empresariales de fraude y mora en las cotizaciones a causa de las dificultades económicas y financieras de muchos sectores económicos y como consecuencia del desequilibrio financiero (50).

No puede olvidarse, por lo demás, la disociación que existe entre aumento de gastos y costes de la Seguridad Social y la calidad de las prestaciones. La falta de una infraestructura adecuada ha obstaculizado, cuando no impedido, una administración eficaz de la Seguridad Social. Una superación paulatina de la ineficacia de los servicios administrativos (51) (basada en una concepción fragmentaria y descoordinada de sus órganos de acción y decisión), tendente a asegurar el debido control de los gastos (en unos casos por un exceso de centralismo que dificulta el conocimiento real de las situaciones individuales protegidas; en otros, por la independencia y falta de coordinación entre órganos o Administraciones con responsabilidades concurrentes y

(47) *Cfr.* GARCÍA DE BLAS, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las medidas de reforma del sistema de pensiones y su influencia en el déficit de la Seguridad Social», *PEE*, 23, 1985, págs. 134-135.

(48) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público», *PEE*, 23, 1985, pág. 139.

(49) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las pensiones de la Seguridad Social...», *loc. ult. cit.*

(50) FUENTES QUINTANA, E., *et alri*: «Estrategia para un tratamiento de los problemas de la Seguridad Social», *PEE*, 12-13, 1982, págs. 34-35. GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público», *cit.*, pág. 138. La presión de las cotizaciones, junto a la fiscal, se han tornado en influyentes factores desencadenantes de la morosidad y el fraude contributivos, así como de una notable expansión del trabajo clandestino y, más ampliamente, de la actividad económica subterránea o sumergida.

(51) DURÁN HERAS, A.: «Hacia una mejor calidad de los servicios administrativos en la Seguridad Social», *ICE*, 630-631, 1983, págs. 121-130.

ocasionalmente compartidas) permitiría grandes progresos en todos los órdenes (52). El cruce informático (53) o la integración unitaria de los ficheros de pensionistas de los diversos sistemas de pensiones (por R.D. 43/1985, de 9 de enero, se crea un «Banco de Datos de Pensiones Públicas») constituyen métodos sin duda eficacísimos en orden a conseguir la plena aplicación de normas que, contenidas en las sucesivas Leyes de Presupuestos anuales y en los Decretos sobre revalorización de pensiones, se refieren a suspensión y limitación en el crecimiento de las pensiones concurrentes o coincidentes con rentas de trabajo o capital del propio pensionista.

Debe reconocerse, con todo, que en los últimos años se han establecido mecanismos más ágiles de gestión en el reconocimiento y pago de las pensiones, acercándolos al beneficiario y suprimiendo trámites innecesarios. A dicha finalidad responde la simplificación en la tramitación de los expedientes de pensiones (Resoluciones de la Secretaría General para la Seguridad Social de 2 de febrero de 1988 y 28 de marzo de 1989), la agilización en el reconocimiento y pago de las mismas o el establecimiento de un procedimiento más ágil en la tramitación y reconocimiento de las pensiones devengadas y no percibidas por sus beneficiarios (54).

Parece indiscutible, en fin, y a tenor del artículo 41 de la CE, que se atribuye originariamente al Estado tanto la función protectora en que la Seguridad Social consiste, como la gestión de lo que puede considerarse su núcleo básico, permitiendo la intervención de la gestión privada únicamente en el nivel complementario o libre. Igualmente debe conectarse tal precepto con el Título VIII de la Constitución, en el cual se delimitan las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de modo que el Estado sería competente con carácter exclusivo respecto a la legislación básica de Seguridad Social y su régimen económico, sin que tal atribución excluya la intervención de las Comunidades Autónomas, que podrían asumir funciones en materia de «ejecución de servicios», así como competencias en materia de sanidad y asistencia social (55). En este afán normalizador importa destacar igualmente el inicio de acciones orientadas a una mayor homogeneización y coordinación entre los diferentes regímenes de Seguridad Social, referidas a la regulación (a través de las Leyes generales de Presupuestos) de la revalorización de pensiones y aplicación de límites máximos y complementos por mínimos, a la creación ya

(52) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público», *cit.*, pág. 154.

(53) *Cfr.* CABEZALI CORRALES, R. y VIÑAS PEÑA, J.: «Informática y Seguridad Social», *PEE*, 12-13, 1982, pág. 384. Recientemente, la OM de 3 de abril de 1995 ha venido a regular el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación en el ámbito de la Seguridad Social.

(54) PANIZO ROBLES, J.A.: «El sistema de pensiones de la Seguridad Social: situación actual y tendencias», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, *cit.*, pág. 67.

(55) La STCo. 124/1989, de 11 de julio, vino a clarificar la materia al dejar sentado que, en base a los principios de solidaridad financiera y unidad de caja, es competencia exclusiva del Estado la gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, sin que las competencias estatutarias de gestión del régimen económico de la Seguridad Social puedan comprometer la unidad del sistema, ni engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social.

apuntada del Banco de Datos de Pensiones Públicas o al establecimiento del cómputo recíproco de cotizaciones. Es preciso, no obstante, avanzar en la línea iniciada, cuya meta final debería ser la unificación de la gestión institucional de todos los Regímenes Públicos de Pensiones en un mismo ente aglutinante, permitiendo afrontar con mayores garantías la correcta aplicación de sus numerosas normas [concurrencia, revalorización (56), topes mínimo y máximo, cómputo recíproco de cuotas, régimen de incompatibilidades...] y racionalizar la gestión del sistema público de pensiones (57).

Motivo destacado de aumento en el gasto es, igualmente, la existencia de múltiples vías de fraude y abuso en la adquisición y conservación de los derechos a sus prestaciones, en gran medida recortadas tras la aprobación de la Ley 26/1985, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social. El período de 15 años de cotización exigidos para tener acceso a la pensión de jubilación, con el que se pretende a juicio del legislador estrechar la relación entre el importe de las cuotas y la cuantía de las prestaciones reconocidas, aproximándose, con ello, al carácter más asegurativo del nivel contributivo (58), no parece constituir una justificación razonable, pues la relación entre cotizaciones y prestaciones «se estrecha» cuando se actúa sobre la escala de porcentajes para el cálculo de la pensión en función del tiempo cotizado, pero no ampliando el período mínimo de cotización exigido para el reconocimiento (59). La justificación real de esta ampliación parece ser la de frenar el proceso de generación de pasivos, encareciendo la práctica de «compra de pensiones», y reorganizar los parámetros de cálculo de las pensiones de jubilación; fórmulas únicas para determinar la base reguladora de las pensiones -promediando los últimos 8 años de cotizaciones-, al tiempo que se dispensa del requisito genérico de estar en alta o en situación asimilada y se establece un sistema de revalorización casi automática para todas las pensiones reconocidas en aplicación de la referida ley.

La mala ordenación de las prestaciones, los defectos de organización y gestión (fundamentalmente en el campo de las prestaciones sanitarias, sociales y económicas), así como los defectos existentes en la coordinación de la Seguridad Social con los servicios de asistencia social son factores igualmente decisivos en el encarecimiento de las prestaciones de Seguridad Social.

(56) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGINA, J.: «Cotización, revaloración de pensiones, colaboración en la gestión y asignaciones por hijo a cargo», *RL*, 6, 1993, pág. 66 y ss.

(57) MÉNDEZ MARTÍNEZ, C.: «La gestión del sistema público de pensiones», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, cit., pág. 156, quien pone de manifiesto el objetivo último de las realizaciones más recientes del INSS en orden a conseguir una organización administrativa basada en la eficacia, celeridad, accesibilidad y transparencia, exigiendo inexcusablemente actuar de modo simultáneo en tres frentes o programas de trabajo: estructura organizativa, actividad de producción y sistemas de comunicación.

(58) Párrafo cuarto de la Exposición de Motivos.

(59) DESDENTADO BONETE, A., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, Madrid (Cívitas), 1986, pág. 62.

Con el objetivo de disciplinar este crecimiento masivo de los gastos acomodándolos al crecimiento del PIB, hace ya más de una década que la doctrina especializada apuntó una serie de programas a seguir que abarcarían, entre otros aspectos, la reducción del fraude, la reducción de los costes medios de los servicios sanitarios, farmacéuticos y sociales, la eliminación de los costes derivados de la deficiente ordenación de las prestaciones económicas y la mejora de la infraestructura administrativa para asegurar una gestión adecuada (60).

3. El problema demográfico.

Conforme transcurre el tiempo se hace cada vez más patente y adquiere mayor importancia la influencia de los factores demográficos en el desarrollo de la Seguridad Social en los países más industrializados, y en especial en los europeos (61), al punto de motivar la elaboración de estudios sobre la incidencia de la evolución de la esperanza de vida y de los sistemas de jubilación en el coste de las pensiones (62). La evolución demográfica es, ciertamente, una cuestión de permanente actualidad en la medida en que la Unión Europea está asistiendo a un paulatino envejecimiento de la población como consecuencia de la disminución del número de nacimientos y del notable aumento de la esperanza de vida (63). España no es ajena a este proceso y, si bien sentirá sus efectos con cierto retraso debido a las peculiaridades de su evolución demográfica (64) -es verdad que no relacionada con su movimiento natural sino con los procesos migratorios derivados de su labor colonizadora, así como de otros hechos históricos bien conocidos (65)-, está previsto que a mediados del próximo siglo alcance la tasa de envejecimiento de los países más desarrollados.

(60) FUENTES QUINTANA, E., *et altri, cit.*, pág. 70 y ss.

(61) Sobre la incidencia del contexto sociodemográfico y económico a medio y largo plazo en los parámetros de los regímenes de jubilación en Francia, *vid.*, AA.VV.: *Libro blanco de la jubilación*, Madrid (MTSS), págs. 25-29. Las experiencias de Alemania, Estados Unidos, Japón y Gran Bretaña pueden verse en las págs. 133-148.

(62) *Vid.*, XII Informe de la ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *La incidencia de la evolución de la esperanza de vida y de los sistemas de jubilación en el costo de las pensiones*, Ginebra (AISS), 1992, en especial págs. 3-27; para el caso de España, pág. 48.

(63) Completos datos estadísticos de tal realidad, incluyendo su distinción por sexo, situación familiar, lugar de residencia y distribución regional, participación laboral y causas de muerte en KNAUTH, B.: «Statistical portrait of older people», en COMISIÓN EUROPEA.: «1993: European Year of Older People and solidarity between generations», *Social Europe*, 1, 1993, págs. 21-32.

(64) AGÜERO, I. y OLANO, A.: «Oferta de trabajo de jóvenes: aspectos demográficos y económicos», AA.VV.: «Los jóvenes y el empleo». *Economía y Sociología del Trabajo*, 1/2, 1988, pág. 12 y ss. GONZÁLEZ CATALÁ, V.: «Demografía y sistemas públicos de pensiones: una visión actuarial», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales, cit.*, págs. 199-206.

(65) *Vid.*, un estudio del problema demográfico español pasado, presente y futuro realizado por GONZALO Y GONZÁLEZ, L.: «Del problema demográfico de España: necesidad de una protección fiscal de protección a la familia», *RTSS*, 9, 1993, pág. 190 y ss.

Esta nueva realidad socioeconómica incide de manera especial en los sistemas de protección social, a los cuales incumbe de forma directa el hacer frente de modo eficaz a las mayores necesidades que en materia de pensiones y otras prestaciones plantearán las envejecidas sociedades del futuro (66). La protección de la contingencia de vejez o, en formulación positiva, la garantía de una pensión para los trabajadores demasiado mayores para continuar participando en el proceso productivo, es uno de los pilares de nuestro sistema de Seguridad Social. Se basa en lo que se ha dado en llamar un «acuerdo de solidaridad» entre generaciones -todos aquellos que hoy día cuentan con un empleo remunerado contribuyen con sus salarios o con su producción socializada en una medida suficiente para garantizar que sus ancianos puedan mantener un nivel de vida digno, con la esperanza de que serán tratados de la misma forma cuando les llegue el momento de la jubilación-. Este acuerdo de solidaridad parte, sin embargo, de una premisa indeclinable: la existencia de un número suficiente de contribuyentes o miembros de la población activa capaces de producir lo bastante para atender las necesidades de los beneficiarios. La concurrencia, empero, de un cúmulo de circunstancias adversas, tales como el envejecimiento de la población europea (la proporción de personas de edad avanzada crece progresiva y, a menudo, espectacularmente), el descenso continuado de la tasa de natalidad en esos mismos países (o al menos en muchos de ellos), así como la desaceleración del crecimiento económico y las retenciones -por lo general importantes- de las rentas nacionales para cubrir los gastos de la Seguridad Social en Europa, han provocado un debate a fondo sobre el futuro mismo de los sistemas de Seguridad Social, en general, y de las pensiones de jubilación, en particular, cuyo nivel, en términos de prestaciones y cobertura de población, alcanza cotas difícilmente sostenibles.

Para responder a este reto -y al incremento de gasto que conllevará- se hace necesario diseñar políticas sociales progresistas, dentro -eso sí- de un contexto de equilibrio financiero que permita garantizar en todo momento la viabilidad de los mecanismos de protección social y, con ello, el bienestar presente y futuro del conjunto de los ciudadanos (67).

(66) SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I.: «Influencia relativa de la evolución demográfica en el futuro aumento del gasto en pensiones de jubilación», *RTSS*, 6, 1992, pág. 31 y ss. Su repercusión económica puede verse fundamentalmente en LÓPEZ GARCÍA, M.A.: «Pensiones de Seguridad Social y bienestar. Un análisis de los períodos transitorios», *Investigaciones Económicas*, vol. X, 1, 1986, pág. 65 y ss. Del mismo autor: «Seguridad Social y crecimiento demográfico», *Investigaciones Económicas*, vol. XII, 3, 1988, pág. 455 y ss.; BANDRÉS MOLINÉ, E.: «Evolución demográfica y gastos sociales», *Economistas*, 39, 1989, pág. 26 y ss.; HERCE, J.A.: «El movimiento demográfico español; aspectos económicos», *RTSS*, 6, 1992, pág. 53 y ss.

(67) Sobre la respuesta europea a tal necesidad *vid.*, entre otros, WALKER, A y VAN CRAEYNEST, D.: «Europeans' attitudes towards ageing and older people», en COMISIÓN EUROPEA: «1993: European Year of Older...», *cit.*, págs. 33-40.

3.1. Factores fundamentales en la evolución de la población y su repercusión en los sistemas de Seguridad Social.

El fundamento de cualquier análisis demográfico ha sido siempre, y sigue siéndolo, el estudio de los factores básicos en los procesos de evolución de la población: tasas de natalidad, mortalidad y migración. Cualquier población presenta en un momento dado una estructura denominada «pirámide», aunque hace mucho tiempo que su forma dejara de parecerse a la de tal poliédrica figura para adoptar la de un pilar a medida ya que el vértice de aquélla se amplía bajo la presión de los grupos de edad avanzada (68).

A la hora de aplicar el análisis demográfico a la Seguridad Social se abre, no obstante, un campo de investigación que desborda la demografía tradicional. En lugar de cuestionar, si fuera el caso, la política demográfica de un país como tal, al objeto de adaptarla a nuevos desafíos individuales y familiares (nupcialidad, divorcios, planificación familiar, tamaño deseado de la familia, cuidado de los ancianos, etc.), se trata de determinar si la evolución de los factores demográficos contribuye o no a desestabilizar el edificio ideológico y financiero de la Seguridad Social. La labor analítica se ciñe concretamente a cuantificar, con base en hipótesis idóneas y creíbles, la influencia del componente demográfico sobre el coste de las futuras prestaciones de la Seguridad Social y la posibilidad de que la evolución demográfica pueda poner en crisis, en el futuro, el consenso social y el pacto entre generaciones sobre el que descansa el modelo actual de financiación de los sistemas de jubilación (69).

Factores prioritarios al examinar las repercusiones de la evolución demográfica en los sistemas de Seguridad Social son, sin lugar a dudas, la edad y sexo. El elemento *sexo* debe ser analizado en la medida en que, de un lado, sin mujeres no puede haber reproducción y renovación de la población y, de otro, los cambios en las tendencias reproductivas de las mujeres afectan a las características externas de la población hasta el punto que la fecundidad, especialmente en Europa, está dejando de ser un mero proceso aleatorio para convertirse en un fenómeno social. Importa destacar, así, tanto que la tasa de mortalidad y morbilidad de las mujeres difiere de la de los hombres, en especial en ambos extremos de la vida, exigiendo de este modo la utilización de fórmulas distintas para calcular la esperanza de vida de unos y otras; como, que a lo largo de la

(68) Ésta consiste en la distribución en un eje vertical de la población total y agrupada por edades (y a menudo por otros criterios como estado civil, nacionalidad o actividad económica) con la enorme ventaja de su simplicidad y estabilidad. Esto no debería enmascarar, sin embargo, el hecho de que constituye una visión estática en un momento determinado, mientras que las poblaciones sufren cambios constantes como resultado de las fluctuaciones en las tasas de natalidad, mortalidad y emigración. *Vid.*, el informe de la OIT: *Demographic development and social security*, Report II, Cuarta Conferencia Regional Europea, Ginebra, septiembre de 1987.

(69) *Cfr.* TAMBURI, G.: «Seguridad Social y demografía: la necesidad de tener una visión global y coherente», AA.VV.: *Europa en el movimiento demográfico. Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, Madrid (MTSS), 1993, pág. 167 y ss. CANTILLON, B.: «Mutations socio-démographiques et Sécurité Sociale», *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, 4, 1991, págs. 420-448.

vida activa los hombres y las mujeres tienen teóricamente los mismos derechos y, sin embargo, éstos difieren -o diferían- en la práctica, pues la mayor parte de las mujeres no llegaban a completar una carrera profesional y, en consecuencia, reciben una pensión más baja.

Desde otro punto de vista, la *edad* desempeña un papel decisivo en cualquier sociedad en tanto no sólo limita las prestaciones o asignaciones familiares, fija el período de enseñanza obligatoria, retrasa la incorporación al mundo laboral y, cada vez más, determina la fecha del apartamiento permanente del mundo laboral; sino que, en una vertiente puramente demográfica, va unida a dos factores relevantes a estos efectos, cuales son la fecundidad y la mortalidad. En efecto, los cambios en la proporción de mujeres en edad fértil repercuten de forma directa sobre la evolución de la población en su totalidad ya que, en un modelo reproductivo uniforme, cuantas menos mujeres haya, menos niños nacerán; es más, la capacidad fisiológica de engendrar niños (fertilidad) no es la misma en todas las edades comprendidas entre los 15 y 45 años. La mortalidad, a su vez, una vez superado el peligro del primer año de vida (mortalidad infantil), se sitúa en el mínimo entre los 5 y los 15 años de edad y, a continuación, aumenta de forma paulatina, para, finalmente, acelerarse a partir de los 50. Así, de una parte, el descenso de la mortalidad infantil ocurrido en los últimos 30 años ha limitado el envejecimiento relativo de las poblaciones al aumentar la proporción total de niños; y, de otra, el notable descenso de la mortalidad en los grupos de edad por encima de 50 ó 60 años acelera el proceso de envejecimiento, aumentando la proporción de personas de edad avanzada y muy avanzada (70). Ningún grupo de población es, por lo tanto, independiente de los demás.

3.2. El envejecimiento de la población.

En la evolución demográfica de Europa se observa una característica común y preocupante -aunque más pronunciada en unos lugares que en otros- cual es el envejecimiento de su población o, lo que es igual, el aumento progresivo de personas de edad avanzada, considerando los 60 ó 65 años como el umbral de la «edad avanzada» desde el punto de vista estadístico (71). El «envejecimiento a la europea», como ha venido a denominarse, es en realidad el resultado de tres causas distintas: la «preponderancia» de las generaciones numerosas de la posguerra, los denominados *baby-booms* ocurridos en la mayoría de los países de la Comunidad entre 1945 y 1965; la prolongación propiamente dicha de la duración de la vida, fenómeno

(70) Datos suministrados por el informe de la OIT: *Demographic development and social security*, Report II, Cuarta Conferencia Regional Europea, Ginebra, 1987. Vid., OIT.: *De la pirámide al pilar de población. Los cambios en la población y la Seguridad Social en Europa*, Madrid (MTSS), pág. 20 y ss.

(71) COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: «The European Year of Older People and solidarity between generations (1993)», *cit.*, 1, 1993, pág. 11 y ss.

ligado a los avances de la medicina, así como a la mejora de las condiciones de vida; y, finalmente, la disminución de la fecundidad -*baby krachs*-, manifestada casi simultáneamente en todos los países de Europa occidental a comienzos de los años sesenta y que ha provocado un envejecimiento de la población, estrechando la base de la pirámide de edades (72).

Los especialistas suelen coincidir en que el efecto negativo sobre la Seguridad Social del envejecimiento de las poblaciones europeas, si bien se ha podido percibir y prever estadísticamente desde el decenio de 1950, no se reflejó, sin embargo, en las posteriores políticas estatales de pensiones, al menos en la mayoría de los países europeos de los que se tiene información (73). Durante la fase de crecimiento económico un gran número de Estados ampliaron la cobertura de la Seguridad Social y mejoraron las prestaciones, especialmente en el campo de las pensiones, al objeto de mantener el poder adquisitivo de los pensionistas y adaptarlos a las necesidades individuales, provocando con ello que la jubilación se hiciera más atractiva, pues muchos de los trabajadores europeos de edad avanzada podían llegar a ella en mejores condiciones al acogerse a la jubilación anticipada, dejando, al tiempo, puestos libres de trabajo para los jóvenes. Tal estrategia tuvo como contrapartida negativa la elevación del coste presente y futuro de las pensiones (74).

Ante una situación como la descrita necesariamente ha de planear el interrogante de si una población activa envejecida podrá ser capaz de mantenerse tan dinámica, creativa y flexible como una población activa más joven y con los mismos conocimientos técnicos. Un país con un elevado coeficiente de dependencia causado por el envejecimiento de su población no puede ser tan generoso con sus jubilados como otro con un nivel similar de desarrollo pero con una población

(72) Informe de la Célula de Prospectiva de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, junio de 1990 publicado en *Europa en el movimiento demográfico. Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, cit., pág. 100 y ss. CHESNAIS, J.L.: *La demographie*, París (PUF), 1989.

(73) Excepcionalmente, el Comité Phillips, creado en 1953 en el Reino Unido -consciente de las repercusiones que a largo plazo tendrían las tendencias demográficas-, recomendó que se fuera retrasando gradualmente en tres años la edad legal de jubilación. Vid., OIT.: *De la pirámide al pilar de población...*, cit., pág. 122. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones», AA.VV.: *Europa en el movimiento demográfico. Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, cit., pág. 247 y ss.

(74) Como principales efectos macroeconómicos generados por los sistemas públicos de pensiones cabe destacar, entre otros, el aumento tendencial del déficit público si envejece la población provocado tanto por el aumento del gasto en pensiones como por la caída de los ingresos (cotizaciones sociales); el descenso del ahorro privado, causado por la redistribución de riqueza a la población de más edad (que, en general, tendrá una mayor propensión a consumir), por la disminución del ahorro por precaución, así como por la desaparición de la necesidad de ahorrar para la jubilación y un incentivo a la jubilación anticipada, como resultado del efecto renta asociado a estos sistemas de jubilación. Vid., ROLDÁN ALEGRE, J.M.^a: «Gasto público y envejecimiento de la población», *Economistas*, 60, 1994, pág. 214 y ss.

más joven (75). Por ello, cuando el número de pensionistas aumenta más rápidamente que la población activa, es lógico esperar que la financiación de los sistemas de pensiones tropiece con dificultades cualquiera que sea el sistema económico o político en vigor y cualquiera que sea el sistema de pensiones existente; este último puede ser tan complicado, de hecho, que llegue a enmascarar los problemas básicos. El aumento de la proporción de la tercera edad es un problema demográfico, como lo es la extensión del período de jubilación en relación al período de actividad y, sin embargo, las tendencias demográficas, aunque desfavorables, no son necesariamente el principal elemento desestabilizador a medio y largo plazo de los sistemas estatales de pensiones.

El debate debería centrarse en los efectos colaterales de otros factores en el futuro coste de las pensiones como son el nivel de prestaciones y los requisitos para tener derecho a una pensión (incluida la cuestión crucial de cuál ha de ser la edad de jubilación), la capacidad del país para mantener el crecimiento económico, así como los altos niveles de empleo productivo, o la necesidad de que Estado, individuo y empresas compartan la responsabilidad de la asistencia a la tercera edad (76). Ante esta multitud de opciones políticas interdependientes los gobiernos e interlocutores sociales habrán de tener en cuenta dos grupos de estrategias: de una parte, las medidas para corregir y combatir gradualmente el envejecimiento (medidas de política familiar con el objetivo de aumentar la fecundidad y la mejora de las condiciones ambientales y económicas para criar a los hijos y estabilizar la familia); de otra, aquellas orientadas a la organización y funcionamiento de los planes de pensiones de la Seguridad Social y, de forma más concreta, a la revisión y al cambio de orientación de los parámetros de la Seguridad Social, los cuales ejercerán, a largo plazo, una presión insostenible sobre los recursos disponibles.

El envejecimiento de la población implica, en definitiva, que deba destinarse una mayor proporción de recursos y presupuestos de la Seguridad Social a garantizar que las personas de edad avanzada tengan unos ingresos adecuados, entrando así en competencia con la partida presupuestaria disponible para prestaciones familiares.

(75) En este sentido resulta imprescindible traer a colación las conclusiones a que llega GREENE, K.V.: «Hacia una teoría positiva de transferencias intergeneracionales de renta», *HPE*, 70, 1981, págs. 252-253. La prescripción general de que el apoyo a las pensiones de jubilación será mayor en una sociedad con un mayor porcentaje de ancianos es cuestionable pues:

- a) Si las dos sociedades esperan la misma tasa de crecimiento de la población activa por anciano en el futuro, entonces, indudablemente, el apoyo será superior en la sociedad con un mayor porcentaje de ancianos.
- b) Si dos sociedades tienen el mismo cociente ancianos trabajadores y la misma tasa de crecimiento de la productividad, el apoyo será superior en aquella sociedad que espere en el futuro un menor cociente ancianos trabajadores.
- c) Si una sociedad tiene una menor proporción de ancianos, pero espera que el cociente ancianos jóvenes crezca más rápidamente en otra sociedad, entonces la sociedad más vieja puede encontrar menos apoyo para los programas de asistencia a la vejez.

(76) *Vid.*, OIT.: *De la pirámide al pilar de población...*, *cit.*, págs. 160-161.

3.3. La salud de las personas de edad avanzada.

No puede decirse que el estado de salud de las personas de avanzada edad sea la de un grupo homogéneo, antes al contrario, tanto aquél como sus necesidades de asistencia médica pueden variar notablemente en función del sexo, los antecedentes familiares y el entorno socioeconómico. La morbilidad de las personas de edad avanzada se caracteriza así por una multitud de estados patológicos -de todos es sabido que el número medio de enfermedades por persona aumenta con la edad-, dentro de las cuales, y como es lógico, las enfermedades crónicas más comunes (cardiovasculares, cáncer, diabetes, hipertensión, enfermedades reumáticas y respiratorias) se convierten en los principales factores de morbilidad. Durante los últimos años, sin embargo, la esperanza de vida al nacer ha aumentado en Europa de forma considerable, como bien demuestran las estadísticas: se ha pasado de 65,3 años (1950-55) a 72,2 años (1980-85), descendiendo las tasas de mortalidad en casi todos los grupos de edad, si bien cabe apreciar que la esperanza de vida de la mujer al nacer es casi ocho años superior a la del hombre, y de poco más de tres años superior si se considera a los 60 años; aunque, como contrapartida lógica, el nivel de incapacidad es también superior entre las mujeres que entre los hombres.

Son precisamente las personas de edad muy avanzada, sobre todo aquellas por encima de 75 u 80 años de edad, las que realmente sufren serios problemas de incapacidad o dependencia (77), y es también a partir de esta edad cuando por hacerse más difícil el tratamiento en domicilio aumenta la necesidad de atención y asistencia en instituciones. Se ha llegado incluso a hablar de la emergencia de un nuevo riesgo social que afecta a la vejez, ligado a la dependencia [definida como la incapacidad de subvenir las necesidades por sí mismos de una nueva clase de edad, «la cuarta edad», o la situación de aquellos que dependen de una tercera persona para los actos más esenciales de la vida (78)] y entre cuyas causas médicas figuran las enfermedades degenerativas del sistema central, demencias seniles -como el mal de Alzheimer- o enfermedades invalidantes -reumatismos graves y fracturas no consolidadas-, sin olvidar las provenientes del alargamiento de vida; al punto de considerar que surge con ello la oportunidad de crear un nuevo riesgo específico a proteger en la Seguridad Social, que en un régimen contributivo llevaría a una cotización obligatoria para la cobertura de su sostenimiento (79).

(77) Vid., CANTILLON, B.: «Family, Work and Social Security», AA.VV.: *Social Security and Social Change. New Challenges to the Beveridge Model* (Baldwin, S. y Falkingham, F. eds.), 1994, págs. 47-48. MILLAR, J.: «Lone Parents and Social Security Policy in the UK», AA.VV.: *Social Security and Social Change, cit.*, pág. 62 y ss.; PHILLIPSON, C.: «The Modernisation of the Life Course: Implications for social security and older people», AA.VV.: *Social Security and Social Change, cit.*, págs. 132 a 146.

(78) JOIN-LAMBERT, M.Th. *et alri: Politiques Sociales*, París (PUF y Dalloz), 1994, págs. 376-391.

(79) HIRSCH, M.: *Les enjeux de la protection sociale*, París (Montchrestien), 1993, págs. 105-106, quien considera que las personas mayores de 80 años, cada vez más numerosas, son dependientes en un 40 por 100.

El progresivo envejecimiento de la población es considerado frecuentemente como un factor susceptible de provocar aún mayores desequilibrios en los presupuestos de salud, porque se piensa que contribuirá al crecimiento del gasto médico y de las prestaciones correspondientes, sin verse compensado por un aumento de los recursos. Sobre tal premisa no puede extrañarse que se hayan barajado diversas políticas de reducción del gasto médico, por más que deba reconocerse que en muchos países no podrían implantarse medidas para reducir el consumo de asistencia médica de los más jóvenes, o una política mucho más severa dirigida a la tercera edad sin la oposición de los afectados; y lo que es más, una acción de este tipo resultaría incompatible con los principios y políticas que de forma creciente aplican los países europeos con el objetivo claramente definido de asegurar, cuantitativa y cualitativamente, los máximos niveles de salud posibles para todos (80).

Igualmente se ha cuestionado de forma global la asistencia de la familia a la tercera edad, el papel a desempeñar por ésta en la asistencia a las personas de edad avanzada, precisamente en un momento en que es inevitable el aumento del número de personas solas -la mayoría de ellas mayores o muy mayores-, como fruto de la transformación de las estructuras de los matrimonios y de las formas de vida familiar (81). Algunos países, a la vez que tratan de recortar las prestaciones familiares, pretenden que sean las mismas familias las que incrementen sus ayudas a las generaciones mayores, favoreciendo así políticas que permiten a los ancianos permanecer el mayor tiempo posible en sus domicilios y, sólo cuando ello no sea posible -debido fundamentalmente a la urbanización, industrialización y desarrollo de la actividad laboral de las mujeres-, dispensarles asistencia en las instituciones adecuadas (82). La transformación de objetivos de política social determina el modo de vida y costumbres de las personas mayores que se ven avocadas al internamiento en geriátricos, aun en contra de su voluntad (83) planteándose la alternativa de incentivar fiscalmente su mantenimiento dentro las familias o convertir la prestación de la Seguridad Social en una prestación en especie, a través de una tercera persona encargada de cuidarles, de modo que el dinero público sirva además para crear empleo (84).

Este planteamiento no sólo es respetuoso con los deseos de los afectados sino que está también en línea con el intento general de recortar el gasto médico, limitando al máximo el costoso recurso de la hospitalización. Políticas estas que, por lo demás, reflejan el espíritu de las disposiciones fundamentales de la Recomendación número 162 de la OIT sobre trabajadores de edad

(80) Cfr. OIT: *De la pirámide al pilar de población...*, cit., pág. 187 y ss.

(81) NAGEL, S.: «Protección social e ingresos mínimos garantizados. Resumen de algunos programas gubernamentales en Europa», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, cit., pág. 278.

(82) RAY, J.C.; DUPUIS, J.M., Y GAZIER, B.: *Analyse économique des politiques sociales*, París (PUF), 1988, págs. 321-323 (abogando por la necesidad de mantener a los ancianos en el hogar familiar), 323-326 (a favor de cuidados específicos en centros).

(83) GILLEMARD, A.M.: *Le déclin du social*, París (PUF), 1986, especialmente pág. 30 y ss.

(84) JOIN-LAMBERT, M.Th., et alri: *Politiques Sociales*, cit., págs. 376-391.

avanzada, en su referencia a medidas destinadas a prevenir el deterioro de la salud y la incapacidad (mediante la detección precoz, los chequeos y, siempre que sea posible, el tratamiento de cualquier enfermedad, estableciendo la posibilidad de curas de reposo en centros especializados que dispensen tratamiento preventivo), programas de acción en el terreno de la asistencia ambulatoria y a domicilio (formación especializada en diversas áreas de Gerontología, seguimiento periódico a domicilio de la salud de las personas de edad avanzada por parte de los servicios sanitarios locales y «seguimiento social» de la tercera edad por parte de asociaciones de jóvenes y voluntarios) o medidas de tipo económico dirigidas a mejorar el nivel de vida [proyectos urbanos para facilitar el desplazamiento -por ejemplo, rampas de escalera-, reformas en los domicilios que permitan a los ancianos una mayor independencia en la vida cotidiana, organización de cursos de gimnasia y actividades culturales en grupo ante la perspectiva del envejecimiento de la población (85)].

Con todo, los objetivos a largo plazo que debe acometer una política integral de ancianidad parecen poder ordenarse con arreglo a los tres puntos siguientes (86): ante todo -y como objetivo principal- la emancipación e independencia de los ancianos, reforzando su autonomía personal, su capacidad de iniciativa, su poder de autocontrol y su más plena libertad de movimientos; en segundo lugar, posibilitar lo más posible la plena inserción del anciano en su tejido comunitario más inmediato (redes de vecindad, solidaridad, amistad y parentesco), pero no para reforzar su dependencia del mismo, antes al contrario, para suscitar toda la capacidad emancipatoria en beneficio de la independencia, autonomía y más libre realización personal del anciano; y en tercer y último lugar, personalizar la prestación de los servicios en la mayor medida posible, para evitar que los ancianos puedan sentirse como clientes de un «gran almacén» o «supermercado», donde multitud de especialistas anónimos atienden impersonal y parcializadamente aspectos fragmentarios, puntuales y concretos, sin nadie que se responsabilice globalmente y en persona de cada anciano como un todo.

3.4. Cambio radical en las estructuras familiares tradicionales.

En un estudio centrado en las tendencias demográficas no puede perderse de vista que la familia es el principal objetivo de la intervención estatal y la protección social, especialmente en un momento en que las bajas tasas de fecundidad dan lugar a un envejecimiento de la población. A este respecto cabe significar que los cambios en la estructura por edades se han visto acom-

(85) En algunos países la experiencia ya ha constatado que, de hecho, la mayor parte del tratamiento prolongado y la ayuda dispensada a las personas de más edad en la vida cotidiana proviene de la familia, amigos y vecinos del paciente. OIT: *De la pirámide al pilar de población*, cit., pág. 196 y ss.

(86) Siguiendo a GIL CALVO, E.: «La emancipación de los ancianos», AA.VV.: *Política Social y Estado de Bienestar*, Madrid (Ministerio de Asuntos Sociales), 1992, pág. 225.

pañados de una modificación radical en las estructuras familiares tradicionales (87) y, sobre todo, en el estilo de vida de las familias, al punto de originar estudios en los que se analiza la posibilidad de tratarse de una «especie en peligro de extinción» (88). Prescindiendo de tales planteamientos extremos no cabe duda de que la institución familiar es ahora menos permanente y estable que lo era en el pasado y, salvo raras excepciones, se aprecia un descenso progresivo del número de hijos por familia.

Utilizando el lenguaje filosófico, la sociedad, y con ella el vínculo social constituido en el seno de la familia, han dejado de mostrarse como los datos objetivos a partir de los cuales constituir un itinerario individual, para aparecer más bien como oportunidades subjetivas y sometidas por tanto a la apreciación del sujeto. La diversidad actual de los modelos familiares, entre la «familia-tradicional» y la «familia-club revocable» -por retomar aquí expresiones ya clásicas- no haría sino reflejar en adelante esta subjetividad, dando origen así a la familia «incierto» (89).

Los cambios registrados en las últimas décadas afectan a cuatro ámbitos principales:

1. Descenso de las tasas de natalidad y reducción del tamaño de las familias.
2. Descenso del número de matrimonios, aumento de la cohabitación y mayor número de nacimientos «ilegítimos» o fuera del matrimonio.
3. Aumento del número de divorcios, segundos matrimonios y familias reconstituidas, y
4. Aumento del porcentaje de familias monoparentales.

Un aspecto vital para el futuro demográfico de Europa, y en consecuencia para el futuro económico y social, es la determinación de las causas en virtud de las cuales las tasas de fecundidad (en palabras menos técnicas, los nacimientos) han disminuido tanto en los últimos años. Es importante llegar a comprender este fenómeno casi universal para poder elaborar una política familiar capaz de invertir -o frenar al menos- esta tendencia y delimitar el papel que la Seguridad Social podría y debería desempeñar en este contexto (90). Si bien todos los países han experimentado un

(87) Vid. historia de la familia europea occidental estudiada pormenorizadamente por FOSAR BENLLOCH, E.: *Estudios de Derecho de Familia. La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*. T. I, Madrid (Bosch), 1981, págs. 40-46.

(88) Asociación Internacional de Seguridad Social (AISS): «Social security and family policy», *European series*, 8, Ginebra, 1983.

(89) ROUSSEL, L.: *La famille incertaine*. París (éditions Odile Jacob), 1989, citado en el Informe de la Célula de Prospectiva de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, junio de 1990, AA.VV.: *Europa en el movimiento demográfico. Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, cit., pág. 117.

(90) Para una evaluación de la relación existente entre evolución demográfica y Seguridad Social, OIT: *De la pirámide de población al pilar de población...*, loc. cit., pág. 72 y ss.

descenso, a menudo dramático, de la natalidad, los países de la Unión Europea (con excepción de Irlanda) están llegando a un nivel de fecundidad tan bajo que no se puede garantizar el reequilibrio generacional. Este descenso se debe, entre otros factores varios, a la llegada de generaciones menos numerosas a los grupos de edad fértiles, a las políticas sociales y económicas y a los movimientos migratorios. Respecto a este último factor cabe señalar que la migración afecta sobre todo a los hombres y destruye el modelo de familia tradicional en los lugares de origen, siendo además un hecho palmario que los trabajadores con sus familias procedentes de áreas menos desarrolladas [donde el número medio de hijos por familia es, por regla general, superior (91)] tienden a adaptarse con rapidez a los modelos reproductivos del nuevo lugar de residencia y constituyen un nuevo factor que contribuye al descenso global de la tasa de natalidad del país receptor.

El segundo cambio demográfico relevante es el descenso de las tasas de nupcialidad y, al menos en los países occidentales, el aumento de la edad en la que se contrae matrimonio. Aunque es difícil encontrar estadísticas que permitan una comparación precisa entre todos los países europeos, es evidente que existe una acusada tendencia hacia un menor número de matrimonios, tanto en los países del Este como en los Occidentales, aunque a un ritmo menor en los primeros. La otra cara de la moneda es, por supuesto, el aumento de la incidencia de la cohabitación, cada vez es más frecuente y, parece más ampliamente aceptada por la opinión pública, sin perjuicio de que para algunas parejas (sobre todo las más jóvenes) pueda constituir una situación transitoria que, finalmente, conducirá al matrimonio o bien una alternativa a la institución marital. Relacionada con esta tendencia se encuentra la tasa de natalidad dentro de la población soltera o el porcentaje de hijos ilegítimos.

Fenómeno también indiscutible, y en el que se hace difícil distinguir entre causa y efecto, es el notable aumento del número de divorcios y separaciones. A ello contribuyen las variaciones legislativas que liberalizan la ruptura marital por más que no se pueda desconocer que el efecto global sobre la estructura familiar no tendría por qué ser definitivo (y no lo es) al liberarse igualmente la posibilidad de segundos vínculos que habilitan segundas familias creadas bajo un modelo tradicional.

La cuarta serie de cambios deriva de los anteriores: la reducción del número de matrimonios y el aumento del número de divorcios provoca, en aquellos casos en los que no se ha producido un segundo matrimonio o una cohabitación ulterior, un aumento apreciable del número de familias monoparentales.

(91) ALCALDE INCHAUSI, J.: «Las cuatro Españas económicas y la solidaridad nacional», *PEE*, 34, 1984, Llega a la conclusión de que el movimiento migratorio interno hace que se produzca una localización progresiva costera y en Madrid, así como una traslación poblacional del suroeste al nordeste y de las áreas rurales a las urbanas dando lugar a las «cuatro Españas»; la España que crece: Archipiélagos, Valencia, Cataluña, Ebro (Álava, Navarra, Rioja y Zaragoza), Madrid y la Subpenibética (Almería, Granada y Málaga); España en crisis: cornisa cantábrica (Guipúzcoa, Vizcaya, Cantabria y Asturias); la España que sobrevive: zona pirenaica (Huesca y Lérida), el Duero (León, Zamora, Valladolid, Palencia y Burgos) y la Bética (Jaén, Córdoba, Sevilla, Huelva y Cádiz) y la España que se despuebla: Extremadura, el macizo ibérico (Soria, Guadalajara, Cuenca, Teruel, La Mancha, Toledo, Ciudad Real, Albacete) y la Carpetana (Salamanca, Ávila y Segovia).

No sería justo eliminar las referencias socioeconómicas en esta modificación de la institución familiar así como en la de la caída de la fecundidad. No cabe olvidar así que el bienestar y sus necesidades, el trabajo femenino, la prolongación de la escolaridad para los dos sexos o la urbanización son factores que contribuyen decisivamente en tal resultado. Del mismo modo, la inestabilidad familiar no podría imputarse solamente a elecciones subjetivas, pues también la precariedad de los primeros empleos, el endeudamiento excesivo, la inadecuación de las viviendas o la movilidad geográfica han tenido su parte de responsabilidad (92).

Estos cambios en la estructura familiar parecen responder a un proceso continuo de evolución (93), insistiendo los demógrafos, cada vez más, en que los temores ante la creciente inestabilidad son infundados. Algunos especialistas afirman que la familia no está desintegrándose ni mucho menos, lo que puede suceder es que están adquiriendo importancia nuevos modelos familiares y que se están produciendo cambios importantes en la estructura y composición de las familias, así como en sus funciones (94). Aunque la evolución demográfica haya supuesto que la familia europea se caracterice por el cambio y la diversidad no existen indicios de que esté en crisis, al extremo de poder continuar afirmando que constituye la institución básica para el nacimiento, la asistencia, la integración social y el respaldo económico de los hijos.

Todos los países europeos, con o sin una política familiar explícita, disponen de un conjunto de medidas que afectan a las familias con hijos (95), bien con el objetivo de actuar como política demográfica, bien con la finalidad de proteger a los niños contra la privación material -sobre todo en el caso de las familias más necesitadas- redistribuyendo la renta en favor de las familias con hijos; ya, y por último, como muestra de una preocupación reciente en permitir que la familia tome sus propias decisiones en relación con el papel de la mujer en el mercado laboral.

(92) Informe de la Célula de Prospectiva de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, junio de 1990, *cit.*, pág. 117.

(93) Los historiadores han puesto de manifiesto la existencia de una gran diversidad de estructuras familiares en el pasado. En siglos anteriores eran abundantes las familias monoparentales, la viudez, la emigración de los hombres, los desplazamientos temporales en busca de trabajo y el abandono de la mujer y los hijos eran algo frecuente. La única novedad reside en la forma legal que supone el divorcio. QUESTIAUX y FOURNIER, J.: «France», en KAMERMAN, S. y KAHN, A. (Coords.): *Family policy: Governments and families in 14 countries*. Nueva York (Columbia University Press), 1978, capítulo 5.º.

(94) Como pone de manifiesto la OIT en: *De la pirámide al pilar de población*, *cit.*, pág. 79: «El núcleo familiar sigue constituyendo la unidad básica de la sociedad. Sin embargo, puede que los padres carezcan ahora de un certificado de matrimonio; o puede que tengan varios: de matrimonio, de divorcio, de segundo matrimonio. A veces la familia puede estar compuesta tan sólo por madre e hijo; no obstante, la paternidad de los solteros suele ser una situación transitoria más que definitiva. Las familias con un solo hijo son más frecuentes que en el pasado y las numerosas están disminuyendo con rapidez. Simultáneamente, son más corrientes las familias con hijos procedentes de uniones anteriores. Merece la pena destacar, asimismo, que las diferencias socioeconómicas, aunque quizá no afecten a las características externas de las familias, siguen ejerciendo una influencia fundamental en su nivel de vida».

(95) *Vid.*, GONZÁLEZ-SANCHO, E.: «Las prestaciones familiares en la Comunidad Europea: perspectivas de convergencia, armonización y unificación», en AA.VV.: *Convergencia de Políticas Sociales*, Madrid (MTSS), 1993, pág. 131 y ss. COMISIÓN EUROPEA: «The European Union and the family», *Social Europe*, 1, 1994, págs. 47-94. Exhaustivo análisis de la protección familiar en Francia, su estructura actual y objetivos en STECK, Ph- *Les prestations familiales*, París (PUF), 1993, y «La branche famille de la Sécurité sociale état des lieux», *DS*, 1, 1994, pág. 56 y ss.

La preocupación por el problema demográfico ha sido decisiva para fomentar el interés por las políticas familiares (96), por más que no siempre se haya reflejado en acciones concretas. En efecto, en muchos países los objetivos demográficos han perdido prioridad en los debates sobre política familiar debido, en parte, a que nadie en Europa ha demostrado de forma convincente las consecuencias negativas a largo plazo de la estabilidad -o incluso de un ligero descenso- de la población y, en parte también, a la falta de pruebas de que las políticas familiares hayan tenido alguna repercusión importante en los cambios demográficos (97). De todo esto se deducen dos corolarios inmediatos. De un lado, que de nada servirá buscar políticas demográficas para ayudar a evitar los gastos, explícitos o implícitos, de la población de más edad; y ello por cuanto, aunque se pudiese elevar a partir de mañana el índice de natalidad de una forma pronunciada, ello no ayudaría a aliviar el peso que recaerá en la población activa de mediados del siglo que viene; antes al contrario, podría incluso agravarlo, al existir más menores de los que cuidar. De otro, aquellos países cuyos niveles de gastos sociales (especialmente en sanidad y pensiones), son ya muy altos, están en una situación peor para poder absorber el crecimiento de los costes del envejecimiento de la población que aquellos países en los cuales los gastos sociales son menores; del mismo modo, los países con bajos índices de participación (a causa de la escasa participación de las mujeres, o de una edad de jubilación temprana, o con un alto índice de desempleo) poseen una ayuda básica muy pequeña con la que puedan suplir los efectos del envejecimiento de la población (98). Más relevantes, al menos a nivel interno, son las políticas familiares relacionadas con el papel del sexo en el mercado laboral desarrolladas a través de medidas especiales destinadas a mejorar tanto la calidad de vida de la mujer, como de la familia en aspectos relativos, por ejemplo, a la jornada laboral y los servicios sociales, la licencia de maternidad -ténganse en cuenta los contenidos de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad integrados en el R.D. Leg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores-, el derecho de las madres a reincorporarse al trabajo, o aquellas

(96) Francia constituye un ejemplo interesante de país en el cual la política familiar se fijó en el pasado unos objetivos demográficos muy estrictos, produciéndose con posterioridad una inversión de las motivaciones. La introducción (por primera vez en 1932) de prestaciones familiares monetarias supuso una clara respuesta a la «crisis demográfica» que se percibía en aquel momento. Una segunda fase, que se inició alrededor de 1950, no se caracterizó tanto por la preocupación de la demografía (Francia, al igual que la mayor parte de Europa experimentó una «repentina explosión demográfica») como por la consecución de objetivos sociales concretos, como la asistencia a los pobres y a las familias más desasistidas. La tercera fase, iniciada en 1981, ha estado motivada otra vez por la preocupación demográfica y, sin embargo, las nuevas políticas son muy distintas a las del pasado, en tanto el gobierno francés retiró oficialmente la prioridad que se daba antes al tercer hijo y aumentó en cambio -de forma importante- las prestaciones a familias con dos hijos. El gobierno de 1986 modificó a su vez las prestaciones familiares monetarias, haciéndolas menos dependientes de los ingresos, al tiempo que aumentaba las prestaciones otorgadas a las familias numerosas. OIT: *De la pirámide al pilar de población*, cit., págs. 68-69. BICHOT, J. et MARCILHACY, D.: «Familles et retraites: un système incohérent et injuste», *DS*, 7-8, 1994, pág. 734 y ss.

(97) OIT: *De la pirámide al pilar de población*, cit., pág. 69.

(98) DUSKIN, E.: «Los sistemas de Seguridad Social en los países miembros de la OCDE y sus implicaciones en el marco económico», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, cit., págs. 302-303.

otras que relacionan el derecho a una pensión -la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, configura la maternidad como una contingencia específica (99)- y la responsabilidad de educar a los hijos (100).

En cualquier caso, y dado que las reacciones de adaptación de los sistemas de pensiones a los cambios demográficos -cuando éstos ya se han producido-, suele ser muy lenta, resulta imprescindible para hacer frente a las mismas conocer, en la medida de lo posible, la evolución demográfica futura y coordinar las medidas que los poderes públicos puedan tomar en este ámbito (101).

4. Envejecimiento jurídico: el problema de las jubilaciones anticipadas.

4.1. Premisa básica: la edad de jubilación.

En el ordenamiento español la edad ordinaria de jubilación se estableció en 65 años desde principios de siglo -más en concreto a partir del año 1919-, dato que revela por sí solo, una considerable capacidad de mantenimiento [art. 161.1 a) TRLGSS], por más que las estadísticas demuestren la existencia de un número relativamente importante de casos en que se producen altas como pensionistas antes de los 65 años. La tasa de los trabajadores que se jubilan con menos de la edad legal ha experimentado un incremento de seis puntos en los últimos años, llegando a alcanzar un porcentaje elevado de casos en relación con el total, e implicando no tanto una reducción de la edad real de retiro cuanto un uso flexible de la norma, que no obedece a una regula-

(99) Novedad que asimismo repercute en la delimitación de la incapacidad temporal. *Vid.*, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E.: «Novedades de la Ley 42/1994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente», *RL*, 6, 1994, especialmente, pág. 98 y ss.

(100) En Alemania, por ejemplo, se reconoce cada vez por más autores que las limitaciones derivadas de las responsabilidades familiares para las mujeres con una formación profesional supone un coste público y privado. Los países escandinavos, a los que se considera pioneros en hallar respuestas, han encabezado, por otra parte, la reivindicación de la igualdad de los padres ante las responsabilidades de carácter familiar, del trato igualitario a las parejas casadas y no casadas en cuanto a prestaciones familiares se refiere, así como de un nuevo planteamiento del derecho a la Seguridad Social de los divorciados. El propio concepto de permiso por paternidad ha llegado incluso a países en los que la situación social de la mujer no era tan favorable como en los países nórdicos; así, Portugal y Grecia introdujeron en 1984 normas que garantizaban una licencia para cualquiera de los dos en caso de nacimiento o enfermedad de un hijo, estableciéndose en España cinco años después. En otros países ha resultado beneficioso fomentar, sin embargo, el retorno a la familia con un solo salario por medio de incentivos económicos, en lo que algunos consideran un intento de reducir el nivel de desempleo masculino, mientras que otros lo estiman positivo para la educación de los hijos. OIT.: *De la pirámide al pilar de población*, *cit.*, pág. 72.

(101) *Cfr.* VICENTE MERINO, A.: «El factor edad en el tránsito de la vida activa a la jubilación», AA.VV.: *Europa en el movimiento demográfico. Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, *cit.*, 1993, pág. 230.

ción en sí dúctil y crea, en consecuencia, disfunciones, desequilibrios y desigualdades (102). Se posibilita, no obstante, una primera excepción -aunque su uso haya sido escaso en la práctica- a la regla general: que el gobierno fije para ciertos colectivos una reducción de esa edad, aunque también a través de la determinación rígida de una edad menor.

No se prevé edad de jubilación diferencial entre hombres y mujeres, como suele ser habitual en muchos países europeos en los cuales la edad de jubilación de las mujeres se adelanta a la de los varones (103), al punto de que la Directiva de la Comunidad Europea 7/79, 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, se ha planteado si esta diferenciación de edad entre unos y otras a la hora de la jubilación rompe o no el principio de no discriminación, y haya entendido que no se vulnera la igualdad de trato.

No puede obviarse así un debate que aparece presidido siempre por la constante tensión entre dos perspectivas distintas: de un lado, la que propugna un mantenimiento de los trabajadores de edad avanzada dentro del mercado de trabajo (104), en expresión directa de una política de mejora del modo de vida de la vejez promovida por el Estado, independiente del interés de la patronal o de los sindicatos; y, de otro, aquella política que facilita su expulsión del mercado de trabajo, sin perjuicio de la protección correspondiente. De ahí que no falten voces abogando por la flexibilización de la edad en el acceso a la pensión de jubilación, señalando la posibilidad de establecer un sistema en el que se opte al retiro después de cumplida la edad actualmente prevista, o incluso antes, aplicando mecanismos correctores del efecto desincentivador del trabajo (o el efecto incentivador del ocio) que tiene la prejubilación. Para ello podría recurrirse a «reducciones en su cuantía que compensen el mayor coste de la anticipación de la pensión y en consecuencia no supongan una mayor carga económica e impliquen, en cambio, un mayor grado de personalización y voluntariedad en la elección por cada interesado de su edad de jubilación», pues otras alternativas, como la de ampliación del período máximo de cotización para acceder a la pensión, si bien estarían justificados como freno a la práctica insolidaria de la compra de pensiones, quizá llevan aparejadas consecuencias inquietantes como el efecto expulsión. Parece pues que la respuesta no debe ser tanto la de adelantar o retrasar tal edad de jubilación, cuanto decidir en qué casos debe adelantarse o en cuáles retrasarse la edad, o si en vez de una edad de jubi-

(102) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones», AA.VV.: *Europa en el movimiento demográfico. Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, cit., pág. 255.

(103) En Portugal el límite está en los hombres a los 65 y en las mujeres en los 62 años, en Gran Bretaña los límites en la edad de jubilación están en los hombres en los 65 años, en las mujeres en los 60; en Italia el límite es a los 60 años para los hombres y a los 55 para las mujeres. Datos tomados de RULAND, F.: «La flexibilización del límite de edad en la legislación alemana sobre seguro», AA.VV.: *Europa en el movimiento demográfico. Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, cit., pág. 225.

(104) Vid. XVIII Informe de la ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *Consecuencias demográficas, económicas y financieras del aplazamiento de la edad de jubilación*, Ginebra (AISS), 1992, especialmente págs. 1-22.

lación ha de hablarse de un margen de edad de jubilación, en el que también la persona afectada tenga algo importante que decir; todo ello sin perjuicio «de flexibilizar la jubilación, en el sentido de introducir fórmulas flexibles que permitan una reducción progresiva del trabajo acompañada de una ampliación progresiva de la pensión, hay que flexibilizar la edad normal de jubilación, estableciendo incentivos, si así interesa, para adelantar la edad en determinados momentos, o, al contrario, para alargar la edad de jubilación, más allá de los 65 años» (105). La política de ampliación de la edad normal de jubilación no está en absoluto reñida con una razonable política flexibilizadora, o de «jubilación a la carta» (106), que tenga en cuenta el coste añadido de la pensión para cargarlo (salvo justificadas excepciones) en la cuenta del pensionista, reduciendo el importe de la pensión conforme a reglas actuariales precisas.

Y es que no puede olvidarse la «progresiva obsolescencia profesional de la persona de edad madura» (107), en un momento en que ha entrado en crisis la consideración de la edad y de la experiencia como un índice de mayor valor profesional y en la medida en que en un determinado momento, cada vez más prematuro, pierde valor esa mayor experiencia y se considera a la propia madurez como un desvalor profesional. De este modo, el menor deterioro de la persona (dado el alargamiento de las expectativas de vida) y, sobre todo, la mejora de la calidad de vida en la tercera edad, vienen acompañados de una prematura obsolescencia profesional del hombre de edad que de hecho está llevando a una anticipación del momento de la jubilación. Contraposición de intereses con directa proyección para el Estado en un conflicto permanente entre su función de ayuda a la reestructuración de las empresas afectadas por la crisis -y, por ende, el rechazo de los trabajadores más fácilmente repudiables, los de edad avanzada- y su deber de atender las reivindicaciones sindicales en torno a la mejora en el tratamiento de la población perteneciente a la denominada «tercera edad» (108). No deja de ser significativo al respecto el ejemplo francés, en el cual, el legislador, después de haber flexibilizado hasta extremos insospechados la posibilidad de cesar anticipadamente la relación laboral por razón de la edad, se plantea la alternativa contraria de fomentar las vías de permanencia de los trabajadores de más de 45 años, edad a partir de la cual se corre el riesgo de ser desplazado del puesto de trabajo. El objetivo ahora pretendido no es otro sino prolongar la vida activa de estos trabajadores, pues ya no resulta rentable su retirada del mercado de trabajo; ante dificultades financieras ligadas al aumento del número de jubilados, a la ampliación de la esperanza de vida, a las pensiones elevadas para las últimas generaciones (producto de carreras de seguro mucho más activas), y a la disminución de las cotizaciones que soporten todos estos gastos (provocada por una alta tasa de desempleo), el gobierno

(105) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones», *cit.*, pág. 261.

(106) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público», *cit.*, pág. 149.

(107) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones», AA.VV.: *Seminario sobre los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, *cit.*, pág. 248.

(108) LÓPEZ CUMBRE, L.: «El sistema de "prejubilación" en Francia, una experiencia de muchos años», *RTSS*, 1, 1991, pág. 48.

francés, precursor en toda Europa de un descenso en la edad de jubilación a los 60 años, se ha planteado elevar de nuevo la edad, no de forma directa, sino indirectamente, a través de un incremento en el período de cotización exigido para causar derecho a la pensión de jubilación (109).

De modo análogo ha entrado en vigor -en 1992- la reforma de las pensiones en Alemania, y entre las medidas acordadas destaca la elevación y posterior flexibilización del límite de la edad, medida que será efectiva después de 1992, si bien sometida a un largo período de transición. Con la nueva regulación, el legislador intenta poner orden en la evolución que se ha producido sobre todo desde la flexibilización del límite de edad [reconociendo tres diferentes tipos de límite de edad en la jubilación, al alcanzar los cuales los asegurados podían solicitar una pensión: la «normal», la «flexible» y la «anticipada» (110)].

En lugar de excluir a los trabajadores mayores de la vida activa a una edad cada vez más precoz, lo que se plantea como solución, tanto de la situación actual como de la futura, es el mantenimiento de los mismos en activo. El aumento del límite de la edad de jubilación pertenece al arsenal de las medidas de ahorro necesarias para una financiación a largo plazo del seguro de pensiones (111); pero, al mismo tiempo, el sistema de protección social no puede desconocer la existencia del problema derivado del incremento de desempleados de edad madura con escasa o nula posibilidad de reintegrarse a un puesto de trabajo. Aunque la política pública de prolongación de la vida activa debe ser prioritaria, el sistema público de protección social debe prever mecanismos no sólo para cubrir estas situaciones, sino al mismo tiempo para evitar que ello incida negativamente sobre derechos futuros en materia de pensiones (112). El arco de edad comprendido entre los 40-50 años, o entre los 45 y 55 (según los países) es el centro de atención, la zona que genera una mayor incertidumbre para una empresa con problemas. El incremento de inactividad con carácter definitivo en este tramo de edad ha

(109) LÓPEZ CUMBRE, L., *ult. loc. cit.*, pág. 80. Sobre análisis comparados de la edad de jubilación y consecuencias en las pensiones; HUTTON, S. y WHITEFORD, P.: «Gender and Retirement Incomes: A comparative analysis en BALDWIN, S. y FALKINGHAM, J. (eds.): *Social Security...*, *cit.*, págs. 199-215.

(110) El límite de edad normal para la jubilación se alcanzaba a los 65 años, por más que el 70 por 100 de los asegurados utilizasen el «límite flexible de edad» que permitía jubilarse a los 63 años, si bien las personas afectadas de una gran invalidez o de una incapacidad profesional tenían este derecho a partir de los 60 años. La jubilación anticipada se conseguía a los 60 años, con reglas específicas para mujeres y desempleados. La modificación viene a suponer que una percepción anticipada de la pensión reduce su cuantía, pues las medidas anteriormente adoptadas, si bien es cierto que modificaron los límites de edad de forma general, ese mayor período de percepción, no compensa, sin embargo, los descuentos sistemáticos de la pensión, de modo que las ventajas disfrutadas por los asegurados en virtud de la mayor duración de las percepciones corrieron a cargo de la comunidad. Al mismo tiempo, y a través de la «pensión parcial», se le brinda al asegurado la posibilidad de estructurar de una manera flexible su transición desde la vida de trabajo a la de pensionista. Datos tomados de RULAND, F.: «La flexibilización del límite de edad en la legislación alemana sobre seguro», en AA.VV.: *Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, *cit.*, 1993, págs. 213-214.

(111) RULAND, F.: «La flexibilización del límite de edad en la legislación alemana sobre seguro», *cit.*, pág. 217.

(112) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones», *loc. ult. cit.*, pág. 250.

potenciado la categoría de los llamados «semiancianos», para quienes las perspectivas de carrera profesional son tremendamente efímeras al no contar con un futuro cierto de formación profesional. La solución vendrá determinada, inevitablemente, por el fomento de una formación adecuada y, en su caso, de la reinserción profesional y reciclaje de los trabajadores de edad madura.

4.2. Mecanismos que permiten modular o anticipar la edad de jubilación.

Bajo estas premisas de partida cabe considerar que el cese en España ha sido tradicionalmente voluntario y, sin embargo, a partir de los años ochenta, se están abriendo paso fórmulas de jubilación en las que o bien se incentiva el cese voluntario del trabajador, o bien sencillamente se sustrae a su voluntad la decisión de cesar en el trabajo por razón de edad, convirtiendo la jubilación en forzosa. Seguramente la principal novedad en la regulación de la edad de jubilación y en el acto de jubilación es que la misma puede convertirse en rígida, a partir de los 64 ó 65 años, por determinación de convenio colectivo. De todos es sabido que la disposición adicional quinta del ET [ciertamente «en términos bastante antipáticos, con una redacción desafortunada y excesiva» (113)] estableció la posibilidad de *jubilación forzosa* con una amplitud *a priori* que requirió la interpretación correctiva en cuanto a su alcance por el Tribunal Constitucional, en uno de sus primeros pronunciamientos (114). El principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, aplicado al derecho al trabajo reconocido en el artículo 35, obliga a concluir que todos los españoles tienen tal derecho sin discriminación alguna por razones de tipo social, en virtud de lo cual tal precepto, «al negar el derecho al trabajo a aquellos españoles que superen los 69 años de edad y reúnan el período de carencia para la jubilación, viola el principio de igualdad». El Tribunal Constitucional se manifestó contrario a la posibilidad de declarar una edad máxima mediante una cláusula general, señalando que, «en cualquier caso, 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». Tampoco prospera el argumento basado en la política de protección a la tercera edad, si bien se considera la posibilidad de utilizar la jubilación forzosa como instrumento de una política de empleo, «pudiendo pactarse libremente edades de jubilación en la negociación colectiva». De este modo, la jubilación forzosa por edad a los 69 años, o a edad más baja, es inconstitucional si es establecida de forma directa e incondicionada, no si previamente pactada en contrato individual o en convenio colectivo en el que se mejoraran las condiciones de retiro, como contraprestación al sacrificio del derecho a no ser jubilado forzosamente por edad (115).

(113) MARTÍN VALVERDE, A.: «Las pensiones de la Seguridad Social: su dimensión jurídica», *cit.*, pág. 39.

(114) STCo. 22/1981, de 2 de julio.

(115) TAGLIAVIA LÓPEZ, D.: «La inconstitucionalidad de la jubilación forzosa (I)», *REDT*, 8, 1981, pág. 519.

En definitiva, el cese obligado por vía de negociación colectiva se mantiene tras dicha sentencia (116) y es una posibilidad utilizada efectivamente en la negociación colectiva española.

A diferencia del caso anterior, existen situaciones (formalmente excepcionales y con importantes repercusiones en la cuantía de la pensión) en las que el ordenamiento prevé el retiro y la posibilidad de acceso a la pensión de jubilación antes del cumplimiento de la edad fijada para la jubilación. Tal jubilación anticipada aparece regulada como una opción voluntaria por parte del trabajador en una norma provisional cuyo origen se remonta al mutualismo y que respondía a una situación del mercado de trabajo de casi pleno empleo fomentando la expulsión de trabajadores de edad del proceso productivo. Si bien tal medida ocasiona perjuicios directos a la Seguridad Social cabe reseñar cómo éstos se atenúan al trasladar el coste principal a los propios trabajadores, reduciéndoles un 8 por 100 la base reguladora por cada año de anticipación sobre la edad legal de 65 años, porcentaje que desde el punto de vista estrictamente actuarial parece desorbitado. Por otra parte, la posterior incorporación y garantía de pensiones mínimas ha venido a desfigurar definitivamente la fórmula prejubilatoria en cuestión, haciendo indiferente en muchos casos -en todos aquellos en los cuales la pensión resultante no alcanza la mínima- la edad de retiro elegida: sea cual sea la edad entre los 60 y los 65, la cuantía de la pensión será la misma, la mínima legal para menores de 65 años (117).

El derecho al trabajo a una edad madura puede concertarse también de manera parcial, en lo que cabría calificar -desde la óptica de este estudio- como un elemento de flexibilidad en el sistema de pensiones que permite establecer situaciones intermedias para evitar el cese total y completo en el trabajo, tratando de ofrecer a los trabajadores de edad madura condiciones de trabajo particulares, adaptadas a su situación y a su estado de salud mediante un fenómeno consistente en la combinación de una pensión parcial con un trabajo a tiempo parcial en el último período de la vida activa, permitiendo así una transición gradual de la vida plenamente activa a la jubilación. Están presentes en tal opción exigencias de política social, puesto que con ello se favorece una salida paulatina y menos dolorosa del mercado de trabajo, pero también consideraciones de carácter económico-financiero, dada la importante reducción de costes que para la Seguridad Social suponen estas fórmulas intermedias, financiadas en buena parte por los propios interesados (118).

La Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del ET, vino a introducir una nueva modalidad de contratación, *el contrato de relevo*, con el fin de ampliar las posibilidades de reparto del trabajo disponible a través de la contratación a tiempo parcial,

(116) Por todas, STCo. 58/1985, de 30 de abril y 111 a 136/1985, de 11 de octubre. Desde otra perspectiva, Sentencia 207/1987, de 22 de diciembre.

(117) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público», *cit.*, pág. 150.

(118) RODRÍGUEZ-PINERO, M.: «La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones», *cit.*, pág. 252.

facilitando para ello la jubilación parcial de los trabajadores cuya edad se encontrase próxima a la de jubilación ordinaria, siempre que simultáneamente se procediese a sustituir al trabajador jubilado parcialmente, durante el tiempo que dejase vacante el mismo, por otro trabajador en situación de desempleo. El artículo 12 del TRET considera contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa una reducción de la jornada de trabajo y de su salario del 50 por 100, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior a tres años, como máximo, a la exigida. La ejecución de este contrato a tiempo parcial y su retribución (119) resultan plenamente compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador hasta que cumpla la edad establecida con carácter general por el sistema de la Seguridad Social (art. 166 TRLGSS). Las dificultades en el mercado de trabajo y la creciente precarización del empleo se traducen, sin embargo, no en una combinación de la jubilación con el trabajo sino en una cierta -y nefasta- mezcla de la situación de desempleo prolongado y la de jubilación prematura, a través de medidas que, sin adelantar la edad general de retiro, establecen alguna fórmula de prejubilación o de jubilación anticipada (120).

A salvo de la premisa anterior queda la vía tradicional y selectiva de alegar *trabajos penosos, tóxicos e insalubres* en ciertos sectores productivos predeterminados con la aplicación de coeficientes reductores para establecer fórmulas de jubilación anticipada (trabajadores ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, mineros, personal de vuelo...), o las especiales medidas adoptadas en los procesos de reconversión industrial. En efecto, parece lógico -en principio-, y así lo han venido entendiendo los diversos ordenamientos jurídicos, que pueda variarse el número de años requeridos para acceder a la jubilación según el grado de penosidad e insalubridad del trabajo, al igual que puede reducirse la edad de la jubilación para tales ocupaciones; y ello pese a la dificultad de medir el grado de dureza de un empleo y la práctica imposibilidad de llegar a individualizar esta adaptación, que hace imprescindible proceder, en todo caso, con categorías más o menos amplias, mediante las cuales se tratarán en pie de igualdad ocupaciones que de hecho son muy diferentes. La justificación en el carácter penoso, difícil, peligroso e insalubre de algunas ocupaciones (que a menudo se otorga para una diferenciación profesional de la edad de jubilación o del número de años de seguro requeridos) es, sin embargo, menos convincente de lo que pudiera parecer a primera vista. Las distinciones establecidas en algunos sistemas -entre

(119) Vid. BARREIRO GONZÁLEZ, G., CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Contratos laborales temporales. Guía legal, jurisprudencial y práctica*, Madrid (La Ley), 1993, págs. 295-309. GARCÍA PIQUERAS, M.: *Los contratos de trabajo temporales. El empleo incentivado*, Granada (Comares), 1993, págs. 339-351, en clara distinción del «contrato de trabajo por anticipación de la edad de jubilación», págs. 355-360.

(120) Curiosamente existen en Japón medidas análogas, aunque se aplican en el período siguiente a la jubilación, a través de la creación de empresas especiales para el empleo de personas de edad madura con el nombre de «empresas para una vida digna» y de «centros de empleo para los cabellos blancos». La diferencia de medidas entre el tipo occidental y el oriental es clara: en Japón los trabajadores de edad madura no tienen elección, deben abandonar su empleo y orientarse hacia un nuevo modelo más ligero, tal vez mejor adaptado a su condición física, aunque menos remunerado, menos responsable y de prestigio social claramente inferior. Vid. SCHINICHI, O.: *Pension and employment policy for the aged in an active society*, Lovaina (tesis), 1986, pág. 219.

ellos el español- derivan de categorías amplias de cotizaciones, caracterizadas más bien por la naturaleza de la actividad (trabajadores de las minas, de la marina mercante, de las industrias energéticas, etc.) que por la índole del trabajo proporcionado; y, sin duda, dentro de dichas categorías se encuentran grandes diferencias entre las condiciones de trabajo reales de los trabajadores (pues en las minas, por ejemplo, junto a los duros trabajos de interior, desarrollan su actividad los mecánicos de superficie y el personal administrativo, cuyas condiciones de trabajo no son claramente diferentes de las de los demás sectores económicos). Esta incontestable realidad lleva a algunos a encuadrar estas excepciones no en el seguro de vejez sino en el de invalidez o incapacidad para trabajar (121): si por la naturaleza penosa del trabajo, por la débil salud del interesado o por la combinación de ambas circunstancias, el estado físico y/o psíquico del trabajador se ha deteriorado de tal modo que no puede continuar trabajando hasta la edad normal o el número de años exigidos para la jubilación, tendrá derecho a una pensión de invalidez. Ésta será en la mayor parte de los casos tan ventajosa -y en algunos más ventajosa- que la pensión de jubilación, teniendo en cuenta, además, que el período indemnizado bajo este régimen será asimilado, por lo general, a un período de trabajo para el cálculo del importe de la pensión de jubilación.

Reducción singular de la edad de jubilación a los 64 años se produce en el caso del llamado *contrato de sustitución* (R.D. 1194/1985, de 17 de julio) figura jurídica que responde a una política de fomento y reparto de empleo, y permite la jubilación total a los 64 años si al mismo tiempo se contrata a un trabajador para sustituir al jubilado (122). Lo cierto es, sin embargo, que tanto el contrato de relevo como el contrato de sustitución han tenido un escasísimo juego en España.

Al margen del fenómeno de crisis ocupacional, que ha favorecido la tendencia a un reparto del empleo escaso en favor de los más jóvenes, las empresas (con alguna complicidad sindical) muestran una clara tendencia a favorecer la salida del mercado laboral de estos trabajadores, incluso en situaciones que no pueden definirse de reestructuración empresarial o de reducción de personal, quizá por sobrentender la existencia de una disminución de la productividad a partir de cierta edad, o de un incremento de costes por este motivo, o por las mayores dificultades de readaptación de la mano de obra madura (123).

(121) Cfr. CONSEJO DE EUROPA: «La flexibilidad de la edad de jubilación», *cit.*, pág. 57.

(122) Sus precedentes (R.D.-L. 14/1981, de 20 de agosto, y R.D. 2705/1981, de 19 de octubre), desarrollando los compromisos asumidos en el ANE, tuvieron ya una más que discutible eficacia según pone de manifiesto el hecho de que durante el primer año de vigencia de esta medida, sólo 163 trabajadores se acogieron a esta modalidad contractual. Cfr. GONZALO GONZÁLEZ, B., FERRERAS ALONSO, F., GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E. y TEJERINA ALONSO, J.I.: «Las jubilaciones anticipadas: panoramas general y comparado», *RSS*, 16, 1982, pág. 313 y cuadro 2 del Apéndice.

(123) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones», AA.VV.: *Seminario sobre los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, *cit.*, pág. 249.

4.3. Prejubilaciones, jubilaciones anticipadas y «ayudas equivalentes a la jubilación anticipada».

Con todo, el elenco más numeroso de medidas de este tipo ha sido adoptado en relación con empresas en crisis y procesos de reconversión a través de sistemas que permiten a los trabajadores de edad avanzada cesar total o parcialmente en su actividad laboral antes de la edad normal de jubilación, con la garantía de unos recursos cercanos a los que le corresponderían en caso de que aquella se hubiera producido (124). En el ordenamiento español existen dos supuestos distintos para lograr la anticipación del momento de la jubilación. El primero es la creación de una situación «puente» (125) para cubrir socialmente la posición de quien cesa efectivamente en el trabajo antes del cumplimiento de la edad normal de jubilación y sin tener derecho a la correspondiente pensión: se trata de una serie de prestaciones económicas sustitutivas del salario, al margen -en principio- del sistema de pensiones de la Seguridad Social (calificadas siguiendo la terminología francesa de medidas de «prejubilación») y concedidas a cargo de la empresa, de una entidad o fondo privado o de una entidad o fondo público. Ha de tenerse en cuenta que un plan de prejubilaciones no constituye un negocio jurídico preciso, único y determinado sino que reviste tales dosis de atipicidad y de complejidad que ha llegado a ser calificado de «diseño de ingeniería social» (126).

El segundo es el de la «jubilación anticipada» (127) propiamente dicha, que supone la percepción de una pensión de jubilación de la Seguridad Social antes de cumplir la edad prevista para

(124) KERSCHEN, N. y REMINIAC, H.: «Les systèmes de "pré-retraite". Classification juridique et pratique», *DS*, 2, 1981, pág. 176. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada (Universidad), 1988, pág. 135 y ss. GARCÍA BECEDAS, G.: *Reconversiones industriales y ordenamiento laboral*, Madrid (Tecnos), 1989, especialmente págs. 157-168, y págs. 224-229.

(125) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones», *cit.*, pág. 252.

(126) Si bien un plan de prejubilación típico comienza con un expediente de regulación de empleo para la extinción de contratos de trabajo, como consecuencia del cual se declara a los trabajadores afectados -normalmente comprendidos entre 52 y 58 años- en situación legal de desempleo, ello no obstante, aquéllos pasan a disfrutar durante dos años el desempleo contributivo y solicitan, una vez agotado el mismo, el subsidio de desempleo para percibirlo hasta los 60 años, edad en que se procede a la jubilación anticipada con la pensión reducida en los términos de la Orden de 18 de enero de 1967. MOLERO MANGLANO, C.: «Régimen jurídico de los planes de prejubilación», *AL*, 5, 1994, pág. 65 y ss.

(127) *Vid.* la amplia bibliografía que sobre el tema incorpora CASAS BAAMONDE, M.ª E.: *Autonomía colectiva y Seguridad Social (Un estudio sobre la contratación colectiva en materias de Seguridad Social y conexas)*, Madrid (IEF), 1987, págs. 145-146, nota 121 *in fine*. GARCÍA MURCIA, J.: «Crisis económica y jubilación anticipada en el ordenamiento laboral español», AA.VV.: *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80. III Coloquio sobre Relaciones laborales*. Zaragoza (Universidad), 1983, pág. 343 y ss.

ello, y el de las denominadas «ayudas equivalentes a la jubilación anticipada (128)», o prestaciones reconocidas por la Seguridad Social y calculadas de forma similar a la jubilación anticipada, aplicando a la base reguladora de la pensión de jubilación un determinado porcentaje en función de la edad y los períodos de ocupación cotizados. Se trata de pensiones que indirectamente sustituyen tanto a las prestaciones de desempleo como a las de jubilación propiamente dichas, continuando el trabajador en alta y cotizando a la Seguridad Social hasta la obtención de la auténtica pensión de jubilación. Estas ayudas se complementan con otras especiales destinadas a garantizar al trabajador la percepción del porcentaje de su remuneración media anterior al cese con el máximo de la cuantía de la pensión de jubilación si se hubiese tenido la edad para ello.

La prejubilación supone así el retiro profesional del trabajador comprendido entre 52 años y 59 para ubicarle en una situación intermedia entre la plena ocupación y la condición de pensionista; la jubilación anticipada sólo será posible a partir de los 60 años y supondrá, si bien precozmente, el acceso definitivo a la condición de pensionista, aunque con pensión reducida sobre la cuantía que a ese mismo trabajador y en esa misma empresa hubiera correspondido de permanecer en activo hasta los 65 años o la edad de jubilación ordinaria u obligatoria que fuere de aplicación.

Debe quedar claro que estas ayudas, previstas en relación con procesos de reconversión, estructuración o reordenación de plantillas, no actúan como mecanismos de uso flexible de la edad de jubilación sino como mecanismos de protección extraordinarios destinados a amortiguar los efectos de los ajustes de plantillas (129) y a facilitar su aceptación por los afectados. La jubilación, además de una función protectora, y de una función social, está adquiriendo, de este modo, en medida apreciable, una función económica secundaria de regulación del mercado de trabajo. El perfil de la vida activa de una persona termina en el momento de la jubilación y el influjo normativo sobre dicho momento constituye, coherentemente, uno de los instrumentos disponibles en la regulación jurídica del mercado de trabajo (130). Lo que apareció como coyuntural -en el

(128) Sistema en virtud del cual los trabajadores que «como consecuencia de la reconversión cesen en sus empresas antes de alcanzar la edad fijada para la jubilación con plenos derechos» (art. 32.1 de la Ley 27/1984) son acreedores de unas determinadas «ayudas» que, si en la legislación centrista eran equivalentes a la jubilación ordinaria del sistema de Seguridad Social (art. 6.º 1 de la Ley 21/1982), con la reforma socialista lo son a la «jubilación anticipada» (art. 32.1 de la Ley 27/1984). Es decir, mientras en la ordenación centrista el referente de la «ayuda» era la pensión de jubilación que el trabajador hubiera percibido en caso de mantenerse en activo hasta los 65 años de edad, en la Ley 27/1984 lo será aquella que efectivamente corresponda en razón a su carrera de seguro hasta el momento del cese en la empresa «según una escala que combine la edad de los interesados en los períodos de ocupación cotizados, en fórmula semejante a la que opera en la determinación de la pensión de jubilación anticipada en el régimen general de la Seguridad Social» (art. 23.1.1 de la Ley 27/1984). Cfr. GARCÍA BECEDAS, G.: *Reconversiones industriales y ordenamiento laboral*, cit., especialmente págs. 157-169, 224-230 y bibliografía allí citada. MONE-REO PÉREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, cit., pág. 139 y ss.

(129) SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Medidas laborales y de Seguridad Social en la reconversión industrial», *DL*, 12, 1984, pág. 7 y ss.

(130) MARTÍN VALVERDE, A.: «Las pensiones de la Seguridad Social: su dimensión jurídica», cit., pág. 39.

seno de una política de reconversión que afectó a sectores diversos (131)-, está deviniendo elemento estructural, provocando para los trabajadores afectados por los procesos de reestructuración empresarial o de reducción de personal un adelantamiento de la edad de cese efectivo en el trabajo, y jugando un papel muy significativo en la facilitación de ceses anticipados, ventajoso o no para los afectados, pero gravoso en todo caso para las empresas o para las finanzas públicas, incluidas las de la Seguridad Social (132).

4.4. Su incidencia en el sistema de Seguridad Social.

Absolutamente relevante para la Seguridad Social resulta, pues, ponderar la incidencia de las medidas de jubilación anticipada [o de «prejubilación», en definición amplia, sin perjuicio de que legalmente el término sea utilizado, como se ha visto, para identificar un supuesto concreto (133)]. Conviene destacar, ante todo, que no se trata de un problema menor ni meramente coyuntural, sino común a los países del entorno español (134), perfectamente delimitado en algunos (135) y cuyas cifras no han dejado de aumentar.

(131) Acero, calzado, cobre, componentes electrónicos, construcción naval, electrodomésticos de línea blanca, equipos eléctricos de automoción, fertilizantes, forja pesada, siderurgia integral, textil, minería... . *Vid.* pormenorizado estudio de las medidas laborales adoptadas en las diversas etapas de la política de reconversión realizado por NAVARRRO ARANCEGUI, M.: *Política de reconversión: balance crítico*, Madrid (Eudema), 1989, págs. 30, 66, 92, 143, 228 y ss.

(132) Para el ejercicio de 1994 es la Orden Ministerial de 27 de junio la que distribuye territorialmente las subvenciones correspondientes a programas de apoyo a la creación de empleo y ayudas destinadas a facilitar la jubilación de trabajadores de empresas en crisis no acogidas a planes de reconversión.

(133) A efectos expositivos algunos autores consideran más adecuada esta calificación por estimar que se trata, sin más, de «una fórmula dinámica de "desenganchar" al trabajador progresivamente de la relación de trabajo y "engancharle" sucesivamente hacia la jubilación», PLANTELIGNE, M.: «La préretraite», *Mémoire DEA Economie du travail et des ressources humaines*, París (Université Paris, 1) 1981, pág. 65. *Vid.* sobre el tema en general, el número monográfico que *Travail et emploi* dedica a la prejubilación, núm. 15, 1983.

(134) CONSEJO DE EUROPA: «La flexibilidad de la edad de jubilación», Estrasburgo, 1989, AA.VV.: *La Seguridad Social en una sociedad cambiante, cit.*, págs. 82-83.

(135) Así en Francia, donde la configuración del sistema de prejubilación, definido de forma amplia, se encuentra perfectamente delimitado en dos grandes bloques. De una parte se hallan las medidas adoptadas en el seno de un acuerdo con el Fondo Nacional de Empleo (FNE), uno de los más importantes órganos de la Administración en la política de empleo (se trata, en concreto, de dos mecanismos distintos: la denominada «prestación especial», ya sea como consecuencia del final de la relación laboral, ya derivada de la transformación de la jornada completa en jornada parcial; y el «contrato de solidaridad de prejubilación progresiva», como adaptación continuada y no traumática del trabajador a la inactividad laboral por cumplimiento de la edad de jubilación. En ambos casos, se trata de fórmulas financiadas por el Estado y, por tanto, a través de los impuestos que pesan sobre todos los ciudadanos). De otra, el seguro de desempleo, pues a su través una persona de edad avanzada puede percibir una indemnización por desempleo bien hasta conseguir beneficiarse de alguna de las ayudas del FNE, bien hasta obtener su pensión de jubilación (en este supuesto la financiación se produce gracias a las cotizaciones de empresarios y trabajadores a la contingencia de desempleo). *Vid.* estudio pormenorizado de cada uno de ellos realizado por LÓPEZ CUMBRE, L.: «El sistema de "prejubilación" en Francia...», *cit.*, pág. 47 y ss.; igualmente HELLER, J.L.: «La retraite anticipée: choix ou contrainte», *Economie et Statistique*, 193/194, 1986, págs. 97-109.

Ni que decir tiene que en la mayor parte de los países la reciente tendencia a la disminución de la edad de jubilación se vincula directamente al aumento del paro; al remitir a los trabajadores a la jubilación anticipada se espera liberar el empleo en favor de los parados, cuyo número debería disminuir en la misma proporción. Pero ésta no pasa de ser mera hipótesis porque para medir el impacto de tal medida sobre el volumen de paro es necesario saber cuáles son las condiciones de la jubilación y de su anticipación: si los trabajadores de edad madura son libres de continuar o de acogerse a la misma, si la alternativa de jubilación anticipada resulta o no atractiva, si los empleadores son estimulados o incluso forzados a sustituirlos, si se permite a los jubilados emprender otra actividad, cuáles sean las posibilidades reales para los mismos de volver a encontrar un empleo a tiempo completo o a tiempo parcial...; en cualquier caso, la prejubilación muestra perfectamente la mezcla de los riesgos que se encuentran amparados en los seguros sociales, al punto de que en ocasiones resulta difícil afirmar si algunos prejubilados son parados con prestación suplementaria o jubilados precoces (136).

Son muchos, sin duda, los inconvenientes que pueden predicarse de las prejubilaciones (137). En primer lugar, su falta de eficacia y de productividad: de un lado, la mayoría de los trabajadores se acogen a la jubilación antes de la edad, pero siempre existe un cierto número que continúa con su trabajo y podría ser disuadido de ello; de otro, y a cambio, podría reducirse la edad real de jubilación, con lo que su incidencia en el mercado de trabajo resultaría escasamente significativa. En segundo término, la experiencia muestra cómo apenas un 50 por 100 de las prejubilaciones son sustituidas por nuevos empleos, acentuándose el índice de prejubilados que no liberan en realidad sus empleos y continúan trabajando en el mercado paralelo como trabajadores clandestinos. A la vista de tales datos no faltan voces que ponen en tela de juicio la racionalidad económica y social de las propuestas concebidas para paliar los problemas -calificados de «relativamente coyunturales (138)»- del paro mediante la jubilación anticipada: de una parte, porque es una solución de medio a corto plazo (pero de efectos permanentes con normal traducción en un aumento continuo del tipo impositivo de las cotizaciones a la Seguridad Social); de otra, porque se trata de una medida no simétrica, en tanto la simetría exigiría que en épocas de escasez de mano de obra fuese posible aumentar los topes de jubilación forzosa y voluntaria (139); y ello por más que tal resolución implicase la reducción en el disfrute de la pensión y la propia rentabilidad individual del sistema de pensiones, convertida así en una medida impopular y rechazada por los votantes más próximos a la jubilación.

(136) CONSEJO DE EUROPA: «*La flexibilidad de la edad de jubilación*», *cit.*, pág. 35.

(137) BURKHAUSER, R.U. y TURNER, J.A.: «Social Security, preretirement, labour and saving: a conformation and critique», *Journal of Political Economy*, 1980, vol. 90.

(138) CASAHUGA VINARDELL, A.: «Análisis económico, reforma del sistema de pensiones de la Seguridad Social», *cit.*, pág. 228.

(139) Esta misma idea es la que propugnan como solución MONASTERIO ESCUDERO, C. y SUÁREZ PANDIELLO, J.: «Gasto social en pensiones», *HPE*, 12-121, 1 y 2, 1992, pág. 119 y ss., quienes señalan que, ante la imposibilidad de distribuir los riesgos de forma más equitativa entre las generaciones (pues España tiene un contrato intergeneracional tipo posición relativa fija), cabría entender posible desplazar la edad de jubilación de los 65 a los 67 años para así corregir la relación cotizantes-beneficiarios.

En cuanto a la estructura del mercado de trabajo se refiere, los parados se sitúan normalmente en categorías profesionales diferentes de los prejubilados que salen del mismo. Su nota de irreversibilidad hace que la prejubilación sea considerada como un derecho adquirido y difícil de abolir cuando la situación del mercado de trabajo haya cambiado totalmente, a la vez que puede suponer un riesgo de exclusión de los trabajadores de edad madura con la consecuencia -no deseada- de que el sistema llegara a desembocar en una pérdida de posibilidades de trabajo y de calidad de vida para aquéllos (140). Quizá por ello la opción del Estado español en favor de la prejubilación ha sido calificada como «carga indebida para la Seguridad Social» (141), cuando el resto de los Estados están estudiando la ampliación de la edad de jubilación, resultando incluso más anacrónico si se tiene en cuenta que (de hecho) se está «financiando con un seguro de desempleo de transición más generoso y universalizado que el genuino» (142); y todo sin perder de vista la estrecha dependencia de la estabilidad financiera de la Seguridad Social respecto de las decisiones adoptadas en otros campos de la actividad económica, tales como las contrataciones bonificadas, los fondos de lucha contra el desempleo o la jubilación anticipada (143).

Dado el cúmulo de inconvenientes parece que este tipo de medidas únicamente podrían justificarse sobre una base voluntaria, como expediente temporal, para evitar una rebaja verdaderamente irreversible de la edad de jubilación y siempre fuera del sistema de pensiones, correspondiendo al mundo de las relaciones industriales su concreción a través del convenio colectivo.

II. PROTECCIÓN ECONÓMICA DEL RIESGO DE VEJEZ

En cualquier sistema de Seguridad Social la vejez figura como una de las contingencias protegidas, por cuanto supone tener que cubrir una situación de necesidad al llegar a una determinada edad. Bien sea esta protección concebida como una recompensa por la aportación a la actividad productiva durante los años de vida laboral, bien justificada ante la situación de necesidad que se crea en el individuo debido a su incapacidad para continuar obteniendo sus propios ingresos por su trabajo, lo cierto es que uno de los objetivos básicos de cualquier sistema de Seguridad Social es el de «reemplazar rentas» durante los períodos en los que los individuos están sujetos a procesos de envejecimiento que provocan inevitablemente necesidades sociales, susti-

(140) KÜHLEWIND, G.: «La edad flexible de la jubilación: ociosidad forzosa u oportunidad», AA.VV.: *Seguridad Social, paro y jubilación anticipada*. Ginebra (AISS), 1985, págs. 20-27.

(141) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público», *cit.*, pág. 153.

(142) HERCE SAN MIGUEL, J.A.: «Jubilación y pobreza: desafíos actuales de la Seguridad Social en España», *PEE*, 30-31, 1986, págs. 357-358.

(143) GONZÁLEZ RABANAL, M.ª C.: *La reforma financiera de la Seguridad Social*, Madrid (Montecorvo), 1988, pág. 154.

tuyendo, por tanto, a los ingresos salariales (144). La vejez es, sin duda alguna, uno de los problemas socioeconómicos de mayor gravedad que se le plantean a los gobiernos, debido básicamente a su tendencia a extenderse cada vez más, y reflejándose su importancia, fundamentalmente, en la frecuencia de su acontecer y en la duración del disfrute de la pensión que, al ser de carácter indefinido, aumenta con el incremento experimentado en la esperanza de vida. La prestación de jubilación representa así un mayor índice de incertidumbre tanto por el progresivo aumento del envejecimiento, ya visto, como por su especial sensibilidad a los cambios demográficos. Una adecuada protección de este riesgo siempre deberá tener presente, por ello, la influencia de los cambios demográficos y ordenarse bajo la dirección del desarrollo y cumplimiento de los mandatos constitucionales, según una interpretación y valoración en armonía con las instituciones de protección social de la Europa comunitaria (145).

Bajo esta orientación, y siguiendo aquel esquema ya clásico (146), el modelo que se propone, a su vez seguido en los demás países occidentales con alguna ligera variante (147), vendría constituido por tres niveles:

(144) VICENTE MERINO, A.: «El factor edad en el tránsito de la vida activa a la jubilación», AA.VV.: *Seminario sobre los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, cit., págs. 228-229.

(145) En este sentido no pueden desconocerse las fórmulas que ante la situación presente se preocupan por preservar el contrato entre generaciones y remediar desequilibrios del régimen. Así, y a modo de ejemplo, se alude a la necesidad de cubrir los siguientes objetivos:

1. Aumentar la carga de activos para hacer frente a los derechos de los jubilados en las mismas condiciones que éstos merecieron en su momento.
2. Disminuir el montante global de los jubilados para mantenerla constante.
3. Desplazar la relación total entre activos cotizantes y beneficiarios de las pensiones, retrasando la edad legal o efectiva de jubilación.
4. Modificar el coeficiente de revalorización de las pensiones, estableciéndolo sobre el índice de precios.
5. Flexibilizar el sistema de reparto.

HIRSCH, M.: *Les enjeux de la protection sociale*, cit., París (Montchrestien), 1993, págs. 100-105.

(146) FUENTES QUINTANA, E., et altri: «Estrategia para un tratamiento de los problemas de la Seguridad Social», cit., pág. 85 y ss. Sistema criticado por el riesgo de dejar desprotegidos a la gran parte de la población trabajadora, «ya que una reducción en la intensidad de la protección del sistema contributivo, cuando el régimen de reparto no supone un descenso correlativo de la presión contributiva que permita librar fondos hacia el sistema privado». SERRANO PÉREZ, F.: «Crisis económica y crisis de la Seguridad Social», ICE, 665, 1989, pág. 80.

(147) Cfr. con el esquema mixto público-privado de tres niveles expuesto por KESSLER SAIZ, G.: «Evolución de la población española, Seguridad Social y necesidad de sistemas complementarios», AA.VV.: *Seminario sobre los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, cit., págs. 194-195. «Un primer nivel de carácter mínimo obligatorio en el que el Estado debería garantizar para todos los ciudadanos una prestación mínima con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, es decir, financiado con impuestos. Sería obligatorio para evitar que la pensión de aquel que en su vida activa no haya realizado el gasto necesario para obtener una pensión de jubilación recaiga sobre la sociedad de alguna manera. Un segundo nivel, de carácter profesional, para los trabajadores dependientes o para los autónomos, que es complementario del anterior y que tiene por objeto acercar la pensión al salario real de convenio. Este segundo nivel se cubriría con fondos de pensiones privados o con compañías de seguros. Por último, un tercer nivel de carácter voluntario, para aquellas personas que además de las dos pensiones anteriores desearan constituir un ahorro para el futuro con el que complementar su pensión de jubilación. Este tercer nivel se concierta generalmente con compañías de seguros y con lo que en España denominamos Fondos de Pensiones de tipo individual o asociado». Sobre su debate en Europa, BALDWIN, S.: «The Need for Care in Later Life: Social protection for older people and family caregivers», en BALDWIN, S. y FALKINGHAM, J. (eds.): *Social Security...*, cit., págs. 189-195.

- a) El nivel básico público, encargado de otorgar las prestaciones -técnicas, de servicios y económicas- en un nivel mínimo de subsistencia y con carácter universal, si bien es necesario precisar que el legislador ha optado por limitarlo, en cuanto a las prestaciones económicas de subsistencia, a la población no activa en situación de necesidad probada y financiado a cargo de los Presupuestos Generales del Estado.
- b) Un segundo nivel público, de carácter profesional, que tendría por objeto otorgar una serie de prestaciones de sustitución de rentas (en dinero) a determinadas personas, según requisitos de afiliación y cotización y financiadas prioritariamente mediante cuotas, teniendo las aportaciones del Estado un valor meramente secundario.
- c) Por último, un nivel complementario libre, en principio caracterizado por la ausencia de intromisión de los poderes públicos en su constitución y funcionamiento, suplementario y autofinanciado, si bien cabría admitir algún tipo de apoyo financiero estatal y determinaciones legislativas orientadas básicamente a garantizar la conservación de los derechos en curso de adquisición al cambiar de empresa o sector.

III. PRIMER NIVEL: ASISTENCIAL

1. Especial referencia a las prestaciones no contributivas.

1.1. Sobre su origen y justificación.

Característica común en la evolución de los sistemas públicos de pensiones de los países europeo-occidentales es la extensión progresiva de tal beneficio al conjunto de la sociedad, tendiendo sus sistemas de Seguridad Social, sobre todo en los últimos decenios -caracterizados por una situación de crisis económica- (148), a la uni-

(148) PANIZO ROBLES, J.A.: «El sistema de pensiones de la Seguridad Social: situación actual y tendencias», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid (MTSS), 1992, pág. 63, quien entiende que los sistemas contributivos son eficaces en la situación de pleno empleo; se requiere, sin embargo, el establecimiento en paralelo de niveles no contributivos en los períodos de crisis económica. Un análisis de síntesis sobre los sistemas de protección social en Europa, similitudes y diferencias, reformas recientes, financiación, escala de protección alcanzada, integración social y económica, consideraciones económicas, sistemas de protección de la salud, relación con el trabajo y la familia e impacto de los cambios económicos y sociales en los sistemas de protección, en COMISIÓN EUROPEA: *Social protection in Europe*, Luxemburgo (Centro Oficial de Publicaciones de las Comunidades Europeas), 1994.

versalización (149) protectora, pudiéndose detectar, además, un doble y contradictorio proceso de ampliación subjetiva, pues, de una parte, se constituyen o perfeccionan regímenes no contributivos al objeto de garantizar una protección adecuada a las situaciones de necesidad excluidas de los sistemas asegurativos y, de otra, se generalizan los regímenes contributivos (150). Esta tendencia universalista no va a afectar por igual a todas las ramas de la protección social, sino que comienza -normalmente- por las prestaciones sanitarias (151), se extiende a otros servicios sociales (minusválidos, ancianos, incapacitados rehabilitables, personas sin formación profesional o necesitadas de educación al respecto...) y a la protección familiar para finalizar con la rama de pensiones de invalidez y vejez (152).

Tres son los motivos principales que han dotado de actualidad a la protección social no contributiva, a saber (153): las urgencias sociales provocadas por la duración e intensidad de la crisis económica de los años setenta, que someten a los sistemas de Seguridad Social al reto de dar respuesta a las nuevas necesidades sociales derivadas de la marginación y la indigencia que acompañan al desempleo masivo (154), empleo irregular y precariedad en el mercado de traba-

- (149) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Prestaciones no contributivas en Europa», *DL*, 27-28, 1988-1989, págs. 15-16. En su estudio destaca que después de la Segunda Guerra Mundial Europa entera ha probado métodos diversos para resolver los problemas de renovación de sus sistemas de Seguridad Social, asistiendo entonces a la tercera fase de un largo proceso de cambios, conocida como etapa universalista, que se va a identificar genéricamente por la tendencia a extender las instituciones de la Seguridad Social a toda la población residente, tanto activa como no activa. Las dos etapas precedentes, por el contrario, limitaban sus efectos solidarios y protectores a las categorías productivas de la población: la primera (etapa laboralista) concebía a la Seguridad Social como un «remedio de urgencia» para integrar solidariamente sólo al proletariado del industrialismo embrionario, es decir, a las víctimas de la «cuestión social», quienes eran también -y por eso mismo- los agentes del conflicto social; la segunda (etapa profesionalista) ampliaba las estructuras solidarias a toda la población activa, pero sólo a ella.
- (150) *Vid.*, JENKINS, M.: «Extensión de la protección social a toda la población: problemas y planteos», *RISS*, 2, 1993, págs. 3-22.
- (151) ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Madrid (Cívitas), 1994, págs. 40-45.
- (152) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «La superación de los límites subjetivos de la Seguridad Social: las garantías de protección social de los no asegurables», *ICE*, 630-631, 1986, pág. 64.
- (153) *Vid.*, GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las pensiones no contributivas en Europa», *cit.*, págs. 18-19; PANIZO ROBLES, J.A.: «El marco de las prestaciones no contributivas. Antecedentes y objetivos de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas», *Rev. Treb.*, 15, 1991, págs. 11-13; igualmente, O'HIGGINS, M.: «Necesidades de cambio y medidas de adaptación. Concesión de pensiones en el siglo XXI», *RSS*, 34, 1987, págs. 37-46.
- (154) PANIZO ROBLES, J.A.: «El sistema de pensiones de la Seguridad Social: situación actual y tendencias», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, *cit.*, pág. 74, haciendo referencia a la reforma introducida en el ordenamiento jurídico español en el año 1989 respecto de la protección por desempleo, en especial en lo referente a pensiones no contributivas o subsidios, y que permite a los desempleados de una determinada edad (esto es, a quienes tienen mayor dificultad para obtener un empleo adecuado), enlazar la percepción del subsidio económico con la pensión, de forma que no exista interrupción, para este colectivo, en la obtención de unas rentas económicas (subsidio y pensión) además de las prestaciones y servicios que acompañan a aquéllas (en particular, la asistencia médico-farmacéutica). Otros autores entienden que las empresas van a diseñar una política de empleo que se proyecta en paralelo a las prestaciones de la Seguridad Social y tiende a reducir la plantilla despidiendo a los trabajadores de más edad; quienes uniendo las prestaciones de desempleo a la jubilación anticipada y al complemento a cargo de la empresa, se sienten estimulados a la jubilación. De otro lado, a los sindicatos, pues las prestaciones generosas de la Seguridad Social en materia de desempleo relegan a un segundo plano consideraciones sobre el impacto laboral de reivindicaciones salariales excesivas. DONGES, J.B.: «La Seguridad Social en Alemania. Problemas actuales y futuro incierto», *Revista de Economía Política*, 1983, pág. 216.

jo; las propias dificultades económico-financieras de la Seguridad Social contributiva, que obligan a los gobiernos a endurecer los requisitos a partir de los cuales obtener los derechos y tienen como efecto inmediato la expulsión de un contingente numeroso de necesitados sociales de la protección contributiva; por último, las transformaciones socioeconómicas y demográficas, entre las cuales se pueden destacar el fuerte y progresivo envejecimiento de la población al que se asiste en todos los países de nuestro entorno geográfico y económico, las nuevas formas de organización social y familiar dotadas de una inestabilidad cada vez más generalizada, o los fenómenos de separación y divorcio, junto con la extensión de familias monoparentales; a lo anterior deben unirse las nuevas condiciones de vida, con mayor incidencia en los núcleos urbanos y que dan lugar a colectivos específicos, generalmente inadaptados a los hábitos sociales.

Estas realidades sociales, y las demandas de protección que originan, de imposible atención con las preexistentes fórmulas contributivas, requieren la instauración de una serie de nuevas medidas (155). Entre las posibles opciones de cambio resalta la viabilidad de un enfoque distinto (a partir del cual la previsión pública no se vea limitada a la tradicional función de sustitución de rentas y preste, en cambio, una mayor atención a los niveles básicos asistenciales) susceptible de concretarse en el otorgamiento de una pensión mínima a toda la población, no condicionada a cotizaciones previas, y que se constituya en base suficiente sobre la que podrían actuar, con carácter subsidiario, otras formas no públicas de previsión (156); y ello sin perjuicio, lógicamente, de adecuar a tal sistema un mecanismo de pensiones contributivas para aquellos ciudadanos que hubieran cotizado a la Seguridad Social. Otra opción pasaría por una pensión asistencial para aquellos ciudadanos que no están cubiertos por el sistema contributivo: se establecería así un sistema contributivo que protegería a la mayor parte de la población (esto es, a la población trabajadora que ha cotizado) y una pensión asistencial [que cubra los riesgos de vejez, invalidez, viudedad y orfandad (157)] en favor de aquellos que no han sido acogidos o que no cumplen los requisitos para entrar en el sistema contributivo (158). A primera vista quizá parezca mucho más completo y más espectacular el primer sistema de pensión universal y, sin embargo, por razones de práctica jurídica, de gestión e incluso de tradición (estimando que no es conve-

(155) MÉNDEZ MARTÍNEZ, C.: «La gestión del sistema público de pensiones», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, cit., pág. 154.

(156) Vid., O'HIGGINS, M.: «Necesidades de cambio y medidas de adaptación. Concesión de pensiones en el siglo XXI», cit., págs. 52-53.

(157) DURÁN HERAS, A.: «Pensiones en Europa: presente y perspectivas de futuro», *PEE*, 12-13, 1982, págs. 282-285, entendiendo que cada persona sólo tendría derecho a una pensión básica aunque estuviese en dos situaciones protegibles.

(158) CRUZ ROCHE, I.: «Aspectos económicos de la evolución de la Seguridad Social no contributiva», AA.VV.: *Pensiones no contributivas*, Madrid (MTSS), 1991, pág. 213. La doctrina advierte la existencia de argumentos de peso para mantener nítida la distinción entre «solidaridad nacional» (que envuelve la idea de prestaciones no contributivas) y «aseguramiento colectivo» (ligado a la idea de una Seguridad Social pública) y no abandonar, como peligrosamente se hace con frecuencia, toda referencia a la noción de seguro por el simple análisis de transferencias sociales. Vid., CAUSSAT, L.: «Sécurité sociale: pour l'assurance», *DS*, 11, 1994, págs. 902-907. Sobre las dos lógicas distinciones del seguro y la asistencia: la eficacia y la solidaridad-equidad, RAY, J.C.; DUPUIS, J.M. y GAZIER, B.: «Analyse économique...», cit., págs. 258-268.

niente someter a grandes cambios, reformas y reestructuraciones el sistema vigente, sino que debe estar dotado de una cierta continuidad con elementos de flexibilidad orientada a un cambio progresivo), parece que la segunda fórmula, a pesar de su mayor imperfección técnica, se encuentra dotada de una mejor virtualidad práctica.

Los Estados miembros del Consejo de Europa combaten así, desde hace más o menos tiempo, la emergencia de la pobreza y el riesgo de empobrecimiento a través de medidas diversas, entre las que es necesario señalar las «prestaciones mínimas» y, en especial, los «ingresos mínimos garantizados» (159). Estos ingresos mínimos (160) están destinados esencialmente a ofrecer una última red de seguridad a los que están excluidos del sistema de protección social o a quienes están insuficientemente protegidos por este último, presentándose en forma de uno o varios subsidios diferenciales [con modalidades de aplicación distintas de un país a otro (161)], y cuyas características comunes (162) residen en ser una prestación de tipo universal (aunque existen exclusiones como, por ejemplo, los extranjeros, personas por debajo de una determinada edad...), un derecho o *cuasi* derecho (se conceden desde el momento en que reúnen las condiciones de concesión), y en otorgarse para cubrir necesidades fundamentales y por un tiempo determinado.

Lo anterior no puede hacer olvidar las críticas más frecuentes respecto a los ingresos mínimos garantizados y a los ingresos mínimos de inserción (163), entre las cuales destaca, en primer lugar, la escasa cuantía (aunque conveniente que así sea para salvaguardar siempre una incitación al trabajo) de los mismos (así, por ejemplo, con la excepción del Reino Unido donde

(159) En términos aquilatados por EUZEBY, CH.: *Documento preparado para la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre ingresos mínimos (Doc. 6088)*.

(160) LAROQUE, M.: «Le revenu minimum d'insertion, droit révolutionnaire et prestation sociale d'un nouveau type», *DS*, 7/8, 1989, págs. 597-600, considerando los ingresos mínimos de inserción como un derecho revolucionario y una prestación social de nuevo tipo.

(161) NAGEL, S.: «Protección social e ingresos mínimos garantizados. Resumen de algunos programas gubernamentales en Europa», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales, cit.*, págs. 281-287. El autor destaca que, en cuanto a las condiciones de recursos y al método de cálculo, los países siguen el principio de tener en cuenta el conjunto de ingresos procedentes de la actividad profesional, del patrimonio, de las prestaciones sociales y de las obligaciones alimenticias, pero con diferente aplicación en los distintos países. La financiación está generalmente asegurada por el Estado con una participación de las entidades locales y la gestión administrativa es confiada, la mayoría de las veces, a instancias territoriales. El porcentaje de la población beneficiaria y el coste medio mensual de los ingresos mínimos garantizados varía sensiblemente entre los diferentes Estados. Así, entre los países que aseguran una buena protección, a un tiempo, por los ingresos mínimos y por el conjunto de la cobertura social, figuran los Países Bajos, Alemania y Dinamarca; entre los países que tienen unos ingresos mínimos modestos, pero una protección social desarrollada y diversificada, se encuentran Bélgica, Francia y Luxemburgo; Reino Unido es, por último, un país dotado con unos ingresos mínimos modestos y una protección social medianamente desarrollada.

(162) MILANO, S.: «Le revenu minimum garanti dans les pays de la CEE», *DS*, 6, 1988, págs. 523-530; sobre la base de considerar los ingresos mínimos como una prestación de ayuda social general, diferencial y de pequeño importe.

(163) NAGEL, S.: «Protección social e ingresos mínimos garantizados. Resumen de algunos programas gubernamentales en Europa», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad y las nuevas realidades sociales, cit.*, págs. 287-290.

representan alrededor de un 50 por 100 del salario bruto medio de los obreros, su porcentaje no rebasa, por lo general, un 30 ó 40 por 100 en los demás países). Adicionalmente se constata que no todos los beneficiarios potenciales lo reciben debido, principalmente, al carácter humillante del control de los recursos, así como a la falta de información, lentitud y complejidad de las gestiones que han de realizarse; estos sectores marginados plantean uno de los más graves problemas de los sistemas de protección social cual el de lograr que las prestaciones no contributivas establecidas lleguen a los colectivos a quienes van dirigidas, pues que su propia situación de marginación (fundamentalmente en los núcleos urbanos) les impide con frecuencia ejercitar su derecho (164). Destacar, en último lugar, que la ayuda concedida se circunscribe casi exclusivamente al aspecto monetario, ignorando la conveniencia de asociar sistemáticamente al pago de la prestación un contrato de inserción que hiciera conseguir al beneficiario, en la medida de lo posible, una autonomía duradera (165).

1.2. La Ley 26/1990: finalidad, objetivos y problemas planteados.

En el precedente contexto, España presenta un cuadro lleno de paradojas: junto a problemas típicos de los países más ricos del mundo se detectan carencias propias de Estados en vías de desarrollo; mientras una parte -importante y creciente- de ciudadanos plantean las sofisticadas demandas propias de los países altamente desarrollados, otros cifran sus deseos en acceder al nivel y calidad de unos servicios mínimos. El contenido de la protección asistencial (166) deja de ser una parte marginal dentro del *corpus* de las prestaciones contributivas y se convierte en una porción más integrante de la acción protectora (167), en una nueva tendencia que comienza a configurarse a partir de la década de los ochenta, con el inicio de una lenta reforma de un sistema de Seguridad Social, cuya preocupación fundamental eran las cotizaciones de los trabajadores y, en consecuencia, resultaba demasiado rígido para poder adaptarse a la nueva situación socioeconómica, caracterizada por el incremento del número de desempleados y pensionistas.

(164) Una somera descripción de esta problemática se encuentra en OIT: *La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000*, Ginebra (OIT), 1983.

(165) FRAGONARD, B.: «Le revenu minimum d'insertion: une grande ambition», *DS*, 7/8, 1989, págs. 573-588; en el mismo sentido, *Documentos de Bienestar Social: La pobreza y la Renta Mínima de Inserción en Francia (RMI)*, Gobierno Vasco (Departamento de Trabajo y Seguridad Social), 1989, pág. 35.

(166) Entendida como cualquier mecanismo colectivo de solidaridad -no necesariamente reglado (TRUYOL WINTRICH, I. y MARTÍN LÓPEZ, A.: «Análisis sobre la protección social a la Tercera Edad», *RSS*, 7, 1980, pág. 117)- cuya protección se otorga independientemente de la existencia de una cotización previa y de la pérdida o reducción de los ingresos profesionales (PERRIN, G.: «Estudios previos a la reforma de la Seguridad Social», *RSS*, 2, 1979, pág. 14); se destina, además, a los individuos, familias y grupos que se encuentran en situación de necesidad y cuyos recursos -materiales, culturales y sociales- son tan débiles que quedan excluidos de los modos de vida aceptables en el Estado en el que se encuentren (FRAGA IRIBARNE, M.: «La dimensión social de la Europa comunitaria», *REDT*, 37, 1989, pág. 16).

(167) BLASCO LAHOZ, J.F.: «La "protección asistencial", un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español», *AL*, 36, 1992, págs. 641- 647.

A) Finalidad.

Con la aprobación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre (168), por la que se establecieron en la Seguridad Social las prestaciones no contributivas y sus normas de desarrollo (169), se consolida un ciclo importante de reformas en la legislación de la Seguridad Social, cuya evolución no deja de ser en cierto modo contradictoria, respondiendo, básicamente, a una doble exigencia (170) de atención social y constitucional, en respuesta a una demanda social de atender a las personas de avanzada edad o incapacitadas que carecen de protección, así como mejorar la situación de quienes, formando parte de tales colectivos, la reciben al margen de la Seguridad Social; configurando sus prestaciones, además, como derechos subjetivos perfectos y otorgando una protección adecuada a la cobertura de las necesidades, no limitada únicamente a la concesión de una renta económica. De esta idea es factible inferir que la protección debe proyectarse, en primer lugar, a quienes están materialmente imposibilitados para allegarse los medios de subsistencia, bien sea por razón de edad, bien por incapacidad física o psíquica; es decir, a los ancianos y los incapacitados o minusválidos. La justificación de esta prioridad se encuentra sin dificultad en el hecho de que tales son los colectivos que, subjetivamente, por razones no imputables a la estrechez del mercado de trabajo ni a otras consideraciones de carácter económico sino por motivos de pura incapacidad, no pueden incorporarse al sistema de protección contributivo ni, por tanto, ser sus beneficiarios.

Es cierto que en algunos casos pueden distinguirse otros colectivos afectados por un estado de necesidad que también debiera ser eliminado; tales categorías de individuos desagregados del sistema contributivo (como desempleados de larga duración, familias monoparentales,...) encuentran la causa de su situación, sin embargo, en factores ajenos a sí mismos, en la propia estructura del mercado de trabajo o crisis económica y no, como sucede en el caso de los ancianos y los inválidos, en razones incontestables de carácter personal y permanente, cuales son la edad o la incapacidad para desarrollar una actividad laboral (171).

La expansión que del elemento asistencial llevó a cabo la Ley 26/1990 no va a suponer la realización plena del principio de universalización (172), sino sólo la tutela a ciertos ciudadanos y sólo frente a específicas situaciones de necesidad. En el plano objetivo se seleccionan las con-

(168) Derogada por el TRLGSS (disposición derogatoria única).

(169) Reales Decretos 356/1991 y 357/1991, ambos de 15 de marzo, ocupándose el primero de las prestaciones por hijo a cargo y el segundo de las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación. Análisis en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El desarrollo reglamentario de la Ley de Prestaciones no contributivas», *RL*, 1991/I, págs. 1.081-1.092.

(170) PANIZO ROBLES, J.A.: «El marco de las prestaciones no contributivas», *Rev. Treb.*, 15, 1991, pág. 16.

(171) GONZALO GONZÁLEZ, B., ALFONSO RIESCO, J.L.; TEJERINA ALONSO, J.I. y FERRERAS ALONSO, F.: *Estudios preparatorios para la Ley de Prestaciones no contributivas*, Madrid (MTSS), 1991, págs. 171-172.

(172) ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, 4.ª edición renovada, Madrid (Tecnos), 1991, pág. 68, poniendo de manifiesto cómo «el principio de universalidad de protección no funciona de forma absoluta por lo que hace a las situaciones de necesidad real en el sistema español de Seguridad Social».

tingencias protegidas, limitándolas a las de vejez (173), invalidez (174) y cargas familiares por hijo a cargo; en el subjetivo se precisa que el potencial receptor se debe encontrar en una situación de necesidad económica demostrada, a concretar en la «carencia de ingresos o rentas suficientes», siendo incompatibles con la existencia de ingresos alternativos dotados de una mínima suficiencia y configurándose las prestaciones, además, como derechos subjetivos perfectos en favor de sus titulares, quienes pasarán a formar parte del sistema de la Seguridad Social. Pero, y lo que es más importante, la delimitación subjetiva no acaba ahí, no todo ciudadano que se encuentre en una de las situaciones protegidas y acredite tal insuficiencia de rentas tendrá derecho a la protección no contributiva (175) por las contingencias señaladas, pues en el caso de invalidez se requiere una minusvalía de cierto relieve [que sea igual o superior al 65 por 100 -art. 144.1 c) TRLGSS-] y, en el supuesto de vejez, haber cumplido los 65 años (siendo necesario, además, que el beneficiario resida legalmente en España y lo haya hecho durante 10 años entre la edad de 16 y la edad de devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación -art. 167 TRLGSS-).

Cierto es, además, que de acuerdo con el artículo 41 de la CE (176) [en el cual se hace referencia a un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos (177)], se hace

- (173) *Vid.*, entre otros, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 13.ª edición, Madrid (Cívitas), 1992, pág. 357; ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, 7.ª edición, Madrid (Tecnos), 1991, pág. 480; GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA ORTEGA, J.: «La pensión no contributiva de jubilación», *TS*, 7, 1991, págs. 7-15; GARCÍA ORTEGA, J. y GARCÍA NINET, J.I.: «La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social», *Rev. Treb.*, 15, 1991, págs. 7-15; SALVADOR PÉREZ, F.: «La nueva pensión no contributiva de jubilación: Objeto de la protección y régimen jurídico», *AL*, 7, 1991, págs. 101-108.
- (174) *Vid.*, entre otros, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, *cit.*, págs. 271-273; ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, *cit.*, págs. 435-437; BLASCO LAHOZ, J.F.: «La nueva pensión de invalidez en su modalidad no contributiva», *Rev. Treb.*, 15, 1991, págs. 55-75.
- (175) CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El modelo constitucional de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes», *RTSS (CEF)*, 128, 1993, pág. 88, haciéndose eco de la ausencia de protección, por ejemplo, en la viudedad no contributiva para menores de 65 años (pues en otro caso cabría acceder a jubilación); en la invalidez permanente no contributiva para minusvalías comprendidas entre el 33 y el 65 por 100; en los desempleados que no han accedido al mercado de trabajo y en todos los trabajadores por cuenta propia o ajena que carecen de protección por desempleo.
- (176) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas», *RSS*, 34, 1987, págs. 54-68; BORRAJO DACRUZ, E.: «La Seguridad Social en la Constitución Española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional», *DL*, 30, 1990, pág. 25; DESDENTADO BONETE, A.: «Las prestaciones no contributivas en el marco constitucional», AA.VV.: *Pensiones no contributivas...*, *cit.*, págs. 271-281; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El modelo constitucional de la Seguridad Social: Desarrollos normativos y aspectos pendientes», *cit.*, págs. 78-79; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Madrid (Cívitas), 1995, págs. 43-44.
- (177) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución», AA.VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid (CEC), 1980, pág. 310; BORRAJO DACRUZ, E.: «El modelo constitucional de la Seguridad Social en España», *RT*, 65, 1982, pág. 26 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «La Seguridad Social y la Constitución de 1978», *PEE*, 12-13, 1983, pág. 164; ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, *cit.*, págs. 43-44; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Pensiones no contributivas y Seguridad Social», *cit.*, pág. 4.

preciso universalizar la protección otorgada por la Seguridad Social en orden a alcanzar también a quienes se encuentren en estado de necesidad aunque no desarrollen una actividad o trabajo. La Seguridad Social podrá asumir así el doble papel que recomiendan las diversas organizaciones internacionales, esto es, sustitución de rentas de activo -modalidad contributiva- y compensación de rentas -modalidad no contributiva-.

Exige asimismo la suficiencia de la cobertura (178), concepto con la indeterminación propia del finalismo que incorpora, exigiendo una mediación política e instrumental por parte del legislador ordinario. A un nivel no contributivo, la suficiencia se vincula a la garantía de un ingreso social mínimo que permita cubrir las necesidades básicas del beneficiario (179), pues no pueden olvidarse otros preceptos constitucionales en tal sentido, tales como los artículos 39. 1.º y 2.º -que aboga por la protección social de la familia, de los hijos y de las madres-, 43 -que disciplina la protección de la salud mediante medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios-, 49 -que se refiere a la previsión de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos-, y 50 -que alude a la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad-.

B) Objetivos.

Tomando como punto de partida la consideración de que la finalidad básica de la ley encierra un intento de lograr el alivio de agudos estados de malestar que sufren determinadas personas (180), puede hacerse alusión a una serie de objetivos a inducir de la Exposición de Motivos de la propia disposición legal (181), entre los que podrían destacarse:

1. Reordenar la protección de manera que la misma redunde en beneficio de quienes se encuentran en estado de necesidad, al carecer de rentas con las que subvenir a la cobertura de sus necesidades; se extiende así el derecho a las pensiones de jubilación e invalidez y a las prestaciones económicas por hijo a cargo del sistema de Seguridad Social a todos los ciudadanos, aun cuando no hayan cotizado nunca, o lo hayan hecho en tiempo insuficiente, para alcanzar las prestaciones del nivel contributivo.

(178) GONZÁLEZ RABANAL, M.ª C.: *La reforma financiera de la Seguridad Social*, Madrid (Montecorvo), 1988, págs. 140-141, entendiendo que la cuantía correcta vendría dada por tres factores: renta mínima (importe máximo), tipo marginal (graduada si existen otras fuentes de ingresos) y renta de equilibrio (resultante de compatibilizar el subsidio con otras prestaciones económicas).

(179) DESDENTADO BONETE, A.: «Pensiones no contributivas en el marco constitucional», AA.VV.: *Pensiones no contributivas...*, cit., 1991, págs. 278-279.

(180) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Una norma de envergadura: La Ley de Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social», *RL*, 1991/I, pág. 918.

(181) PANIZO ROBLES, J.A.: «El marco de las prestaciones no contributivas», cit., págs. 17-18; JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A.: «El Proyecto de Ley de Pensiones no contributivas», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, cit., págs. 191-193.

2. Otorgar una protección de carácter integral a todos los beneficiarios, pues al ostentar éstos la condición de pensionistas de la Seguridad Social tendrán derecho, además de a una renta económica (pensión), a la asistencia médico-farmacéutica, al acceso a los servicios sociales de la Seguridad Social (de gran trascendencia en los colectivos de edad avanzada o minusválidos) y, en su caso, a la protección por hijo a cargo. Así, y mediante las prestaciones no contributivas, quedan solucionados en gran parte los problemas de la cada vez más cuantiosa población anciana, a través de una renta económica que permita afrontar la vejez en todos los casos en que se den los supuestos de necesidad, así como la asistencia sanitaria, de trascendental importancia, para conseguir que los ancianos vivan con mejores condiciones físicas, o unos servicios sociales ajustados a los deseos de la tercera edad.
3. Homogeneizar la protección en todo el ámbito del Estado, pues, al estar incluidas las prestaciones no contributivas dentro de la Seguridad Social, tanto la legislación básica como el régimen económico se situarán en el ámbito de las competencias estatales. De igual modo se garantiza la adecuación de la legislación de la Seguridad Social a las exigencias derivadas de la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombre y mujer, suprimiendo las discriminaciones, directas o indirectas, que por razón de sexo pudiesen existir en el ámbito de la Seguridad Social (182).

Cierto es que las pensiones no contributivas son prestaciones de naturaleza mixta: ni son asegurativas, ni son tampoco asistenciales puras; o, más exactamente, son ambas cosas a un tiempo. Se trata, por tanto, de un difícil *tertium genus* que participa, en cierto modo, de la naturaleza de las pensiones contributivas, precisamente por su pertenencia a los sistemas asegurativos de Seguridad Social, y que también lo hace de la naturaleza de las asistenciales, por su finalidad compensatoria de necesidades y no sustitutoria de rentas. Con todo, las prestaciones no contributivas se integran dentro del contenido objetivo propio de la Seguridad Social, al margen de su carácter no contributivo, en virtud de la vocación universalista del modelo constitucional de Seguridad Social, llamada a cubrir al conjunto de la población, restringiendo de forma correlativa el campo de la asistencia social en relación con esas prestaciones que, provisionalmente y por insuficiencia del desarrollo de la Seguridad Social, ésta no había asumido todavía (183). Ahora bien, con la configuración y posterior desarrollo del Estado de las Autonomías a través de la aprobación de los diversos Estatutos, las competencias en protección asistencial -art. 148.1.20 CE (entendida ésta en su sentido más estricto, esto es, al margen de la aplicación de la Seguridad Social y configurada básicamente por la asistencia social y los servicios sociales destinados a

(182) Para dotar a este objetivo de eficacia práctica en el artículo 4.º de la ley se recoge la preceptiva sustitución de los términos «esposa» y «viuda» [contenidos, respectivamente, en los arts. 36. 2.º 1, 100.1 c), 159 y 160.1 TRLGSS, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo] por los de «cónyuge», «cónyuges» y «cónyuge superviviente»; así como la alusión a los hijos o hermanos en el artículo 162.2 y al cónyuge superviviente en el artículo 163.1, ambos preceptos del antecitado TRLGSS.

(183) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas», *cit.*, págs. 55-68.

aquellas personas que no puedan estar incluidas en su campo de aplicación)- se han ido descentralizando progresivamente y, en consecuencia, han pasado a manos de las Comunidades Autónomas (184), creando la práctica totalidad de ellas con una regulación distinta pero siguiendo un modelo similar, la figura de las denominadas «Rentas de Inserción».

C) Problemas.

En esta por fuerza sucinta exposición de los problemas derivados de la implantación de las pensiones no contributivas por Ley 26/1990, cabe apuntar, en primer término, que para financiar las prestaciones no contributivas los poderes públicos podían optar entre tres grandes tipos de soluciones -alternativas o conjuntas (185)-: el aumento de las retenciones efectuadas sobre las familias (186), el incremento de las cargas fiscales y sociales que soportan las empresas y el recurso a los déficit públicos. La financiación de las prestaciones se vincula en España a la naturaleza asistencial de las mismas y, habida cuenta se parte de un modelo que supone la existencia de un relación jurídica de protección directa entre el Estado y los sujetos protegidos, en cuanto miembros de una colectividad que se encuentra bajo mínimos económicos (y no de una relación profesional que llevaría a considerar determinante la cotización a la Seguridad Social), su financiación deberá efectuarse con cargo a los recursos ordinarios de los Presupuestos Generales del Estado (187), tal y como taxativamente preceptuó la disposición adicional octava de la Ley 26/1990 [teniendo presente, además, que esta financiación estatal ha de alcanzar no sólo a las prestaciones en metálico, sino también a aquellas que lo sean en especie y deriven del reconocimiento del derecho a la prestación no contributiva (188)], rompiendo así las bases de un sistema originariamente construido -y mantenido- como esencialmente contributivo, en una peligrosa -pues puede inducir a confusión- mezcla de fuentes de financiación.

(184) ALONSO OLEA, M.: «El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas», *RPS*, 121, 1979, pág. 67 y ss.; CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas», *REDT*, 1, 1980, págs. 38-40; DE LA VILLA GIL, L.E.: «Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social», *DL*, 1, 1981, pág. 20 y ss; BORRAJO DACRUZ, E.: «Comunidades Autónomas y Seguridad Social», *PEE*, 12-13, 1982, pág. 192 y ss.; MANRIQUE LÓPEZ, F.: *Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social*, Madrid (MTSS), 1985, pág. 180 y ss.; BLASCO LAHOZ, J.F.: «La "protección asistencial", un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español», *cit.*, págs. 647-650; BLASCO LAHOZ, J.F.: *La protección asistencial en la Seguridad Social: La Ley de Prestaciones no contributivas*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1992, págs. 29-40.

(185) EUZÉBY, CH.: «Aspectos económicos de las pensiones de vejez no contributivas», *RSS*, 34, 1987, págs. 115-120.

(186) DURÁN HERAS, A.: «Pensiones en Europa: presente y perspectivas de futuro», *cit.*, 1982, págs. 282-285, entendiendo que su financiación habría de realizarse a través de un impuesto progresivo sobre la renta, porque éste sería el único instrumento de financiación con las características de redistribución vertical.

(187) GONZÁLEZ RABANAL, M.ª C.: *La reforma financiera de la Seguridad Social*, *cit.*, págs. 88-100, estimando que la financiación ha de ser por el Estado mediante impuestos y que existen ya propuestas de implantar un impuesto negativo sobre la renta, debiéndose integrar estas dos fuentes con un nivel asistencial parcial que sólo contemplese prestaciones económicas y con las cotizaciones de quienes no llegasen a la prestación contributiva.

(188) GARCÍA ORTEGA, J. y GARCÍA NINET, J.I.: «La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social», *cit.*, pág. 54.

Las pensiones sociales no contributivas se presentan, de otro lado, como una verdadera paradoja (189), en tanto su contenido funcional es contradictorio con su adscripción institucional u orgánica. En efecto, su gestión corresponde al INSERSO -o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a las que se hubieran transferido las funciones y servicios de aquél en su territorio o que hayan realizado un concierto con el gobierno- y contra las resoluciones emitidas por los órganos gestores en materia de pensiones procede reclamación previa a la vía jurisdiccional social (art. 24 del R.D. 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990), consecuencia lógica de su entrada dentro del sistema de Seguridad Social (190); y, sin embargo, no dejan de plantearse problemas de jurisdiccionalización en referencia a la competencia para conocer la impugnación de la resolución sobre el concreto grado de minusvalía, que se viene atribuyendo al orden contencioso-administrativo por Decreto de 1 de enero de 1984 y por la Orden de 8 de marzo del mismo año, negándose así la competencia del orden social (191).

Efectuadas estas consideraciones, no se puede dejar de apuntar, empero, otra serie de inconvenientes o dificultades derivadas de la existencia y configuración de las prestaciones no contributivas, a saber:

1. El crecimiento numérico en el volumen de pensionistas (192) conlleva un aumento espectacular del gasto público para hacerles frente (193), según muestra la elevada dotación presupuestaria destinada a financiar los Programas de Asistencia Social dentro de los Presupuestos Generales del Estado para 1995 [Ley 41/1994, de 30 de diciembre (194)].

(189) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las pensiones no contributivas en Europa», *DL*, 27-28, IV (1988)- I (1989), pág. 14.

(190) ORDEIG FOS, J.M.: *El sistema español de la Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)*, 5.ª edición, Madrid (Edersa), 1993, pág. 428.

(191) *Vid.*, entre otras, STSJ Castilla-León-Burgos, de 15 de noviembre de 1991 (Ar. 6069); STSJ Madrid, de 19 de noviembre de 1991 (Ar. 6194) y STSJ Cantabria, de 21 de noviembre de 1991 (Ar. 6019).

(192) Entre otras razones porque son pensiones que corresponden a personas que, por una u otra circunstancia, no se han insertado de manera regular en el mercado de trabajo, con un contrato a tiempo completo y durante períodos largos de su vida en el mercado de trabajo, situación de trabajo atípico que ha proliferado extraordinariamente en la sociedad española de los últimos tiempos. *Vid.* esta referencia vinculada a la Seguridad Social en MARTÍN VALVERDE, A.: «Las pensiones de la Seguridad Social: su dimensión jurídica», AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, *cit.*, págs. 36-38.

(193) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público», *PEE*, 23, 1985, págs. 137-155, estimando que la presión social es favorable a la conservación de un régimen jurídico protector desactualizado, desentendiéndose estas demandas de la realidad económica para fijar únicamente su atención en el incremento de las necesidades sociales. Otros autores argumentan que las mayores deudas sociales han presionado al alza los gastos en protección social, provocando el tradicional paternalismo estatal situaciones abusivas y descontrol del gasto, erosionando la eficiencia del sistema económico y mermando el estímulo al trabajo, dando así lugar a la aparición de nuevas formas de pobreza.

(194) La cuantía (en miles de pesetas) destinada a prestaciones no contributivas para el ejercicio de 1995 es de 244.175.152.

En relación con su elevado coste nominal (195) cabe apuntar que los titulares del derecho a la pensión económica y sus beneficiarios (familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, ampliándose, así, el propio ámbito subjetivo del sistema) (196) percibirán además -y ello aumenta su importancia- asistencia sanitaria (previo reconocimiento por el INSS), farmacéutica y, en su caso, los servicios sociales correspondientes (orientación familiar, residencias y hogares comunitarios, actividades culturales, deportivas...) (197). Si a lo anterior se añade que la ampliación de los términos reales de la «automaticidad protectora» (esto es, supuestos de concesión directa de prestaciones pese a la existencia de defectos en la relación de aseguramiento -de afiliación y alta, de cotización...-), mediante la extensión de la figura del anticipo de pensiones en los supuestos de empresas insolventes o desaparecidas, provoca la asunción por el sistema de la Seguridad Social (en concepto *cuasi* asistencial o no contributivo) de la protección de personas no aseguradas, la consecuencia es clara: la Seguridad Social va a afrontar un capítulo de gastos muy elevado, aunque indefinido por defectos de ordenación informática y contable, pues no se segrega este dato respecto del total de pagos por pensiones (198).

2. La pérdida del carácter sinalagmático de las prestaciones, al introducirse estas pensiones mínimas que pueden traer consigo un efecto desincentivador para la cotización, máxime si se comparan las cantidades económicas que se devengan mediante una prestación no contributiva y la cuantía de la pensión contributiva mínima tanto de jubilación (199) como de invalidez, pues las diferencias entre ambas modalidades en el ordenamiento jurídico español son ciertamente poco significativas (200). Sin perjuicio de un desarrollo ulterior cabe anticipar que la mayoría de los pensionistas de los regímenes especiales están recibiendo complementos de mínimos y que si se fija una pensión asistencial muy próxima a la mínima cabe desincentivar de forma notable la cotización en tales regímenes, en tanto la protección asistencial ofrecería gratuitamente una prestación similar a la que se obtendría cotizando 15 años al sistema de la

(195) FUENTES QUINTANA, E. *et alri*: «Estrategia para un tratamiento de los problemas de Seguridad Social», *cit.*, págs. 75-77, apuntaron la hipótesis de una posible obtención de recursos derivados de la consolidación de la imposición vía IVA o la afectación parcial de los Impuestos Especiales que recaen sobre el alcohol y el tabaco.

(196) GONZÁLEZ RABANAL, M.ª C.: *La reforma financiera de la Seguridad Social*, *cit.*, 1988, pág. 71.

(197) BLASCO LAHOZ, J.F.: *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de Prestaciones no contributivas*, *cit.*, págs. 105 y 113.

(198) GARCÍA DE BLAS, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las medidas de reforma del sistema de pensiones y su influencia en el déficit de la Seguridad Social», *PEE*, 23, 1985, pág. 153.

(199) LÓPEZ CUMBRE, L.: «El sistema de prejubilación en Francia: una experiencia de muchos años», *cit.*, pág. 50, haciéndose eco de que incluso en Francia cualquier persona mayor de 65 años tiene derecho a una pensión mínima no contributiva de jubilación, cuya concesión vendrá determinada al verificar si la pensión que se está obteniendo derivada del sistema contributivo es inferior a cualquier prestación de las llamadas no contributivas, supuestos en el que se procederá a completar la diferencia entre una y otras.

(200) La antecitada Ley de Presupuestos en su artículo 35 determina así la cuantía de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez en 34.070 pesetas íntegras mensuales, abonándose dos pagas extraordinarias del mismo importe en los meses de junio y noviembre, esto es, 476.980 pesetas anuales; mientras concreta, dentro de su artículo 41, en 843.080 pesetas al año la pensión mínima de jubilación e invalidez.

Seguridad Social (201). Análogo efecto desincentivador se va a producir también sobre el ahorro (202) porque el suministro de pensiones por el gobierno va a reducir tanto el incentivo para acumular capital privadamente en vista a la jubilación como la tasa de acumulación de la economía, habida cuenta la disminución del ahorro de los trabajadores jóvenes no es compensado por el aumento de ahorro de los trabajadores jubilados que reciben transferencias (203).

3. A consecuencia de los requisitos de residencia exigidos por la práctica totalidad de los países dotados de instituciones protectoras no contributivas (204) se plantean problemas en cuanto a inexportabilidad de las pensiones no contributivas, precisándose técnicas de coordinación legislativa para el caso de trabajadores migrantes y para el de desplazamientos intracomunitarios de sujetos no trabajadores (205). Para paliar la exigencia estricta de residencia en España se prevén, no obstante, medidas complementarias, como, por ejemplo, el Real Decreto 728/1993, de

- (201) MONASTERIO ESCUDERO, C. y SUÁREZ PANDIELLO, J.: «Gasto social en pensiones», *HPE*, 120-121, 1 y 2, 1992, pág. 119 y ss., señalando como un aspecto de ineficiencia la relación entre pensión mínima contributiva y el importe de una futura pensión asistencial. Otros consideran que la política de mínimos aplicada indiscriminadamente en un sistema contributivo convierte a éste en un sistema cuasi-asistencial que, lejos de asegurar el nivel adquisitivo de las pensiones, favorece el fraude. FERRERAS ALONSO, F.: «El campo de aplicación del sistema: profesionalidad *versus* universalidad», *ICE*, 630-631, 1986, pág. 36.
- (202) DONGUES, J.B.: «La Seguridad Social en Alemania. Problemas actuales y futuro incierto», AA.VV.: Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales, *cit.*, pág. 215, alude al fenómeno «riesgo moral» o decadencia de la responsabilidad hacia la asunción de riesgos económicos y sociales a cambio de un acrecentado sometimiento a la protección por la colectividad y a una ingeniosa caza de los beneficios contemplados por los diferentes regímenes de previsión social. La protección a la vejez ve comprometida su solvencia por dos razones: la extensión a categorías profesionales no asalariadas y los reajustes periódicos que motivan, de una parte, el incentivo a la jubilación anticipada y, de otra, que el ahorro individual para la vejez sea cada vez menos apremiante.
- (203) BROWNING, E.K.: «¿Por qué es excesivo el Presupuesto de la Seguridad Social en una democracia?», *HPE*, 70, 1981, págs. 280-291. Igualmente, SAMUELSON, P.A.: «Diseño óptimo de Seguridad Social en un modelo de crecimiento de ciclo-vital», *HPE*, 100, 1986, págs. 427-430, señalando que «muchas situaciones pueden ser consideradas muy valiosas precisamente porque la miopía privada ignorada por estos modelos prevalece. La gente vive miserablemente cuando son viejos, porque no se dan cuenta cuando son jóvenes de cuáles son las consecuencias de sus hábitos de ahorro privado. Así, por acuerdo democrático, ellos se autoimponen paternalistamente un patrón de consumo a lo largo de su vida que ampara a los viejos a costa de los jóvenes. La miopía que produce una óptica paternalista una vez que los ciudadanos están sujetos a unas cotizaciones y beneficios de la Seguridad Social ellos no ven claramente cómo pueden deshacerse mediante compensaciones de ahorro privado que el sistema obligatorio les está imponiendo. Así por ellos mismos, y aun a su pesar, logran una Seguridad Social que les es mejor».
- (204) Así, en España, el artículo 144. 1 b) del TRLGSS exige para la prestación de invalidez en su modalidad no contributiva «residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión». *Vid.*, los cuadros comparativos sobre las prestaciones no contributivas en los países europeos en GONZALO GONZÁLEZ, B.; ALFONSO RIESCO, J.L.; TEJERINA ALONSO, J.I. y FERRERAS ALONSO, F.: *Estudios preparatorios para la Ley de Prestaciones no contributivas*, *cit.*, págs. 115-169.
- (205) *Vid.*, entre otros, PERRIN, G.: «Prestaciones no contributivas y legislación internacional en materia de Seguridad Social», *RSS*, 34, 1987, págs. 129-159; GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las pensiones no contributivas en Europa», *cit.*, págs. 138-139; GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: *Aspectos Internacionales de la Seguridad Social*, Madrid (MTSS), 1991, págs. 370-378; SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Principios generales de la Seguridad Social Comunitaria», AA.VV.: *La Seguridad Social Internacional: Convenios bilaterales y Derecho comunitario*, Madrid (CGPJ), 1994, págs. 31-34.

14 de mayo, por el que se establecen pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles; norma que tiene por finalidad establecer un mecanismo de protección que garantice, en términos de derecho subjetivo, un mínimo de subsistencia para los españoles de origen residentes en el extranjero que, habiendo alcanzado la edad de jubilación, carecen de recursos.

Añadir a lo antes dicho, y a modo de conclusión, que la idea de la universalidad de las prestaciones si no va asociada con la revisión de sus mecanismos de financiación, lleva a un gran protagonismo del sector público, contrario a las opiniones de quienes sostienen que debería limitarse únicamente a aquellos casos en que realmente la iniciativa privada no asegure las funciones asistenciales y distributivas.

2. Posible encuadramiento de las pensiones de supervivencia dentro del nivel asistencial. Especial referencia a la pensión de viudedad: eliminación de discriminaciones.

El seguro de muerte parece -a primera vista- la antítesis del seguro de vejez, pues justamente cuando un jubilado fallece es cuando la pensión de supervivencia toma el relevo de la pensión de jubilación. En estas prestaciones de muerte y supervivencia [como derechos de raíz *mortis causa* a favor de los familiares (206) del difunto que les compense de la detracción sufrida] se atiende a un hecho genérico (el fallecimiento de un trabajador en alta o pensionista) y a distintas contingencias concretas que van a ser objeto de protección por la Seguridad Social (art. 171 TRLGSS) (207), a saber:

1. Auxilio por defunción para hacer frente a los gastos del sepelio (art. 173 TRLGSS).
2. Pensión vitalicia de viudedad (art. 174 TRLGSS).
3. Pensión de orfandad (art. 175 TRLGSS).
4. Pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal a favor de familiares (art. 176 TRLGSS), y

(206) ALONSO OLEA, M.: «Las relaciones familiares ante las normas de Seguridad Social», AA.VV.: *Estudios al profesor García Oviedo*, vol. II (Derecho Laboral), Sevilla (Universidad), 1954, pág. 2, entiende que «la familia aparece protegida por la Seguridad Social en cuanto causahabiente del individuo aislado; el principio implícito o explícito de estas medidas es el de que determinados individuos soportan una comunidad familiar y que, por lo tanto, la protección concedida a aquél es transmisible a ésta cuando se produce un determinado hecho (el fallecimiento, normalmente) por virtud del cual el individuo desaparece y, con él, el sostén de la familia».

(207) *Vid.*, al respecto, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, cit., págs. 273-278; ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, cit., págs. 438-458; ORDEIG FOS, J.M.: *El sistema español de Seguridad Social*, Madrid (Edersa), 1993, págs. 357-372; BLASCO LAHOZ, J.F., *et alri: Lecciones de Seguridad Social*, cit., págs. 327-341; CEA AYALA, A.: «Nuevo texto de la Ley General de la Seguridad Social. Comentario al Título II de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio», *RTSS (CEF)*, 141, 1994, págs. 231-233.

5. Indemnización a tanto alzado en caso de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 177 TRLGSS).

En este marco cabe abordar un tratamiento de la pensión de viudedad que no se pretende tanto expositivo de su regulación legal -entre otras razones porque sería excesivamente amplio y escasamente interesante desde la óptica en que se está planteando este estudio -cuanto referido a su posible encuadramiento. Si bien en el esquema clásico del sistema de Seguridad Social esta modalidad de prestación ha sido incluida dentro del segundo nivel o nivel profesional [dotado de la finalidad de otorgar una serie de prestaciones de sustitución de rentas, en dinero, tanto a titulares directos como a personas con derechos derivados (208)], se constituye, no obstante, una manifestación bastante atípica de lo que se suele entender por un sistema contributivo, y ello debido a que la acción protectora prestada en estos casos presenta notas más propias de los mecanismos asistenciales (209).

Especificando previamente que las alusiones a un posible traslado de la ubicación de pensión de viudedad a los cauces del primer nivel son invocables *mutatis mutandis* respecto de las prestaciones a favor de familiares y de orfandad, cabe poner de manifiesto el quebranto notorio que suponen para los principios que sustentan el modelo originario del sistema de Seguridad Social español, fuertemente profesionalizado; modelo que, en un afán universalista y para los supuestos aludidos, amplía la protección a personas que ni siquiera en la vida del causante tendrían derecho a la misma. Este dato constituye una muestra contundente de la presencia de importantes «cargas indebidas» en la Seguridad Social que deberían pasar a integrar con suficiente entidad la protección social asistencial (210).

La pensión de viudedad, que tiene como antecedente el Seguro Obrero de Vejez e Invalidez (aprobado por el Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955), ha sufrido progresivas y no necesariamente acompasadas variaciones en su regulación (211), pudiendo señalarse como más significativas las siguientes:

(208) FUENTES QUINTANA, E., *et alri*: «Estrategia para un tratamiento de los problemas de la Seguridad Social», *cit.*, pág. 85 y ss., destacando que existían dos tipos de beneficiarios, en función de la condición de asegurados de unos (los profesionales) y de familiares dependientes (los demás).

(209) AA.VV.: *La reforma del sistema español de Seguridad Social*, 2.ª edición, Madrid (IELSS), 1985, pág. 239. Aunque esta precisión se efectúa referida a las prestaciones en favor de familiares, nada impide trasladarla a la pensión de viudedad.

(210) *Vid.*, GONZÁLEZ RABANAL, M.ª C.: *Los problemas de la Seguridad Social española*, *cit.*, pág. 43.

(211) *Vid.*, sobre los antecedentes, FRAGAS FERNÁNDEZ, J.: «La "familia de hecho" y las prestaciones de la Seguridad Social», *RTSS (CEF)*, 117, 1992, págs. 141-142.

1. Hace más de una década se abogaba por la extensión de las prestaciones sociales acomodándolas a las necesidades objetivas de los distintos colectivos protegidos; adecuación que exigía la eliminación de discriminaciones ya fueran en prestaciones o en relación con el pago de cuotas, derivadas de edad, sexo, residencia o la pertenencia a uno u otro sector de la actividad económica (212). En este planteamiento sobre la necesaria revisión de la legislación española de Seguridad Social con el fin de eliminar los supuestos que, de una forma directa o indirecta suponen una discriminación por razón de sexo, es necesario partir de la Directiva comunitaria 7/79, de 19 de diciembre, que da los primeros pasos para una progresiva puesta en práctica del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (213). Pero, al margen de los diversos Pactos y Tratados internacionales ratificados por España, e incorporados al ordenamiento jurídico interno, es en la Constitución de 1978 donde se recoge paladinamente el principio de igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 CE) (214). Ahora bien, el principio de igualdad y de no discriminación no impide que se otorgue un tratamiento diferenciado a situaciones desiguales. Antes al contrario, exige que se subsanen las situaciones de desigualdad mediante un tratamiento distinto con el fin de conseguir la igualdad real y efectiva

(212) FUENTES QUINTANA, E., *et altri*: «Estrategia para un tratamiento de los problemas de la Seguridad Social», *cit*, pág. 85.

(213) *Vid.*, al respecto, LAURENT, A.: «Derecho comunitario europeo e igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social», *RIT*, vol. 101, 4, 1982, pág. 471 y ss.

(214) Entre otros, sobre el principio de igualdad *vid.*, ALONSO GARCÍA, M.: «El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española», *RAP*, 100, 1983; AZNAR LÓPEZ, M.: «La interdicción constitucional de la discriminación por razón de sexo y el sistema constitucional», *DA*, 204, 1985; BALLESTER PASTOR, M.A.: «Discriminación y trato diferenciado normativo por razón de sexo», *RTSS*, 12, 1993, págs. 55-81; BLANCO MONTAGUT, M.: «La discriminación no discriminatoria», *AL*, 40, 1989; BORRAJO DACRUZ, E.: «La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español de trabajo», *DL*, 7, 1983; IGLESIAS CABERO, M.: «El principio de igualdad y la discriminación en la doctrina del TS y del TCT», *AL*, 18, 1988, págs. 993-1.006; LANDA ZAPIRAIN, J.P.: «Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo», *REDT*, 55, 1992, págs. 661-691; LASARTE, C.: «La equiparación entre hombre y mujer en la Constitución», *La Ley*, 5 de abril de 1983; LAURENT, A.: «El principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en la Seguridad Social y límites del mismo», *RSS*, 33, 1987, págs. 103-125; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «El principio de igualdad», AA.VV.: *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*, Madrid (MTSS), 1983, págs. 245-271; MONTOYA MELGAR, A.: «El derecho a la no discriminación en el ET», *DL*, 7, 1983, págs. 9-30; ORTIZ LALLANA, M.C.: «Igualdad de trato por razón de sexo: Un estudio especial (I y II)», *AL*, 13 y 14, 1988, págs. 669-689 y 725-746; PALOMAR OLMEDA, A.: «El principio de igualdad en la definición y delimitación del contenido prestacional de la Seguridad Social», *REDT*, 67, 1994, págs. 825-846; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo», *DL*, 8, 1983, págs. 7-29; PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en Derecho del Trabajo*, Madrid (Instituto de la Mujer), 1984; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «El principio de igualdad», *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*, *cit.*, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.E.: *Igualdad y discriminación*, Madrid (Tecnos), 1986; VALDES DE LA VEGA, B.: «Sobre las discriminaciones por razón de sexo», *REDT*, 35, 1988, págs. 421-429.

que demanda el artículo 9.º 2 de la CE. Como es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (215), no se prohíbe una diferencia de trato en todo caso sino sólo aquella que es discriminatoria, entendida la discriminación como la desigualdad carente de una justificación objetiva y razonable, apreciada en relación con la finalidad y los efectos de la medida adoptada y con una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Así fueron acertadamente tachados de atentatorios al principio de igualdad (216) [si bien, no faltaron opiniones contrarias (217)] los requisitos más gravosos exigidos por la LGSS para el reconocimiento de la pensión en favor del cónyuge varón sobreviviente en comparación con los requeridos para su otorgamiento a la viuda [conocido es que la concesión de pensión cuando se producía el fallecimiento de la mujer trabajadora a favor de su viudo se condicionaba a la preexistencia en éste de una incapacidad absoluta para el trabajo y a que hubiera vivido a expensas de su mujer hasta su fallecimiento (art. 160.2); en tanto, se consideraba beneficiaria a la viuda si había convivido habitual-

(215) Siendo al menos tan importante para conocer la actual regulación de la Seguridad Social, tener presente no sólo las normas, sino en especial los principios, expuestos en expresiones técnicas, que se desprenden de la jurisprudencia constitucional: entre otras, SSTCo. 22/1981, de 2 de julio; 34/1981, de 10 de noviembre; 75/1983, de 3 de agosto; 6/1984, de 24 de enero; 72/1985, de 13 de junio; 253/1988, de 20 de diciembre; 19/1989, de 31 de enero; 176/1989, de 30 de octubre; o 68/1991, de 8 de abril. *Vid.*, por todos, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Una variante de la pensión de viudedad o, de nuevo, sobre la configuración del Régimen público de Seguridad Social», *REDT*, 52, 1992, pág. 255.

(216) STCo. 103/1983, de 22 de noviembre, declaró inconstitucional el párrafo 2.º del artículo 160 y la expresión «la viuda» del párrafo 1.º, igualando los derechos de ambos cónyuges. El Tribunal Constitucional estimó que la distinción entre viudo y viuda claramente por razón de sexo viola el artículo 14 CE, pues no puede entenderse que respecto de las viudas se atienda en todo caso a una situación de necesidad, en tanto dicha situación no es tomada en cuenta, siéndolo, en cambio, la de los viudos, y rompiendo así el principio de igualdad [*vid.*, sobre esta sentencia, ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo I, Madrid (Cívitas), 1983, págs. 243-250*]. Esta doctrina fue reiterada por STCo. 104/1983, de 23 de noviembre, aplicándose sus conclusiones por STCT de 21 de diciembre de 1983 (Ar. 11189), STCT de 24 de febrero de 1984 (Ar. 1712), SSTCT de 12 de febrero y de 3 de diciembre de 1985 (Ar. 971 y 6748), y de 5 de mayo de 1987 (Ar. 9329), entre otras.

(217) La STCo. 103/1983, de 22 de noviembre, contó con el voto particular del Magistrado AROZAMENA SIERRA, al que se adhiere el Magistrado PERA BERDAGUER, en el que se señala que la conclusión extraída por la sentencia no es la única obtenible, ya que la constatación de la discriminación pudo llevar tanto al reconocimiento de la pensión del viudo sin otras exigencias que las previstas para las viudas como a constreñir el derecho de las viudas a los condicionamientos más rigurosos previstos para los viudos; pero la equivocidad de ambas posturas hace que ninguna de ellas sea inequívoca como solución. Son los poderes públicos los que deben reexaminar el sistema de pensiones, por tanto. Por su parte, el voto particular del Magistrado RUBIO LLORENTE partía de considerar que el artículo 160 de la LGSS no era de suyo discriminatorio, teniendo en cuenta la desigualdad fáctica real y efectiva de la mujer casada que, cuando menos en el pasado, se veía socialmente compelida a vivir a cargo del marido. En consonancia con el primer voto particular aludido, ciertos sectores le achacaron haber adoptado la solución de «igualar por arriba» en sustitución del legislador. *Vid.*, al respecto, GONZALO GONZÁLEZ, B.: «El principio constitucional de indiscriminación de los sexos en los planes de reforma de la Seguridad Social; su aplicación a las pensiones de viudedad», *AL*, 54, 1985, pág. 2.705 y ss.; «Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público», *PEE*, 23, 1985, pág. 137 y ss.; «La Seguridad Social de los viudos varones según el Tribunal Constitucional», *AL*, 6, 1990/I, págs. 71-76. En esta misma línea, MARTÍNEZ CALCERRADA, L.M., GÓMEZ DE ARANDA, L. y ZORRILLA RUIZ, M.M.: *Nueva pensión de viudedad*, Madrid (Colex), 1986.

mente con el causante o, en caso de separación judicial, si se le había reconocido inocente (art. 160.1)]. La aplicación del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la CE ha traído como consecuencia que la pensión de viudedad, destinada en un primer momento a proteger a las viudas para que con ella pudieran hacer frente a las necesidades surgidas tras producirse la muerte del marido, se encuentre extendida hoy con carácter general a los viudos, quienes pueden acceder a ella si cumplen los mismos requisitos exigidos a aquéllas (simplemente, que se trate de persona que ha quedado en estado de viudez) (218).

Puede traerse a colación en este punto, y a modo de mera reseña, la igualación por razón de sexo que incorporó la Ley 26/1990 en el artículo 160.2 LGSS, respecto de las prestaciones en favor de familiares (219) en relación con los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, mayores de 45 años, solteros, divorciados o viudos, con dedicación prolongada al cuidado del causante (220). Con todo, la igualación no es absoluta, sino que a cotizaciones similares, los cotizantes casados y con hijos recibirán prestaciones más elevadas, debido a las ayudas familiares y pensiones de viudedad así como al mayor uso de la asistencia sanitaria (221).

(218) LASARTRE ÁLVAREZ, C. y BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *También los varones tienen derecho a la pensión de viudedad*, Madrid (Tecnos), 1991, pág.18. Con todo cabe significar a nivel comparado una mayor desprotección de las viudas. *Vid.*, por ejemplo, BURKHAUSER, R.V.; HOLDEN, K.C. y MYERS, D.A.: «Measuring the Well-Being of Older Women: The transition from wife to widow», *Focus*, vol. 9 (3), 1989, pág. 1.038 y ss.; GINN, J. y ALBER, S.: «Heading for Hardship: How the British pension system has failed women», en BALDWIN, S. y FALKINGHAM, J. (eds.): «*Social Security and Social Change...*», *cit.*, págs. 216-234.

(219) Además del supuesto al que se alude en el texto pueden ser también beneficiarios de este tipo de prestaciones los nietos y hermanos menores de 18 años o inválidos absolutos y huérfanos de padre, las madres y abuelas cuyo marido no sea capaz laboralmente o sea mayor de 60 años y los padres y abuelos con 60 años cumplidos o inválidos (todo ello según el art. 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967); los sobrinos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, mayores de 45 años, solteros, divorciados o viudos, con dedicación prolongada al cuidado del causante; los hijos del cónyuge del muerto pensionista; el prohijado de hecho, que ha vivido como hermano (estos supuestos por vía jurisprudencial, por todas, STCT de 22 de diciembre de 1983 -Ar. 11203-); En la totalidad de los supuestos ha de haberse convivido con el sujeto causante con dos años como mínimo de antelación a su fallecimiento, dependiendo económicamente del mismo, y carecer de medios propios de vida y de familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos.

(220) Se producen discriminaciones, igualmente, en la percepción de beneficios a causa del origen profesional o no de la contingencia, pues en el caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, los beneficiarios de la pensión de viudedad u orfandad tendrán derecho por una sola vez a una indemnización igual al séxtuplo de la base reguladora que sirvió para calcular la pensión o a una mensualidad de tal base, respectivamente. *Vid.*, *Libro Blanco de la Seguridad Social*, 2.ª edición, Madrid (Subsecretaría de la Seguridad Social), 1977, págs. 287-288; GONZÁLEZ RABANAL, M.ª C.: *Los problemas de la Seguridad Social española*, *cit.*, pág. 41.

(221) MONASTERIO ESCUDERO, C.: «La financiación de las pensiones públicas en España», AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, *cit.*, pág. 209.

2. La Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica el Código Civil en materia de matrimonio, nulidad, separación y divorcio (222), ha incorporado, igualmente, diversas innovaciones al regular el divorcio vincular con el designio proclamado de dar solución a situaciones familiares rotas, en lo que aparece como una invasión del Derecho Civil en el campo de la Seguridad Social (223) (disposición adicional 10.ª) (224).

En efecto, hasta la aprobación de esta ley únicamente la persona casada con el causante en el momento del fallecimiento podía ser beneficiaria de esta prestación; sin embargo, y a partir de aquella, una persona puede contraer sucesivos matrimonios válidos, tras la previa extinción de cada uno de ellos por el mecanismo del divorcio, y a su muerte pueden subsistir otros cónyuges además del último, repartiéndose éstos proporcionalmente la pensión al tiempo de convivencia con aquél (225), con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio (226). La aplicación de estas previsiones se ha extendido analógicamente

(222) *Vid.*, sobre esta ley, GARCÍA VARELA, R. *et alri*: *La Ley del divorcio*, 3.ª edición. Madrid (Colex), 1987.

(223) MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ L. y ZORRILLA RUIZ, M.: «La pensión de viudedad en la reciente legislación sobre el divorcio. Aspectos de un esfuerzo transformador en pro de la igualdad material», *DL*, 16, 1985, págs. 100-102.

(224) GOERLICH PESET, J.M.: «La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio (análisis jurisprudencial de la disposición adicional 10.ª de la ley de divorcio)», *RL*, 1988/II, pág. 492 y ss.

(225) DESDENTADO BONETE, A.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: *La Reforma de las pensiones de la Seguridad Social (un comentario sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio)*, *cit.*, 1986, pág. 169, quienes entienden que este módulo porcentual puede dar lugar a pensiones raquíticas o insuficientes para, en su caso, cada uno de los beneficiarios. De esta forma se sostiene que, si prorrateada la pensión entre dos o más beneficiarios, la cuantía resultante a favor de cada uno de ellos fuese inferior a la pensión mínima vigente debería mantenerse la garantía mínima sólo para el conjunto de todas las fracciones de pensión, puesto que, en caso contrario (esto es, en el supuesto de que a cada beneficiario de una parte proporcional se le garantizase el importe íntegro de la pensión mínima), resultaría prácticamente inoperante el mandato legal de la parcialidad y proporcionalidad de las pensiones y, además, la Seguridad Social habría de soportar una pluralidad de gastos. No faltaron opiniones en contrario. *Vid.*, DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: «Comentario a la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio», *AA.VV.: Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Madrid (Tecnos), 1984, pág. 2.099; RODRÍGUEZ SANTOS, B.: «La pensión de viudedad tras la legalización del divorcio», *AL*, 1985/II, pág. 2.196.

(226) MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «La separación conyugal en la nueva pensión de viudedad (Alcance de su mención en la regla 3.ª de la disposición adicional 10.ª, Ley 7 de julio de 1981)», *cit.*, págs. 953-959. En cambio otros autores consideran que es precisamente ese reconocimiento el que origina claras situaciones injustas e incongruentes, tales como que la persona divorciada superviviente deudora de la pensión alimenticia tenga derecho a la pensión de viudedad, o que la persona divorciada que no ha tenido derecho a la pensión alimenticia tenga también derecho a la misma; el mantenimiento en tales casos de la relación jurídica entre el ex cónyuge fallecido y el ex cónyuge sobreviviente, que subsigue a la declaración de divorcio, perjudica notablemente a la viuda del fallecido si éste hubiera contraído nuevas nupcias, debido a que la cuantía de la pensión de viudedad entre todos los cónyuges sobrevivientes en función del tiempo vivido con el cónyuge fallecido. FERRERAS ALONSO, F.: «Derechos de Seguridad Social en los casos de nulidad, separación y divorcio, según la Ley 30/1981, de 7 de julio», *RSS*, 15, 1982, págs. 238-239.

al supuesto de declaración matrimonial de nulidad por sentencia judicial firme en la que no se aprecie mala fe en el contrayente beneficiario en virtud de la Resolución de 3 de abril de 1995 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social.

Se mantiene como requisito imprescindible haber contraído matrimonio previo (227), pues, de un lado, la lectura literal de la disposición adicional antecitada no permite deducir que baste la prolongada convivencia y la vida en común para causar el derecho a la pensión de viudedad (228) y, de otro, la unión matrimonial ha sido requerida continuamente por el máximo intérprete constitucional, al considerar que de las uniones extramatrimoniales no deriva pensión alguna (229) dado que existe una clara finalidad en la norma de que coincidan la relación mantenida en la realidad con el *status* jurídico, incentivando a los convivientes *de facto* para que subsuman su vínculo en los moldes jurídicos usuales (ya que nada les impide contraer matrimonio y, por tanto, la distinción no es arbitraria o carente de fundamento) o, cabe esperar, se oficialicen a través de nuevos instrumentos tales como los registros municipales para las uniones de hecho (230).

Esta regulación se ha calificado, no obstante, de «anacrónica» (231) pues lo que se protege es el estado civil y no las necesidades reales. Parece, además, que la Ley 30/1981 prestó caso

(227) Requisito ya exigido de forma absolutamente estricta por la doctrina judicial para la concesión de la pensión de viudedad, que implicó la negación sistemática de tal pensión a los matrimonios de hecho. *Vid.*, entre muchas, STS de 11 de abril de 1975 (Ar. 2055), recogida por STCT de 16 de diciembre de 1975 (Ar. 6584) y repetida en diversidad de fallos como, por ejemplo, SSTCT de 29 de abril de 1982 (Ar. 3192), 4 de diciembre de 1984 (Ar. 9283 y 9285) y 7 de diciembre de 1988 (Ar. 8473). Una síntesis la jurisprudencia ordinaria sobre la pensión de viudedad en ALONSO OLEA, M.: «Familia, matrimonio y pensión de viudedad», *REDT*, núm. 46, 1991, págs. 311-318.

(228) SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre no discriminación y pensiones de viudedad», *cit.*, pág. 874.

(229) *Vid.*, al respecto, STCo. 184/1990, de 15 de noviembre (comentada en la sección «editorial» de *RTL*, 47, 1991, págs. 7-9); STCo. 29/1991, de 14 de febrero; STCo. 30/1991, de 14 de febrero; STCo. 31/1991, de 14 de febrero; STCo. 35/1991, de 14 de febrero; STCo. 38/1991, de 14 de febrero; STCo. 77/1991, de 11 de abril y STCo 29/1992, de 9 de marzo, entre otras. Estas sentencias se hallan recopiladas en AA.VV.: *Seguridad Social y Sanidad, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona (PPU), 1993. El Tribunal Constitucional ha razonado, en los pronunciamientos aludidos, considerando que el sobreviviente de una convivencia *more uxorio* que soporte una situación de necesidad a causa de la muerte de su compañero o compañera y no designe otros medios de subsistencia no debería quedar desamparado y habría de encontrar protección en el régimen público de la Seguridad Social, conforme reconocen los arts. 41 y 50 CE; pero esto es una cosa y otra bien distinta pretender que actualmente la exigencia del vínculo matrimonial que da derecho a ser beneficiario de la pensión de viudedad sea discriminatorio desde la perspectiva del artículo 14 CE.

(230) Entre otros, ENTRENA KLETT, C.M.: *Matrimonio, separación y divorcio*, 3.ª edición, Pamplona (Aranzadi), 1990, págs. 761-774, quien apunta, no obstante, que la dificultad se encuentra en la ausencia de formalidades que marcan la entrada en la convivencia *more uxorio*.

(231) GONZÁLEZ-PORRAS, J.M.: «Uniones de hecho y pensiones de la Seguridad Social», Madrid (Tecnos), 1992, pág. 12.

omiso a la Recomendación número 67 de la OIT de 12 de mayo de 1974, en virtud de la cual se requiere la protección de la mujer que, sin estar casada, cohabitara con el causante; no recoge en absoluto, además, las tendencias actuales en la materia y no se adapta a la realidad social vigente al menos en materia de protección social, e incluso a los principios constitucionales sentados sobre la institución familiar y la libertad de los individuos (232).

Excepcionalmente, y como norma transitoria, la Ley 30/1981 ha dispuesto en favor de aquellos que no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta tal fecha, pero hubieran vivido como tales, la posibilidad de que, producido el fallecimiento de alguno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta ley, se generase en el otro derecho al beneficio de la pensión de viudedad y demás prestaciones en el sistema de Seguridad Social (disposición adicional 10.^a, apartado 2.º) (233).

Destacar, por lo demás, que el requisito de la convivencia se entiende derogado por la misma Ley 30/1981 (234), ya que la pensión se puede otorgar sin que ésta exista, y el tiempo vivido en común sólo juega para cuantificar la prestación a distribuir cuando existen varios beneficiarios (235) [de forma tal que la regla *prorrata temporis* aglutina los tiempos que sumados, en su caso, dieron la total convivencia conyugal para repartir el *quantum* de la prestación (236)]. Ahora bien, la pensión -que tiene carácter vitalicio- asciende al 45 por 100 de la base regulado-

(232) PÉREZ DEL RÍO, M.T., «El principio de igualdad en la Seguridad Social: No discriminación por razón de sexo», *RT*, 71, 1983, pág. 34; ALVAREZ DE MIRANDA Y TORRES, J.M.: «La protección familiar en el Derecho de la Seguridad Social», *RSS*, 9, 1981, págs. 7-56, quien llega a la conclusión de la adecuación en la extensión de la prestación económica por viudedad en favor del compañero que habitara con el causante, pues la misma no sólo es congruente con las pautas constitucionales, sino también con las de la OIT. En el mismo sentido, AZNAR LÓPEZ, M.: «Discriminación por razón de sexo y la seguridad social», *DA*, 204, 1985, pág. 137 y ss; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid (Trivium), 1992, págs. 192-197.

(233) El Tribunal Constitucional ha entendido que se trata de una pensión extraordinaria y que no se trata de una pensión distinta creada por ley, sino de la ampliación del hecho causante de la prestación, que ya no es sólo el matrimonio legítimo sino también el supuesto previsto por la disposición adicional. *Vid.*, por ejemplo, STCo. 27/1986, de 19 de febrero y STCo. 260/1988, de 22 de diciembre.

(234) RODRÍGUEZ SANTOS, B.: «La pensión de viudedad tras la legalización del divorcio», *AL*, 1985/II, pág. 1.031.

(235) PÉREZ DEL RÍO, T.: «El principio de igualdad en la Seguridad Social: No discriminación por razón de sexo», *cit.*, págs. 35-39.

(236) MARTÍNEZ CALCERRADA y GÓMEZ, M. y ZORRILLA RUIZ, M.M.: «La pensión de viudedad en la reciente legislación sobre el divorcio.», *cit.*, pág. 110; MARTÍNEZ CALCERRADA y GÓMEZ, L.: «El *ius aequum* y el *ius commune* en su integración», *RSS*, 25, 1985, págs. 102-110.

ra (art. 174 TRLGSS) con independencia, en todo caso, de otra serie de datos como pudieran ser la edad o subsistencia de hijos que sí se valoraban en la Orden de 13 de febrero de 1967 (237) pero se dejaron sin efecto por el Decreto 1646/1972, de 23 de junio (art. 7.º).

De todo lo anterior se infiere que no deja de ser criticable la generosidad en esta protección legal (238) (contrastando tal posibilidad con las más restrictivas reglas aplicables a las demás pensiones) configurada con independencia de que exista una verdadera situación de necesidad (239), esto es, de la percepción de otros ingresos (240) (ya que la pensión es plenamente compatible con cualquier renta de trabajo o de capital del cónyuge superviviente), de la edad o del número de hijos, pudiendo resultar insolidario y, generándose, de este modo, situaciones de *infra* o *supra* protección. Ahora bien, más que a «generosidad» en la protección respecto a la cuantía de ingresos que se pueden acumular en la figura del cónyuge superviviente, se refiere a la flexibilidad en las condiciones bajo las que se otorga la prestación, entendiéndose que sería más conveniente favorecer la suficiencia de la ayuda suministrada elevando la cuantía de las prestaciones pecuniarias en aquellos casos en que el cónyuge sobreviviente se encontrara en una verdadera situación de necesidad y eliminando la protección cuando de las circunstancias concretas se desprendiera su autonomía financiera, dando así cumplimiento a los mandatos del artículo 41 de la CE (241). Se haría necesario, por tanto, modificar la regulación vigente y considerar que la pensión debería otorgarse al cónyuge superviviente cuando existiese real ausencia de recursos o éstos fueran limitados; en el primer caso, la dependencia económica debe jugar como factor determi-

(237) Así, por ejemplo, en el artículo 8.º 2 se recogía que cuando el causante fuera pensionista, el porcentaje ascendía al 60 por 100.

(238) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público», *cit.*, pág. 235.

(239) STCo. 184/1990, de 15 de noviembre, determinando que la pensión de viudedad, en su configuración actual, 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 de los que participaba el cónyuge superviviente, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges) a percibir únicamente, en principio, si el causante cumple determinados requisitos, deviniendo irrelevante o no que se cree un estado de necesidad en el beneficiario.

(240) No es rigurosamente exacto afirmar, por tanto, que se compensa la pérdida de los ingresos de los que participaba el cónyuge, pues la pensión se otorga completamente al margen de que el cónyuge participara de estos ingresos; basta para comprobarlo analizar tal realidad cuando el régimen matrimonial es el de separación de bienes o el divorcio seguido de ausencia de obligaciones mutuas. Puede que después de la muerte del causante mejore, además, la situación económica de los familiares (por razones de azar, por cobrar un seguro de vida...) y, en fin, puede ser que ni siquiera existieran en el momento del fallecimiento estos ingresos que se dicen compensar, al estar el trabajador en alguna situación del listado de las asimiladas al alta y no percibir ingreso alguno en el momento inmediatamente anterior al fallecimiento (por ejemplo, por hallarse en situación de inactividad entre trabajos de temporada, o paro involuntario sin derecho a ningún subsidio o prestación). *Vid.*, al respecto, FRAGAS FERNÁNDEZ, J.: «La "familia de hecho" y las prestaciones de la Seguridad Social», *cit.*, págs. 145-146.

(241) *Vid.*, sobre esta idea, GONZÁLEZ RABANAL, M.ª C.: Los problemas de la Seguridad Social española, *cit.*, pág. 40.

nante, puesto que la misma pondría de manifiesto que la desaparición de rentas aportadas por el cónyuge fallecido produce una verdadera situación de necesidad, llevando, además, a la compatibilidad de la pensión con otros ingresos; en el caso de ingresos limitados la pensión podría concederse siempre que el cónyuge sobreviviente no superase el tope máximo de ingresos que al efecto se hubieren establecido, por debajo del cual cabría presumir se crearía una situación de necesidad, siendo en este supuesto compatible con otras rentas evitando así situaciones de protección innecesarias (242).

(242) *Vid.*, al respecto, BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, *cit.*, págs. 41-53.