

ESTUDIO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

JUAN MANUEL HERREROS LÓPEZ

*Profesor de Derecho Constitucional.
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

Extracto:

EL presente trabajo analiza el derecho constitucional de las personas mayores a pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas. Un análisis que se hace al hilo de la reforma de nuestro sistema de pensiones de jubilación producida en 2011. En particular, el artículo estudia la naturaleza constitucional del derecho a una pensión de jubilación, analizando si estamos ante un verdadero derecho subjetivo, así como su grado de eficacia jurídica.

Especial atención se presta a la delimitación del contenido constitucional del derecho, examinando el desarrollo legislativo del mismo mediante un sistema de pensiones contributivas y no contributivas. El artículo también estudia si, desde una perspectiva constitucional, cabe fijar una edad de jubilación forzosa, y la valoración que merece al respecto el incremento progresivo de la edad de jubilación hasta los 67 años en un periodo transitorio de 15 años que introduce la reforma de 2011.

También prestamos atención a cómo debe interpretarse el mandato constitucional de que las pensiones sean periódicamente actualizadas, analizando la doctrina del Tribunal Constitucional, de acuerdo con la cual, de la Constitución no se deduce la obligación de mantener todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual.

Por último, nos preguntamos si nuestro sistema de pensiones de jubilación constituye una conquista social irreversible, trayendo también a colación la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

Palabras clave: Seguridad Social, sistema de pensiones, jubilación y derechos constitucionales.

STUDIES CONSTITUTIONAL RIGHT A RETIREMENT PENSION

JUAN MANUEL HERREROS LÓPEZ

*Profesor de Derecho Constitucional.
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

Abstract:

THIS work analyzes the constitutional right of the elderly to adequate and periodically updated pensions. The analysis is made within the context of the reform of our retirement pension system (pension and health insurance system) carried out in 2011. The article examines, in particular, the constitutional nature to the right to a retirement pension, analyzing if we are facing a genuine subjective right as well as its degree of legal efficiency.

Special attention is given to the delimitation of the constitutional content of the right, examining its legislative development through a contributory and non-contributory pension system. The article also studies if from a constitutional perspective, it can be set a compulsory retirement age and the valuation regarding the progressive increase of the retirement age until the age of 67 years within a transitional period of 15 years, increase (that was) introduced in the reform of 2011.

We also examine how must be interpreted the constitutional mandate of the pensions being periodically updated, analyzing the Constitutional Court case law under which from the Constitution does not emerge the obligation of maintaining each and every initial pensions of the intended amount and that each and every of the present ones will experience an annual increase.

Finally, we wonder if our retirement pension system is an irreversible social gain, raising up also the Constitutional Court case law on this.

Keywords: Social Security, pension system, retirement and constitutional rights.

Sumario

- I. El derecho a una pensión de jubilación: reconocimiento y naturaleza constitucional.
- II. El contenido constitucional del derecho a una pensión de jubilación.
- III. Pensiones contributivas y no contributivas.
 - 1. La protección contributiva.
 - 2. La protección no contributiva.
- IV. ¿Es constitucional la jubilación forzosa a partir de una edad?
- V. La exigencia de actualización periódica de las pensiones de jubilación.
- VI. ¿Es nuestro sistema de pensiones una conquista social irreversible?

I. EL DERECHO A UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN: RECONOCIMIENTO Y NATURALEZA CONSTITUCIONAL

El artículo 50 de la Constitución Española (CE) contiene dos mandatos, dirigidos a los poderes públicos, claramente diferenciados. De un lado, el mantenimiento de un sistema de pensiones que garantice la suficiencia económica de los mayores. De otro, el mantenimiento de un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. La consideración conjunta de los dos mandatos del artículo 50 de la CE permite afirmar que la Constitución provee una protección integral de la vejez, pues no solo se asegura una prestación económica sustitutiva del salario, sino que la complementa con la provisión de toda una serie de servicios que persiguen el bienestar general de los mayores.¹ No obstante esa protección integral, de ambos mandatos constitucionales se derivan derechos diferentes, no solo en su contenido, sino también en su grado de vinculación para los poderes públicos. A lo largo de este trabajo nos centraremos exclusivamente en el primero de los mandatos del artículo 50 de la CE: la garantía de suficiencia económica de los mayores.

El hecho de que la literalidad del artículo 50 de la CE invoque más un deber de los poderes públicos que un derecho subjetivo de las personas no implica que las personas mayores no sean titulares de un derecho a los bienes constitucionales expresados en este precepto.² Debe advertirse que el Constituyente no mantuvo un especial rigor técnico-jurídico en la redacción de los derechos sociales. Así, por ejemplo, no se aprecian razones fundadas para pensar que existe un derecho a la protec-

¹ En este mismo sentido puede verse, por ejemplo, GOÑI SEIN, J.L.: «Los mecanismos de protección social de las personas de la tercera edad. Comentario al art. 50 CE a la luz de la doctrina constitucional», en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Toledo: Wolters Kluwer, 2009, pág. 1.125.

² Sobre esta cuestión, *vid.*, ESCOBAR ROCA, G.: *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Cicode (Universidad de Alcalá) y Madrid: Trama Editorial, 2005, págs. 43-44.

ción de la salud o un derecho a una vivienda digna y adecuada (reconocidos respectivamente en la literalidad de los arts. 43 y 47 CE), y no en el caso que nos ocupa del artículo 50 de la CE, o respecto del mandato de mantener un sistema de Seguridad Social establecido en el artículo 41 de la CE, con el que debe ponerse en relación el propio artículo 50 en una correcta interpretación sistemática. Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha venido refiriendo indistintamente a un deber de los poderes públicos y a un derecho de los ciudadanos, si bien es cierto que al referirse al mismo lo hace sin la necesaria contundencia, y aclarando que «el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel».³ En todo caso, y con estos presupuestos, el legislador español sí ha configurado la Seguridad Social (y con ella, las prestaciones a los mayores) como un derecho subjetivo de los ciudadanos, y, desde luego, no hay duda respecto de las pensiones de jubilación, en tanto que el artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) establece textualmente que los beneficiarios de las mismas «tendrán derecho a la pensión de jubilación».

Los derechos derivados del artículo 50 de la CE son los llamados *derechos a prestación*, la mayoría de los cuales se reconocen en nuestro Texto Constitucional bajo la rúbrica «de los principios rectores de la política social y económica» (arts. 39 a 52 CE). Sin entrar aquí en el análisis sobre la eficacia jurídica de estos derechos, sí conviene recordar que su plena e inmediata satisfacción no siempre es posible en términos materiales. La actuación prestacional que se requiere de los poderes públicos⁴ puede estar más condicionada y limitada por las posibilidades económicas del Estado⁵ que por la voluntad política de los poderes implicados. Los recursos económicos del Estado son limitados y escasos por definición, y parece claro que ni siquiera en los periodos de mayor bonanza económica es factible una plena e idónea satisfacción de todas las prestaciones sociales derivadas del Texto Constitucional.

Pero lo que no cabe, en caso alguno, es dejar de desarrollar lo ordenado en el artículo 50 de la CE. Conviene recordar, en este punto, que nuestro Tribunal Constitucional abrió la posibilidad de un control de inconstitucionalidad por omisión cuando el desarrollo de alguno de los principios rectores

³ *Vid.*, por ejemplo, la STC 37/1994, FJ 3. Aun más, el Tribunal afirma que «la flexible fórmula empleada por la Constitución impide hablar de un modelo único de Seguridad Social como conforme a aquella...», siendo incorrecta una «interpretación constitucional basada en modelos teóricos excluyentes de otros posibles» (FJ 4).

⁴ Como bien señala PRIETO SANCHÍS, «los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de instituciones sociales que los definan (...), mientras que los económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política» [PRIETO SANCHÍS, L.: «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en CARBONELL SÁNCHEZ, M.; CRUZ PARCERO, J.A. y VÁZQUEZ, R. (Compiladores), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pág. 19].

⁵ Me parece muy interesante la matización que a estos efectos introduce ALEXY, cuando dice que el Estado, en su papel prestacional y redistribuidor de la riqueza, no dispone exactamente de «los bienes distribuibles existentes, sino esencialmente de aquello que el Estado puede tomar de los propietarios de estos bienes para fines distributivos sin lesionar sus derechos fundamentales». Es decir, el Estado solo dispone de los bienes obtenidos, básicamente, a través de la tributación, que, a su vez, tiene su limitación en el respeto, al menos en su contenido esencial, de derechos fundamentales como la propiedad privada [ALEXY, R.: «Derechos sociales fundamentales», en CARBONELL SÁNCHEZ, M.; CRUZ PARCERO, J.A. y VÁZQUEZ, R. (Compiladores), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pág. 77].

de la política social y económica esté relacionado con la satisfacción de derechos fundamentales, y particularmente con el principio de igualdad del artículo 14 de la CE.⁶ En este supuesto cabe situar, precisamente, la conformación de un sistema de pensiones que garantice la suficiencia económica de los mayores, pues en caso contrario estas personas quedarían en una situación de desigualdad socioeconómica.

Partiendo de estas premisas, creemos que no todos los derechos sociales reconocidos bajo la rúbrica de «principios rectores de la política social y económica» tienen el mismo grado de exigibilidad. Así, la expresión «los poderes públicos garantizarán» del artículo 50 de la CE encierra un deber indisponible e inaplazable de mantener un sistema de pensiones por jubilación. En cambio, el mandato de promover un sistema de servicios sociales que atienda a los problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio de los mayores (segundo de los mandatos contenidos en el art. 50 CE) no parece presentar, atendiendo a la redacción utilizada, el mismo grado de exigibilidad perentoria, lo que permite interpretar que los poderes públicos disponen aquí de una mayor discrecionalidad en el cumplimiento de dicho mandato. Los verbos utilizados por el Constituyente son ilustrativos. Garantizar y promover son verbos que tienen significados distintos (por mucho que pudieran encontrarse algunas sinonimias) y, por ello mismo, denotan actuaciones y resultados también distintos. Garantizar es asegurar, ofrecer fijeza o certeza de algo. Promover, por contra, es iniciar o impulsar un proceso, tomar la iniciativa para llevarlo a cabo y procurar su consecución, sin asegurar necesariamente un concreto resultado.

II. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El núcleo fundamental de la protección de la vejez está constituido por la pensión de jubilación, y así queda patente en la legislación española sobre Seguridad Social.⁷ El concepto de jubilación está desvinculado hoy del de incapacidad laboral, identificándose exclusivamente con el derecho subjetivo al descanso o retiro laboral tras alcanzar una determinada edad, indiciaria de una previa y larga vida laboral, y de que las condiciones físicas o mentales probablemente han dejado de ser las más idóneas para continuar desarrollando ciertas actividades laborales. En estas circunstancias, el Estado social ha procurado históricamente que la persona pueda encarar la recta final de su vida sin las servidumbres habituales de la actividad laboral, disponiendo libremente de su tiempo, y sin dejar de percibir unos ingresos económicos iguales o similares a los percibidos durante su vida laboral activa.

Como se ha apuntado ya, el mandato de garantizar la suficiencia económica de los mayores mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas no puede interpretarse de forma aisla-

⁶ STC 45/1989, FJ 4.

⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y SAGARDOY DE SIMÓN, I. señalan que las pensiones a través de las cuales se articula la suficiencia económica de la tercera edad son, fundamentalmente, la de jubilación, aunque también la de muerte y supervivencia e incapacidad permanente «dada la ausencia en el sistema español de un mecanismo general de conversión de pensiones en torno a la jubilación» («Comentario al artículo 50 CE», en AA.VV., (ALZAGA VILLAAMIL, O. dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo IV, Cortes Generales, Madrid: Edersa, 1996, pág. 376).

da e individualizada, sino que debe ponerse en relación con el artículo 41 de la CE, de acuerdo con el cual los poderes públicos han de mantener «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (...)». Cabría afirmar que la protección de la vejez mediante un sistema de pensiones ya está implícita en el citado artículo 41 de la CE, pero debe prevalecer la interpretación que sitúa en el artículo 50 de la CE el fundamento principal de dicha protección, en tanto que regla especial frente a la general del artículo 41 de la CE.⁸ Este último precepto, sin embargo, tiene una importancia capital en la configuración del sistema de pensiones ordenado en el artículo 50 de la CE, pues, en una correcta interpretación sistemática de ambos artículos, integra el sistema de pensiones en el régimen público de Seguridad Social. Además, y como señala GOÑI SEIN,⁹ el artículo 50 no otorgaría al legislador libertad de configuración para articular o condicionar el sistema de pensiones de las personas de la tercera edad de manera distinta a la señalada en el artículo 41 de la CE. Solo habilita para garantizar una suficiencia económica de las pensiones públicas sin desfigurar sus rasgos.

A partir de ahí, el legislador español, al igual que otros de nuestro entorno, ha establecido un sistema mixto de financiación de la Seguridad Social española, que, de conformidad con el artículo 86.1 de la LGSS, se sufraga principalmente con recursos provenientes de los presupuestos del Estado y de las cotizaciones de las personas obligadas a cotizar. Este sistema de financiación inclinó a nuestro legislador a hacer coexistir pensiones contributivas con pensiones no contributivas, diferenciándolas en función del origen de los recursos.

En cuanto al concepto de «pensión adecuada», de acuerdo con la STC 134/1987, no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que se pueda prescindir de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales.¹⁰

III. PENSIONES CONTRIBUTIVAS Y NO CONTRIBUTIVAS

El legislador español optó por un sistema mixto en el que coexisten pensiones que tienen carácter contributivo y pensiones que no lo tienen. En las pensiones contributivas, la situación generadora de la pensión «no se basa en la pobreza sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos por un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (jubilación, muerte, incapacidad, etc.)» (STC 253/1998). La pensión contributiva cumple así una función sustitutiva de rentas, existiendo una correlación entre las cotizaciones efectuadas y la cuantía resultante de la pensión. Además, la cuantía inicial y la posteriormente revalorizada se encuentran sometidas a unos topes máximos y mínimos. Por el contrario, las pensiones no contribu-

⁸ *Vid.*, en este sentido, VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, *Manual de Seguridad Social*, Madrid: Tecnos, 2007, pág. 290.

⁹ *Vid.*, GOÑI SEIN, J.L., *op. cit.*, pág. 1.127.

¹⁰ STC 134/1987, FJ 5.

tivas se fundamentan en la existencia de una situación de necesidad, por lo que no estamos en presencia de «rentas de sustitución», sino de «rentas de compensación» cuya finalidad es proporcionar a los beneficiarios unos ingresos mínimos que les garanticen la subsistencia. No se tiene en cuenta la relación entre cotización –insuficiente e, incluso, inexistente– y prestación, se concede en una cuantía más o menos fija, una vez que el beneficiario acredite que se encuentra en una auténtica situación de penuria económica, y solo se mantiene en tanto subsista dicha situación.¹¹

1. La protección contributiva

El derecho al retiro conlleva el derecho a una prestación económica que sustituya a las rentas procedentes del trabajo y que, en la mayoría de casos, suponen el principal sustento vital de la persona y los que están a su cargo. Este derecho se constituye, con carácter general, en términos contributivos; esto es, cuando el beneficiario acredita haber cumplido con una determinada contribución económica previa. Esta protección contributiva es la que abre el capítulo de la LGSS dedicado a la jubilación, cuyo artículo 160 establece lo siguiente:

«La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena.»

Tres son los requisitos que deben concurrir para que se constituya el derecho a percibir esta pensión por jubilación: a) alcanzar la edad que determina el cese en la actividad laboral; b) cesar total o parcialmente en el trabajo por cuenta ajena, con la correspondiente pérdida o reducción del salario; c) cotizar durante un periodo de tiempo determinado.

Los presupuestos que causan y justifican la pensión contributiva de jubilación hacen que esta se configure como imprescriptible,¹² vitalicia, de percepción periódica, monetaria, única o inconciliable con otra pensión de jubilación (aunque sí es compatible con pensiones de jubilación generadas en instituciones privadas, aun cuando estas puedan estar financiadas por poderes públicos) e incompatible con rentas del trabajo, salvo que estemos ante una pensión de jubilación parcial.

2. La protección no contributiva

La existencia de una modalidad no contributiva de pensiones es, sin duda, una recta interpretación del artículo 50 de la CE en relación con el 41 del mismo texto, ya que no solo en ninguno de ellos se establece el carácter exclusivamente contributivo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, sino que, por el contrario, de ambos preceptos cabe deducir que al menos parte de esas

¹¹ Vid., GOÑI SEIN, J.L., *op. cit.*, pág. 1.128 y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «¿Hacia dónde camina el nivel no contributivo de la Seguridad Social?», *Aranzadi Westlaw.Es*, BIB 2007/1995, pág. 2.

¹² Característica establecida en el artículo 164 de la LGSS y de la que en la LGSS solo goza la pensión contributiva de jubilación.

prestaciones tendrá un carácter asistencial.¹³ Parece más o menos claro que cualquier sistema de Seguridad Social es viable sobre la base de un sistema contributivo que pueda sostenerlo y mantenerlo, pero ello no debe ser óbice para que el propio sistema contenga, en la medida de lo posible y a costa de los más favorecidos por la economía, prestaciones puramente asistenciales para los más menesterosos, pues de lo contrario estos quedarían situados en una auténtica situación marginal, posiblemente por debajo del mínimo de supervivencia.

El Tribunal Constitucional ya declaró en 1983 que el artículo 41 de la CE, al poner en relación el sistema de Seguridad Social con las situaciones o estados de necesidad, pretende superar una «primera perspectiva legal donde era prioritaria la noción de riesgo o contingencia» (STC 103/1983, FJ 4).¹⁴ En línea con esta sentencia, el Tribunal corroboró con claridad la tesis aquí mantenida en la Sentencia 65/1987:

«(...) el mandato contenido en el artículo 41 de la Constitución dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias (fundamento jurídico 4.º). Si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional citado, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad (que habrán de ser precisadas en cada caso) implica que las prestaciones de la Seguridad Social, y entre ellas las pensiones de jubilación, no se presenten ya –y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas– como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual (...).

La Constitución, pues, establece como finalidad de la Seguridad Social la reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad, mediante asistencia o prestaciones sociales suficientes, suficiencia que se predica también específicamente de las pensiones (art. 50). Como consecuencia (y aun cuando en un sistema de tipo parcialmente contributivo no pueda excluirse una correlación entre contribuciones y prestaciones), las previsiones constitucionales suponen que pase a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, situaciones que habrán de ser determinadas y apreciadas, sin duda, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y las condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento.» (FJ 17).¹⁵

¹³ *Vid.*, en este mismo sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, Madrid: CES, 2002, pág. 355.

¹⁴ Adviértase que el Texto Refundido de la Seguridad Social de 1974 (Decreto 2065/1974) establecía un sistema basado fundamentalmente en la cobertura de riesgos y contingencias de carácter contributivo, y cómo incluso preveía un ámbito de asistencia social «a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellos dependan» (art. 36).

¹⁵ Esta jurisprudencia ha sido reiterada con posterioridad por el Tribunal Constitucional (*vid.*, en particular, STC 239/2002, FJ 3).

Con todo, la modalidad asistencial no se contempló hasta la Ley 26/1990 (doce años después de promulgada la Constitución),¹⁶ y no tuvo realmente regulación y aplicación definitivas hasta la aprobación de la vigente LGSS¹⁷ en 1994, lo que pone de relieve la dificultad, fundamentalmente económica, de dar satisfacción a prestaciones sociales más allá de una estructura contributiva. En la exposición de motivos de la Ley 26/1990, se habla expresamente de la universalización del derecho («derecho subjetivo» en palabras del legislador) a las pensiones de jubilación, entre otras, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones del nivel contributivo, por la realización de actividades profesionales. De especial interés constitucional resulta que el legislador aluda en esa exposición de motivos a la sintonía entre la universalización del derecho que supone y las orientaciones que al respecto ya existían en nuestro entorno internacional más cercano, y subraya el principio de solidaridad como fundamento de esta ampliación de la protección social, por lo que la financiación de las prestaciones se realiza a través de aportaciones del Estado al presupuesto de la Seguridad Social.

La protección no contributiva por jubilación se ha concebido en la Seguridad Social española como un nivel suplementario a la protección contributiva. Su finalidad es suplir las necesidades que no cubre la protección contributiva o, en otras palabras, corregir o compensar el carácter regresivo de los niveles contributivos de protección social del sistema, sobre todo en momentos en los que se han endurecido los requisitos para acceder a una pensión contributiva de jubilación. La financiación de estas pensiones no se vincula, pues, a la cotización de los beneficiarios, sino a los presupuestos universalistas que se deducen de la interpretación conjunta de los artículos 41 y 50 de la CE.¹⁸

La principal prestación no contributiva prevista en nuestro ordenamiento es una pensión económica (regulada en los arts. 167 a 170 LGSS), cuya cuantía se fija siguiendo los parámetros establecidos al efecto para la pensión no contributiva de invalidez (art. 145 LGSS), y que, en línea con lo ordenado en el artículo 50 de la CE, ha de ser actualizada periódicamente (art. 52 LGSS). Estamos de nuevo ante una prestación configurada como derecho subjetivo, siempre que se reúnan ciertos requisitos; un derecho subjetivo de ejercicio indefinido pero, a diferencia de la pensión contributiva, no vitalicio, pues la subsistencia de aquellos requisitos es *conditio sine qua non* para que subsista la pensión. Los requisitos que en cuestión causan el derecho a una pensión no contributiva de jubilación son los siguientes: tener la edad igual o superior a los sesenta y cinco años, residencia en territorio nacional, e insuficiencia de recursos. Nuestro ordenamiento ha optado así por un modelo de prestación no contributiva «asistencial», en el que se precisa acreditar la situación de necesidad¹⁹ y la insuficiencia

¹⁶ Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. No obstante, ya en 1985 el legislador español anunciaba la necesidad de establecer en un futuro cercano un nivel contributivo de pensiones a favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad prosequible, «carezcan de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia» (Preámbulo de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social).

¹⁷ La disposición final primera de la Ley 26/1990 autorizaba al Gobierno para, en el plazo de dos años, dictar un Texto Refundido en el que se integraran, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, los distintos textos legales específicos de la Seguridad Social. Posteriormente, las Leyes 22/1992 y 22/1993 establecieron sendas prórrogas a aquel plazo, de suerte que la integración, regularización, aclaración y armonización de normas, y en su virtud la regulación y aplicación de un nivel no contributivo de prestaciones económicas, no se produjeron hasta la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹⁸ VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, *op. cit.*, pág. 319.

¹⁹ Como recuerdan ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, nos encontramos ante el elemento consustancial a la Asistencia Social: la prueba de la situación de necesidad (*vid.*, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid: Civitas, 17.ª edición, págs. 589-590).

de medios para cubrirla,²⁰ frente a un modelo «universal» en el que la prestación se otorga a todos los ciudadanos a partir de una edad, con independencia de su situación económica o laboral.

IV. ¿ES CONSTITUCIONAL LA JUBILACIÓN FORZOSA A PARTIR DE UNA EDAD?

Para que legalmente se origine la pensión contributiva de jubilación, no basta con la cesación en el trabajo, sino que es necesario que esta se produzca tras alcanzar una determinada edad («edad avanzada», dice el art. 50 CE), a partir de la cual se entiende que la persona puede sufrir un deterioro físico y mental que la incapacite para una generalidad de empleos, y que se ha hecho merecedora de un derecho al descanso tras dedicar la mayor parte de su vida al trabajo.

Pero, ¿cabría fijar una edad de jubilación forzosa? La llamada edad ordinaria de jubilación debe interpretarse como la edad mínima que el legislador establece para que un trabajador por cuenta ajena pueda jubilarse; esto es, la edad que origina el derecho del trabajador a jubilarse. Decimos derecho a jubilarse y no obligación de jubilarse, pues este es el planteamiento histórico de la jubilación en nuestro Derecho, y el que, con las matizaciones y excepciones que a continuación se dirán, se mantiene por el Tribunal Constitucional y la doctrina.

Ciertamente, resulta problemático desde una perspectiva constitucional justificar la denominada «jubilación forzosa», pues rompe con la idea de la jubilación como derecho y, sobre todo, pudiera entenderse contraria al derecho al trabajo del artículo 35.1 de la CE y al principio de igualdad del artículo 14 de la CE, al generar una discriminación por razón de edad en el ejercicio del derecho al trabajo.²¹ Así lo entendió el Tribunal Constitucional cuando declaró inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores (en su versión de 1980), según la cual los contratos de trabajo habían de extinguirse a la edad que fije el Gobierno, estableciendo en todo caso, como edad máxima de jubilación, los sesenta y nueve años. El alto Tribunal matizó, empero, que una disposición así resulta inconstitucional, salvo que la jubilación forzosa con ella incorporada fuera concebida y aplicada como medida de fomento del empleo.²² Subraya

²⁰ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *op. cit.*, pág. 46.

²¹ Para TAPIA HERMIDA, lo que acontece en la jubilación forzosa, impuesta directamente por la ley o un convenio, es que en realidad se elimina el derecho fundamental al trabajo. Dicha regla resulta coherente con una ideología que califica de «economicismo extremo», que no duda en eliminar cualesquiera libertades, incluso fundamentales, si con ello se atiende a los intereses económicos de quienes dominan en los sistemas de economía de mercado («La cuestionable legitimidad de la extinción del contrato de trabajo y de la relación laboral por alcanzar el trabajador la edad de jubilación», RTSS. CEF, n.º 317-318, agosto-septiembre de 2009, págs. 143-144).

²² La STC 22/1981 se pronunció al respecto en los siguientes términos: «puede afirmarse que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro (...). Ahora bien, tal limitación supone un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación, pues para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito: es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado» (FJ 9). En la misma línea pueden verse las SSTC 58/1985 y 95/1985. Esta declaración de inconstitucionalidad ha sido generalmente admitida por la doctrina (*vid.*, por ejemplo, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 12.ª edición, Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1991, págs. 514-515).

así el Tribunal la importancia del trabajo como bien constitucional en tanto que bien social y económico, así como la escasez del mismo.²³

La jubilación forzosa no solo es contraria al derecho al trabajo y al principio de igualdad, con la ya justificada excepción de su uso como medida de fomento del empleo, sino que, como veremos a continuación, existen también problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario y, en particular, con la Directiva 78/2000, de 27 de diciembre, transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 62/2003, que prohíbe la fijación de edades o topes máximos de jubilación, en una interpretación extensiva del derecho al trabajo. En esta línea se pronunció precisamente el Tribunal Supremo, que, tras reiterar la problemática constitucional que presenta la jubilación forzosa, afirmó expresamente su incompatibilidad con la citada directiva comunitaria y con su norma interna de transposición en España.²⁴

En el ámbito del empleo privado, la Ley 14/2005, de 1 de julio, introdujo una nueva disposición adicional décima en el Estatuto de los Trabajadores, volviendo a autorizar la jubilación forzosa por edad, prevista al efecto en convenio colectivo. La jubilación forzosa queda pues, y de nuevo, sujeta a la negociación colectiva, que en todo caso no podrá fijar otra edad para el retiro forzoso que la ordinaria fijada para la jubilación en la Seguridad Social, solo podrá establecerse para trabajadores que cumplan las condiciones de cotización requeridas para obtener una pensión de jubilación por edad en la Seguridad Social, y, sobre todo, habrá de explicitar los factores de mejora que la jubilación forzosa pactada supone para el empleo, cuantitativa y cualitativamente: número de empleos creados como consecuencia de las jubilaciones forzosas, y número de transformaciones de contratos temporales en fijos y de contratos a tiempo parcial en a tiempo completo.

Obsérvese que estas cláusulas convencionales, de acuerdo con la ley, podían obligar a un trabajador a cesar en la relación laboral con la única condición de que hubiera cotizado el tiempo mínimo para lucrar una pensión de jubilación, quince años, forzándole a acceder a una pensión calculada sobre una base reguladora del 50 por 100, algo que consideramos difícilmente justificable por razones de creación de empleo.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 16 de octubre de 2007 (asunto C-411/2005: Sentencia Palacios Villa), se pronunció precisamente sobre la Ley 14/2005 desde la perspectiva del Derecho comunitario. Considera que debe enfocarse no a la luz del principio de no discriminación por razón de edad, sino a la luz del artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE. Un precepto que permite a los Estados miembros disponer diferencias de trato por motivos de edad si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. El Tribunal considera que la Ley 14/2005 responde a un objetivo legítimo, relacionado con la política de empleo y el mercado de trabajo, se adoptó a instancia de los agentes sociales como un mecanismo para favorecer el empleo intergenera-

²³ En este orden cobra especial importancia el mandato a los poderes públicos contenido en el artículo 40.1 de la CE, de acuerdo con el cual tales poderes mantendrán una política orientada al pleno empleo.

²⁴ STS de 9 de marzo de 2004.

cional y cumple un objetivo legítimo de interés público en el ámbito de la política de empleo y del mercado de trabajo, sin que pueda considerarse como una medida nacional manifiestamente desproporcionada. Señala TAPIA HERMIDA que la referencia a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad en los convenios colectivos «nos acerca más al principio de igualdad de trato, en su manifestación de igualdad de trato con independencia de la edad, que a un juicio estricto de no discriminación, pues la Directiva 2000/78/CE, al admitir salvedades o motivos justificados para diferenciar en el empleo y ocupación por razón de edad, no ha tratado de consagrar una prohibición específica y absoluta de discriminación por razón de edad, y deja a las leyes nacionales y a los convenios colectivos un margen de apreciación para adoptar medidas diferenciadoras al respecto, incluida la jubilación forzosa».²⁵

Más recientemente, el mismo Tribunal, en Sentencia de 5 de marzo de 2009 (asunto C-388/2007), ha reconducido el tratamiento deparado por la jurisprudencia comunitaria a la discriminación por razón de edad, imponiendo a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad de la jubilación forzosa, fijando un nivel elevado de exigencia probatoria. La sentencia considera que no es posible concebir que una diferencia de trato pueda estar justificada por una finalidad legítima perseguida por medios adecuados, sin que esa justificación sea razonable, lo que, en opinión de TAPIA HERMIDA,²⁶ si bien permite la pervivencia de la jubilación forzosa, prácticamente la proscribire como consecuencia de las limitaciones y condicionamientos a los que queda sometida.

Finalmente, la jubilación forzosa ha sido reformada por la Ley 27/2011, cuya disposición adicional trigésimo séptima, vigente desde el 2 de agosto de 2011, modifica la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores. La ley repara la injusticia a la que se ha hecho referencia en párrafos anteriores y mejora la suficiencia y calidad de la pensión del trabajador afectado. Se exige ahora que el trabajador debe tener cubierto el periodo mínimo de cotización que le permita acceder a un porcentaje del 80 por 100 de la base reguladora para el cálculo de su pensión.

No es este, sin embargo, el último cambio que va a experimentar esta polémica figura. Dentro del «Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude en Seguridad Social»²⁷ se prevé, entre las medidas para promover la prolongación de la vida activa y asegurar la sostenibilidad del sistema a largo plazo, la prohibición de la inclusión de la jubilación forzosa en los convenios colectivos. De esta forma, en un futuro no muy lejano, se volverá a la situación anterior a la Ley 14/2005.

V. LA EXIGENCIA DE ACTUALIZACIÓN PERIÓDICA DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN

La Constitución establece que las pensiones han de ser adecuadas y garantizar la suficiencia económica de las personas mayores. En coherencia con ello, establece igualmente su actualización

²⁵ TAPIA HERMIDA, A., «La cuestionable legitimidad de la extinción del contrato de trabajo y de la relación laboral por alcanzar el trabajador la edad de jubilación», *RTSS*. CEF, n.ºs 317-318, agosto-septiembre de 2009.

²⁶ TAPIA HERMIDA, A., *op. cit.*, pág. 135.

²⁷ Elaborado en abril de 2012. *Vid.*, el contenido del Plan en <http://www.tt.meyss.es/seguridadsocial/201204/PRESENTACION%20plan%20lucha%20contra%20fraude.pdf>

periódica, pues la habitual subida del coste de la vida las convertiría más pronto que tarde en inadecuadas e insuficientes.²⁸ No obstante, nuestro Tribunal Constitucional entendió que del artículo 50 de la CE no se deduce:

«que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual» (STC 134/1987, FJ 5).

En todo caso, la revalorización de las pensiones no solo es un mandato constitucional contenido en el artículo 50 de la CE. También es la consecuencia lógica de un sistema de pensiones prioritariamente contributivo, ya que así se consigue la proporcionalidad entre las cantidades percibidas por los beneficiarios y las cuotas pagadas a lo largo de su vida laboral.²⁹

El artículo 50 de la CE no determina el criterio de revalorización periódica, lo que posiblemente es un acierto, pues no es claro que algún criterio asegure la suficiencia económica *per se* y con carácter previo. Corresponde, pues, al legislador, determinar en cada momento los criterios de revalorización de las pensiones,³⁰ y hasta la fecha ha sido la subida del coste de la vida la referencia utilizada al efecto. Nuestro Derecho prevé en la actualidad una actualización automática de las pensiones de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo.

El artículo 48.1.1 de la LGSS prevé, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 50, que las pensiones contributivas se revaloricen al comienzo de cada año, de acuerdo con el IPC previsto para el ejercicio que comienza. Como consecuencia de la grave crisis económica que padecemos, el Gobierno decidió en 2010, mediante Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, la suspensión para el ejercicio 2011 de lo previsto en el citado artículo 48.1.1, excepto para las pensiones mínimas del sistema de la Seguridad Social, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas.

Se ha planteado la posible inconstitucionalidad de esta «congelación» a través de varios recursos de inconstitucionalidad contra el citado Real Decreto-ley 8/2010, quedando a la espera de ser resueltos por el Tribunal Constitucional. No parece empero que, de acuerdo con la doctrina de la citada STC 134/1987, pueda considerarse inconstitucional esta suspensión temporal de la revalorización de las pensiones, y aún más cuando dicha suspensión no afecta a las pensiones mínimas y no contributivas.

La actualización periódica de las pensiones plantea, entre otras cuestiones, la aplicación de un modelo conforme al principio de igualdad en su manifestación formal o jurídica (art. 14 CE) e, incluso, en su manifestación material o sustancial (art. 9.2 CE). El legislador español introdujo a tal fin los principios de progresividad y de solidaridad, de suerte que las pensiones de nivel alto han ido

²⁸ En este mismo sentido puede verse GÁLVEZ MONTES, F.J.: «Artículo 50», en GARRIDO FALLA, F. (dir.) *Comentarios a la Constitución*, 3.ª edición ampliada, Madrid: Civitas, 2001, pág. 944.

²⁹ Véase, al respecto, BORRAJO DACRUZ, E.: «La Seguridad Social en la Constitución Española», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, II. De los Derechos y Deberes Fundamentales*, Madrid: Civitas, 1991, pág. 1.499.

³⁰ *Vid.*, en este mismo sentido, GÁLVEZ MONTES, F.J., *op. cit.*, pág. 944.

disminuyendo paulatinamente para reducir distancias con las pensiones de niveles más bajos. La técnica utilizada es la fijación de una cuantía legal máxima, de modo que la subida periódica acorde al incremento del IPC sitúa a muchas pensiones de nivel alto por encima de esa cuantía máxima. El fin perseguido coadyuva a una mayor igualdad entre los distintos niveles de pensión, pero, en contrapartida, inflige un importante perjuicio a los beneficiarios de las pensiones más altas, en tanto que relativiza el carácter contributivo de sus pensiones,³¹ y en cuanto que quedan sometidos a una suerte de doble fiscalidad: pagan impuestos de acuerdo a su capacidad económica (principio de progresividad fiscal, art. 31.1 CE) y cotizan a la Seguridad Social en cuantías proporcionales a sus rentas de trabajo. Esta opción escogida por nuestro legislador ha sido objeto de críticas por algunos autores, arguyendo que se convierte así en imposición lo que debiera ser contribución. Se ha llegado a cuestionar, incluso, el carácter progresivo de este modelo, afirmando que no respeta el principio de generalidad, ni se atiene a las normas del principio de igualdad en las cargas fiscales, convirtiéndose en «un privilegio al revés», y, por ello, discriminatorio e inconstitucional.³²

Aun reconociendo el perjuicio que este modelo ocasiona a las rentas y pensiones más altas, creemos, en línea con lo que ya ha sido defendido por el Tribunal Constitucional, que es un sistema enteramente ajustado a la Constitución, y, desde luego, útil para dar cumplimiento a los principios de igualdad y solidaridad. La constitucionalidad del sistema viene dada por una concepción asistencial (más allá de la meramente contributiva) del sistema general de Seguridad Social.³³

En la Sentencia 100/1990, el Tribunal declara constitucional la limitación de las pensiones más elevadas y la actualización de las más bajas, apelando a los artículos 1.1 y 40.1 de la CE (distribución de la renta personal más equitativa), y al principio de solidaridad:

«("una de cuyas exigencias esenciales es, precisamente –tal como se dijera en la misma STC 134/1987, fundamento jurídico 5.º)–, el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados, con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios"), llevan a la conclusión de que la regla del legislador foral, plasmada en el cuestionado artículo 12 a), en cuya virtud se limitan durante el ejercicio de 1985 las pensiones de cuantía más elevada, a la vez que se mantienen y actualizan las de cuantía más baja, dados los limitados y escasos recursos que a tal fin pueden dedicarse, no puede en manera alguna considerarse, siempre desde esta perspectiva concreta, contraria al art. 50 de la Constitución.»³⁴

Interesa añadir, finalmente, que a pesar de los mecanismos de actualización de pensiones, en muchos casos no se logra asegurar a los pensionistas cuantías similares a sus niveles de renta durante la vida activa, razón por la cual el propio Pacto de Toledo, y tras él el Acuerdo de Pensiones de 2001, fomentaron los llamados Planes y Fondos de Pensiones, en tanto que fórmula privada (al margen de la Seguridad Social) por la que los beneficiarios, previa la correspondiente contribución, adquieren el derecho a percibir cantidades económicas ante la contingencia de la jubilación. Esta

³¹ BORRAJO DACRUZ, E., *op. cit.*, pág. 1.499.

³² *Ibid.*, págs. 1.499-1.501.

³³ En esta línea puede verse VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, *op. cit.*, pág. 190.

³⁴ STC 100/1990, FJ 2.

realidad, arbitrada al margen de la Constitución, y que no se encuentra al alcance de todos ciudadanos, no hace sino denotar que el legislador no está cumpliendo como debiera el mandato del artículo 50 de la CE, trascendente como pocos para asegurar la necesaria cohesión social.

VI. ¿ES NUESTRO SISTEMA DE PENSIONES UNA CONQUISTA SOCIAL IRREVERSIBLE?

Es pertinente preguntarnos si la existencia de un sistema de pensiones, y su actual desarrollo, pueden considerarse una conquista social irreversible, de forma que cualquier retroceso al respecto, si no está suficientemente justificado, debería situarse fuera de la Constitución. La exigencia de razón suficiente fue utilizada en su momento por el Tribunal Constitucional, declarando, si bien no en relación a las pensiones de jubilación, que «no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas».³⁵ Nuestro más alto Tribunal parece permitir así que las denominadas conquistas sociales puedan sufrir cierta reversibilidad, pero, eso sí, siempre que esté justificada (rigurosamente justificada, me atrevería a añadir) por la coyuntura económica de cada momento histórico. Esto mismo cabría deducir cuando el Tribunal, ya en relación con las pensiones, afirma que, ni del artículo 41 de la CE, ni del artículo 50, se deduce «que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual».³⁶

Lo que no sería admisible es cualquier recorte o supresión arbitrarios o irrazonables de conquistas sociales. En una línea parecida se han situado algunos autores que, como ESCOBAR ROCA, entienden que el «denominado principio de irreversibilidad de las conquistas sociales (según el cual la inclusión por el legislador de determinadas prestaciones en el contenido de un derecho impediría su supresión por el legislador futuro) solo vale cuando lo que está en juego es el contenido mínimo o constitucional del derecho, no su contenido adicional».³⁷ En el ámbito de las Declaraciones Internacionales de Derechos, puede traerse a colación el Comentario General n.º 3, de 1990, realizado por el Comité de Derechos Sociales de Naciones Unidas, y de acuerdo con el cual «toda medida deliberadamente regresiva (...) exigirá la más cuidadosa consideración y necesitará ser plenamente justificada en referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del uso pleno del máximo de recursos disponibles».

³⁵ STC 81/1982, FJ 3.

³⁶ STC 134/1987 FJ 5.

³⁷ *Vid.*, ESCOBAR ROCA, G., *op. cit.*, pág. 61. Sobre el principio de irreversibilidad podemos encontrar posiciones doctrinales que llegan a equiparar, incluso, la expectativa de prestaciones sociales generadas a lo largo del tiempo con el derecho de propiedad, de suerte que una eventual reducción o supresión de esas prestaciones generaría una indemnización parecida a la que se produce con la expropiación forzosa de una propiedad (*vid.*, en este sentido, NEDELSKY, «American Constitutionalism and the Paradox of Private Property», en Elster y Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, págs. 241 y ss.