FORO DE SEGURIDAD SOCIAL

Octubre 2000

Nº 2

EDITORIAL **ANÁLISIS** LA JUBILACIÓN ESPECIAL A LOS SESENTA Y CUATRO AÑOS: UNA FIGURA CONFUNDIDA Y DESCONOCIDA ● LA JUBILACIÓN: UN QUEBRADERO DE CABEZA PERMANENTE ● EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA ENCRUCIJADA DE UN CAMBIO ESTRUCTURAL GENÉRICO **DEBATE** CÁRITAS Y LA INMIGRACIÓN ● LA SITUACIÓN DE LOS EXTRANJEROS ANTE EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOL **INFORMACIÓN** DOCUMENTOS ● ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL ● INTERNACIONAL ● AGENDA ● RESÚMENES

PRIMERAS JORNADAS TÉCNICAS DE SEGURIDAD SOCIAL

ANTE LA RENOVACIÓN DEL "PACTO DE TOLEDO"

PROBLEMAS ORGANIZATIVOS Y DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CASTELLON
19 y 20 de octubre de 2000

SECRETARIA E INFORMACION:

SIASA CONGRESOS
Paseo de la habana, 134
28036 Madrid
Tel.: 91 457 48 91
Fax: 91 458 10 88
C. electrónico: siasa@retemail.es

Los retos del futuro del Sistema de Seguridad Social español incluyen, entre otras cuestiones de suma importancia, las diversas opciones organizativas y de gestión que, en los albores del siglo XXI, se plantean a cualquier organización con vocación de eficacia y de servicio.

La Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social no puede permanecer ajena este cercano futuro.

Castellón de la Plana va a ser escenario de las Primeras Jornadas Técnicas de Seguridad Social.

AVANCE DE PROGRAMA

PONENCIA I

ESPECIALIDAD FUNCIONAL Y AUTONOMÍA GESTORA.
Las servidumbres de la autonomía gestora.

PONENCIA II

PLURALIDAD ORGÁNICA E INTEGRACIÓN DE FUNCIONES.
Los límites de la eficiencia gestora.

PONENCIA III

UNIDAD DE GESTIÓN Y EXCEPCIÓN EN LA COLABORACIÓN PRIVADA.
Su dirección y control por la Administración General del Estado no especializada.

PONENCIA IV

ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LOS SERVICIOS SOCIALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
Su gestión en el Estado autonómico.

PONENCIA V

ANTE LA RENOVACIÓN DEL "PACTO DE TOLEDO".
Problemas organizativos y de gestión de la Seguridad Social.

CONFERENCIA DE CLAUSURA

EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
Especialidades y tendencias de ordenación futuras.

TASS

Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social

EDITORIAL

En el acto de presentación pública de "Foro de Seguridad Social", celebrado el día 25 de Abril pasado en la sede del Instituto Nacional de Seguridad Social, todos los oradores coincidieron en recomendar constancia para el propósito de hacer de la Revista una aportación singular –"personalizada" en los técnicos de la Administración gestora- al análisis de las cuestiones *más trascendentes y más actuales* de cuantas se enmarcan en el debate que, acerca de la política de protección social, mantiene abierto la sociedad española desde hace ya varios años. Se trataría, en consecuencia, de oxigenar ese debate que, como ha denunciado la doctrina especializada (DE LA TORRE), se viene desarrollando entre "múltiples cautelas y reservas" (es decir, ocultando muchas veces los asuntos de mayor calado político-técnico), y con graves limitaciones "de contenido e interlocutores". Según el prof. DE LA VILLA, miembro calificado del Consejo Editorial, la firmeza en ese propósito editorial de actualidad y solidez temáticas podría confirmar a "Foro" como el "empeño más ambicioso, muy por encima de otras publicaciones semejantes", en el tratamiento científico y técnico de las cuestiones de su especialidad.

La Revista debía vincularse, no sólo con su importancia, sino también con su respectiva actualidad; sus tres secciones –de análisis, de debate y de información- deberían acertar en la selección de aquellos asuntos que se manifiesten como más apremiantes para el debate social en cada momento.

Con fidelidad a tales compromisos, este segundo número de "Foro" acomete el estudio de las dos cuestiones más comprometidas en estas fechas; a saber: la situación y condiciones de protección social de los inmigrantes, y las condiciones, extensión y modalidades de la jubilación anticipada. La primera, repentinamente planteada por los últimos y graves acontecimientos producidos en nuestras fronteras. La segunda, de antigua presencia en la literatura y los diálogos reformistas, reabierta y seleccionada por los interlocutores del "Pacto de Toledo" y de su actualización. ●

OCTUBRE 2000

Edita:
ASOCIACIÓN PROFESIONAL DEL CUERPO SUPERIOR DE TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Apartado de Correos nº 4048
28080 MADRID.

Director:
BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ

Director adjunto:
MARIO GÓMEZ-ALLER IGLESIAS

Sección de Análisis:
Juan José Sanjuán Martín

Sección de Debate:
Carlos Manuel Abad Ruiz

Sección de Actualidad Jurídica:
Alberto Sendín Blázquez

Sección de Información y Gabinete Técnico:
José-Eduardo Pérez Madrid

Administración:
Carlos Garau Lefler

Colaboran:
Concepción Hernández Carazo y Rosario Cabezuelo Jiménez

CONSEJO EDITORIAL
Bernardo Gonzalo González *(Presidente)*,
Luis Enrique de la Villa Gil,
Aurelio Desdentado Bonete,
José Vida Soria,
Juan Pablo Nieto Mengotti,
Alberto Sendín Blázquez,
Juan José Sanjuán Marín,
Fernando de Benito Anguita,
María Llanos de Luna Tobarra,
Mario Gómez-Aller Iglesias
(Secretario)

Imprime:
Artegraf, Industrias Gráficas, S. A.
Depósito Legal:
M.12.287-2000

Esta publicación no se hace necesariamente solidaria con las opiniones expresadas en las colaboraciones firmadas.

Prohibido reproducir los contenidos de esta revista a no ser que se citen las fuentes o se pida permiso expreso de los responsables de la publicación.

ANÁLISIS

5 LA JUBILACIÓN ESPECIAL A LOS SESENTA Y CUATRO AÑOS: UNA FIGURA CONFUNDIDA Y DESCONOCIDA
Aránzazu Roldán Martínez

32 LA JUBILACIÓN: UN QUEBRADERO DE CABEZA PERMANENTE
Juan José Fernández Domínguez

44 EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA ENCRUCIJADA DE UN CAMBIO ESTRUCTURAL GENÉRICO
Alberto Palomar

DEBATE

50 CÁRITAS Y LA INMIGRACIÓN
José Sánchez Faba

58 LA SITUACIÓN DE LOS EXTRANJEROS ANTE EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOL
Carlos García de Cortázar y Nebreda

INFORMACIÓN

73
- DOCUMENTOS
- ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL
- INTERNACIONAL
- INSTITUCIONAL
- AGENDA

LA JUBILACIÓN ESPECIAL A LOS SESENTA Y CUATRO AÑOS: UNA FIGURA CONFUNDIDA Y DESCONOCIDA

Aránzazu ROLDÁN MARTÍNEZ
Profesora de Derecho del Trabajo del Centro Universitario Villanueva

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.- II.NORMATIVA REGULADORA DE LA JUBILACIÓN ESPECIAL A LOS 64 AÑOS: LA PROBLEMÁTICA VIGENCIA DEL RD 1194/1985.- III.JUSTIFICACIÓN DE LA JUBILACIÓN ESPECIAL A LOS 64 AÑOS: EL FOMENTO DEL EMPLEO: 3.1.IDEAS PREVIAS: JUBILACIÓN Y POLÍTICA DE EMPLEO.- 3.2.LA CREACIÓN-REPARTO DE EMPLEO A TRAVÉS DE LA JUBILACIÓN ESPECIAL.- IV.DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES: 4.1.DISTINCIÓN DE OTRAS MEDIDAS DE JUBILACIÓN ANTICIPADA: A. ANTICIPACIÓN DE LA EDAD MÍNIMA ORDINARIA DE JUBILACIÓN EN FUNCIÓN DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA.- B.ANTICIPACIÓN DE LA EDAD MÍNIMA ORDINARIA DE JUBILACIÓN EX DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA 1.2ª TRLGSS.-C.JUBILACIÓN PARCIAL A PARTIR DE LOS 60 AÑOS.- 4.2.DISTINCIÓN DE OTRAS FORMAS DE JUBILACIÓN UTILIZADAS COMO MEDIDAS DE CREACIÓN DE EMPLEO: LA JUBILACIÓN FORZOSA.- V.RÉGIMEN JURÍDICO DE LA JUBILACIÓN ESPECIAL: 5.1.CONDICIONES QUE DEBEN CONCURRIR EN LA PERSONA DEL TRABAJADOR QUE SOLICITA LA JUBILACIÓN: A. TRABAJADORES POR CUENTA AJENA.- B.EDAD DEL TRABAJADOR QUE SE JUBILA.- C.EL CARÁCTER A TIEMPO COMPLETO, A TIEMPO PARCIAL O AMBOS, DEL TRABAJADOR QUE SE JUBILA.- 5.2.EL TÍTULO JURÍDICO DEL DERECHO DEL TRABAJADOR A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA: EL CORRELATIVO DEBER DEL EMPRESARIO DE SUSTITUIR AL JUBILADO, ASUMIDO EN CONVENIO O ACUERDO CON LOS TRABAJADORES.- 5.3.EL HECHO CAUSANTE: EL CESE EFECTIVO EN EL TRABAJO Y LA SIMULTANEA CONTRATACIÓN DE UN SUSTITUTO.- 5.4. MEDIDAS LABORALES: A.TIPO DE CONTRATO QUE PUEDE CELEBRAR LA EMPRESA CON EL SUSTITUTO.- B.CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL CESE ANTICIPADO DEL SUSTITUTO.- C.LA CONDICION DE «NUEVO» TRABAJADOR «DESEMPLEADO» DEL SUSTITUTO.- 5.5.SOLICITUD Y DEVENGO DE LA PENSIÓN.- 5.6. CÁLCULO DE LA PENSIÓN.- VI.EFECTOS SOBRE EL DERECHO A LA JUBILACIÓN ESPECIAL DE LAS IRREGULARIDADES COMETIDAS POR EL EMPRESARIO.- VII.CONCLUSIONES

I. Planteamiento

En España, tal como señala el art.161.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social[1], la edad mínima de jubilación se sitúa en los sesenta y cinco años. El RD 1194/1985, de 17 de julio[2] permite que los trabajadores que reúnan todos los requisitos para la jubilación excepto el relativo a la edad, puedan anticiparla un año, presentando la solicitud a los sesenta y cuatro años. Lo extraordinario de la medida reside en que, lejos de aplicarse coeficientes reductores en el cálculo de la pensión -regulados en la Disposición Transitoria Tercera.1.2 TRLGSS- se disfruta la jubilación con el 100 por 100 de los derechos pasivos.

Esta posibilidad se enmarca dentro de una determinada política de fomento del empleo, alumbrada por el Acuerdo Nacional sobre Empleo de 1981, que se propuso como objetivo fundamental facilitar la entrada en el mercado laboral de trabajadores desempleados, recurriendo, entre otras medidas, a la creación de vacantes -los puestos dejados por los jubilados-.

La vigencia del Reglamento, tras la derogación por la Disposición Derogatoria Unica del TRLGSS de la Disposición Adicional 7ª del Estatuto de los Trabajadores que servía de fundamento legal a aquél, ha sido puesta en duda. Por esta razón, antes de adentrarnos en el estudio de la figura deberemos aclarar si persiste el derecho de los trabajadores a acogerse a la jubilación anticipada a los sesenta y cuatro años con el 100 por 100 de sus derechos pasivos.

Esta jubilación, calificada de «especial»[3], coexiste con otras fórmulas de jubilación que tienen lugar antes de los sesenta y cinco años y con las que suele confundirse pese a que cada una de ellas obedece a una finalidad distinta y tiene un régimen jurídico propio. No obstante, en ocasiones presentan rasgos parecidos que pueden explicar esa confusión -así cuando se fomenta la jubilación de un mutualista laboral a los 60 años comprometiéndose la empresa a sustituirlo por otro trabajador-. Observaremos, también, cómo puede producirse el tránsito de una figura a otra -cuando el jubilado parcialmente a los sesenta años se acoge a la jubilación anticipada a los sesenta y cuatro, por ejemplo-.

La especialidad de la jubilación se justifica por la finalidad de fomento del empleo, de ahí que creamos importante diferenciarla de otras jubilaciones cuya justificación también encuentra acomodo en aquel objetivo. Estamos pensando en concreto, no sólo en la jubilación parcial sino también en la jubilación forzosa.

El RD 1194/1985 nació en un contexto económico y político determinado que ha sido en gran parte superado. Debemos preguntarnos por la utilidad de una medida como la analizada, en el marco de una política de empleo que fomenta la contratación indefinida y la permanencia en el trabajo más allá de los sesenta y cinco años.

La jubilación especial está dotada de una cierta complejidad ya que no sólo implica al trabajador beneficiario y al sistema de Seguridad Social, sino también a su empresario y a un tercer trabajador. Como toda jubilación da lugar al nacimiento de una relación jurídica del jubilado con la Seguridad Social pero, además, y en cuanto se justifica por la creación de empleo, simultáneamente provoca el nacimiento de una relación laboral: la del trabajador sustituto. La jubilación es la razón de ser del contrato laboral cuya concertación, a su vez, es condición imprescindible para que se conceda aquélla. Podría decirse que a los requisitos exigidos por el art.161.1 TRLGSS para acceder a la jubilación, se añade el de la contratación simultánea de un desempleado, obligación que asume el empresario y cuya efectiva realización escapa normalmente al control del trabajador.

El hecho de que el empresario no cumpla con su obligación o lo hiciera de manera irregular, ha dado lugar a que el INSS deniegue a los trabajadores que lo solicitan el derecho al 100 por 100 de la pensión, aplicando, por contra, coeficientes reductores. Ante esta situación nos preguntamos si un trabajador que reúne los requisitos del RD 1194/1985, puede verse perjudicado por la inactividad del empresario o por su errónea actuación.

Planteados de esta manera los términos de nuestra reflexión, iniciamos el estudio de la jubilación especial, tratando de resolver previamente el problema de la dudosa vigencia del RD 1194/1985.

II. Normativa reguladora de la Jubilación Especial a los 64 años: La problemática vigencia del RD 1194/1985[4]

El origen de la jubilación especial debe buscarse en el Acuerdo Nacional sobre Empleo de 9 junio 1981,

[1]Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE del día 29) -en adelante TRLGSS-.

[2]BOE del día 20.

[3]Esta es la denominación que emplea el RD 1194/1985 en el Capítulo Primero. En adelante la utilizaremos para distinguirla de otras jubilaciones anticipadas.

suscrito por el Gobierno, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y las Centrales Sindicales mayoritarias[5], que preveía como medida de fomento del empleo -capítulo IV tres- el establecimiento de un sistema que permitiera la jubilación, con el cien por cien de los derechos pasivos de los trabajadores, al cumplir 64 años de edad, y la simultánea contratación por parte de las Empresas de trabajadores jóvenes o perceptores del Seguro de Desempleo, en número igual a las jubilaciones anticipadas que se pactaran con contratos de igual naturaleza que los que se sustituyeran.

En desarrollo de estas previsiones se dictó el Real Decreto-Ley 14/1981, de 20 agosto de 1981[6], sobre jubilación especial a los 64 años, desarrollado por el Real Decreto 2705/1981, de 19 de octubre de 1981[7]. Ambas normas posibilitaban la anticipación de la edad de jubilación a los 64 años, cuando así se hubiera establecido en Convenio Colectivo o mediante pacto entre empresa y trabajadores, siempre que la empresa sustituyera al trabajador por otro, que necesariamente debía ser un joven demandante del primer empleo o un perceptor de prestaciones por desempleo, y que el contrato de éste fuera de la misma naturaleza que el del trabajador sustituido. De esta manera, la aplicación de la jubilación especial eliminaba la posibilidad de que el empresario amortizara el puesto de trabajo del trabajador que se jubilaba, permitiendo así la contratación de trabajadores desempleados. No obstante, la rigidez de los requisitos que estas normas establecían, en cuanto limitaban en gran medida la libertad para escoger al trabajador sustituto y suprimían las posibilidades de elección de la modalidad contractual mediante la cual éste quedaría vinculado a la empresa, determinaron que no produjera efectos relevantes sobre el empleo.

LA JUBILACIÓN ESPECIAL ESTÁ DOTADA DE UNA CIERTA COMPLEJIDAD, YA QUE NO SOLO IMPLICA AL TRABAJADOR BENEFICIARIO Y AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL SINO TAMBIÉN AL EMPRESARIO Y A UN TERCER TRABAJADOR

Por ello, buscando una mayor proyección práctica de esta forma de jubilación anticipada, y en atención a la solicitud de modificación normativa planteada por los interlocutores sociales en el Acuerdo Interconfederal para 1983[8], fue elaborado el RD 1194/1985, de 17 de julio[9]. Norma dictada al amparo de la Disposición Adicional 7ª del Estatuto de los Trabajadores de 1980[10], introducida por La Ley 32/1984[11].

El nuevo reglamento revisó las condiciones en que la sustitución debía realizarse, flexibilizando considerablemente los requisitos fijados en la norma de 1981. De este modo, se eliminó el requisito que limitaba las posibilidades de contratación como sustitutos a los trabajadores jóvenes demandantes del primer empleo y a perceptores de prestaciones de desempleo, para abarcar a cualquier trabajador desempleado. Asímismo, se suprimió la exigencia que establecía la norma precedente de que el nuevo contrato fuera de la misma naturaleza que el que se extinguía, permitiendo su concertación bajo cualquier modalidad siempre que su duración no fuera inferior al año. El actual Reglamento excluía, sin embargo, el contrato eventual -no encontramos otra razón que la de su du-

---

[4]Sobre la jubilación especial a los 64 años, *vid,* MIÑARRO YANINI y RUANO ALBERTOS, *La jubilación especial y la jubilación forzosa en los pronunciamientos recientes de los Tribunales Superiores de Justicia,* «Tribuna Social», 1999, núm.106, pp.33-43.

[5]*Vid, Acuerdo Nacional sobre empleo. Textos, comentarios y desarrollo legislativo,* UGT, 1981.

[6]BOE del día 29, núm.207.

[7]BOE del 20 noviembre, núm.278.

[8]Según se establece en el artículo duodécimo del Acuerdo Interconfederal de 1983 las *«Organizaciones firmantes han examinado los posibles efectos positivos sobre el empleo que es susceptible de generar el establecimiento de un sistema que permita la jubilación con el 100 por 100 de los derechos pasivos de los trabajadores al cumplir los sesenta y cuatro años y la simultánea contratación por parte de las empresas de desempleados registrados en las Oficinas de Empleo, en número igual al de jubilaciones anticipadas que se pacten, por cualquiera de las modalidades de contrato vigentes en la actualidad, excepto las contrataciones a tiempo parcial, con un período mínimo de duración en todo caso superior al año y tendiendo al máximo respectivo».*

[9]El nuevo Reglamento derogó tanto el Real Decreto-Ley 14/1981, de 20 agosto de 1981 como el Real Decreto 2705/1981, de 19 de octubre de 1981 (Disposición Derogatoria Unica).

[10]Ley 8/1980, de 10 de marzo (BOE del día 14).

[11]Ley 32/1984, de 2 de agosto (BOE del día 4). El contenido de la Disposición adicional era el siguiente: *«El Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, acomodará la legislación vigente sobre pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social a efectos de la aplicación de lo previsto en el artículo 12.5 y en aquellos otros supuestos en los que la edad establecida con carácter general para tener derecho a dicha pensión haya de ser rebajada en desarrollo de medidas de fomento de empleo, siempre que las mismas conduzcan a la sustitución de unos trabajadores jubilados por otros en situación de desempleados».*

ración inferior al año- y la contratación a tiempo parcial, pues su intención era fomentar sólo la creación de empleo a tiempo completo[12].

La vigencia del Reglamento resultó dudosa después de que la Disposición Derogatoria Unica del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 derogara la Disposición Adicional 7ª del Estatuto de los Trabajadores[13]. Pero también es cierto que el RD 1194/1985 no sido derogado expresamente y podría haber quedado convalidado por la Disposición Final Cuarta TRLGSS[14] por la que se autoriza al Gobierno a acomodar la legislación vigente sobre pensión de jubilación a la nueva regulación de la jubilación parcial contenida en el art.166 TRLGSS y al fomento del empleo[15]. Lo cierto es que hasta la fecha no se ha procedido a efectuar la adaptación prevista.

Por su parte, el Pacto de Toledo tras proponer en su Recomendación Décima medidas que facilitaran la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo desearan, aconsejó reducir las posibilidades que, con carácter general, existían en favor de la jubilación anticipada. Su objetivo no era poner fin a todas las fórmulas de jubilación anticipada sino sólo a las solicitadas a partir de los 60 años por los que tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967. De ahí que la misma Recomendación aconsejara el mantenimiento de *«los sistemas de jubilación anticipada ligados a contratos de relevo y de sustitución ya previstos en la legislación vigente»*. Tales sistemas no resultaron afectados por la Ley 24/1997, de 15 de julio de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social[16], que en cuestión de edad de jubilación se limitó a llevar a la práctica el encargo del Pacto de Toledo desincentivando las jubilaciones anticipadas de los mutualistas laborales y favoreciendo la permanencia en el trabajo más allá los 65 años de edad.

El legislador, por su parte, no parece dudar de la vigencia de la norma, como lo demuestra el hecho de que las leyes que desde 1997 han regulado los incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo, hayan aludido de forma expresa al *«contrato de sustitución por anticipación de la edad de jubilación»* incentivando su transformación en uno de naturaleza indefinida[17]. Dicho contrato, sin

[12]En este sentido ha señalado la STSJ Asturias de 20 marzo 1998 (Ar.539)[Citada por MIÑARRO YANINI y RUANO ALBERTOS, *La jubilación especial y la jubilación forzosa en los pronunciamientos recientes de los Tribunales Superiores de Justicia,* «TS», 1999, núm.106, pág.36] que hay libertad para escoger la modalidad contractual dentro de unos límites expresamente previstos que están en consonancia con el objetivo perseguido por el RD 1194/1985, de «fomentar el empleo, logrando la sustitución de contratos temporales y a tiempo parcial por contratos indefinidos y a jornada completa, estableciendo expresamente como requisito esencial, que ha de ser a tiempo completo, pudiendo concertarse al amparo de cualquiera de las modalidades de contratación vigentes, excepto lógicamente la contratación a tiempo parcial». La exclusión de la contratación a tiempo parcial implica para la Administración de la Seguridad Social que también se encuentre excluida la contratación como trabajador fijo de carácter discontinuo (Criterio de aplicación 97/11, citado por SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.225, nota 502).

[13]A favor de la desaparición del RD 1194/1985 se ha apuntado que ni la Ley 10/1994 de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación (BOE de 23 mayo) ni el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995 [Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 29 de marzo) -en adelante TRET] incorporaron esta figura dentro de los contratos de fomento del empleo, que conlleva la anticipación de la edad de jubilación. *Vid,* BLASCO LAHOZ, LOPEZ GANDIA y MONPARLER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social,* «Tirant lo Blanch», Valencia, 1998, pág.399. Dicha interpretación sería cierta si efectivamente el contrato de fomento del empleo fuera la única modalidad permitida para formalizar la relación con el sustituto del jubilado, pero como se verá más adelante el RD habla de «cualquiera de las modalidades contractuales vigentes».

[14]*«El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, acomodará la legislación vigente sobre pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social a efectos de la aplicación de lo previsto en el artículo 166 de la presente Ley y en aquellos otros supuestos en los que la edad establecida con carácter general para tener derecho a dicha pensión haya de ser rebajada en desarrollo de medidas de fomento de empleo, siempre que las mismas conduzcan a la sustitución de unos trabajadores jubilados por otros en situación de desempleados».*

[15]Esta posible convalidación es apuntada por LOPEZ GANDIA, *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral,* «Tirant lo Blanch», Valencia, 1997, pág.111. En el mismo, sentido la STSJ de Baleares de 10 marzo 1999 (Ar.1450) indica que el RD 1194/1985 «es la normativa aplicable, al amparo de lo dispuesto en la Disposición final cuarta de la Ley de la Seguridad Social. Es decir, queda claro que corresponde al Gobierno acomodar la legislación vigente sobre pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social a efectos de lo previsto en el art.166 y en aquellos otros supuestos en que la edad establecida haya de ser rebajada en desarrollo de medidas de fomento de empleo. Ello no obstante, hasta la fecha, el Gobierno ha mantenido la vigencia del RD 1194/1985 antes citado».

[16]BOE del día 16 (en adelante LCRSS).

[17]Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo (BB.OO.E del 17 y del 24) art.2; Ley 64/1997, de 26 de diciembre (BOE de 30 de diciembre) art.2; Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE del día 31) número 2 del apartado primero de la Disposición Adicional Cuadragésima Tercera conforme redacción dada por el art.primero del Real Decreto-Ley 5/1999, de 9 de abril (BOE del día 10).

embargo, es silenciado en el programa de fomento del empleo para el año 2000[18]. La razón, creemos, no debe buscarse en la derogación del RD 1194/1985 sino que es lógica consecuencia de una política de empleo que ha dado un paso más en la creación de trabajo indefinido fomentando que los contratos tengan tal naturaleza desde el inicio de la relación -alternativa permitida por la norma reglamentaria-. Teniendo en cuenta que el RD 1194/1985 exige que el sustituto sea desempleado, el empresario podrá seguir beneficiándose de bonificaciones si contrata indefinidamente a personas pertenecientes a los colectivos protegidos por el nuevo Programa de Fomento del Empleo.

Recientemente, encontramos referencias no ya tácitas sino expresas al Real Decreto 1194/1985 en la normativa que regula la revalorización del sistema de pensiones del sistema de la Seguridad Social para el año 2000. El Real Decreto 2064/1999, de 30 de diciembre[19] señala en su Disposición Adicional Tercera.4 que en los supuestos de jubilación especial a los sesenta y cuatro años, prevista en el Real Decreto 1194/1985, la edad de sesenta y cinco años, a efectos de determinación del derecho a los complementos por mínimos, se entenderá cumplida a los sesenta y cuatro.

Tras lo expuesto, estamos en condiciones de afirmar que la jubilación especial a los 64 años continúa siendo posible al amparo del RD 1194/1985[20].

---

[18]La Ley 55/1999, de 29 diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE del día 30, núm.312) incentiva sólo la transformación en indefinidos de los contratos formativos y del contrato de relevo (art.28.Tres.5).

[19]BOE del día 31.

[20]Defienden la vigencia del Reglamento LOPEZ GANDIA, ***Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral,*** **«Tirant lo Blanch», Valencia, 1997, pág.111; LOPEZ CUMBRE,** ***Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento de las jubilaciones anticipadas,*** **«Tribuna Social», 1998, núm.94, pág.25; MIÑARRO YANINI y RUANO ALBERTOS,** ***La jubilación especial y la jubilación forzosa en los pronunciamientos recientes de los Tribunales Superiores de Justicia,*** **«TS», 1999, núm.106, pp.33-37; SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR,** ***La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,*** **«Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.222, nota 494. En contra,** ***Vid,*** **BLASCO LAHOZ, LOPEZ GANDIA y MONPARLER CARRASCO,** ***Curso de Seguridad Social,*** **«Tirant lo Blanch», Valencia, 1998, pág.399. La negociación colectiva del año 2000 continúa regulando esta figura.** ***Vid, art.41 Convenio Colectivo de asistencia y educación infantil (BOE 25-1-2000); art.39 Convenio Colectivo de Estaciones de Servicio (BOE 2-2.2000); art.15 Convenio Marco para Puertos del Estado y autoridades portuarias (A Coruña, Algeciras, Alicante, Almería-Motril, Avilés, Barcelona, Bahía de Cádiz, Baleares, Cartagena, Castellón)(BOE 18-1-2000); art.13 Convenio Colectivo de Rematantes, aserradores, envases y cajas diversas de la provincia de Huesca (BOP 5-2-2000); art.30 Convenio Colectivo para el Comercio de recambios, neumáticos, y accesorios de automóviles de Madrid (BOCM 26-2-2000); art.34 Convenio Colectivo de Hostelería y Turismo de la provincia de Huesca (BOP 23-2-2000); art.35 Convenio Colectivo de Minoristas de la alimentación de Asturias (BOPA 22-1-2000); art.10 Convenio Colectivo de Establecimientos sanitarios de hospital, consulta, asistencia y análisis clínicos de Asturias (BOPA 2-1-2000); art.51 Convenio Colectivo para empresas de productos dietéticos y preparados alimenticios de Cataluña (DOGC 25-1-2000); art.31 Convenio Colectivo de Mayoristas de alimentación, mayoristas de frutas y productos hortícolas de Asturias (BOPA 25-1-2000); art.21 Convenio Colectivo de Transporte de viajeros por carretera de la provincia de Valencia (BOP 28-1-2000); art.29 Convenio Colectivo de Distribuidores mayoristas de alimentación de la provincia de Barcelona (DOGC 13-1-2000); art.30 Convenio Colectivo de Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Guipúzcoa (BOP 18-1-2000); art.40 Convenio Colectivo de Transportes regulares y discrecionales de viajeros de la provincia de Jaén (BOP 19-1-2000); art.23 Convenio Colectivo del Comercio Textil de la provincia de Palencia (BOP 21-1-2000); art.40 Convenio Colectivo de Transportes discrecionales de mercancías por carretera de la provincia de Jaén (BOP 7-1-2000); art.22 Convenio Colectivo del Comercio de la piel de la provincia de Palencia (BOP 12-1-2000); art.24 Convenio Colectivo de Limpieza de edificios y locales de la provincia de Huesca (BOP 12-1-2000); art.17 Convenio Colectivo de confiterías, pastelerías y reposterías de la provincia de Salamanca (BOP 13-1-2000).*** **La lectura de los Convenios Colectivos del año 1999, revela que en un porcentaje muy alto regulan la jubilación especial. Nos remitimos, a los Convenios citados a lo largo de este trabajo, advirtiendo que precisamente por su elevado número sólo se aportan aquellos que contienen cláusulas de especial interés..**

A pesar de que el RD 1194/1985 derogó el Real Decreto-Ley 14/1981, no pocos Convenios Colectivos al regular la jubilación especial a los 64 años, continúan remitiéndose a la antigua normativa. ***Vid, art.20 Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Lérida (DOGC 19-1-1999); art.36 Convenio Colectivo de Comercio de alimentación de la provincia de Alicante (Mayoristas) (BOP 15-1-1999); art.27 Convenio Colectivo de establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia de La Coruña (DOG 25-1-1999); art.36 Convenio Colectivo del Comercio de alimentación de la provincia de Alicante (Mayoristas) (BOP 30-1-1999); art.26 Convenio Colectivo de Comercio Textil de la provincia de Alicante (BOP 30-1-1999); art.18 Convenio Colectivo de Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Badajoz (DOE 4-1-1999); Convenio Colectivo de Trabajadores Agropecuarios de la provincia de Zamora (BOP 10-2-1999); art.73 Convenio Colectivo para Marroquinería, confección en piel o industrias afines de Baleares (BOCAIB 16-3-1999); art.24 Convenio Colectivo para Comercio de frutas y hortalizas (Mayoristas de Cádiz capital) (BOP 4-3-1999); art.25.b) Convenio Colectivo de Industrias y dependencias mercantiles de Confiterías y pastelerías de la provincia de Cádiz (BOP 26-2-1999); art.22 Convenio Colectivo de Transporte de viajeros por carretera de la provincia de Cuenca (BOP 22-2-1999); art.27 Convenio Colectivo para establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia de La Coruña (BOP 7-4-1999); art.37 Convenio Colectivo para empresas de Captación, elevación, conducción de agua de la provincia de Ciudad Real (BOP 19-4-1999); art.20 Convenio Colectivo de Estibadores portuarios (Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba) de Barcelona (DOGC 6-4-1999); art.23 Convenio Colectivo de***

III. Justificación de la jubilación especial a los 64 años: el fomento del empleo.

3.1. IDEAS PREVIAS: JUBILACION Y POLITICA DE EMPLEO

El Real Decreto-Ley 14/1981 fue hijo de su tiempo, en el sentido de que nació en un contexto marcado por una fuerte crisis económica y con el fin de contribuir a paliar las consecuencias que sobre el mercado de trabajo estaba provocando.

En el terreno estrictamente laboral, la crisis económica de los años setenta dio como fruto la generalización de la contratación temporal en perjuicio de la indefinida. Recién consagrada en la Ley de Relaciones Laborales de 1976[21]y en el Estatuto de los Trabajadores de 1980[22] la preferencia por la contratación indefinida y el carácter excepcional de la contratación de duración determinada, una serie de disposiciones, en aras del fomento del empleo, desligaron la duración de los contratos de la naturaleza permanente o temporal de la actividad a desarrollar[23]. El mismo ANE que había fomentado la jubilación anticipada como medida de creación de empleo, serviría de apoyo para una política que haría pivotar esa creación de empleo sobre la contratación temporal coyuntural[24].

También la jubilación fue puesta al servicio de la creación de empleo[25]. La conexión entre política de empleo y jubilación se produjo en el ámbito de medidas de reparto de trabajo tales como: el adelantamiento -con carácter general- de la edad de jubilación, la fijación de una edad máxima que actuaba como límite de la capacidad para trabajar -jubilación forzosa- o la jubilación anticipada en sus diversas variantes[26]. Se trataba de llevar a la práctica el conocido lema de «trabajar menos para que todos trabajen»[27].

Como resultado de la generalización de estas prácticas, LOPEZ CUMBRE podía constatar en 1998 que la edad ordinaria de 65 años no había coincidido con la edad real de jubilación, cifrada en los 63,1 años en la totalidad del sistema y en los 62,2 años si la referencia se realizaba únicamente para el Régimen General de la Seguridad Social en el que un 70% de las pensiones de jubilación se habían estado causando con menos de 65 años. En su mayor parte, estas jubilaciones anticipadas se habían producido a los 60 años de edad, el 40,7% del total, y con coeficiente reductor sobre la misma, en tanto sólo un 2,9% habían eludido la aplicación de dicho coeficiente[28]. El elevado número de jubilaciones anticipadas, en concreto las solicitadas por los antiguos mutualistas[29], ha obedecido, entre otras razones, al interés empresarial por utilizar el anticipo de la edad de jubilación o de cese como forma para consensuar reducciones de plantilla[30]. Como con-

---

la Industria de la Panadería de la provincia de Zamora (BOP 28-4-1999); art.16 Convenio Colectivo para comercio de la piel de la provincia de Orense (DOG 30-7-1999); art.17 Convenio Colectivo de Fabricantes de Sidra de Asturias (BOPA 31-7-1999); art.21 Convenio Colectivo para pintores murales, decoradores y empapeladores de la provincia de Valencia (BOP 8-10-1999); art.31 Convenio Colectivo de Mayoristas de alimentación, mayoristas de frutas y productos horticolas de Asturias (BOPA 25-1-2000).

[21]Art.14 de la Ley 16/1976, de 8 de abril (BOE del día 21).

[22]Art.15.1 de la Ley 8/1980, de 8 de marzo (BOE de 14 marzo).

[23]Para un estudio de estas medidas *vid*, CASAS BAAMONDE y VALDÉS DAL-RÉ, *Diversidad y Precariedad de la contratación laboral en España*, «RL» 1988/I, pp.244-245.

[24]Asistimos a una consolidación del contrato temporal de fomento del empleo regulado en el RD 1989/1984, de 17 de octubre (BOE de 9 noviembre).

[25]MARTIN PUEBLA y SASTRE IBARRECHE, insisten en la relativa eficacia de la jubilación como instrumento de la política de empleo, afectada por las limitaciones inherentes a las medidas de reparto de trabajo, en general. *Vid*, MARTIN PUEBLA y SASTRE IBARRECHE, *Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador*, «Tecnos», 1991, pág.12.

[26]*Vid*, MARTIN PUEBLA y SASTRE IBARRECHE, *Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador*, «Tecnos», 1991, pág.11.

[27]*Vid*, MARTIN PUEBLA y SASTRE IBARRECHE, *Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador*, «Tecnos», 1991, pág.10.

[28]LOPEZ CUMBRE, *Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico de las jubilaciones anticipadas*, «Tribuna Social», 1998, núm.94, pág.16.

[29]SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, llaman la atención sobre el hecho de que esta sea la vía de jubilación empleada por la mayoría de los españoles. *Vid*, SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.61.

[30]LOPEZ CUMBRE, *Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico de las jubilaciones anticipadas*, «Tribuna Social», 1998, núm.94, pág.17. La autora apunta además las siguientes razones: la dificultad de encontrar un nuevo empleo por parte del trabajador una vez que se ha perdido el anterior de manera que la jubilación anticipada -formalmente voluntaria, materialmente forzosa- se presenta como única solución; y el interés de la Administración de disminuir el número de desempleados que se traduce en el obligatorio pase del perceptor del subsidio de prejubilación a la jubilación anticipada cuando el trabajador cumpla la edad correspondiente.

secuencia, la Seguridad Social se ha visto obligada a empezar a pagar antes de lo previsto -aunque con coeficientes reductores- las pensiones de jubilación, sin que por otro lado se haya producido el necesario relevo entre cotizantes.

Simultáneamente, los convenios colectivos han recogido con frecuencia la obligatoriedad de la jubilación a los sesenta y cinco años, lo que ha supuesto el cese en el trabajo de personas que todavía se encontraban en la plenitud de sus facultades, sin que, en todos los casos se cumpliera el mandato constitucional de no amortizar los puestos.

En la línea de aliviar los gastos financieros del sistema y retrasar el momento de acceso a la jubilación, la Disposición Adicional 26ª TRLGSS -introducida en su día por el art.12 LCRSS- considera conveniente ofrecer ciertos estímulos a este comportamiento. Concretamente, aquélla contempla la posibilidad de que, previa consulta con las organizacioes sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el Gobierno conceda desgravaciones o deducciones en las cotizaciones sociales cuando el trabajador *«opte por permanecer en activo, una vez alcanzada la edad de 65 años, con suspensión proporcional al percibo de la pensión»*[31].

La finalidad última que persiguen estas normas de fomento del retraso de la edad efectiva de jubilación es reducir el volumen de pensionistas y el consiguiente coste de las pensiones de jubilación; debido al proceso de envejecimiento de la población y a la mejora de la situación sanitaria de la misma, tal volumen y el coste derivado se están elevando en la generalidad de los países en una proporción preocupante desde el punto de vista económico. Con las normas aludidas, se trata también, al mismo tiempo, de detener o limitar en lo posible el descenso de la proporción entre cotizantes y beneficiarios[32].

LA FINALIDAD ÚLTIMA QUE PERSIGUEN ESTAS NORMAS DE FOMENTO DEL RETRASO DE LA EDAD EFECTIVA DE JUBILACIÓN ES REDUCIR EL VOLUMEN DE PENSIONISTAS Y EL CONSIGUIENTE COSTE DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN

Uno de las principales objeciones que se han realizado a la nueva normativa que fomenta la permanencia más allá de los 65 años se localiza en el desincentivo a los desempleados o demandantes de primer empleo que observan cómo una fórmula de salida que, en algunos casos, había servido para repartir el empleo se encuentra obstaculizada al promocionar de esta manera la permanencia en el puesto de trabajo[33].

Teniendo en cuenta que la jubilación especial a los sesenta y cuatro años se justifica por su contribución a la creación de empleo, y considerando el todavía elevado número de desempleados que esperan una oportunidad para trabajar, medidas como las que analizamos siguen teniendo sentido. Es decir, no se oponen dos medidas de creación de empleo -jubilación especial y prolongación de la edad de jubilación- sino que conviven dos medidas que persiguen finalidades distintas -la primera de ellas, la creación de empleo; la segunda, reducir el desequilibrio que se produce entre cotizantes y pensionistas, provocado, entre otras razones, por la salida de trabajadores del mundo labo-

[31]SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.59. Indican los citados autores que con esta medida, se trataría fundamental, aunque no exclusivamente de hacer atractiva la permanencia en el trabajo a quien tenga la oportunidad de acceder ya a la pensión de jubilación ordinaria con plenos efectos. *Vid,* pág.60.

[32]MARTIN VALVERDE, *El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social,* «Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales», 1997, núm.4, pp.50-51. Apuntan SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR que si de lo que realmente se trata es de distribuir los costes financieros que la cuantía y número de las pensiones de jubilación generan para el sistema de protección social, mucho más adecuado parece que las medidas favorecedoras de la prolongación voluntaria de la vida activa se prediquen fundamentalmente respecto de quienes reúnen todos los requisitos necesarios para acceder a la jubilación anticipada de forma voluntaria a través de la Disposición Transitoria Tercera 1.2ª TRLGSS. Ejemplo de ello es la posibilidad de acceder a la jubilación parcial a partir de los 60 años. En todo caso no debiera olvidarse que, aquella modalidad de jubilación constituye un derecho adquirido con carácter transitorio por los trabajadores que cotizaron al Mutualismo Laboral suficientemente ya penalizada. *Vid,* SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.61.

[33]De ahí que en la tramitación parlamentaria algunos grupos políticos advirtieran sobre una medida que iba a resultar "lesiva a la creación de empleo, pues crea un tapón justo en uno de los pocos focos por donde se puede prever con exactitud que se va a crear empleo, que es la sustitución por razón de la jubilación forzosa" calificando esta vía, por tanto, como "inaceptable". *Vid,* LOPEZ CUMBRE, *Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento de las jubilaciones anticipadas,* «Tribuna Social», 1998, núm.94, pág.32. Insisten también en los efectos negativos sobre la incorporación de los jóvenes al trabajo que puede provocar esta medida, SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.61.

ral sin realizarse su simultánea sustitución por nuevos cotizantes-. En última instancia estamos ante una decisión personal del trabajador, quien puede tener interés en jubilarse anticipadamente y dejar su puesto a un nuevo trabajador -estamos pensando por ejemplo en el cada vez más duro mundo de la Enseñanza Secundaria- o en prolongar su vida laboral más allá de los sesenta y cinco.

3.2. LA CREACIÓN-REPARTO DE EMPLEO A TRAVES DE LA JUBILACIÓN ESPECIAL

La jubilación anticipada se permite como medida de fomento del empleo. El empresario se ve incentivado a crear empleo porque se le permite que con un año de anticipación sustituya a un trabajador fijo cuyos salarios, estando cercana la edad de jubilación son elevados, por un trabajador nuevo al que lógicamente se abonará un salario menor. Por otro lado, al autorizarse el recurso a cualquier modalidad contractual, se le está permitiendo atender la actividad permanente de la empresa -que realizaba el sustituido- no con un contrato indefinido como correspondería, sino mediante un contrato que al menos debe tener una duración de un año. Desde esta perspectiva, puede decirse que la extinción de los contratos por jubilación, aun sustituyéndose por nuevas contrataciones «rinde culto a la temporalidad»[34] y contribuye a la precarización de los nuevos empleos[35].

En este sentido, estamos ante una medida de creación-reparto de empleo[36], aunque efímera pues su propuesta más ambiciosa no es la sustitución de empleo estable por otro de igual naturaleza sino la posposición de la amortización de esa plaza por un tiempo[37]. Lege ferenda, sería conveniente que se volviera al espíritu del Real Decreto-Ley 1981, imponiendo que el contrato a realizar con el sustituto tenga la misma naturaleza -indefinida o temporal- que la del sustituido. En primer lugar, no sólo el contexto económico difiere del existente en 1984, sino que la política de creación de empleo ha dado un giro radical mostrando ahora una clara opción por la contratación indefinida[38], en menoscabo de la temporal que es vista con sospecha. En segundo lugar, el coste que supone para la Seguridad Social la salida de un cotizante, sólo se ve compensado si se asegura su sustitución por uno nuevo que va a permanecer de manera prolongada en el sistema. No puede alegarse, como en su momento se hizo, la rigidez que supone exigir el carácter indefinido del contrato, pues el empresario disfrutaría de las bonificaciones que en su caso puedan establecer las leyes, si el trabajador desempleado pertenece a los colectivos protegidos.

Por último, el Reglamento no se propone directamente el rejuvenecimiento de plantillas, desde el momento en que no se exige que el sustituto sea un "joven" desempleado. Tampoco aparece como fin directo aliviar a la Seguridad Social de la carga que suponen las prestaciones o subsidios de Desempleo, toda vez que sólo se pide que el nuevo trabajador sea «desempleado».

---

[34] *Vid,* VALDES DAL-RE, autor citado por ORTIZ LALLANA, *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad y despidos colectivos,* en, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores,* «Edersa», Tomo IX. Vol.2º, 1989, pág.85.

[35] *Vid,* ORTIZ LALLANA, *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad y despidos colectivos,* en, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores,* «Edersa», Tomo IX. Vol.2º, 1989, pág.85.

[36] Reflexión que realiza LOPEZ CUMBRE en relación con la jubilación anticipada en general. *Vid,* LOPEZ CUMBRE, *Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo,* «Tribuna Social», 1998, núm.85, pp.50-51. SANCHEZ-URAN AZAÑA, también sitúa al contrato por anticipación de la edad de jubilación dentro del género o tipo «fórmulas de reparto de empleo». *Vid,* SANCHEZ-URAN AZAÑA, *Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada,* «Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales», 1999, núm.18, pág.195. MIÑARRO YANINI y RUANO ALBERTOS, insisten también en que lo que prima en estos contratos es ante todo la finalidad de fomento del empleo. *Vid,* MIÑARRO YANINI y RUANO ALBERTOS, *La jubilación especial y la jubilación forzosa en los pronunciamientos recientes de los Tribunales Superiores de Justicia,* «Tribuna Social», 1999, núm.106, pp.35 y 37.

[37] LOPEZ CUMBRE, *Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo,* «Tribuna Social», 1998, núm.85, pág.51. Como indicaba el Acuerdo Nacional sobre empleo, este tipo de medidas sobre la edad de jubilación pretende cubrir dos objetivos: 1. Favorecer la redistribución del trabajo existente. 2. Facilitar el retiro voluntario, sin perjuicios económicos para el trabajador.

[38] La Disposición derogatoria única de la Ley 10/1994, de 19 de mayo de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación (BOE del día 23) procedió a derogar expresamente el RD 1989/1984. En la actualidad esta figura se admite sólo para los trabajadores minusválidos [art.28. Nueve de La Ley 55/1999, de 29 diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE del día 30)].

[39] *Vid,* sobre jubilaciones anticipadas LOPEZ CUMBRE, *Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento de las jubilaciones anticipadas,* «Tribuna Social», 1998, núm.94, pp.16 y ss.

[40] Arts. 9 RD 298/1973, de 8 de febrero (BOE del día 27) y 21 OM 3 de abril de 1973 (BOE del día 24).

[41] Art.21 RD 3255/1983, de 21 de diciembre (BOE 4 enero) y RD 2366/1984, de 26 de diciembre (BOE 15 enero).

IV. Distinción de figuras afines

4.1. DISTINCIÓN DE OTRAS MEDIDAS DE JUBILACIÓN ANTICIPADA[39]

A. Anticipación de la edad mínima ordinaria de jubilación en función de la actividad desarrollada

El art.161.2 TRLGSS permite que la edad mínima de jubilación se rebaje *«en aquellos grupos o actividades profesionales, cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca»*. De hecho así ha sucedido con determinadas actividades y/o categorías profesionales comprendidas en los siguientes colectivos: Empleados de la mínería integrados[40] o no[41] en el Régimen Especial de la Minería del Carbón; Personal de vuelo de trabajos aéreos[42]; Trabajadores ferroviarios[43] y Trabajadores del Mar[44].

A diferencia de la figura objeto de nuestro estudio, esta medida no pretende la creación de empleo sino que encuentra su fundamento en la conveniencia de dejar de trabajar por el mayor desgaste físico sufrido por el empleado en determinados trabajos a lo largo de su vida profesional. Por ello el adelanto respecto de los 65 años no conlleva penalizaciones sino que se adoptan medidas para calcular la pensión como si realmente se hubiera alcanzado dicha edad, motivo por el cual suele hablarse en estos casos de «edades ficticias» de jubilación[45]. La nueva edad bonificada se obtiene aplicando coeficientes reductores sobre la edad de jubilación.

En cuanto no es una medida de fomento de empleo, lógicamente no se se condiciona a la contratación de un nuevo trabajador.

B. Anticipación de la edad mínima ordinaria de jubilación ex Disposición Transitoria Tercera 1.2ª TRLGSS

Con carácter general y siempre que reúnan los demás requisitos exigidos al respecto, quienes el 1 de enero de 1967 o -en cualquier otra fecha con anterioridad- hubieran ostentado la condición de mutualistas por cuenta ajena en el antiguo sistema del Mutualismo Laboral podrán causar derecho a la pensión de jubilación a partir de los 60 años. Así lo permite hoy la Disposición Transitoria Tercera.1.2ª TRLGSS[46], y, antes, la todavía vigente disposición Transitoria Primera.9 OV[47].

> TAL Y COMO SE ESTÁ PLANTEANDO PUEDE DECIRSE QUE LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS POR JUBILACIÓN, AÚN SUSTITUYÉNDOSE POR NUEVAS CONTRATACIONES, "RINDE CULTO A LA TEMPORALIDAD" Y CONTRIBUYE A LA PRECARIZACIÓN DE LOS NUEVOS EMPLEOS

Con carácter general puede decirse que la cuantía de la pensión de jubilación solicitada por esta vía se obtiene aplicando a la cuantía de la pensión inicialmente calculada de conformidad con las reglas generales una reducción de un 8% por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir los 65 años reales -o ficticios- de edad. El porcentaje aplicable a la base reguladora según los años de cotización acreditados por el interesado experimentará la disminución resultante de aplicarle la siguiente escala de coeficientes reductores[48]: a los 60 años:0,60; a los 61 años:0,68; a los 62 años:0,76; a los 63 años:0,84; a los 64 años:0,92.

No obstante, cuando la solicitud anticipada de la pensión de jubilación derive del cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, el porcentaje reductor aplicable será de un 7% siempre que en el momento del hecho causante aquél acredite 40 o más años de cotización.

Tanto en un supuesto como en otro, los efectos que derivan de la aplicación de los respectivos coeficientes reductores se mantendrán en el tiempo, incluso,

---

[42]Art.2 RD 1559/1986, de 28 de junio (BOE 31 julio).

[43]Art.3 Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre (BOE 30 diciembre) por el que se integra entre otros el Régimen Especial de los Trabajadores Ferroviarios en el Régimen GeneraI.

[44]Art.1 Decreto 2309/1970, de 23 de julio (BOE 24 agosto) -modificado por RD 863/1990, de 6 de julio- y OM 31 de enero de 1974.

[45]SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pp.52-53.

[46]Modificada por el art.7.Uno LCRSS.

[47]Orden del Ministerio de Trabajo de 18 de enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE 26-1-1967).

[48]DisposiciónTransitoria Primera 9 OV.

aun cuando el interesado alcance la edad de 65 años[49].

Esta fórmula de jubilación anticipada difiere de la especial a los sesenta y cuatro años no sólo en la edad -ya que puede ser solicitada desde los sesenta años-, sino en la cuantía de la pensión a percibir que en el primer caso se aminorará por la aplicación de coeficientes reductores, mientras que en el segundo se calculará conforme a las reglas generales como si el trabajador tuviera sesenta y cinco años.

En cuanto a la justificación de ambas, en un principio la concesión de jubilaciones anticipadas a los mutualistas laborales obedece al respeto a las expectativas de derechos nacidos al amparo de leyes anteriores -concretamente, la de poder jubilarse una vez alcanzada la citada edad (art.57 OM 10 de septiembre de 1954)-, sin que se busque la creación de empleo. No obstante, algunos convenios colectivos han fomentado este tipo de jubilaciones anticipadas a cambio de la contratación de nuevos trabajadores, lo que puede provocar confusión con la jubilación especial. En tanto tengan lugar antes de los sesenta y cuatro años no será de aplicación el RD 1194/1985 y por tanto se aplicarán los coeficientes reductores, de ahí que se prevean compensaciones para los trabajadores. Si se solicita a partir de los sesenta y cuatro años, sólo podrá acogerse al RD 1194/1985 si la sustitución se realiza en las condiciones del Reglamento[50].

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que a principios del siglo XXI no habrá trabajadores que cumplan con los requisitos de transitoriedad que la norma establece, de manera tal que los trabajadores de más edad habrán de permanecer durante más tiempo en el empleo[51], quedando como única posibilidad de jubilación anticipada, la especial a los sesenta y cuatro años y la jubilación parcial que examinamos a continuación.

C. Jubilación parcial a partir de los 60 años

Conforme al art.166 TRLGSS *«1. Los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que habrá de ser inferior a cinco años, como*

---

[49] **SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.237.**

[50] **El *art.21 Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de Madrid (BOCM 10-3-1999)* tras regular en el apartado b) la jubilación especial a los sesenta y cuatro años, indica en el apartado c) que «Cuando el empresario y el trabajador o trabajadora así lo acuerden, podrá éste, jubilarse anticipadamente bajo las condiciones de una de las dos alternativas que figuran a continuación: 1. Se solicitará la jubilación anticipada de los trabajadores o trabajadoras mayores de sesenta y tres años, quedando obligados los empresarios que adopten esta medida a sustituir al trabajador o trabajadora jubilado por un trabajador o trabajadora con contrato temporal, preferentemente joven de primer empleo, que mantendrá su contrato durante el tiempo que le restará al sustituto para cumplir los sesenta y cinco años»; el *art.11 Convenio Colectivo de limpieza pública, riegos, recogida de basuras, limpieza y conservación de alcantarillado de la provincia de León (BOP 22-2-2000)* tras prever la figura de la jubilación especial a los sesenta y cuatro años, recoge el compromiso de las partes de fomentar la jubilación anticipada -desde los 60 a los 63 años inclusive- «a través de la Seguridad Social y sus propios medios». A tal fin recoge una serie de compensaciones para los trabajadores que lo soliciten en función de su antigüedad en la empresa. La empresa se compromete a no amortizar el puesto de trabajo dejado vacante por quien se jubile. «La sustitución de dicho puesto se efectuará según marca la Ley reguladora en esta materia». ¿A qué ley se refiere? No puede tratarse, desde luego del RD 1194/1985; también regula en párrafos separados la jubilación anticipada a partir de los sesenta y tres años hasta lo sesenta y cinco y la jubilación especial a los sesenta y cuatro el *art.30 Convenio Colectivo para la Construcción de la provincia de Gerona (DOGC 15-4-1999):* el trabajador puede jubilarse anticipadamente a partir de los sesenta y tres años hasta los sesenta y cinco -por lo tanto también a los sesenta y cuatro- percibiendo una indemnización que varía según la edad y la antigüedad en la empresa. La indemnización consiste en unos meses de salario. En estos supuestos, la empresa se compromete a «dar empleo a otro trabajador por el tiempo estricto que faltara al jubilable por cumplir los 65 años. La contratación del trabajador sustituido se tendrá que realizar da acuerdo con alguna de las modalidades de contratación temporal o eventual previstas, en cada momento, por la legislación vigente, y a la vez, con las siguientes condiciones: a) Que no exista en la empresa personal fijo en plantilla disponible, en expectativa de destino o realizando funciones diferentes a las de su categoría laboral, para cubrir la vacante producida. El acuerdo de la empresa y el trabajador jubilable se tendrá que comunicar inmediatamente, en su caso, a los representantes en la sede de la empresa o en el centro de trabajo correspondiente. b) La contratación del trabajador sustituido se hará por el puesto y categoría profesional más adecuada a las necesidades de la empresa, teniendo en cuenta las expectativas de promoción de los demás trabajadores de la mencionada empresa. 4. En el caso de que la indemnización pactada ente empresa y trabajador jubilado fuera superior a la anteriormente establecida, la duración del contrato temporal o eventual del trabajador sustituido podrá reducirse en tantos meses como mensualidades de más se abonen en concepto de indemnizaciones». Como puede observarse la jubilación a partir de los sesenta y tres años, no siempre va a suponer la contratación de un nuevo trabajador, y en el supuesto de que efectivamente lo sea, puede alcanzar el contrato una duración inferior al año; la misma cláusula se recoge en el *art.37 Convenio Colectivo de la Construcción de la provincia de Huelga (BOP 17-9-1999); art.60 Convenio para la Construcción de la provincia de Orense (DOG 21-9-1999). El art.31 Convenio Colectivo de Transporte de viajeros por carretera de la provincia de Valladolid (BOP 31-3-1999)* permite la jubilación anticipada a partir de los sesenta años, comprometiéndose la empresa a cubrir las bajas producidas. No habla de la jubilación especial a los sesenta y cuatro años. El *art.20 Convenio Colectivo de Captación y distribución de Agua para riegos de la provincia de Granada (BOP 27-4-1999)* regula la jubilación voluntaria anticipada desde los sesenta a los sesenta y**

máximo, a la exigida, podrán acceder a la jubilación parcial, en las condiciones previstas en el apartado 6 del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. 2. El disfrute de la pensión de jubilación parcial será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial, hasta el cumplimiento de la edad establecida con carácter general para causar derecho a la pensión de jubilaciòn». Las condiciones previstas en el art.12.6 TRET son las siguientes:

■ El trabajador que se jubila deberá concertar con su empresario un contrato a tiempo parcial, que implicará una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo del 30 por 100 y un máximo del 77 por 100.

■ La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial, y su retribución será compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador hasta que cumpla la edad establecida con carácter general en el Sistema de la Seguridad Social para causar derecho a la pensión de jubilación.

■ Dicho contrato se extinguirá al alcanzar el trabajador la referida edad.

■ Para poder celebrar este contrato, simultáneamente la empresa concertará un contrato de trabajo con otro trabajador en situación de desempleo, quedando obligada a mantener cubierta como mínima, la jornada de trabajo sustituida hasta la fecha de jubilación prevista del sustituido. La duración de dicho contrato, que se denominará de relevo será igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación del sustituido.

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 ÉL NO SE LESIONE UN BIEN QUE SE HALLA CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO: EL DERECHO AL TRABAJO

De nuevo nos encontramos ante una jubilación empleada como medida para la creación de empleo. Sin embargo nos encontramos aquí con una finalidad secundaria a la que es ajena la jubilación especial: facilitar el tránsito gradual desde la actividad plena a la inactividad absoluta, razón por la cual no implica el cese absoluto del trabajador, quien sólo se jubila parcialmente manteniendo su relación laboral con una jornada más reducida. Lógico corolario de lo anterior es que el contrato de relevo se pueda realizar a tiempo parcial. Al igual que en la figura objeto de nuestro estudio, no se aplican coeficientes reductores en el cálculo de la pensión.

4.2. DISTINCIÓN DE OTRAS FORMAS DE JUBILACION UTILIZADAS COMO MEDIDAS DE CREACIÓN DE EMPLEO: LA JUBILACIÓN FORZOSA

cuatro años ambos inclusive, recibiendo por una sola vez el trabajador una cantidad equivalente según la edad a "x" meses de salario. Establece el precepto que «Para cubrir el puesto de trabajo por jubilación anticipada se hará corriendo la escala y contratando otro trabajador para cubrir el puesto vacante en la categoría que se fije en el contrato». Nada se indica de la jubilación especial a los sesenta y cuatro años. Si la jubilación se realiza antes de los sesenta y cuatro, aunque efectivamente se sustituya al trabajador por uno nuevo, la pensión se calculará aplicando coeficientes reductores. Si el trabajador tiene sesenta y cuatro años, sólo tendrá derecho al 100 por ciento de sus derechos pasivos, si la sustitución se realiza en las condiciones fijadas por el RD 1194/1985, para lo que se requerirá el mutuo acuerdo entre trabajador y la empresa; el *Convenio Colectivo de la Industria y el comercio vinícolas de la provincia de Alava (BOTHA 17-9-1999)* prevé dos formas de jubilación anticipada a los sesenta y cuatro años. La primera se recoge en el art.29 apartado que regula los premios de jubilación que se concederán a aquellos trabajadores que cesen voluntariamente por jubilación dentro de los períodos que se indican y lleven un mínimo de catorce años en la empresa. Tales jubilaciones no obligan a sustituir al trabajador que las solicita. Es en el art.30 donde se regula la jubilación especial a los sesenta y cuatro años, indicándose que en el caso de que se hiciera uso de este derecho en virtud de acuerdo entre las partes, no le será de aplicación al trabajador afectado lo previsto en el art.29 del Convenio; *el art.9 Convenio Colectivo de Autoescuelas de Vizcaya (BOP 22-9-1999)* a continuación de la jubilación especial a los sesenta y cuatro años, regula como medida de creación de empleo el cese anticipado de los trabajadores a partir de los sesenta. Teniendo en cuenta que dichos trabajadores no tienen derecho al 100 por ciento de sus derechos pasivos, se articulan dos procedimientos tendentes a paliar los perjuicios derivados de la jubilación: a) los trabajadores mutualistas podrán jubilarse anticipadamente cobrando el complemento necesario para cobrar el 100 por ciento de la pensión correspondiente. b) se prevé la posibilidad de suscribir un Convenio especial con la Seguridad Social para mantener las cotizaciones hasta los sesenta y cinco años y jubilarse así con el 100 por ciento. En ambos casos, la empresa simultáneamente deberá contratar a jornada completa e indefinida a otro trabajador en situación de desempleo. ¿Qué diferencia existe con la jubilación especial a los sesenta y cuatro años? aunque el compromiso de sustitución coincida con el fijado en el RD 1194/1985, la diferencia estriba en la cuantía de la pensión a la que tiene derecho el jubilable. En la jubilación especial, en virtud de la norma se le reconocen el cien por ciento de sus derechos pasivos, en la jubilación a partir de los sesenta se le aplicarán los coeficientes reductores.

[51]LOPEZ CUMBRE, *Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento de las jubilaciones anticipadas*, «TS», 1998, núm.94, pág.17.

Analizada la distinción con la jubilación parcial sólo resta realizar la misma operación con relación a la jubilación forzosa. La Disposición Adicional Décima del TRET permite que dentro de los límites y condiciones por ella fijados, la jubilación forzosa pueda ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo: *«La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos»*[52].

El Tribunal Constitucional en Sentencia 22/1981[53] afirmó la constitucionalidad de una política de empleo que utilizara como instrumento la jubilación obligatoria de los trabajadores al alcanzar una determinada edad siempre que se garantizase que con dicha limitación se proporcionaba una oportunidad de trabajo a la población en paro, «por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo». Ahora bien, 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 desproprocionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado: el derecho al trabajo. El sacrificio personal y económico que supone tal limitación para el trabajador obligado a jubilarse, debe ser objeto de compensación en la medida de lo posible. Este es el sentido que había de atribuirse a la compensación prevista en la antigua Disposición Adicional Quinta del Estatuto de los Trabajadores al asegurar que el límite máximo de edad sólo sería efectivo si el trabajador había completado los períodos de carencia para la jubilación[54].

La STC 22/1981 era clara al decir que la jubilación forzosa no podía ir acompañada de la amortización de los puestos de trabajo[55], sin embargo, el Tribunal Supremo pronto relajó su interpretación y negó que necesariamente hubiera de contratarse a otra persona en el lugar del jubilado[56].

Si el convenio colectivo no exigiera la simultánea contratación de un desempleado la diferencia con la jubilación anticipada a los sesenta y cuatro años sería clara[57]. En caso contrario, nos encontraríamos ante dos situaciones puestas al servicio de la "creación" de empleo. Si la edad de jubilación forzosa es de sesenta y cinco años o superior, aun cuando se exija la

[52]La STC 58/1985, de 30 de abril (BOE 5 de junio) afirmó la idoneidad del Convenio para establecer edades forzosas de jubilación.

[53]STC 22/1981, de 2 de julio (BOE del día 20). Dicha sentencia se pronunció sobre la constitucionalidad del primer apartado de la Disposición Adicional 5ª del anterior Estatuto de los Trabajadores que establecía como edad máxima para trabajar los 69 años.

[54]Desde el punto de vista de la jubilación forzosa era patente el especial relieve que a tal efecto cobraba la mejora de los sistemas de seguridad social (FJ 9º de la STC 22/1981).

[55]La jurisprudencia de los tribunales ordinarios aplicó con rigor esta exigencia, declarando la nulidad de las cláusulas de convenios por la ambigüedad con que la garantía de la no amortización del puesto -obligación de cubrir la baja- estaba completada. *Vid,* MARTIN PUEBLA y SASTRE IBARRECHE, *Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador,* «Tecnos», 1991, pág.23.

[56]STS 27 diciembre 1993 (Ar.10011): se establece la jubilación forzosa a los 65 años sin asumir el empresario la obligación de sustituir por un desempleado. Considera el Tribunal que «el mantenimiento a ultranza de un determinado número de puestos de trabajo, en términos absolutos no es configurador del orden público laboral como lo acredita el art.51 del Estatuto, por lo que no resulta obligado que el convenio colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados, a la vez que la S.58/1985 que parte de la 22/1981 supone una explicitación actualizada de la misma que tiene en cuenta los 'cambios y vicisitudes de ls legalidad infraconstitucional y del entorno económico y social en que se desenvuelve', resultando significativo que cuando se refieren a los límites de la negociación colectiva no haga referencia alguna a la posible amortización de puestos de trabajo, por lo que en síntesis concluye, a la vista de las dos sentencias del Tribunal Constitucional ya citadas y de las veintiséis de 11 octubre 1985 dictadas en recurso de amparo, que puede afirmarse que es constitucional el pactar una edad de jubilación forzosa en el seno de la negociación colectiva siempre que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación del Sistema de la Seguridad Social».

[57]Algunos Convenios Colectivos arbitran dos edades de jubilación: una forzosa a los sesenta y cinco años si la plaza se va a amortizar y otra voluntaria a los sesenta y cuatro si está previsto que no se amortice. *Vid, art.19 Convenio Colectivo Interprovincial de Enseñanza y Formación no reglada (BOE 12-1-1999):* «El cese obligatorio en el trabajo por jubilación se producirá al cumplir el trabajador los sesenta y cinco años de edad. Se establece el sistema de jubilación especial a los sesenta y cuatro años en aquellos casos en los que el puesto de trabajo ocupado por el trabajador que se jubile no esté catalogado por el centro de trabajo a extinguir o amortizar. Esta jubilación especial se tramitará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, o disposición legal que lo regule o desarrolle en el futuro»; el *art.26 Convenio Colectivo del Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Barcelona (DOGC 14-1-1999)* prevé una jubilación forzosa a los 65 años a la vez que recomienda a todas las empresas y trabajadores afectados por el Convenio la utilización de la jubilación

contratación simultánea de un trabajador desempleado[58], no tendría sentido aplicar el RD 1194/1985, pues por el hecho de cumplir aquella edad ya tendría derecho al total de su pensión de jubilación. Si la edad se situara en los sesenta y cuatro años, seguramente sólo podría forzarse a solicitar aquélla previo acogimiento al RD 1194/1985, pues de lo contrario la pensión se calcularía con coeficientes reductores, incumpliéndose, creemos, el mandato constitucional que obliga a compensar el perjuicio sufrido por el trabajador que se ve obligado a jubilarse forzosamente. Compensación que se traduce en su derecho a percibir el 100 por 100 de sus derechos pasivos.

V. Régimen Jurídico de la jubilación especial

Cuando se analiza la jubilación especial no debe perderse de vista que no nos encontramos ante una institución exclusiva de Seguridad Social -regulada sólo por normas de este tipo- sino que en cuanto sólo se justifica por su finalidad de fomento del empleo deben adoptarse unas medidas estrictamente laborales cuya regulación se realiza en normas de este tipo. En este sentido el RD 1194/1985, es a la vez una norma de Seguridad Social y de Derecho Laboral.

5.1. Condiciones que deben concurrir en la persona del trabajador que solicita la jubilación

A. Trabajadores por cuenta ajena

El art.1.1 RD 1194/1985 dispone que los beneficiarios de tal medida son los *«trabajadores por cuenta ajena»*. El concepto de trabajador por cuenta ajena se construye partiendo de los arts.1.1, 1.2, 1.3, 11, 12, 13 y 15 TRET. Dichos trabajadores de acuerdo con el art.97 TRLGSS están incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social junto con los *«asimilados»* a ellos. Cuando el RD 1194/1985 utiliza la expresión trabajador por cuenta ajena ¿lo hace en sentido laboral? o bien ¿lo hace en sentido amplio incluyendo a todos aquellos que pertenecen al Régimen General, es decir trabajadores por cuenta ajena y asimilados? El problema se ha planteado en la práctica en relación con los funcionarios locales que por RD 480/1993, de 2 de abril se integraron en el Régimen General. Dichos funcionarios se han acogido a jubilaciones anticipadas a los 64 años al amparo del RD 1194/1985, procediendo el Ayuntamiento a contratar simultáneamente a un contratado laboral. En favor de tal medida podría alegarse que se estaba atendiendo la finalidad de creación de empleo. Se cumpliría además el requisito de que el sustituido fuera trabajador por cuenta ajena por cuanto estaría asimilado a éste a efectos de Seguridad Social. Con independencia de la irregularidad que supone sustituir personal funcionarial por laboral, lo cierto es que no debe olvidarse que el RD 1194/1985, es una norma de carácter laboral que extiende su ámbito de aplicación, no a todos los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, sino sólo a aquellos comprendidos en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores[59].

> CUANDO SE ANALIZA LA JUBILACIÓN ESPECIAL NO DEBE PERDERSE DE VISTA QUE NO NOS ENCONTRAMOS ANTE UNA INSTITUCIÓN EXCLUSIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SINO QUE EN CUANTO SOLO SE JUSTIFICA POR SU FINALIDAD DE FOMENTO DEL EMPLEO DEBEN ADOPTARSE MEDIDAS ESTRICTAMENTE LABORALES

B. Edad del trabajador que se jubila

Pueden solicitar la jubilación a partir de los 64 años, los trabajadores que reúnan los requisitos excepto el de la edad que para tener derecho a la pensión de jubilación se establecen en las disposiciones regulado-

---

especial a los 64 años; *vid,* en el mismo sentido, *art.13 Convenio Colectivo de Locales de exhibición cinematográfica de la provincia de Burgos (BOP 18-1-1999); art.20 Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Lérida (DOGC 19-1-1999); art.27 Convenio Colectivo de establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia de La Coruna (DOG 25-1-1999); art.28 Convenio colectivo de Siderometalurgia (Industria) de Santander (BOP 4-1-1999); art.3.5 Convenio Colectivo de Insdustrias del corcho de San Vicente de Alcántara, Badajoz (DOE 22-2-2000); art.19 Convenio Colectivo de Transporte de viajeros por carretera de la provincia de Lugo (BOP 11-2-2000).*

[58]En las SSTS de 12 julio 1985 (Ar.3757) y 26 septiembre 1985 (Ar.4377) se recogen dos supuestos de Convenios Colectivos que imponen la jubilación forzosa a los 65 años a cambio de contratar simultáneamente a desempleados. *Vid, art.21 Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de la provincia de Sevilla (BOP 17-2-1999);art.35 Convenio Colectivo Interprovincial para Comercio de óptica al detalle de Cataluña (DOGC 28-9-1999).*

[59]STSJ Asturias de 11 junio 1999 (Ar.1985): no debe olvidarse que la integración de estos funcionarios en el Régimen General se produjo con el fin de causar las mismas prestaciones que las existentes en dicho Régimen reconociéndoles los derechos activos y pasivos de la Seguriad Social, no con la finalidad de aplicar una normativa laboral a los funcionarios públicos. En el mismo sentido se pronunció la STSJ Baleares de 10 marzo 1999 (Ar.1450) señalando que se trata de una jubilación especial que por su propia excepcionalidad debe sólo efctuarse en los términos en que ha sido establecida y por ello no aplicable en principio a los funcionarios, aunque se hallen encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social.

ras del Régimen de la Seguridad Social de que se trate. Parece ser que puede ser solicitada en cualquier momento entre los 64 y los 65 años, y no obligatoriamente en el momento en que se cumplen los 64. En este sentido, el art.2.1. dice que podrán solicitarla «a partir» de la edad a que se refiere el artículo anterior. A su vez el segundo apartado de dicho precepto señala que la solicitud podrá presentarse con una antelación de seis meses *«a la fecha en que el trabajador tenga previsto su cese en el trabajo»* es decir, no seis meses antes del cumplimiento de los 64 años, sino al momento para el que el trabajador haya decidido su cese, que puede ser posterior a aquél[60].

ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICA SE PRESENTA LA JUBILACIÓN ESPECIAL DE UN TRABAJADOR QUE YA SE ENCUENTRA JUBILADO PARCIALMENTE. NO HAY QUE OLVIDAR QUE LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE RELEVO REALIZADO PARA SUSTITUIR AL JUBILADO PARCIALMENTE, DEBE MANTENERSE HASTA QUE ESTE CUMPLA LOS 65 AÑOS, CON INDEPENDENCIA DE QUE YA SE HAYA JUBILADO DE FORMA PLENA

Los 64 años pueden ser reales o ficticios por aplicación de coeficientes reductores de la edad[61]. Expresamente el art.1.2. indica que *«En los supuestos en que esté prevista la aplicación de coeficientes reductores a la edad mínima de sesenta y cinco años, dichos coeficientes se aplicarán a la edad de sesenta y cuatro años, siempre que tenga lugar la correspondiente jubilación de los trabajadores jubilados»*[62].

C. El carácter a tiempo completo, a tiempo parcial o ambos, del trabajador que se jubila

El Real Decreto no parece dar importancia al carácter a tiempo completo o a tiempo parcial del contrato del jubilado. Lo único que exige es que el sustituto se vincule a la empresa por un contrato a tiempo completo.

Especialmente problemática se presenta la jubilación especial de un trabajador que ya se encuentra jubilado parcialmente -posibilidad admitida por la Administración de la Seguridad Social-[63]. No hay que olvidar que la duración del contrato de relevo realizado para sustituir al jubilado parcialmente, debe mantenerse hasta que éste cumpla los sesenta y cinco años, con independencia de que ya se haya jubilado de forma plena[64]. A partir de los sesenta y cuatro años ¿de qué forma operaría la sustitución de ese trabajador? Este problema se abordará con más detención al estudiar la condición de desempleado del sustituto.

5.2. El título jurídico del derecho del trabajador a la jubilación anticipada: el correlativo deber del empresario de sustituir al jubilado asumido en Convenio o acuerdo con los trabajadores

En un principio, la jubilación anticipada es un derecho que puede solicitar el trabajador. El art.2.1 RD es claro al decir que el trabajador *«podrá solicitar la jubilación»*. Pero para que exista tal derecho es preciso que el trabajador pertenezca a una empresa *«que esté obligada a sustituirlos por otros trabajadores, por así establecerlo un Convenio Colectivo o en virtud de un*

---

[60]Piénsese en trabajos como la Enseñanza, donde la solicitud de la pensión en medio del curso escolar puede ocasionar perjuicios, no tanto a la empresa como a los alumnos. *Vid, art.59 Convenio Colectivo Interprovincial para Enseñanza Privada (Centros sin ningún nivel concertado o subvencionado) (BOE 25-8-1999):* tras regular la jubilación especial indica que «La jubilación podrá tener efecto al final del curso escolar, si hubiera acuerdo entre el empresario y el trabajador. También por acuerdo entre ellos, se podrán tramitar los sistemas de jubilación anticipada previstos en la legislación vigente». *Vid, art.53 Convenio para Forjados y hormigones (Industria) de la provincia de Zaragoza (BOP 29-3-1999)* que reconoce el derecho del trabajador a jubilarse anticipadamente si lo solicita hasta los sesenta y cuatro años y dos meses, cumplida esta edad la jubilación se producirá de mutuo acuerdo entre empresa y trabajador.

[61]*Vid,* SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.223.

[62]Expresamente lo permiten los arts.22 RD 3255/1983, de 21 diciembre (BOE 4 de enero 1984) y 3 RD 2366/1984 (BOE 15 enero 1985).

[63]Criterio de aplicación 1/8/5. Citado por SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.221, nota 492. En el mismo sentido se pronuncia YOLANDA SANCHEZ-URAN AZAÑA, *Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada,* «Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales», 1999, núm.18, pp.217-218. El art.8 del Real Decreto 144/1999, de 29 de enero considera jubilación parcial *«la iniciada después del cumplimiento de los sesenta años y, como máximo, hasta el cumplimiento de los sesenta y cinco años».* Es decir, los 65 años son un máximo, pudiendo jubilarse anticipadamente si es mutualista laboral o si se acoge a la jubilación especial. Sobre un supuesto de jubilado parcialmente que solicita la jubilación especial a los sesenta y cuatro años, *vid,* STSJ Cantabria de 11 noviembre 1999 (Ar.4447).

[64]Establece el art.8.b) RD 1991/1984 que *«El contrato tendrá una duración igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad establecido con carácter general en el régimen correspondiente de la Seguridad social para causar derecho a la pensión de jubilación ordinaria»* es decir los 65 años. Hasta este momento, pues, debe mantenerse el contrato de relevo. *Vid,* YOLANDA SANCHEZ-URAN AZAÑA, *Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada,* «Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales», 1999, núm.18, pp.217-218.

acuerdo con los propios trabajadores afectados». Es decir, el trabajador no puede apoyar su derecho a la jubilación directamente en la norma reglamentaria, sino en el acuerdo al que ésta remite y que lógicamente debe haberse realizado. La norma lo que hace es fijar el contenido que deba tener el acuerdo y los efectos de la jubilación solicitada en forma.

Es importante insistir en que para que exista tal derecho, debe existir una correlativa obligación del empresario de sustituir al trabajador, que ha sido asumida bien en un acuerdo con los representantes de los trabajadores firmantes del Convenio Colectivo, bien mediante un acuerdo de empresa con los representantes de los trabajadores, bien mediante acuerdo individual con un trabajador concreto[65], siendo la primera de estas vías es la más utilizada[66]. Es necesario, además, que en dichos acuerdos se obligue no sólo a sustituir al trabajador que se jubila, sino a hacerlo en las condiciones que señala el Reglamento6687.

El contenido de las cláusulas de los Convenios Colectivos puede ser diverso. En unas ocasiones, el Convenio configura la jubilación especial como un derecho del trabajador y una obligación del empresario[68]; en otras ocasiones, esa obligación nace sólo si en el momento de solicitarse, la empresa da su acuerdo a la jubilación[69]; no faltan convenios que admiten la posibi-

---

[65]**El *art.19 Convenio Colectivo de Transporte de viajeros por carretera de la provincia de Lugo (BOP 11-2-2000)* prevé el derecho a la jubilación especial siempre que exista acuerdo previo «o para cada caso concreto entre empresa y trabajadores»; a su vez, el *art.22 Convenio Colectivo de Comercio e importadores de artículos fotográficos de la provincia de Barcelona (DOGC 14-4-1999)* establece que «Se podrán pactar individualmente entre empresa y trabajador la jubilación especial de éste a los 64 años de edad, en la forma y condiciones establecidas en las disposiciones legales vigentes».**

[66]**MIÑARRO YANINI y RUANO ALBERTOS, *La jubilación especial y la jubilación forzosa en los pronunciamientos recientes de los Tribunales Superiores de Justicia,* «TS», 1999, núm.106, pág.35.**

[67]**La STSJ Cataluña de 17 junio 1992 (Ar.3384) rechaza la aplicación del RD 1194/1985 en un supuesto donde la empresa se obligaba a complementar los coeficientes reductores hasta que los trabajadores cumplieran 65 años y el paralelo deber de contratar en los seis meses siguientes al cese a un desempleado. Al comunicarse al trabajador la cuantía de la pensión (92% de la base reguladora) reclama solicitando que por aplicación del RD 1194/1985, se le reconozca el derecho al 100% de la base. Estima la sentencia que no puede mantenerse la relación entre el Convenio y el RD 1194/1985 «ya que no se hace la más mínima alusión al mismo con lo sencillo que resultaría si se quiere hacer constar su aplicabilidad y además el compromiso de la empresa de cubrir la vacante del jubilado no se formula en los términos del Real Decreto al establecerse un plazo de seis meses y no se condiciona el compromiso de la jubilación, hasta el punto que incluso se regulan ambas circunstancias en apartados diferentes sin establecerse concesión alguna entre sí, por lo que en realidad dicho pacto tan sólo puede interpretarse como una libre decisión de trabajadores y empresa en el marco de la negociación colectiva que ampara el art.37.1 de la Costitución y cuya finalidad no es otra que garantizar la percepción por parte del trabajador del 100 por cien de la pensión de jubilación hasta el cumplimiento de la edad ordinaria para acceder a la misma y paralelamente, la de establecer el compromiso de la empresa de emplear un nuevo trabajador para sustituir al jubilado, sin que ello se vincule al RD 1194/1985 y sin que en ningún momento la empresa asuma la obligación de garantizar al jubilado que podrá acceder a los beneficios previstos en dicha norma, ya que si esta fuese la intención de las partes ningún problema hubiese existido para hacerlo constar expresamente o cuanto menos para establecer de manera indiscutible la vinculación entre la jubilación y la sustitución en los términos previstos en la norma sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo».**

[68]***Vid, art.23 Convenio Colectivo para Comercio del metal de la provincia de Palencia (BOP 26-2-1999):* «Los trabajadores afectados por este Convenio podrán acogerse a la jubilación anticipada a los sesenta y cuatro años de edad, con derecho al 100 por ciento de los derechos pasivos. En este supuesto el empresario estará obligado a suscribir un nuevo contrato con las personas que figuren como desempleadas en las Oficinas de Empleo en número igual al de las jubilaciones anticipadas que se pacten»; *art.25.b) Convenio Colectivo de Industrias y dependencias mercantiles de Confiterías y pastelerías de la provincia de Cádiz (BOP 26-2-1999):* «...las empresas se comprometen a sustituir a aquel trabajador que, al cumplir los sesenta y cuatro años de edad, solicite la pensión de jubilación...»; muy tajante es el *art.37 Convenio Colectivo de Limpieza de edificios y locales (Limpieza de Instituciones Sanitarias) (BOP 25-2-1999):* «Para los trabajadores es optativo acogerse a alguna de las circunstancias aquí expuestas para la jubilación anticipada, y obligación para la empresa de cumplir el requisito de la contratación del nuevo trabajador en la forma establecida legalmente»; la misma obligación asume la empresa en el *art.27 Convenio Colectivo de Comercio y Manufacturas de Vidrio Plano de Las Palmas (BOP 16-4-1999); art.33 Convenio Colectivo de Limpieza de edificios y locales de Melilla (BOME 31-3-1999); art.25 Convenio Colectivo de Comercio de ganadería de la provincia de Palencia (BOP 5-4-1999); art.42 Convenio Colectivo de Comercio de materiales de construcción de la provincia de Jaén (BOP 16-9-1999); art.34 Convenio Colectivo de Confección de guantes de piel de Madrid (BOCM 18-9-1999); art.39 Convenio Colectivo de Ayuda a domicilio de Madrid (BOCM 25-9-1999); art.35 Convenio Colectivo de Minoristas de la alimentación de Asturias (BOPA 22-1-2000); art.51 Convenio Colectivo para empresas de productos dietéticos y preparados alimenticios de Cataluña (DOGC 25-1-2000); art.21 Convenio Colectivo de Transporte de viajeros por carretera de la provincia de Valencia (BOP 28-1-2000); art.30 Convenio Colectivo de Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Guipúzcoa (BOP 18-1-2000); art.40 Convenio Colectivo de Transportes regulares y discrecionales de viajeros de la provincia de Jaén (BOP 19-1-2000); art.40 Convenio Colectivo de Transportes discrecionales de mercancías por carretera de la provincia de Jaén (BOP 7-1-2000).*

[69]**Establece el *art.36 Convenio Colectivo de Comercio de alimentación de la provincia de Alicante (Mayoristas) (BOP 15-1-1999):* «Será necesario previamente a la iniciación de cualquier trámite de jubilación, el acuerdo entre el trabajador y la empresa para aoogerse a lo estipulado»; en el mismo sentido, *vid, art.21 Convenio Colectivo para la Industria Siderometa-***

lidad de que el empresario se niegue a concederla[70]. En algunos Convenios sectoriales se permite que las empresas a las que la sustitución por jubilación especial pueda producir desequilibrio en sus plantillas, se descuelguen de la aplicación de dichas cláusulas[71].

Si la empresa asumió la obligación de contratar a un sustituto en el caso de que un trabajador solicitara la jubilación, llegado el momento basta con que el trabajador solicite su aplicación, por cuanto que no está supeditada a ningún acto posterior por parte de la empresa, ya que, *«no se trata de un derecho cuya eficacia quede supeditada a la aceptación por parte del destinatario de la voluntad de jubilarse anticipadamente»*[72]. Consecuencia de ello es que no quepa renunciar a la jubilación especial una vez se haya solicitado, puesto que «a partir de ese ejercicio el derecho queda agotado, de modo que no puede posteriormente manifestar la voluntad de renunciar al mismo pues ya no existe en su esfera jurídica el derecho a jubilarse anticipadamente, pues su contenido y esencia quedan consumadas al solicitar la jubilación anticipada»[73].

En un principio, aun admitida la posibilidad de jubilación anticipada, tampoco se puede obligar al trabaja-

---

lúrgica de Madrid (BOCM 10-3-1999); art.19 Convenio Colectivo para Mosaicos y piedra artificial de la provincia de Zaragoza (BOP 28-4-1999); **requiere también acuerdo escrito entre empresario y trabajador el art.73** ***Convenio Colectivo para Marroquinería, confección en piel o industrias afines de Baleares (BOCAIB 16-3-1999); art.19 Convenio Colectivo para Comercio Textil de la provincia de Huelga (BOP 23-2-1999).*** **Resulta curioso el** ***Convenio para Forjados y hormigones (Industria) de la provincia de Zaragoza (BOP 29-3-1999)*** **cuyo art.53 reconoce el derecho del trabajador a jubilarse anticipadamente si lo solicita hasta los sesenta y cuatro años y dos meses, cumplida esta edad la jubilación se producirá de mutuo acuerdo entre empresa y trabajador; condicionan la jubilación al posterior acuerdo entre empresario y trabajador el** ***art.36 Convenio Colectivo Interprovincial para Confección de ante, napa y doble faz de Cataluña (DOGC 18-3-1999); el art.21 Convenio Colectivo del Comercio del Metal de La Rioja (BOLR 10-4-1999); art.29 Convenio Colectivo de Distribuidores mayoristas de alimentación de la provincia de Barcelona (DOGC 13-1-2000); art.20 Convenio Colectivo del Comercio del mueble de la provincia de Palencia (BOP 17-1-2000); art.23 Convenio Colectivo para Siderometalurgia e instalaciones eléctricas de Santa Cruz de Tenerife (BOP 17-9-1999); art.35 Convenio Colectivo Interprovincial para Comercio de óptica al detalle de Cataluña (DOGC 28-9-1999);art. 22 Convenio Colectivo para empresas vinícolas, alcoholeras, licoreras y sidreras de la provincia de Ciudad Real (BOP 6-10-1999); el Convenio Colectivo de la Industria y el comercio vinícolas de la provincia de Alava (BOTHA 17-9-1999)*** **prevé dos formas de jubilación anticipada a los sesenta y cuatro años. La primera se regula en el art.29 apartado que regula los premios de jubilación que se concederán a aquellos trabajadores que cesen voluntariamente por jubilación dentro de los períodos que se indican y lleven un mínimo de catorce años en la empresa. Tales jubilaciones no obligan a sustituir al trabajador que las solicita. Es en el art.30 donde se regula la jubilación especial a los sesenta y cuatro años, indicándose que en el caso de que se hiciera uso de este derecho en virtud de acuerdo entre las partes, no le será de aplicación al trabajador afectado lo previsto en el art.29 del Convenio. Es decir, debe existir acuerdo entre empresario y trabajador para que éste se acoja a la jubilación especial, asumiendo aquél el compromiso de sustituirlo por un nuevo trabajador. El empresario es libre de asumir este compromiso o no. En el caso de que no lo hiciera, la posibilidad que restaría al trabajador sería la de solicitar la jubilación anticipada con sesenta y cuatro años -aplicándose los coeficientes reductores- y cobrar la compensación que le corresponde.**

[70]*Art.28 Convenio colectivo de Siderometalurgia (Industria) de Santander (BOP 4-1-1999):* **«Será necesario, previamente a la iniciación de cualquier trámite de jubilación, el acuerdo entre el trabajador y la empresa para acogerse a lo antes estipulado [en el Convenio]. Los empresarios se obligan, en el caso de petición del trabajador para ejercer el derecho y negativa de la empresa para aceptarlo, a comunicar esta situación en un plazo de quince días a la comisión de interpretación del Convenio»; la misma cláusula contiene el** ***art.20 Convenio Colectivo del Comercio del Metal de la provincia de Castellón (BOP 11-2-1999); art.30 Convenio Colectivo de Comercio de recambios, neumáticos y accesorios de automóviles de Madrid (BOCM 26-2-2000);*** **también la misma cláusula en** ***art.19 Convenio Colectivo para Mosaicos y piedra artificial de la provincia de Zaragoza (BOP 28-4-1999)*** **que añade que «Si transcurrido este plazo no se efectúa dicha comunicación, la Comisión paritaria le requerirá por escrito al empresario disponiendo éste de siete días hábiles, desde el acuse de recibo, para contestar. El incumplimiento de este requisito (comunicación a la Comisión paritaria) permitirá la jubilación del trabajador de conformidad con lo establecido en el primer párrafo de este artículo);** ***El art.23 Convenio Colectivo de Agencias distribuidoras de Gases Licuados del petróleo de la provincia de Zaragoza (BOP 3-3-1999)*** **establece que las empresas se comprometen a sustituir a los trabajadores que soliciten la jubilación con sesenta y cuatro años «siempre que efectúen la petición con sesenta días de antelación»; en el mismo sentido,** ***vid, art.34 Convenio Colectivo de Hostelería y Turismo de la provincia de Huesca (BOP 23-2-2000)*** **que exige una antelación de noventa días; también noventa días exige el** ***art.24 Convenio Colectivo de Limpieza de edificios y locales de la provincia de Huesca (BOP 12-1-2000);*** **en algunos casos se puede negar la empresa a concederla a determinadas categorías de trabajadores,** ***vid, art.27 Convenio Colectivo de Comercio y Manufacturas de Vidrio Plano de Las Palmas (BOP 16-4-1999):*** **«La obligación anterior [de sustituir a los trabajadores que se jubilan a los sesenta y cuatro años] no se extiende a aquellos trabajadores que ocupen puestos de trabajo considerados claves o de difícil situación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, y con el ánimo de que esta medida pueda extenderse a todo el personal, se recomienda a aquellos trabajadores que, por el puesto de trabajo que realizan, pudieran verse afectados por dicha excepción, pongan en conocimiento del empresario, con el mayor plazo posible de antelación, su intención de prejubilarse, para así contribuir a facilitar su sustitución y, a la vez el desempeño eficaz del puesto por el posible sustituto. Los representantes legales de los trabajadores podrán ejercer su labor mediadora en estos asuntos, tendiendo en todo momento a fomentar la igualdad de oportunidades». También puede negarse a concederla si la plaza del jubilable está catalogada por la empresa para extinguir o amortizar.** ***Vid, art.41 Convenio Colectivo de Centros de asistencia y educación infantil (BOE 25-1-2000).***

dor a solicitarla, a no ser que se haya pactado en Convenio Colectivo la jubilación forzosa a los 64 años de acuerdo con la Disposición Adicional Décima TRET[74]. La validez de estas cláusulas es indiscutible siempre que se cumplan las exigencias determinadas por el Tribunal Constitucional para la jubilación forzosa por convenio colectivo (STC 22/1981 de 2 de junio, BOE del 20 de julio)[75].

El problema reside en que el Tribunal Constitucional permitió la jubilación forzosa a cambio de una «compensación al jubilado». Alguna sentencia estimó que el hecho de que el jubilado cobrase la jubilación al 100 por 100 no era suficiente compensación por el sacrificio de su derecho individual perdiendo el puesto de trabajo para que otro lo ocupara y reconoció al trabajador el derecho a no jubilarse[76]. Tales pronunciamientos no aclaran sin embargo en qué debe traducirse esa *"compensación"*. Por el contrario la interpretación atacada es la que parece desprenderse de la lectura de las Sentencias del Tribunal Constitucional antes comentadas, y de hecho así lo ha entendido el Tribunal Supremo[77].

5.3. El hecho causante: el cese efectivo en el trabajo y la simultánea contratación de un sustituto

ALGUNAS SENTENCIAS HAN ESTIMADO QUE EL HECHO DE QUE EL JUBILADO COBRASE LA JUBILACIÓN AL CIEN POR CIEN NO ERA SUFICIENTE COMPENSACIÓN POR EL SACRIFICIO DE SU DERECHO INDIVIDUAL PERDIENDO EL PUESTO DE TRABAJO PARA QUE OTRO LO OCUPASE Y HAN RECONOCIDO AL TRABAJADOR EL DERECHO A NO JUBILARSE

Indica el art.2.3 que *«En todo caso, el nacimiento del derecho a la pensión de jubilación requerirá el cese efectivo en el trabajo y la simultánea contratación del nuevo trabajador»*.

La contratación del sustituto debe ser simultánea al cese efectivo en el trabajo, lo que quiere decir que no tienen derecho a acceder a la jubilación especial aquellos trabajadores que hubieren cesado con anterioridad en el trabajo. Ello es lógico si se tiene en cuenta que la medida que estudiamos tiene por objeto sustituir una relación laboral que se extingue por otra nueva. En definitiva «lo que importa a la simultaneidad exigida no es tanto el cese efectivo en la actividad del trabajador que va a ser jubilado, sino que el puesto que ocupaba no sea amortizado»[78]. Por esta razón, en tanto el trabajador que vaya a solicitar la jubilación estuviera vinculado a la

---

[71] ***Vid, art.23 Convenio Colectivo de Comercio de automóviles y motocicletas, recambios etc. y de maquinaria industrial, agrícola, de oficina y doméstica de la Provincia de Las Palmas (BOP 20-1-1999):*** **«Las empresas, a las que la sustitución por jubilación espcial en los términos del párrafo anterior produjera desequilibrio en sus plantillas podrán desvincularse de la cláusula anterior, en virtud de acuerdo tomado por la Comisión Paritaria de este Convenio, a la luz de las pruebas que, sobre la situación del empleo en la empresa deberá acompañar a quien solicite el desenganche, produciendo efectos inmediatos».**

[72] **STSJ Asturias de 13 junio 1997 (Ar.1938).**

[73] **STSJ Asturias de 13 junio 1997 (Ar.1938).**

[74] ***Vid, art.17 Convenio Colectivo para Comercio de la provincia de Valladolid (BOP 13-3-1999):*** **«Los trabajadores que alcancen la edad de sesenta y cuatro años, se jubilarán con carácter forzoso, aplicándose a los mismos la normativa prevista en el Decreto 1194/1985, de 17 de julio. Dicha jubilación forzosa se establece con el carácter de medida para fomentar el empleo y por ello, la empresa se obliga a contratar un nuevo trabajador en sustitución del jubilado forzoso, por un período mínimo de un año y medio (dieciocho meses); prevé también la jubilación forzosa a los sesenta y cuatro años -sólo a esta edad- el *art.28 Convenio Colectivo de Agencias distribuidoras del gas butano de la provincia de Málaga (BOP 12-2-1999); el art.9 Convenio Colectivo de Autoescuelas de Vizcaya (BOP 22-9-1999)* indica que «Todo aquel personal afectado por el presente Convenio que alcanzando los sesenta y cinco años de edad, tuviera asegurada una pensión de jubilación con el 100 por ciento de la base reguladora podrá ser jubilado por la empresa siempre y cuando efectúe a la vez un nuevo contrato con las mismas características de fijeza que tuviera la persona a jubilar».**

[75] **GARCIA PIQUERAS, *Modalidades de contratación,* en, *La Reforma laboral*, «Comares», Granada, 1996, pág.251. También admiten el contrato de sustitución por jubilación anticipada forzosa las SSTS de 10 octubre 1985 (Ar.4706) 26 noviembre 1985 (Ar.5865) 9 julio 1985 (Ar.3712) 11 julio 1985 (Ar.3741) 25 febrero 1994 (Ar.2481) 2 marzo 1994 (Ar.2048) y 30 junio 1994 (Ar.5510). *Vid* también doctrina de suplicación expresada en STSJ Cataluña de 4 septiembre 1996 (Ar.3631).**

[76] **STSJ Andalucía/Málaga de 1 julio 1992 (Ar.3568).**

[77] **STS 27 diciembre 1993 (Ar.10011): jubilación forzosa a los 65 años «no vulnera derecho fundamental alguno el establecimiento por Convenio colectivo de jubilación forzosa en la medida que no se establezca sin compensación por el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación». En el mismo sentido, STSJ Andalucía/Sevilla de 16 junio 1999 (AL 1999/1795): jubilación forzosa a los 67 años; STSJ Andalucía/Málaga de 27 marzo 1991 (Ar.2276): el nacimiendo del derecho a la jubilación es la única compensación prevista por el cumplimiento de una obligación que, de otro modo sería dudosamente legítima desde el punto de vista constitucional.**

[78] **STSJ Madrid de 17 abril 1997 (Ar.1246).**

empresa, aun cuando su contrato estuviera suspendido, se considerará que está cesando efectivamente en el trabajo. Es decir, la jubilación especial sólo puede ser solicitada por quien se encuentre en alta -incapacidad temporal por ejemplo- o situación asimilada al alta -prórroga de los efectos de la incapacidad temporal desde que se agota ésta hasta tanto recaiga resolución sobre la invalidez permanente, por ejemplo[79]- pero nunca desde una situación de baja en el sistema.

SE CONSIDERA QUE EL CESE EN EL TRABAJO SE PRODUCE EL DÍA SIGUIENTE RESPECTO DEL ÚLTIMO TRABAJADO. A LOS EFECTOS DE PAGO DE LA PENSIÓN SE CONSIDERA CESE EFECTIVO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA DEL DÍA EN QUE FORMULÓ LA PETICIÓN

Siguiendo la regla general, se considera que el cese en el trabajo se produce el día siguiente respecto del último trabajado[80]. A los efectos del pago de la pensión se considera cese efectivo del trabajador en situación asimilada al alta el día en que formuló la petición[81].

La causa del cese debe ser la jubilación del trabajador. Precisamente por haberse extinguido la relación laboral antes de cumplir los 64 años, entiende la Administración de la Seguridad Social que, en la resolución de expedientes de regulación de empleo, la Autoridad Laboral no debería amparar compromisos de jubilaciones plenas a dicha edad con contrato sustitutorio, cuando los mismos lleven consigo, como fase intermedia, la permanencia anterior en las situaciones de desempleo o de ayudas previas a la jubilación previstas en las normas de reconversión industrial o en las normas de apoyo al empleo que se establecen para empresas no sujetas a reconversión[82].

En cuanto al requisito de que la contratación del sustituto sea simultánea al cese, la Administración de la Seguridad Social es estricta al rechazar que las contrataciones tengan lugar unos días después del cese. Argumenta que, al estar permitido en este supuesto que la solicitud de la pensión se realice con una antelación de seis meses, la empresas disponen de un tiempo más que suficiente para proceder a la sustitución[83]. Sin embargo, los Tribunales están suavizando el rigor de esta interpretación teniendo presente ante todo la finalidad de fomento de empleo que persigue la norma. De esta forma se ha restado importancia al hecho de que el cese y la contratación no se produjeran de manera coetánea pero sí en momentos próximos[84]. Cuestión distinta, como se verá más adelante, es que por el desfase temporal existente puedan y deban exigirse ciertas responsabilidades al empresario.

---

[79]Disposición Adicional Quinta de la Orden de 18 de enero de 1996, de 21 de julio, por la que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE de 19 de agosto): «La obligación de cotizar, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4 del artículo 106 de la Ley General de la Seguridad social, continuará en la situación de incapacidad temporal. Sin embargo, dicha obligación no subsistirá durante la prórroga de los efectos de la situación de incapacidad temporal a que se refiere el apartado 3 del artículo 131 bis de la citada Ley». El art.131.bis. apartado 3 a su vez prevé la prórroga de los efectos de la incapacidad temporal. La STSJ Madrid 17 abril 1997 (Ar.1246) admite expresamente la jubilación anticipada de quien la solicita desde la prórroga de los efectos de Incapacidad Temporal.

[80]STS de 22 diciembre 1990, 12 febrero 1991 y Res. 16 febrero 1991. Citadas por BLASCO LAHOZ, lOPEZ GANDIA y MONPARLER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social,* «Tirant lo Blanch», Valencia, 1998, pág.400.

[81]STS de 28 octubre 1994 (Ar.8257). Sentencia citada por la STSJ Madrid de 17 abril 1997 (Ar.1246): habiendo solicitado la pensión con efectos de 30 de junio de 1995, y habiendo sido contratado el sustituto el día 29 de junio con inicio de la prestación de servicios el día 1 de julio, se ha de entender que la contratación ha sido simultánea al cese efectivo.

[82]Res.STSS 4 de noviembre de 1985 (*Catálogo de Resoluciones Administrativas, Acción Protectora,* INSS, Madrid, 1997, pp.211-212).

[83]Criterio de aplicación 92/11 citado SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, por pág.227, nota 512.

[84]En línea con esta segunda interpretación la STSJMurcia de 24 febrero 1998 (Ar.529), partiendo del carácter de medida de fomento de empleo de la jubilación especial, ha rechazado una interpretación excesivamente estricta que implique una simultaneidad absoluta, al señalar respecto de un supuesto en el que mediaban cinco días entre ambos actos, que «no hay razón alguna para introducir aquí un criterio hermenéutico de extraordinario rigor, hasta el punto de que si no hay una coincidencia temporal exactísima entre cese del jubilado y contratación del sustituto desaparece el beneficio», máxime si existen circunstancias que justifican la demora en la contratación del sustituto. Estima la sentencia que en este caso la única consecuencia es que la empresa cargue con la diferencia que hay entre una pensión calculada aplicando a la base reguladora el coeficiente del 100% (normal en jubilaciones a los 65 años) y el coeficiente del 80% [sic] (especial que se aplica a un jubilado anticipadamente a los 64 años con apoyo en la Orden de 18 de enero de 1967, disp.transitoria 1ª9 donde se establecía una escala de deducciones por jubilación con edades que oscilan entre 60 y 65 años).

[85]Criterio de aplicación 92/11 citado por SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.228, nota 515.

Sí que parece admitirse que la contratación del sustituto sea anterior al cese en el trabajo. Con una antelación máxima igual o la que legal o convencionalmente se prevea para el período de prueba, tal como lo entiende la Administración de la Seguridad Social si bien considera que ese tiempo previo a la fecha del hecho causante no se tomaría en cuenta para el cómputo del año que va a durar el contrato[85]

5.4. Medidas laborales

A. Tipo de contrato que puede celebrar la empresa con el sustituto

El Reglamento opta por no crear una modalidad autónoma de contratación[86], obligando a acudir a las ya existentes. En tanto se respete una duración mínima de un año, es tan válido el recurso a la contratación indefinida como a la temporal[87] -excepción hecha del contrato eventual y a tiempo parcial[88]-. No se proporciona, sin embargo, cuál es el criterio que debe presidir la elección[89].

B. Consecuencias jurídicas del cese anticipado del sustituto

El art.4 RD 1194/1985 prevé que *«Si durante la vigencia del contrato se produjera el cese del trabajador, el empresario deberá sustituirlo, en el plazo máximo de quince días, por otro trabajador desempleado por el tiempo que reste para alcanzar la duración mínima del contrato, salvo supuestos de fuerza mayor»*. Parece que está pensando tanto en cese voluntario del trabajador (dimisión, mutuo disenso) como de despido por parte del empresario o extinción en período de prueba[90].

Si el empresario incumpliera esta obligación *«deberá abonar a la Entidad Gestora correspondiente el importe de la prestación de jubilación devengado desde el momento del cese del trabajador contratado»*. La responsabilidad del empresario se mantiene hasta que se cumpla el año de duración mínima exigido, incluso aun cuando el trabajador sustituido y ya jubilado cumpla con anterioridad los 65 años de edad[91].

C. La condición de «nuevo» trabajador «desempleado» del sustituto

El primitivo RD 2705/1981 exigía que el contrato debía celebrarse con un trabajador que fuera titular del derecho a cualquiera de las prestaciones económicas

---

[86]CAMPS RUIZ, *La contratación laboral temporal,* «Tirant lo Blanch», Valencia, 1998, pág.21. En este punto se diferenciaba la medida arbitrada por el RD 1194/1985, de las previstas en el RD 1991/1984, que creó una modalidad de contrato temporal, el contrato de relevo, con el fin de sustituir la jornada dejada libre por el trabajador jubilado anticipadamente de forma parcial.

[87]Respecto del contrato indefinido, y teniendo en cuenta que estos contratos se celebran con desempleados sería posible acogerse a la modalidad de contrato para el fomento de la contratación indefinida regulado en la Disposición Adicional primera de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida (BOE del día 30). Algunos Convenios, continúan exigiendo que el contrato del sustituto sea de la misma naturaleza que el del sustituido. *Vid, art.21 Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de la provincia de Sevilla (BOP 17-2-1999)*. No faltan Convenios que prevén una duración superior al año, *vid, art.17 Convenio Colectivo para Comercio de la provincia de Valladolid (BOP 13-3-1999):* «Los trabajadores que alcancen la edad de sesenta y cuatro años, se jubilarán con carácter forzoso, aplicándose a los mismos la normativa prevista en el Decreto 1194/1985, de 17 de julio. Dicha jubilación forzosa se establece con el carácter de medida para fomentar el empleo y por ello, la empresa se obliga a contratar un nuevo trabajador en sustitución del jubilado forzoso, por un período minimo de un año y medio (dieciocho meses).

[88]Tras la entrada en vigor del RD 2546/1994, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el art.15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación (BOE de 26 de enero) la lista de excepciones debe ampliarse, incluyéndose al contrato de interinidad por vacante en empresas privadas cuya duración máxima es de tres meses.

[89]La Jurisprudencia ha aceptado el recurso tanto al contrato para obra o servicio determinado [STSJ de Castilla-La Mancha de 7 junio 1996 (Ar.2496)] como al contato de interinidad [STSJ de Andalucía/Sevilla de 20 julio 1993]. La STS [UD] de 14 octubre 1997 (Ar.6994) no apreció contradicción entre ambas sentencias: «en la sentencia de contraste la modalidad contractual elegida había sido precisamente la de interinidad, por lo que mal podía pronunciarse la Sala de lo Social que la dictó sobre si era o no oportuna o legalmente adecuada la utilización del contrato para obra o servicio determinado». Se ha admitido también el contrato de interinidad por vacante celebrado al amparo del RD 2205/1980 [SSTSJ de Baleares de 20 abril 1998 (Ar.1472) Madrid de 26 febrero 1999 (AL 1999/1101) Madrid de 4 junio 1998 (AL 1998/1710) Madrid de 19 noviembre 1998 (Ar.4179)].

[90]Indica el *art.30 Convenio Colectivo del Comercio de actividades diversas de la provincia de Valencia (BOP 18-1-1999):* «Si en el transcurso del interinaje el contrato del trabajador sustituido fuese extinguido por el empresario durante el período de prueba o como consecuencia de despido improcedente o nulo, éste deberá realizar una nueva contratación, cuya duración será hasta que el trabajador jubilado anticipadamente cumpla los sesnta y cinco años. Esta obligación de contratar interinamente subsistirá para el empresario, aunque se produzcan sucesivas extinciones de las anteriormente mencionadas, hasta cumplirse la citada edad del trabajador originariamente sustituido».

[91]Criterio de aplicación 98/11 citado por SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.225, nota 505.

por desempleo o joven demandante de primer empleo. El RD 1194/1985, amplió el ámbito subjetivo del contrato permitiendo su celebración siempre que se celebrara con trabajadores inscritos como desempleados en la correspondiente Oficina de Empleo cualquiera que fuera su edad, y con independencia de que estuvieran cobrando o no la prestación o subsidio de desempleo (art.3.1)[92].

LA DOCTRINA DE SUPLICACIÓN NO HA APRECIADO FRAUDE EN LA CONTRATACIÓN COMO SUSTITUTO DE QUIEN CAUSA BAJA VOLUNTARIA EN SU EMPRESA Y SEGUIDAMENTE SE INSCRIBE COMO DESEMPLEADO EN EL INEM Y POCOS DÍAS DESPUÉS ES CONTRATADO COMO SUSTITUTO EN OTRA EMPRESA

Por otro lado, ya se vio cómo el art.2.3 a su vez, exige para el nacimiento del derecho a la pensión de jubilación, el cese efectivo en el trabajo y la simultánea contratación del «nuevo» trabajador.

Un rápido examen de estos preceptos conduciría a reclamar que el nuevo trabajador no hubiera estado ligado anteriormente con la misma empresa. En segundo lugar, que fuera un trabajador desempleado, que demostrara su condición de tal mediante la inscripción en la Oficina de Empleo.

Pese a reconocer que deben evitarse interpretaciones restrictivas al respecto, desde la Administración de la Seguridad Social no parece admitirse que el sustituto del trabajador pueda pertenecer recientemente a la misma empresa en la que vuelve a estar ocupado. A fin de evitar una utilización fraudulenta de esta medida, ordena que en estos casos se recabe dictamen de la Inspección de Trabajo acerca de la realidad o mera apariencia de la extinción del contrato y de las causas objetivas determinantes de su extinción, llegando a admitir que, en tanto no se acredite tal extremo en el expediente, el mismo no sea resuelto e, incluso, que, si del informe del inspector se deduce efectivamente que el que pretende ser sustituto no estaba desempleado, la solicitud de jubilación especial sea desestimada[83].

Otro parece ser, sin embargo, el criterio seguido por los Tribunales. La doctrina de suplicación se ha preguntado por el sentido que haya que dar al término «nuevo». El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 7 de febrero de 1997[84] aplica un criterio flexible «en línea con la finalidad de (no amortización del puesto de trabajo)», al admitir la adecuación de la contratación cuando con anterioridad ha existido vínculo laboral temporal entre el sustituto y la empresa, máxime cuando algunos convenios colectivos otorgan preferencia en la sustitución a quienes hubieran sido trabajadores de la empresa con contrato por tiempo determinado, como sucedía en el supuesto contemplado en la misma. Incluso cumpliría la condición de sustituto el declarado inválido permanente total que ha pertenecido a la misma empresa y que con tal fin se inscribe

---

[92]Algunos Convenios Colectivos sin embargo, continúan exigiendo que el nuevo trabajador sea titular de cualquiera de las prestaciones por desempleo o joven desempleado. ***Vid, art.28 Convenio Colectivo de Bebidas Refrescantes de la provincia de Tarragona (DOGC 13-1-1999); art.36 Convenio Colectivo de Comercio de alimentación de la provincia de Alicante (Mayoristas) (BOP 15-1-1999); art.36 Convenio Colectivo Comercio de materiales de construcción de la provincia de Jaén (BOP 5-2-1999); art.18 Convenio Colectivo de Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Badajoz (DOE 4-1-1999); art.21 Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de la provincia de Sevilla (BOP 17-2-1999); art.52.2 Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Baleares (BOCAIB 25-2-1999); art.21 Convenio Colectivo de Transporte de viajeros por carretera de la provincia de Valencia (BOP 28-1-2000); art.39 Convenio Colectivo de Estaciones de Servicio (BOE 2-2.2000); art.40; Convenio Colectivo de Transportes regulares y discrecionales de viajeros de la provincia de Jaén (BOP 19-1-2000); art.40 Convenio Colectivo de Transportes discrecionales de mercancías por carretera de la provincia de Jaén (BOP 7-1-2000); art.42 Convenio Colectivo de Comercio de materiales de construcción de la provincia de Jaén (BOP 16-9-1999); el art.7 Convenio Colectivo de Agencias distribuidoras de Butano de la provincia de Lugo (BOG 21-1-1999)*** **prevé la sustitución por trabajadores perceptores de la prestación de desempleo;** ***el art.51 Convenio Colectivo para empresas de productos dietéticos y preparados alimenticios de Cataluña (DOGC 25-1-2000)*** **prevé la sustitución por otro trabajador que sea demandante de empleo o joven demandante de empleo.**

[93]SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, ***La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,*** **«Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.226.**

[94]Ar.388.

[95]STSJ Madrid de 10 noviembre 1998 (Ar.4153). Por su parte, la STSJ Cataluña de 2 septiembre 1999 (Ar.3165) señala que si la norma hubiese querido que el trabajador contratado para la sustitución no debía tener vinculación laboral alguna anterior con la empresa, así lo habría dispuesto, pero el precepto no realiza distinción alguna, limitándose a exigir únicamente que el contratado conste como desempleado e inscrito en la correspondiente Oficina de Empleo.

[96]STS de 1 febrero 1996 (Ar.836) -dictada en Sala General-. Dicha sentencia determinó el alcance del requisito de situación de desempleo contenido en el art.1. del derogado RD 1989/1984, teniendo como telón de fondo la polémica sobre la prevalencia de la realidad material (condición de desempleado) o formal (inscripción en las Oficinas de Empleo). Entiende la sentencia que «la inscripción en la Oficina de Empleo es un requisito adicional de control dirigido a acreditar la condición de

como demandante de empleo[85].

También han flexibilizado los Tribunales el requisito de la inscripción en la Oficina de Empleo. Aplicando la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación con el contrato del fomento del empleo[86], se afirma que estar desempleado «supone de una parte poder trabajar y de otra querer trabajar; este querer trabajar puede exteriorizarse con la inscripción como demandante de empleo, pero no es el único dato que pone de manifiesto la situación de desempleo»[87]. En definitiva, lo esencial es que se cumpla el fin esencial que es el acceso al empleo de alguien que se encontraba desempleado[88].

Siguiendo en esta línea flexible, se encontraría también en situación de desempleo quien estaba ligado a la misma u otra empresa sólo por un contrato a tiempo parcial[89].

Partiendo de las consideraciones que acaban de realizarse ¿podemos dar un paso más y afirmar que también concurre la condición de desempleado en el trabajador temporal que sin solución de continuidad concierta con la misma empresa un contrato para sustituir a jubilado ancipadamente? Si se considera la función del segundo contrato desde una perspectiva dinámica se advierte que, pese a la falta de una situación puente de paro entre los dos contratos, el segundo cumple efectivamente su función de fomento del empleo, pues sin él el trabajador hubiera cesado el día anterior, quedando en paro. La tesis contraria no previene ninguna distorsión en la aplicación de la fórmula contractual ni garantiza la distribución del empleo: se limita a obligar a las partes a un comportamiento formalista con objetivos meramente preventivos: basta demorar un día la contratación para conseguir el mismo fin, añadiendo, sin embargo, costes de tramitación y de inseguridad[100].

¿Existe la condición de desempleado en quien voluntariamente se ha puesto en tal situación? En contra se ha alegado que el trabajador no se encuentra en "situación legal de desempleo" pues ha causado baja voluntaria en el trabajo. Pero del tenor del RD 1194/1984 se desprende que es ésta- trabajador de-

---

desempleado. En el ordenamiento social no es desempleado cualquier persona inactiva, sino sólo aquel inactivo que tiene voluntad de trabajo o busca empleo, lo que se acredita formalmente con la inscripción como demandante de empleo en la oficina correspondiente». Por ello, entendiendo que debe prevalecer el criterio material sobre el formal de interpretación, dice que la exigencia de inscripción no debe aplicarse con rigor formalista cuando no es cuestionable la persistencia de la voluntad de trabajo, lo que es evidente en quien acepta un trabajo al día siguiente de terminar la vigencia de un contrato laboral. Se concluye que «aun en la hipótesis de que se aceptase que la inscripción completa como demandante de empleo no se había producido en el momento de la contratación, tal irregularidad carecería de trascendencia cuando está acreditada la voluntad del actor». *Vid,* MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo,* «Tirant lo Blanch», Valencia, 1999, pág.58; en el mismo sentido, SSTS de 23 febrero 1996 («Revista del Centro de Estudios Financieros» núm.159, pág.57) y 15 de enero 1997 (Ar.34). *Vid,* comentarios a la STS de 1 febrero 1996 realizados por SEMPERE NAVARRO y CAVAS MARTINEZ, *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina,* «Aranzadi», 1997, pág.177; OTXOA CRESPO y DE LA FUENTE LAVIN, *La situación de desempleo del trabajador a contratar en la modalidad de fomento de empleo,* «AS», 1996/IV, pág.2887-2898. Recientemente esta doctrina ha sido de nuevo aplicada por la STSJ Cataluña 4 octubre 1999 (Ar.4198): contrato de fomento del empleo.

[97]STSJ Cataluña de 18 septiembre 1998 (Ar.4448).

[98]STSJ Cataluña de 18 septiembre 1998 (Ar.4448).

[99]STSJ Andalucía/Sevilla de 3 julio 1998 (Ar.3382). Debe tenerse en cuenta que conforme a la nueva regulación de los contratos a tiempo parcial, se articula un derecho preferente a ocupar las vacantes que se produzcan en un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente a tiempo completo. *Vid,* Art.12.4.e) TRET.

[100]Doctrina sentada con relación al contrato de fomento del empleo por la anteriormente citada STS de 1 febrero 1996 y aplicada al contrato de sustitución por anticipación de la edad de jubilación por las SSTSJ Cataluña de 4 septiembre 1996 (Ar.3631) y Cantabria de 1 octubre 1998 (Ar.4256). El *art.26 Convenio Colectivo del Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Barcelona (DOGC 14-1-1999)* establece que «Cuando un trabajador con contrato de trabajo indefinido se jubile a los sesenta y cuatro años, las empresas pasarán a la situación de fijo indefinido a un trabajador sometido a la relación contractual temporal que tenga la misma categoría laboral y una antigüedad en la empresa de más de seis meses».

La STS de 23 febrero 1996 -también en relación con contrato de fomento del empleo- indica que no obsta a la aplicación de la doctrina de la STS de 1 febrero 1996 el hecho de que la suscripción del segundo contrato se haga en la misma fecha de la conclusión del primero, bien que con efectos del día siguiente, puesto que, como se dice para supuesto semejante en la STS de 25 octubre 1989, habiendo de interpretarse las normas jurídicas conjuntamente y atendiendo a su fin último, y dado que esta legislación busca la colocación del desempleado «no ha existido vulneración de la referida legislación, y sí solamente una formalización anticipada del nuevo contrato con voluntad de contratar a quien, terminado el contrato eventual, pasaría a la condición de desempleado», lo que sin duda es aplicable al presente caso en que, como queda indicado, la suscripción del contrato se produce precisamente en la fecha inmediata anterior a la iniciación de su vigencia. SEMPERE NAVARRO y CAVAS MARTINEZ, consideran que no deja de constituir un sofisma presentar como desempleado a quien nunca ha dejado de trabajar para salvar la licitud del contrato con él celebrado. *Vid,* el comentario a esta sentencia realizado en SEMPERE NAVARRO y CAVAS MARTINEZ, *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina,* «Aranzadi», 1997, pág.177.

sempleado inscrito como demandante de empleo- y no la otra -trabajador en situación legal de desempleo, la condición exigida para que pueda concertarse el contrato de sustitución[101]. En línea con la finalidad de no amortización del puesto de trabajo, la condición de sustituir al trabajador jubilado anticipadamente por otro desempleado, ha de entenderse perfectamente cumplida desde el momento en que el puesto de trabajo en cuestión (el del jubilado) ha sido ocupado con carácter indefinido por quien, hasta entonces, sólo tenía, en todo caso, una vinculación temporal para con la empleadora, por más que, para lograr ese objetivo superior o de mayor calidad en la ocupación -estimulado también en el art.5 del propio RD 1194/1985- el nuevo trabajador fijo hubiera renunciado «voluntariamente» a la contratación precaria aún en vigor durante un tiempo más[102]. La misma interpretación debe realizarse si se renuncia a un contrato temporal por otro también temporal pero de duración superior[103]. Aplicando este criterio, la doctrina de suplicación no ha apreciado fraude en la contratación como sustituto de quien causa baja voluntaria en una empresa, seguidamente se inscribe como desempleado en la Oficina de Empleo y pocos días después es contratado como sustituto por otra empresa[104], o incluso por la misma[105]. Partiendo del concepto amplio de desempleado empleado por la STS 1 febrero de 1996 se admite incluso cuando no se ha efectuado la inscripción en la Oficina de empleo[106].

Especialmente problemática se presenta la cuestión, cuando el trabajador que solicita la jubilación a los sesenta y cuatro años está jubilado parcialmente. En su momento adelantamos, que en estos casos, el contrato del trabajador relevista no se extingue sino que se mantiene hasta que el sustituido cumple los sesenta y cinco años[107]. ¿Es necesario que el empresario vuelva a contratar a otro trabajador desempleado o es suficiente con que amplíe la jornada que venía realizando el relevista transformando su contrato en otro a tiempo completo? Por analogía podría aplicarse la solución prevista para el caso de cese en la empresa del jubilado por despido improcedente, en cuyo caso el art.9 RD 1991/1984 obliga a contratar a otro trabajador desempleado a tiempo parcial o a ampliar la jornada del relevista. La primera posibilidad debe rechazarse por cuanto supone la realización de contrato a tiempo parcial. Siempre cabría al empresario la realización de un contrato a tiempo completo con otro trabajador desempleado, pero entonces se produciría un exceso en la plantilla, pues la vacante dejada por el jubilado habría generado dos contrataciones -la del relevista que se realizó en su momento y que se mantiene y la del nuevo trabajador sustituto-. La ampliación de la jornada del relevista parecería la solución lógica si no fuera por el hecho de que el trabajador relevista no es un desempleado, sino que está en activo. Así lo ha entendido la STSJ Cantabria de 11 noviembre 1999[108]. Creemos sin embargo, que en este particular supuesto debe abandonarse una interpretación rigorista, realizando otra que sea acorde con el

---

[101]STSJ Cataluña de 2 septiembre 1999 (Ar.3615): aunque recaída en relación con el contrato de relevo es también de aplicación para el contrato de sustitución por anticipación de la edad de jubilación.

[102]STSJ Madrid de 7 febrero 1997 (Ar.388). *El art.9 Convenio Colectivo de Autoescuelas de Vizcaya (BOP 22-9-1999)* regula la jubilación anticipada a partir de los sesenta años como medida de creación de empleo, comprometiéndose la empresa a sustituir al jubilado por un trabajador desempleado a jornada completa e indefinida. Expresamente prevé que «Si la empresa optare por hacer fija a una persona que ya estuviere en la misma con un contrato temporal, se deberá contratar a otra nueva persona por un tiempo equivalente como mínimo al que falte para la finalización del contrato temporal de aquélla». Aunque no se refiere a la jubilación especial, la solución que arbitra podría ser aplicable a ésta.

[103]STSJ Cantabria de 1 octubre 1998 (Ar.4256): el sustituto estaba ligado a la empresa por un contrato de 45 días. Un mes antes extingue el contrato, y se inscribe como desempleado en la Oficina de Empleo de forma que puede concertar un segundo contrato al amparo del RD 1194/1985, por una duración de un año.

[104]STSJ de Andalucía /Sevilla de 3 de julio de 1998 (Ar.3382).

[105]SSTSJ Cataluña de 4 septiembre 1996 (Ar.3631) Madrid de 7 febrero de 1997 (Ar.388) Andalucía/Sevilla de 18 de marzo 1998 (Ar.1963) Cataluña de 21 septiembre 1998 (Ar.4525) Cataluña de 10 diciembre 1998 (Ar.4699). En todos los casos el contrato celebrado al amparo del RD 1194/1985 fue indefinido. La de Cataluña de 4 septiembre 1996 presta importancia al lapso temporal que media entre la fecha de jubilación del sustituido y la fecha en que debió extinguirse el contrato -en el caso quince días- considerando que podría estimarse fraudulenta la actuación del empresario si el tiempo que resta para la finalización del contrato para el fomento del empleo hubiere sido mayor.

[106]STSJ Cataluña de 18 septiembre 1998 (Ar.4448).

[107]SANCHEZ-URAN AZAÑA, critica el obligatorio mantenimiento del contrato de relevo más allá de la jubilación anticipada del relevado porque ¿qué sentido tiene mantener el contrato de relevo a partir del momento en que el jubilado parcial decida acceder a una jubilación completa vía "anticipación"?; ¿no hubiese sido más razonable conjugar la norma laboral y la de Seguridad Social y si esta segunda entiende que es causa de extinción de la jubilación parcial el reconocimiento de una jubilación anticipada debería admitirse, también, que en ese momento se extingue el contrato de relevo?». *Vid*, SANCHEZ-URAN AZAÑA, *Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada*, «Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales», 1999, núm.18, pp. 219-220.

[108]Ar.4447.

espíritu y la finalidad de las normas que posibilitan la jubilación anticipada. Y decimos de "las normas" y no sólo del RD 1194/1985, y ello porque podría considerarse que la jubilación anticipada a los sesenta y cuatro años viene a culminar una jubilación que se inició parcialmente. Ambas medidas se justifican por la creación de empleo, entendida no como creación de puestos de trabajo nuevos, sino como conservación de los existentes. En este caso concreto, sólo existe un puesto de trabajo, aquél que en un primer momento abandona parcialmente el sustituido, para ya desligarse de él de forma definitiva cuando solicita la jubilación con sesenta y cuatro años. En ese proceso de progresiva jubilación, un trabajador desempleado ha accedido a un puesto de trabajo, primero con jornada a tiempo parcial, y finalmente, gracias a la jubilación especial, con jornada a tiempo completo. Con la ampliación de la jornada del relevista se estaría cumpliendo la finalidad de crear empleo a tiempo completo. Debemos insistir que la finalidad del RD 1194/1985 no es el aumento del número de trabajadores de la empresa sino la «no amortización del puesto de trabajo»[109].

Por último debe precisarse que concurre la condición de desempleado en quien trabajando por cuenta propia y estando dado de alta en el Régimen de Autónomos, está inscrito como desempleado en la Oficina de Empleo. El RD 1194/1985 no prohíbe en los contratos que se celebren para sustituir a los trabajadores que se jubilen, la pluriactividad, máxime si el sustituto causa baja en el régimen especial unos días antes de comenzar a trabajar[110].

DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL TRABAJADOR QUE SE JUBILA, LA PECULIARIDAD DE ESTA FORMA DE JUBILACIÓN RESIDE EN QUE EL CÁLCULO DE LA PENSIÓN SE REALIZA COMO SI HUBIERA CUMPLIDO LOS SESENTA Y CINCO AÑOS

5.5. Solicitud y Devengo de la pensión

El RD 1194/1985 establece que *«La solicitud podrá presentarse con una antelación de seis meses a la fecha en que el trabajador tenga previsto su cese en el trabajo, debiendo acompañar a la misma certificación de la Empresa acreditativa del compromiso de sustitución».*

La solicitud con seis meses de antelación a la fecha en que tenga previsto el cese, no es una obligación del trabajador sino una posibilidad que se le concede y que amplía el plazo de tres meses establecido con carácter general[111]. Parece ser que también podría solicitarlo dentro de los tres meses siguientes al hecho causante[112]. En el momento de la solicitud si ésta es anterior al cese hay que entregar certificación de la empresa acreditativa «del compromiso de sustitución». Debiera existir un compromiso formal, exento de ambigüedad, de que el contrato celebrado tendrá una duración mínima de un año[113]. Una vez realizado el contrato un ejemplar debidamente diligenciado *«será entregado al trabajador que se jubile para que lo presente en la Entidad Gestora a la que corresponda el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación»*[114].

---

[109]STSJ Madrid de 7 febrero 1997 (Ar.388).

[110]STSJ Madrid de 9 junio 1997 (Ar.2124): No hay obstáculos para inscribirse como demandante de empleo en el INEM cuando simultáneamente se está afiliado al Régimen especial de Trabajadores Autónomos, por ser compatibles ambos regímenes, ya que lo prohibido por la Ley General de la Seguridad Social, en su articulo octavo, es la inclusión por el mismo trabajo, con carácter obligatorio, en otros regímenes de previsión distintos de los que integran el sistema de Seguridad Social, y se puede trabajar, pongamos por caso, como dependiente por cuenta ajena, y como carpintero por cuenta propia, fuera del horario señalado en el primer caso, por estar permitida y hasta regulada la pluriactividad (véase art.161.5 de la TRLGSS). Lo que no se puede, es tener derecho a las prestaciones por desempleo, cuando se ejerce una actividad económica por cuanta propia, pues las prestaciones por subsidio o desempleo, son incompatibles con el trabajo por cuenta ajena -salvo las peculiaridades del contrato a tiempo parcial- o cuenta propia. Desde la Administración de la Seguridad Social se admite como válida a estos efectos la situación de alta en el Régimen Especial Agrario si la misma no se acompaña de trabajo alguno, ya sea por cuenta propia o ajena, al corresponder a la situación de inactividad en las labores agrarias. *Vid,* SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.227.

[111]Sin embargo, el *art.15 Convenio Marco para Puertos del Estado y autoridades portuarias (A Coruña, Algeciras, Alicante, Almería-Motril, Avilés, Barcelona, Bahía de Cádiz, Baleares, Cartagena, Castellón) (BOE 18-1-2000)* establece que «Los trabajadores que deseen acogerse a la jubilación deberán solicitarlo a través del ente público correspondiente con tres meses de antelación, como mínimo, a la fecha de cumplimiento de la edad de sesenta y cuatro años».

[112]De hecho en la mayoría de las sentencias estudiadas el trabajador presentó la solicitud con posterioridad al cese.

[113]Criterio de aplicación 95-96/15 citado por SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.225, nota 503.

[114]SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, señalan que dicho ejemplar deberá presentarse en el momento mismo de efectuar la solicitud, no existiendo inconveniente alguno para que ello sea así habida cuenta que en estos casos resultaría de aplicación lo dispuesto en el art.14.2 OV. *Vid,* SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* «Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.224.

A falta de reglas específicas sobre devengo de la pensión, se entenderán aplicables las previstas con carácter general en el art.14 OV.

5.6. Cálculo de la pensión

Desde el punto de vista del trabajador que se jubila, la peculiaridad de esta forma de jubilación reside, precisamente, en el cálculo de la pensión, que se realiza como si tuviera cumplidos los sesenta y cinco años. El porcentaje aplicable a la base reguladora se determinará en función de los períodos de cotización acreditados por el interesado hasta la fecha del hecho causante, no pudiéndose considerar como cotizado el tiempo que medie desde entonces hasta el cumplimiento de los 65 años[115]. De hecho, expresamente resultan de aplicación a estos supuestos los complementos por mínimos de la pensión como si se tuvieran cumplidos los 65 años (Disposición Adicional Tercera 4 RD 2064/1999, de 30 de diciembre)[116].

VI. Efectos sobre el derecho a la jubilación de las irregularidades cometidas por el empresario

El derecho a que el trabajador se jubile a los sesenta y cuatro años con el 100 por 100 de la pensión que le corresponda no se hace depender sólo de su voluntad y de su cese efectivo en la empresa, sino del cumplimiento por parte del empresario de su obligación de contratar simultáneamente a otro trabajador desempleado. El art.2.3. RD 1194/1985 es tajante cuando dice que *«En todo caso, el nacimiento del derecho a la pensión de jubilación requerirá el cese efectivo en el trabajo y la simultánea contratación del nuevo trabajador»*. Resulta evidente que el incumplimiento por parte del empresario podría hacer ilusorio el derecho del trabajador a jubilarse. Las sentencias muestran casos en que aquél retrasa la respuesta a la solicitud formulada por el trabajador para jubilarse anticipadamente, viéndose éste finalmente obligado a hacerlo con posterioridad a la fecha que tenía prevista. En otras ocasiones, aunque el trabajador cesa con la aquiescencia del empresario, no es sustituido por otro trabajador o lo es de manera irregular. Ya ALMANSA PASTOR[117] defendió la idea de que debía independizarse la satisfacción del derecho del trabajador del cumplimiento o incumplimiento de la obligación empresarial, cuya sustanciación debe analizarse por las otras vías de la responsabilidad del empresario[118].

Esta ha sido la línea seguida por los Tribunales cuya doctrina por un lado, ha suavizado la interpretación de lo que deba entenderse por irregularidades teniendo en cuenta que lo importante en definitiva es la creación de empleo, y por otro lado, considera que de existir irregularidades, éstas no pueden afectar al derecho a la jubilación, siendo responsabilidad de la empresa[119].

Si el derecho a la jubilación no puede resultar perjudicado, ello significa que en tanto el trabajador sea ajeno a las irregularidades cometidas por el empresario tiene un derecho subjetivo a que se le reconozca por el INSS la pensión de jubilación calculada como si tuviera sesenta y cinco años[120]. Lo que no cabe afirmar, desde luego, es el derecho del trabajador a regresar a su puesto de trabajo. Debe tenerse en cuenta que el Reglamento no condiciona el cese del trabaja-

---

[115] *Vid,* **SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR,** ***La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,*** **«Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.222.**

[116] *Vid,* **SEMPERE NAVARRO y BARRIOS BAUDOR,** ***La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,*** **«Cuadernos Aranzadi Social», 2000, pág.223.**

[117] **ALMANSA PASTOR,** ***Derecho de la Seguridad Social,*** **«Tecnos», 1991, pág.477.**

[118] **En el mismo sentido, ORTIZ LALLANA,** ***La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad y despidos colectivos,*** **en,** ***Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores,*** **«Edersa», Tomo IX, Vol.2º, 1989, pág.86.**

[119] **STSJ Cataluña de 21 septiembre 1998 (Ar.4525): si la actuación de la empresa no fue correcta «en ningún caso podría tener como consecuencia la merma de derecho del trabajador que se jubila pues la responsabilidad correspondería exclusivamente a la empresa».**

[120] **STSJ Castilla-La Mancha de 29 octubre 1998 (Ar.4340): el trabajador está contratado por la Administración. El INSS le deniega la prestación porque la contratación del desempleado no se efectuó de modo simultáneo: «no cuestionado el derecho de la actora a poder jubilarse a los 64 años, por facultarle para instar la jubilación, sin aplicación de coeficientes reductores, el art.2.uno del RD 1194/1985 con la consiguiente obligación de la empresa a sustituir por otro trabajador, y no constando, incluso y por otra parte que dicho demandante (cuya obligación se reduce, en este orden de cosas y según el art.3.dos, de la misma norma, a entregar dicho contrato en la Entidad Gestora a la que corresponda el reconocimiento del derecho, lo que ha efectuado) tuviera conocimiento de la situación de la persona que le sustituiría, sabe que, como se expresó en el contrato que se le entregó para su presentación en el INSS, se encontraba inscrito en la Oficina de Empleo, es claro el derecho de éste a dicha pensión especial de jubilación y a que por el INSS se le abone como si la hubiese solicitado con 65 años, pues en todo caso, ha de tenerse en cuenta, como viene razonándose por la Sala, que tal beneficio lo es en materia de seguridad social y fue establecido como una medida de fomento de empleo, con lo cual las irregularidades o incluso ilegalidad que, respecto a la contratación del trabajador sustituto pudieran apreciarse no pueden afectar al trabajador que insta**

dor a la obtención de la jubilación. La extinción ha tenido lugar por mutuo acuerdo de las partes, lo que implica que el trabajador no tiene derecho a "reconstruir" su contrato, por así decirlo[121].

Para determinar el tipo de responsabilidad que recae sobre el empresario los Tribunales Superiores de Justicia, aunque no regulen directamente esta cuestión, vienen aplicando los arts.95.1 y 96.3 de la Ley de Seguridad Social de 1966 -vigente en esta materia, a falta de desarrollo reglamentario del actual art.126.3 de TRLGSS-, que contemplan la responsabilidad directa del empresario por actuación fraudulenta en materia de Seguridad Social por falta de alta, de afiliación, de cotización o por infracotización[122]. Se trata de una regulación oscura e incompleta, no obstante lo cual puede intentarse la siguiente sistematización en materia de jubilación[123]:

EL DERECHO A QUE EL TRABAJADOR SE JUBILE A LOS 64 AÑOS CON EL CIEN POR CIEN DE LA PENSIÓN NO SE HACE DEPENDER SOLO DE SU VOLUNTAD Y DE SU CESE EFECTIVO EN LA EMPRESA, SINO DEL CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL EMPRESARIO DE SU OBLIGACIÓN DE CONTRATAR SIMULTÁNEAMENTE A OTRO TRABAJADOR DESEMPLEADO

■ Si el trabajador no está dado de alta, la responsabilidad del pago de la prestación corresponde al empresario infractor, que debe capitalizar el correspondiente importe en la Tesorería General de la Seguridad Social para que la Entidad Gestroa realice los oportunos pagos (art.95.1.4º).

■ Si el trabajador está dado de alta, pero el empresario ha incumplido su deber de cotizar, sin perjuicio de la obligación anterior[124], la Entidad Gestora anticipa el pago de las prestaciones resarciéndose del empresario (95.2).

La STSJ Cantabria de 11 noviembre 1999[125] equipara los incumplimientos concurrentes en la jubilación especial al incumplimiento por falta de cotización, en tanto confirma que la Entidad Gestora asumirá el pago anticipado de la prestación correspondiente al empresario[126].

La aplicación de los preceptos anteriormente citados debe hacerse con las debidas cautelas por las razones siguientes:

■ en primer lugar, conforme a los arts.95.1 y 96.3, la empresa responde de la totalidad de la pensión de

---

la jubilación, cuando no es partícipe ni tiene conocimiento de una o de otras, debiendo por ello el INSS, en el supuesto de que mediaran, abonar el total importe de la pensión, sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pudiera atribuirse a quienes hubiesen actuado de modo fraudulento, si así hubiese sido»; en el mismo sentido, STSJ Madrid de 24 mayo 1999 (Ar.1964).

[121]STSJ Cantabria de 10 enero 1997 (Ar.34).

[122]STSJ Madrid de 26 diciembre 1991 (Ar.7076): condena al INSS a abonar el 92% de la Base Reguladora y a la empresa (Ministerio de Defensa) al abono de las diferencias entre la pensión reconocida por el INSS (92%) y la que se le reconoce ahora del 100%. ya que si el trabajador solicitó la pensión de jubilación al cumplir los 64 años, acogiéndose a lo establecido en el RD 1194/1985, el incumplimiento por la empresa de lo establecido en dicha norma, al sustituir al trabajador por otro que no reunía las condiciones requeridas en dicha disposición, no puede afectar a aquél por razones obvias y máxime cuando la entidad que efectúa la sustitución es la propia Administración del Estado, circunstancia que presupone respecto de quien, como el demandante, presta sus servicios para la misma, una actuación ajustada a derecho para obtener la prestación de jubilación equiparando la edad de 64 años a la de 65, en orden a la no aplicación del coeficiente reductor, y ello a «los efectos de exigir del INSS el anticipo por las diferencias que por incumplimiento, se hubiera responsabilizado de su pago a la empleadora, con total independencia de que la empresa sea una persona individual o jurídica y esta a su vez empresa privada o pública, dado, de una parte, la concurrencia en el trabajador de todos los requisitos que a él le son exigibles y, por otro lado, el principio de automaticidad que, con expresa cita del art.96 de la LGSS, viene reiteradamente aplicando la jurisprudencia del Tribunal Supremo» Conforme al antiguo art.94.1.4 TA de la LGSS 1966 obliga a la empresa a constituir en la TGSS, el capital coste de renta necesario para que se proceda contra él al pago de dichas diferencias. De esta forma se evita el enriquecimiento injusto; STSJ Cantabria de 11 noviembre 1999 (Ar.4447): el trabajador que manifieste su deseo de jubilarse anticipadamente a la empresa y que obtiene del empresario una respuestas afirmativa, a la que debe acompañar la efectiva contratación de un tercero, adquiere un auténtico derecho subjetivo frente a la Entidad Gestora y frente al empresario.

[123]MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo,* «Tecnos», Madrid, 1999, pp.648-650.

[124]MARTINEZ LUCAS, mantiene la obligación del empresario de constituir en la TGSS el capital necesario para que se proceda contra él al abono de la prestación en su cuantía total. *Vid,* MARTINEZ LUCAS, *La responsabilidad en orden a las prestaciones de Seguridad Social,* «La Ley-Actualidad», 1996, pág.157. MONTOYA MELGAR, sin embargo, silencia esta obligación. *Vid,* MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo,* «Tecnos», Madrid, 1999, pág.650.

[125]Ar.4447.

[126]También la STSJ Andalucía/Málaga de 27 marzo 1991 (Ar.2276) consideró correcto que la Entidad Gestora anticipara el abono de la prestación de jubilación. Por su parte, la STSJ Madrid de 26 diciembre 1991 (Ar.7076) sin perjuicio del pago

jubilación -salvo el supuesto de insuficiencia de cotización-. En el supuesto que analizamos, debe tenerse en cuenta que, al menos por ahora, la mayoría de los trabajadores jubilados serán mutualistas, por lo que la Entidad Gestora será responsable directa del 92% de la prestación, cantidad que de todas formas le correspondería pagar por ser en definitiva un trabajador que se jubila con sesenta y cuatro años, mientras que la empresa sería responsable directo del 8% restante[127]. Sólo cuando el trabajador no sea mutualista -lo que constituirá el panorama general en los primeros años del siglo XXI-, la empresa asumirá la responsabilidad directa de toda la prestación.

A LO LARGO DE ESTE ARTÍCULO HA QUEDADO PATENTE LA COMPLEJIDAD DE LA JUBILACIÓN ESPECIAL A LOS SESENTA Y CUATRO AÑOS, YA QUE EN ESTA FIGURA INTERVIENEN MEDIDAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL DERECHO LABORAL

■ en segundo lugar, en los supuestos de falta de alta, afiliación y cotización la responsabilidad directa de la empresa se mantiene durante toda la vida del jubilado. Esta solución es justa si se tiene en cuenta que estamos ante unas obligaciones cuyo incumplimiento dificulta si no obstaculiza el nacimiento de la prestación a cargo del sistema. En el supuesto que analizamos, sin embargo, el incumplimiento de la obligación de contratar a un sustituto, sólo impide que la jubilación tenga lugar con un año de anticipación a la mínima fijada por la ley. De ahí que creamos, que la responsabilidad directa del empresario deba mantenerse tan sólo hasta cuando no se cumplan las exigencias que, según la Ley, hacen nacer plenamente la obligación por parte de la Entidad Gestora, es decir, hasta que el trabajador cumple los sesenta y cinco años, momento en que la Entidad Gestora deberá asumir el pago directo como única responsable.

Si el contrato llegó a celebrarse pero con unos días de retraso respecto del cese del trabajador en la empresa, ésta sólo es responsable directa de la diferencia por esos días. Y no puede serlo por más tiempo, además, si adoptamos como norte la indicación que nos procura el propio RD 1194/1985, art.4º, en el que se describe un comportamiento mucho más grave, desde la perspectiva del fomento del empleo que subyace en la norma. Si el trabajador contratado para sustituir al jubilado cesara y el empresario no contratara a otro en su lugar *«deberá abonar a la Entidad Gestora correspondiente el importe de la prestación de jubilación devengado desde el momento del cese del trabajador contratado»*[128].

Si el trabajador impugna la resolución denegatoria de la pensión, y en el interín se reincorpora al trabajo -con el consentimiento del empresario-, una vez que la sentencia reconozca su derecho al 100 por 100 de la

---

anticipado, conforme al antiguo art.94.1.4 TA de la LGSS 1966 obliga a la empresa a constituir en la TGSS, el capital coste de renta necesario para que se proceda contra él al pago de dichas diferencias.

[127]*Vid*, sentencias citadas en nota 122.

[128]STSJ Murcia de 24 febrero 1998 (Ar.529).

[129]STSJ Cantabria de 1 octubre 1998 (Ar.1256).

[130]SSTSJ Cantabria de 24 febrero 1998 (Ar.3607) y Cantabria de 6 noviembre 1998 (Ar.4355). *Vid*, en contra de indemnizar estos daños STSJ Extremadura de 2 marzo 1999 (Ar.1390): el trabajador solicita el 1-9-1997 que le fuera reconocido su derecho a jubilarse a los 64 años de edad el 10-2-98. Esta fue autorizada por Resolución de 9-10-1998 incluyéndose en la misma el cobro de indemnización prevista en el convenio de 750000 ptas. [El retraso obedece al complejo sistema de selección del sustituto que se sigue en la Administración Pública]. El trabajador reclama indemnización por los daños causados por el retraso en la decisión empresarial sobre la concesión de la jubilación. El Tribunal la niega porque no existen daños económicos probados por la tardanza «quedando acreditada su inexistencia por la circunstancia de que el actor cuantifique los daños en el salario que percibió durante el período en que la recurrida retrasó su decisión».

[131]Algunos Convenios Colectivos prevén una serie de indemnizaciones por jubilación en concepto de compensación por jubilaciones anticipadas. *Vid, art.28 Convenio Colectivo de Bebidas Refrescantes de la provincia de Tarragona (DOGC 13-1-1999); art.26 Convenio Colectivo del Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Barcelona (DOGC 14-1-1999); art.20 Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Lérida (DOGC 19-1-1999); art.22 Convenio Colectivo de Transporte de viajeros por carretera de la provincia de Cuenca (BOP 22-2-1999); art.31 Convenio Colectivo de Tranporte de viajeros por carretera de la provincia de Valladolid (BOP 31-3-1999); art.30 Convenio Colectivo de Comercio de recambios, neumáticos y accesorios de automóviles de Madrid (BOCM 26-2-2000); art.9 Convenio Colectivo de Autoescuelas de Vizcaya (BOP 22-9-1999); el art.20 Convenio Colectivo de Estibadores portuarios (Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba) de Barcelona (DOGC 6-4-1999)* prevé que los trabajadores que se jubilan anticipadamente a los sesenta y cuatro años perciban una retribución económica de ocho mensualidades. En ocasiones, los convenios prevén estas compensaciones con carácter general para todos los pensionistas, ya se jubilen con 65 años o con anterioridad a esa edad. *Vid, art.23 Convenio Colectivo del Comercio de automóviles y motocicletas, recambios etc. y de maquinaria industrial, agrícola, de oficina y domés-*

pensión, se deduce el período en que el trabajador fue reincorporado a la empresa[129].

Si por negligencia de la empresa el trabajador no pudo solicitar la jubilación anticipada -porque se retrasó en responder o no respondió simplemente- tiene derecho a que le sean indemnizados los daños y perjuicios ocasionados por haber trabajado durante un tiempo determinado a cambio de una cantidad en concepto de salario, que hubiera podido percibir como pensión sin efectuar trabajo alguno[130]. Si el Convenio Colectivo previera alguna indemnización por jubilación anticipada[131], el trabajador también tiene derecho a reclamarla[132].

Hasta este momento nos hemos referido a jubilaciones voluntarias, razón por la cual hemos hablado del "derecho" del trabajador a obtener la jubilación anticipada pese a los incumplimientos del empresario, pero ¿qué ocurre si la jubilación anticipada viene impuesta por la negociación colectiva? En este caso el Tribunal Supremo ha considerado que si no se dan los condicionantes del RD 1194/1985, se trata de un despido improcedente[133].

VII. Conclusiones

A lo largo de esta exposición, ha quedado patente la complejidad de la jubilación especial a los sesenta y cuatro años. Figura, en la que intervienen medidas de Seguridad Social y de Derecho Laboral. El principal problema radica en que para el nacimiento del derecho a la pensión se exige que el empresario simultáneamente al cese del trabajador contrate en su lugar a un trabajador nuevo desempleado. Se trata de una condición cuyo cumplimiento queda en manos del empresario, cuya inactividad podría hacer ilusorio el derecho a la pensión. Los Tribunales, buscando ante todo el cumplimiento de la finalidad de fomento del empleo han flexibilizado la interpretación de los términos "nuevo" y "desempleado" empleados en el RD 1194/1985. Asímismo, han suavizado la propia idea de "irregularidades" cometidas en la contratación. Pero, aun cuando se aprecie su existencia, se ha considerado que no pueden afectar al derecho del trabajador a una pensión calculada al 100 por 100. La prestación debe ser reconocida en tal cuantía por el INSS, lo que no supone en modo alguno que éste deba asumir la responsabilidad directa que corresponde al empresario. ●

---

tica de Las Palmas (BOP 20-1-1999);art.36 Convenio Colectivo Interprovincial para Confección de ante, napa y doble faz de Cataluña (DOGC 18-3-1999). **No faltan ocasiones en que los jubilados a los sesenta y cuatro años son excluidos de las indemnizaciones previstas para los jubilados antes de los sesenta y cinco.** ***Vid, art.24 Convenio Colectivo del Comercio Textil de La Rioja (BOLR 16-1-1999) que excluye expresamente a los trabajadores jubilados a los 64 años al amparo del RD 1194/1985; art.26 Convenio Colectivo de establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia de La Coruña (DOG 25-1-1999); art.28 Convenio colectivo de Siderometalurgia (Industria) de Santander (BOP 4-1-1999); art.33 Convenio Colectivo de la Hostelería de la provincia de Palencia (BOP 25-1-1999); art.25 Convenio Colectivo de materiales de construcción y Comercio del metal de La Coruña (BOP 25-1-1999); art.18 Convenio Colectivo de Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Badajoz (DOE 4-1-1999); art.26 Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Valladolid (BOP 8-2-1999); art.30 Convenio Colectivo de la Industria y el comercio vinícolas de la provincia de Alava (BOTHA 17-9-1999); art.21 Convenio Colectivo para pintores murales, decoradores y empapeladores de la provincia de Valencia (BOP 8-10-1999).***

[132]SSTSJ Cantabria de 24 febrero 1998 (Ar.3607) y Cantabria de 6 noviembre 1998 (Ar.4355).

[132]STS de 17 febrero 1992 (Ar.1996). La STSJ Andalucía/Málaga de 27 marzo 1991 (Ar.2276) sin embargo, aplicó la misma solución que hemos visto para la jubilación anticipada voluntaria.

LA JUBILACIÓN: UN QUEBRADERO DE CABEZA PERMANENTE

Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

I.

La primera gran contradicción en la regulación de la pensión por antonomasia, la de jubilación[1] (protagonismo notablemente acentuado a raíz de ciertas manifestaciones de acercamiento o asimilación de la pensión de incapacidad permanente hacia la misma[2]), debe quedar situada en su propia contingencia base —quizá más que una contingencia, en el sentido propio de actualización indeseada de un riesgo potencial, es la confirmación natural de una previsión de futuro[3]—, a partir del momento en el cual los requerimientos económicos aconsejan retrasar la edad de jubilación por encima de los sesenta y cinco años, en tanto las demandas de un empleo escaso animan a adelantarla a partir de los sesenta[4]. Las últimas leyes de reforma no contienen un pronunciamiento expreso y contundente en torno a la cuestión básica, la edad de jubilación[5], evitan un debate vívido presidido por la constante tensión entre dos perspectivas distintas: de un lado, aquella que propugna el mantenimiento de los trabajadores de edad avanzada dentro del mercado de trabajo[6], como expresión directa de una política de mejora del modo de vida de la tercera edad promovida por el Estado[7], con independencia del interés de la patronal o de los sindicatos —como alternativa hay quien propugna su participación en actividades de colaboración social o la posibilidad de acceso parcial a la pensión para evitar que el beneficiario deba hacer frente a un cambio total y drástico en su modo de vida[8]—; de otro, la que aboga su expulsión del mercado de trabajo, sin perjuicio de la protección correspondiente[9].

Al margen de poder cuestionar como parámetro inamovible una edad normal de jubilación en 65 años, sobre todo teniendo en cuenta que en el momento histórico de su fijación los índices de longevidad eran notablemente inferiores a los actuales, a resultas de las recientes reformas emprendidas por el legislador en todo lo relativo a la prestación de jubilación es posible percibir cómo, si bien se mantiene aquel referente, existe una voluntad de ampliar el espectro de edades, a partir de los 60 y más allá de los 65 años[10].

Tal vez hubiera sido este el momento oportuno para abogar decididamente por una flexibilización en la materia[11], señalando la posibilidad de establecer un sistema en el cual exista una opción clara por el retiro

después de cumplida la edad actualmente prevista, o incluso antes, aplicando mecanismos correctores del efecto desincentivador del trabajo (o el efecto incentivador de la alternativa al mismo, el ocio) propio de la prejubilación. En la determinación del momento para acceder a la jubilación es preciso huir de presunciones de incapacidad a una determinada edad[12] y tomar como fundamento, en cambio, un mínimo de años cotizados capaz de permitir al sujeto adelantar o retrasar el momento, en función de sus circunstancias personales[13].

II.

En efecto las estadísticas muestran la existencia de un número relativamente importante de casos en los cuales cabe detectar altas de pensionistas antes de los 65 años, provocando no tanto una reducción de la edad real de retiro[14], cuanto un uso flexible de la norma, que lleva aparejadas disfunciones, desequilibrios y desigualdades[15]. Sería conveniente, por tanto, y como ya apuntaba el "Pacto de Toledo" abrirse a una perspectiva dinámica estableciendo incentivos —si así interesa— para adelantar la edad en determina-

---

[1] RIVERO LAMAS, J.: "Jubilación laboral", en AA.VV.: *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix,* T. XIII, Barcelona, 1968, págs. 797 y ss.; GONZALEZ ORTEGA, S.: "Jubilación del trabajador", en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica Básica,* Madrid, 1995, págs. 3799 y ss. ó RIVAS VALLEJO, P.: "La jubilación", *Cuadernos de Jurisprudencia Laboral y Seguridad Social,* núm. 1, 1999, págs. 37 y ss.

[2] Si bien son manifestaciones débiles, de acercamiento, en tanto no han encontrado reflejo normativo, conforme sugiera el *"Pacto de Toledo"* en cuanto hacía a la necesidad de introducir algunas reglas del cálculo de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente semejantes a las de la pensión de jubilación, como, por ejemplo, garantizar una cuantía mínima según grados e incrementarla en función del tiempo cotizado; dicho de otra forma, conjugar el grado de incapacidad con el período cotizado en tanto factores para la determinación de la cuantía de las prestaciones. ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: "Los principios de organización de las pensiones públicas", en AA.VV.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 1999, pág. 160.

[3] ALARCON CARACUEL, M.R.: "La reforma del sistema de pensiones en España", *TL,* núm. 48, 1998, pág. 9.

[4] DE LA VILLA GIL, L.E.: "Las pensiones sociales: problemas y alternativas", en AA.VV.: *Pensiones sociales...*, cit., pág. 10. Análisis comparados en GORDON, M.S.: *Social Security Policies in industrial Countries,* Cambridge, 1988, págs. 85 y ss.

[5] Por todos, en su crudeza temporal y de diferencias por razón de sexo, GERIG, D.S.: "La edad de pensión en los regímenes de pensiones de vejez", *RIT,* núm. 4, 1995, págs. 300 y ss.; HERNANDEZ, S.: "Età lavorativa, età pensionabile e principio di parità tra i sessi", *Il Dir. Lav.,* núm. 6, 1996, págs. 523 y ss.; PESSI, R.: "Il requisito previdenziale dell' età pensionabile nella transizione dal regime retributivo al regime contributivo", *Il Dir. Lav.,* núms. 1 y 2, 1997, págs. 17 y ss. ó ESTEVE SEGARRA, Mª.A.: "La fijación de edades de jubilación distintas por razón de sexo en el Derecho Comunitario", *DL,* núm. 55, 1998, págs. 65 y ss.
Es cierto que otras contingencias también tienen en cuenta la edad (por ejemplo, para extinguir la pensión de orfandad, para alcanzar una incapacidad permanente total "cualificada" o para acceder a determinadas prestaciones asistenciales de desempleo), pero en ninguna de ellas alcanza el valor constitutivo de la contingencia que tiene el caso de la jubilación. ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: "Los principios de organización...", cit., pág. 176.

[6] ASOCIACION INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *Consecuencias demográficas, económicas y financieras del aplazamiento de la edad de jubilación, XII Informe*, Ginebra, 1992, especialmente págs. 1-22.

[7] KESSLER, F.: "Quelles prestations pour les personnes âgées dépendantes?, Panorama des propositions de réforme", *DS,* 1995, pág. 85 ó "Les réformes de la protection sociale et les personnes âgées", en AA.VV. (ALFANDARI, E. y MONEGER, F., Dir.).: *La protection sociale en cause,* París, 1997, págs. 781 y ss.

[8] GOERLICH PESET, J.Mª.: "Las pensiones de jubilación. Determinación de su cuantía", en AA.VV.: *Manual Práctico Laboral,* Madrid, 1999, pág. 687.

[9] AGUILERA IZQUIERDO, R. y CARRILLO MARQUEZ, D.: "Edad de jubilación voluntaria y principio de no discriminación (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 16/1995, de 24 de enero)", *REDT,* núm. 78, 1991, págs. 495 y ss.

[10] CAMOS VICTORIA, I. y FUSTE MIQUELA, J.M.: "El tratamiento de la edad de jubilación en la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social", *RL,* núm. 9, 1999, págs. 48-49.

[11] Siguiendo el ejemplo del sistema italiano, que ha optado por la flexibilidad de la edad pensionable (57-65 años) con sistemas de cálculo en función de la expectativa de vida. GUIDO BALANDI, G.: "La reforma del sistema de pensiones italiano de 1997", *Cuadernos de Relaciones Laborales,* núm. 12, 1998, págs. 79 y ss.

[12] SASTRE IBARRECHE, R.: "La jubilación forzosa por edad", *REDT,* núm. 43, 1990, págs. 459 y ss.

[13] GOERLICH PESET, J.Mª.: "Las pensiones de jubilación. Determinación de su cuantía", cit., pág. 687.

[14] A partir de la aprobación del Real Decreto-Ley 5/1998, de 29 de mayo (convalidado por la Ley 47/1998), ha quedado ratificada la práctica administrativa consistente en reconocer el derecho a causar anticipadamente la pensión de jubilación cuando el interesado acreditara cotizaciones en dos o más Regímenes de la Seguridad Social, pese a que en ninguno de ellos se hiciera lo propio con mayor número de cotizaciones. Dicha convalidación ha quedado condicionada, sin embargo, al hecho de que el sujeto acredite del total de cotizaciones efectuadas al menos una cuarta parte en alguno de los Regímenes en los cuales quede reconocido el beneficio de la jubilación anticipada. En suma, va a ser posible algo negado reiterada y sistemáticamente por la jurisprudencia: que trabajadores encuadrados en Regímenes Especiales de la Seguridad Social puedan alcanzar la jubilación anticipada en virtud de nor-

dos momentos[16] o, al contrario, para alargar la edad de jubilación más allá de los 65 años[17], pues su ampliación no está en absoluto reñida con una razonable política de libertad —o de "jubilación a la carta"[18]— que tenga en cuenta el coste añadido de la pensión para cargarlo (salvo justificadas excepciones) en la cuenta del pensionista, reduciendo su importe conforme a reglas actuariales precisas[19] (de hecho en la actualidad existe un coeficiente reductor del 7% a partir de los 40 años de cotización, en una voluntad de equidad clara por parte del legislador, cuando pretende que los trabajadores de edad obligados a jubilarse anticipadamente por causas ajenas a su voluntad no reciban el mismo trato que si accedieran voluntariamente a la jubilación[20]). No obstante lo cual, la garantía de pensiones mínimas viene a desfigurar definitivamente la fórmula de prejubilación comentada, convirtiendo en cuestión próxima a la indiferencia en muchos casos —en todos aquellos en los cuales su resultante no alcanza el mínimo— la edad de retiro: sea cual fuere la edad elegida entre los 60 y los 65, la cuantía de la pensión será la misma, la mínima legal para menores de 65 años[21].

En definitiva, la nueva disposición introduce el aseguramiento de una pensión de mayor cuantía para quienes permanecen en activo en relación con aquellos que abandonan el mercado de trabajo a una edad más temprana y establece un régimen más favorable —desde los particulares intereses empresariales—, bien indirectamente, facilitando el recurso a la reducción de plantillas, bien directamente, posibilitando el mantenimiento del empleo de personas de edad a través de desgravaciones y deducciones en caso de acreditar las exigencias derivadas de la extinción y período cualificado de carencia. En cualquier caso conllevará un gasto real sobre las cuentas de la Seguridad Social, situación claramente incoherente con el criterio de ahorro en gasto de pensiones patrocinado, como principio general, por la propia Ley 24/1997[22].

SERÍA CONVENIENTE ABRIRSE A UNA PERSPECTIVA DINÁMICA, ESTABLECIENDO INCENTIVOS PARA ADELANTAR LA EDAD DE JUBILACIÓN EN DETERMINADOS MOMENTOS O, AL CONTRARIO, ALARGARLA MÁS ALLÁ DE LOS 65 AÑOS, PUES SU AMPLIACIÓN NO ESTÁ REÑIDA CON UNA RAZONABLE POLÍTICA DE LIBERTAD O DE "JUBILACIÓN A LA CARTA"

mas de Derecho transitorio, de claro carácter excepcional. PUMAR BELTRAN, N. y REVILLA ESTEVE, E.: "La nueva normativa de acceso a la jubilación anticipada para determinados colectivos de regímenes especiales en virtud de reglas de cómputo recíproco de cotizaciones", *REDT,* núm. 95, 1999, págs. 371 y ss., en especial, pág. 389.

[15] RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones", en AA.VV.: *Europa en el movimiento demográfico. Los sistemas de pensiones y la evolución demográfica,* Madrid, 1993, pág. 255.

[16] MARTIN PUEBLA, E. "La jubilación anticipada como instrumento de política de empleo y su recepción por la negociación colectiva", *DL,* núm. 29, 1989, págs. 42-80 ó PANIZO ROBLES, J.A.: "El final de una polémica: las nuevas reglas sobre la anticipación de la edad de jubilación (a propósito del Real Decreto-ley 5/1998, de 29 de mayo)", *RMTAS,* núm. 14, 1999, págs. 55 y ss.

[17] RULAND, F.: "La flexibilización del límite de edad en la legislación alemana sobre seguro", en AA.VV.: *Europa en el movimiento demográfico...,* cit., pág. 217 ó RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones", cit., pág. 261.
No obstante, en tanto el retraso de la jubilación incide negativamente en el empleo dificultando el tránsito generacional, y el sistema español de Seguridad Social debe soportar elevados índices de desempleo, no parece aconsejable acometer en el futuro más inmediato medidas reales fomentándolo. CAMOS VICTORIA, I. y FUSTE MIQUELA, J.M.: "El tratamiento de la edad de jubilación...", cit., pág. 49.

[18] GONZALO GONZALEZ, B.: "Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público", *PEE*, núm. 23, 1985, pág. 149.

[19] La penalización actual del 8% es "actuarialmente" injusta: en los casos en los cuales la penalización viene siendo aplicada el valor presente descontado de las prestaciones a recibir es menor que si el individuo se jubilara a la edad legal. Tal es así porque, aun percibiendo una pensión durante más años, ésta es inferior a la derivada de un estricto ajuste actuarial. HERCE SAN MIGUEL, J.A. y PEREZ DIAZ, V.: *La reforma del sistema público de pensiones en España,* Barcelona, 1995, pág. 41.

[20] De todos modos, el beneficio introducido —un 1% cada año— y la exigencia de 40 años cotizados no parece vaya a ser, ni cuantitativa ni cualitativamente, de gran interés para el beneficiario (RODRIGUEZ BEA, E. y ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Diversas líneas de actuación legislativa en las recientes reformas de nuestro sistema de la Seguridad Social", en AA.VV.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (II)*, Madrid, 1999, pág. 51), aun cuando ha de ocasionar, sin lugar a dudas, un incremento del gasto, por relativo que sea, en el presupuesto de la Seguridad Social. Tal dato, una vez más, parece contradictorio con el objetivo preferente de conseguir el equilibrio financiero del sistema, que la LCR y los pactos precedentes dicen querer lograr. SALVADOR PEREZ, F.: "La racionalización de la pensión contributiva de jubilación", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 12, 1998, pág. 76.

[21] GONZALO GONZALEZ, B.: "Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público", cit., pág. 150.

[22] MERCADER UGUINA, J.R.: "La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social", *RL*, núm. 23, 1997, pág. 74.

III.

En el contexto dado, el conjunto de las normas aprobadas en 1997/1998 muestra la ausencia de una voluntad política clara de fomentar la permanencia de los trabajadores mayores de 65 años en sus puestos de trabajo; más bien cabe observar en tales normas la inclinación opuesta: la de continuar utilizando la jubilación anticipada como un instrumento al servicio de la política de empleo, activo o pasivo[23]. Tal es el resultante de un escalón intermedio entre la Ley 24/1997 y el "Pacto de Toledo, el Acuerdo de octubre de 1996, cuando introduce un nuevo interés (empleo) que se vería seriamente perjudicado de apoyar la permanencia de los trabajadores mayores —pues al dificultar la renovación de las plantillas, por aumentar el coste, se dificultaría el reparto del empleo[24]—, en consecuencia, su admisión afectará decisivamente a las propuestas del "Pacto de Toledo" sobre la edad de jubilación y dotará de razones a quienes critican la Ley 24/1997, acusándola de carecer de "un diseño global"[25] y de resultar "paradójica"[26] o "incoherente"[27].

IV.

Otro punto de vista ineludible en el análisis de los problemas de la pensión de jubilación es el vinculado a su financiación[28], pues esta prestación comparte todos los problemas del conjunto del sistema; más aún, es un perfecto exponente de ellos, resumidos en la constatación de cómo los gastos son cada vez mayores y no pueden ser soportados con los ingresos disponibles[29].

Los numerosos estudios existentes al respecto hacen hincapié en el permanente aumento del coste de las pensiones de jubilación, vinculado a dos fenómenos diferentes: de un lado, una tendencia al aumento del número de pensionistas como consecuencia, fundamentalmente, del aumento pulatino de la esperanza de vida (la evolución al alza del número de las pensiones de jubilación —en cifras próximas al 50 por ciento en los últimos quince años— seguirá, según las previsiones, pautas de crecimiento geométrico durante las primeras décadas del sigo XXI a causa de la evolución demográfica de las décadas anteriores —boom demográfico propio de una época de "desarrollismo"—); de otro, el incremento del coste medio por pensionista, pues no se trata sólo de que la mayor esperanza de vida conlleve mayores períodos de disfrute de la pensión; pues —además— la maduración del sistema de Seguridad Social permite a los beneficiarios completar mejores carreras de seguro y, por tanto, mayores prestaciones. La realidad anterior provoca un efecto añadido: los nuevos pensionistas, por lo general, suponen un coste superior al de los antiguos; por tanto, el ahorro derivado de las defunciones no aparece compensado por unas altas más onerosas[30].

Parece evidente, por consiguiente, que el envejecimiento demográfico requiere medidas a partir de las cuales asegurar la estabilidad futura de los sistemas de reparto cuando el incremento de las pensiones de jubilación sobrepase el nivel de equilibrio de edad en la población de un Estado[31]. Estas ofrecen varias alternativas, bien un incremento de las tasas de cotización, bien un recorte de las prestaciones, para lo cual, las

[23] GOERLICH PESET, J.Mª.: "Las pensiones de jubilación. Determinación de su cuantía", cit., pág. 689.

[24] DESDENTADO BONETE, A.: "La reforma de la pensión contributiva de jubilación en la Ley 24/1997", *TS*, núm. 95, 1998, pág. 7.

[25] LOPEZ CUMBRE, L.: "Comentarios sobre jubilación", en AA.VV.: *CISS Seguridad Social*, T. IV, Valencia, 1998, págs. XI-63 y XI-98/6-5.

[26] GETE CASTRILLO, P.: "La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la persona interminable del sistema de Seguridad Social", en AA.VV. (VALDES DAL-RE, F., Dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997, pág. 445.

[27] CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: "Reforma parcial de la Seguridad Social: comentarios a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998", *RL*, núm. 6, 1998, págs. 11-24.

[28] MUÑOZ DE BUSTILLO, R. y ESTEVE, F.: "La economía básica de las pensiones de jubilación", *HPE*, núm. 132, 1995, págs. 213-223.

[29] No obstante, el argumento de que el gasto social y el ocasionado por las pensiones públicas representan un obstáculo para el crecimiento económico no ha sido constatado empíricamente. BUTARE, T.: "Necesidades sociales y papel de los gobiernos y mercados: el caso de las pensiones de jubilación", *RISS*, núm. 3, 1998, pág. 70.

[30] GOERLICH PESET, J.Mª.: "Las pensiones de jubilación...", cit., pág. 688.

[31] Sobre los diversos modelos de financiación del sistema de pensiones, entre otros, CASSANDRE, J.: "Retraites: le mirage de la capitalisation", *DS*, núm. 6, 1991, págs. 518 y ss.; REYNAUD, E.: "Finanaciamiento de las jubilaciones: reparto y capitalización en la Unión Europea", *RISS*, núms. 3-4, 1995, págs. 49 y ss. Una amplia recopilación bibliográfica en MALDONADO MOLINA, J.A.: *Jubilación y pensiones*, Madrid, 1996. Entre los diversos estudios de Derecho Comparado, especialmente sugestivo el de FIELDS, G.S. y MITCHELL, O.S.: *Retirement pensions and Social Security*, Cambridge, 1984.

opciones en presencia son varias: a) aumentar la edad de jubilación o de los años necesarios para obtener una pensión íntegra; b) introducir cambios en la fórmula de cálculo de la prestación que disminuyan su montante final; c) incrementar el período mínimo de cotización que otorga derecho a la jubilación; d) modificar la fórmula actual para revalorizar y ajustar las pensiones al aumento del coste de la vida; y e) utilizar intensivamente el examen de ganancias, ingresos y medios para otorgar derechos[32], sin olvidar la hasta ahora insuficientemente inexplotada posibilidad de negociar un régimen de jubilación a partir del reparto de tiempo de trabajo en favor de un parado[33].

Los estudios actuariales ponen de manifiesto que cualquier programa profesional y contributivo de pensiones, como el español, está concebido a imagen y semejanza de un seguro social y no como un programa asistencial. Aun cuando los seguros sociales traen causa, en última instancia, en una idea de justicia distributiva, no son en sí mismos un mecanismo de redistribución sobre la base de la renta o la profesión; antes bien, están pensados como un instrumento de previsión para distribuir la renta a lo largo del ciclo vital del individuo. Por consiguiente, en tanto son ajenos a objetivos redistributivos, el principio de equidad que debe regir este tipo de programas es "la igualdad de trato ex-ante, o de derecho, de todos sus partícipes"[34].

El programa contributivo del sistema español de pensiones de jubilación no puede ser considerado redistributivo sobre la base de la renta salvo en caso de acreditar la existencia de esperanzas de vida distintas en función del nivel salarial, estadísticas de las cuales no existe constancia alguna; en cambio, es fuertemente redistributivo en función del régimen de afiliación, beneficiando a los Regímenes Especiales en detrimento del Régimen General. En cualquier caso, este último carácter ha sido corregido, en parte, como consecuencia de la paulatina elevación de las bases y tipos de cotización de los Regímenes Especiales y por la ampliación del período de cotización necesario para acceder a una pensión[35], razón por la cual las diferencias observadas entre las tasas internas de retorno correspondientes a los distintos regímenes son más acusadas para aquellos trabajadores jubilados el 1 de enero de 1997 que para los actualmente en activo[36].

EL ENVEJECIMIENTO DEMOGRÁFICO REQUIERE MEDIDAS QUE ASEGUREN LA ESTABILIDAD FUTURA DE LOS SISTEMAS DE REPARTO CUANDO EL INCREMENTO DE LAS PENSIONES DE JUBILACION SOBREPASE EL NIVEL DE EQUILIBRIO DE EDAD EN LA POBLACION DE UN ESTADO

V.

En cuanto a la jubilación en su protección económica hace (la única sometida por la Ley 24/1997 a un necesario refuerzo de su carácter contributivo[37] y proporcional[38]), cabe observar cómo experimenta una nueva ampliación del período de carencia, a tener en cuenta en el momento de determinar la base reguladora[39] —con lo cual está logrando una ponderación más ajustada del esfuerzo de cotización realizado[40]—, así como una modificación sustancial de los porcentajes a aplicar sobre tal base, en función de los años co-

[32] INFORME GENERAL DEL SECRETARIO GENERAL DE LA AISS.: "Evolución y tendencias de la Seguridad Social: 1993-1995", *RISS*, núm. 2, 1996, págs. 25 y 26.

[33] Extenso análisis al respecto de LANGLOIS, Ph.: "La négociation collective d'un régime de retraite par répartition", *DS*, núm. 12, 1997, págs. 1023-1030.

[34] BLANCO ANGEL, F.: *Redistribución y equidad en el sistema español de pensiones de jubilación. Las reformas del Pacto de Toledo*, Madrid, 1999, pág. 145.

[35] Teniendo en cuenta que en el período de carencia deben computarse las cotizaciones abonadas a las Mutualidades laborales [por todas, STS 1 febrero 1999 (Ar. 1145)] y en otros Estados de la Unión Europea [STS 9, 15 y 16 marzo, 15 abril ó 7 junio (dos) 1999 (Ar. 2755, 3751, 3753, 4406, 5203 y 5205)].

[36] BLANCO ANGEL, F.: *Redistribución y equidad en el sistema español de pensiones de jubilación. Las reformas del Pacto de Toledo*, cit., pág. 144.

[37] Por todos, LOPEZ CUMBRE, L. (Coord.).: "La reforma de la pensión de jubilación", *TS*, núm. extraordinario, 94-95, 1998 (monográfico), págs. 93 y ss. ó PLANAS GOMEZ, M.: "Pensión de jubilación del régimen general, en aplicación de la Ley 24/1997, de 15 de julio", *TS*, núms. 80-81, 1997, págs. 93 y ss.

[38] OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social (Un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de la Seguridad Social)*, Madrid, 1997, pág. 23.

[39] Ampliación que, de seguirse la idea hasta el fondo, podría llevar a tomar en consideración toda la vida activa, ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: "Los principios de organización de las pensiones públicas", cit., pág. 138.

[40] APARICIO PEREZ, J.C.: "El equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social", en AA.VV.: *Pensiones sociales...*, cit., pág. 9.

tizados, para obtener la cuantía final de la pensión.

Se trata, sin lugar a dudas, de la medida más ambiciosa y directa de la LCR en orden a su principal objetivo reformista: la reducción del gasto público en prestaciones sociales. Para justificarla, el legislador acude a dos argumentos fundamentales, de dudosa eficacia y justicia, pese a su indudable capacidad de convicción, a saber[41]: a) La heterogeneidad del instituto jurídico reformado en comparación con sus equivalentes en las legislaciones de los países significativos de la Unión Europea —pese a que los métodos de cálculo de los derechos de jubilación en aquellos se parezcan muy poco[42]— y en otros regímenes nacionales de pensiones públicas (en concreto, en el de clases pasivas del Estado). b) La desproporción entre la cuantía de las pensiones y la cuantía de las cotizaciones efectivas satisfechas por los beneficiarios antes del retiro; no existe, se dice, la debida equivalencia entre ambos elementos, en claro detrimento del segundo de los factores.

Los primeros quince años[43] quedan reducidos ahora a un 50% de la base reguladora (frente al preexistente de un 60%), alcanzando hasta el 80% cuando sean 25 los años cotizados y el 100% si aquéllos llegan a los 35. Es aquí, precisamente, donde la reforma afecta de manera especialmente negativa a la cuantía de la pensión de jubilación —quizá la medida más regresiva y la que mayor efecto puede tener en orden a evitar el desequilibrio financiero del sistema de Seguridad Social[44]—, con sólo tener en cuenta cómo en toda carrera laboral con unas cotizaciones inferiores a los 25 años la cuantía de la pensión será inferior a la que se obtendría con el sistema anterior a la reforma; una disminución agudizada conforme disminuyen los años de cotización[45], llevando a una nueva incongruencia frente a la equidad como objetivo a reforzar, pues, a pesar de la reducción en el primer tramo, todavía favorece el menor esfuerzo de cotización y, en cierto modo, penaliza a quien acredita amplios períodos cotizados[46]. Todo ello sin olvidar que uno de los efectos inducidos de esta variación ha de ser, probablemente, el de desincentivar las jubilaciones anticipadas[47], sobre todos las acogidas al régimen transitorio (de quienes fueron mutalistas antes del 1º de enero de 1967[48]), precisamente las más numerosas de atender a las estadísticas oficiales[49].

En definitiva, ampliar el espacio de cálculo —o el período de cotización— puede repercutir de forma desfavorable sobre quienes han tenido una actividad pro-

[41] BARRADA RODRIGUEZ, A. y GONZALO GONZALEZ, B.: *La financiación de la protección social en España. A propósito del Pacto de Toledo,* Madrid, 1997, pág. 230.

[42] Muchos asignan a la pensión de base un importe fijo, común para todos los beneficiarios o uniforme para grupos determinados de éstos. El resto reconoce pensiones de cuantía proporcionada a los salarios de actividad de los interesados, pero aplica reglas de determinación sólo en parte vinculadas a las cotizaciones indiviuales de cada asegurado. En fin, algunos se fijan en las bases de cotización medias de cada solicitante de la pensión, pero difieren en los plazos (más o menos prolongados, más o menos próximos al hecho causante), sobre los cuales determinar esas bases de cotizaciones medias. Desde luego, es excepcional —entre estas últimas— el caso de legislaciones atentas a la media de todas las bases salariales o de cotizacion de la vida activa completa del asegurado —la legislación belga contiene una fórmula de cálculo próxima a ésta, pues la base reguladora considera la media de los salarios comprendidos entre el año de cumplimiento de la edad de 25 y la de jubilación y, recientemente, el sistema italiano ha adoptado el cálculo de la cuantía de la pensión contributiva de jubilación sobre el arco de toda la vida activa del pensionista [por todos, GUIDO BALANDI, G.: "La reforma del sistema de pensiones italiano de 1997", *Cuadernos de Relaciones Laborales,* núm. 12, 1998, págs. 79 y ss.]—. Por el contrario, en Francia sólo se toma la media salarial de los diez años de cotización consecutivos más favorables y en Grecia un período de dos años. PIETERS, D.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Europea,* Madrid, 1992 y MISSOC.: *La protection sociale dans les Etats membres de l'Union Européene,* Bruselas, 1997. En conclusión, Europa no es el mejor pretexto —salvo quizá el ejemplo de Italia— para revisar por ampliación las bases de cálculo de la jubilación en España.

[43] Se han de tener en cuenta todas las cotizaciones efectuadas, no superpuestas, con independencia de si lo fueron al Régimen General o a otros regímenes (STS 18 febrero 1991 —Ar. 843— y STSJ Madrid 25 septiembre 1989 —Ar. 1603—). Si las cotizaciones fueron superpuestas y a distintos regímenes se está ante el supuesto de pluriactividad, en cuyo caso es necesario acreditar cotizaciones a más de un régimen superpuestas durante quince años. Sobre la interpretación de los días-cuota (cómputo de pagas extras), STS 28 abril 1999 (Ar. 4652).

[44] GARATE CASTRO, J.: "Algunas coordenadas de la proyectada reforma de la protección por jubilación e invalidez permanente", *TS,* núm. 78, 1997, pág. 17.

[45] RODRIGUEZ BEA, E. y ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Diversas líneas de actuación...", cit., pág. 50.

[46] GETE CASTRILLO, P.: "La Ley de Consolidación...", cit., pág. 444.

[47] SALVADOR PEREZ, F.: "La racionalización de la pensión...", cit., pág. 73.

[48] Sobre la imputación de responsabilidades y anticipo de la prestación en caso de períodos no cotizados, STS 20 diciembre 1998 (Ar. 441).

[49] MTSS.: *La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI,* Madrid, 1996, pág. 224 ó CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: "Reforma parcial de la Seguridad Social: comentarios a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de

fesional precaria, o una vida laboral sometida a constantes interrupciones, los trabajadores con salarios uniformemente bajos, aquellos contratados a tiempo parcial[50] o quienes en los últimos tiempos de su vida activa han experimentado incrementos salariales importantes[51] frente a situaciones previas de falta de trabajo o de retribuciones inferiores[52]; la alternativa contraria, tomar en consideración sólo cotizaciones recientes, podría fomentar maniobras de ocultación de ingresos previos o, incluso, de economía sumergida hasta en los períodos computables[53].

La nueva regla de cálculo eleva —si bien de forma transitoria[54]— a ciento ochenta (quince años) los meses cuya base de cotización[55] va a formar parte del dividendo de la correspondiente operación —el legislador hace coincidir el promedio del tiempo cotizado computado para calcular la cuantía con el mínimo de cotización exigido para el reconocimiento del derecho a la pensión—, razón por la cual la base reguladora así obtenida, y en definitiva el importe de la pensión, estarán más próximos al esfuerzo de cotización soportado por el beneficiario a lo largo de su vida laboral[56] —algo que puede ser especialmente positivo para trabajadores con situaciones irregulares en los últimos años de su carrera laboral[57]— aun cuando, en términos generales, experimenten una "reducción"[58] respecto a su cálculo con arreglo a la normativa anterior[59]. De todos modos, y no obstante el carácter neutro de la medida, algún autor ya ha señalado el pe-

Seguridad Social y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998", cit., págs. 23-24, quien estima que la medida afectará, aproximadamente, a un 25% de nuevos pensionistas.

[50] Por todos, GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I.: *La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial,* Valencia, 1998, págs. 120-121; LUQUE PARRA, M.: "La pensión de jubilación y el contrato a tiempo parcial: una regulación desincentivadora de la utilización de esta modalidad contractual agravada tras la aprobación del RD 489/1998, de 27 de marzo", en AA.VV.: *Pensiones sociales...,* cit., págs. 455 y ss. ó CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial,* Granada, 1999, págs. 169 y ss.

[51] PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, Mª. P.: "Incidencia de los incrementos indebidos de las bases de cotización y de la situación de desempleo sobre la pensión de jubilación", *RTSS (CEF),* núms. 185-186, 1998, págs. 3 y ss.

[52] ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: "Los principios de organización de las pensiones...", cit., pág. 142.

[53] Por todos, CES.: *La economía sumergida en relación a la Quinta Recomendación del Pacto de Toledo,* Madrid, 1999, págs. 71 y ss., propugnando la actuación inspectora y la investigación por parte de Unidades Especiales en todos los ámbitos en los cuales se manifiesta la economía sumergida, atendiendo a criterios de cooperación y aprovechamiento máximo de la información disponible por parte de las distintas Administraciones Públicas. La investigación debería ir dirigida especialmente a las actividades en las cuales existan indicios de incumplimiento generalizado y a los supuestos de sucesión fraudulenta de empresas.

[54] Al igual que sucedió con la primera ampliación del período de bases de cotización computables, llevada a cabo por la Ley 26/1985, existe la voluntad de evitar las consecuencias negativas derivadas de una aplicación íntegra e inmediata de la nueva fórmula de cálculo de la base reguladora (GARATE CASTRO, J.: "Algunas coordenadas de la proyectada reforma...", cit., pág. 16). En este sentido, establece que la ampliación del referido período tenga lugar gradualmente, a partir de la entrada en vigor de la Ley, a razón de doce meses por cada año, hasta el 1 de enero del año 2002, a partir del cual la base reguladora será calculada tomando como dividendo el importe de las bases de cotización correspondientes a los ciento ochenta meses inmediatamente anteriores a aquél en el cual se haya producido el hecho causante (nueva disposición transitoria 5ª.1° LGSS).

[55] Teniendo en cuenta que se contabilizan los días cuota, es decir, los días cotizados por pagas extraordinarias, los cuales han de ser tenidos en cuenta a efectos de carencia y a efectos de cálculo, pero no para aumentar el porcentaje aplicable según años cotizados. STS 4 julio 1995 (Ar. 5473).

[56] A idéntico objetivo de hacer que la pensión sea proporcional al esfuerzo contributivo y establecer una igualdad de trato a las diferentes categorías de trabajadores responde el proceso racionalizador llevado a cabo en Italia, si bien en términos mucho más radicales. Considera todas las cotizaciones pagadas a lo largo de la vida pero, en contrapartida, el período de carencia disminuye drásticamente (a 5 años); así, la reforma italiana supone una realización más perfecta del postulado de reforzar la contributividad y la equidad (léase de la proporcionalidad cotizaciones-prestaciones) del sistema, postulado común de ambas reformas, la española y la italiana. REYNAUD, E y HEGE, A.: "Una fundamental transformación del sistema de jubilación", *RISS,* núm. 3, vol. 49, 1996, págs. 77 y ss. ó CARRASCOSA BERMEJO, Mª.D.: "La reforma de las pensiones públicas de jubilación en Italia", *TL,* núm. 48, 1998, págs. 81 y ss.

[57] RODRIGUEZ BEA, E. y ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Diversas líneas de actuación legislativa...", cit., pág. 50.

[58] GARATE CASTRO, J.: "Algunas coordenadas de la proyectada reforma...", cit., pág. 15.

[59] Ciertamente cabe apreciar que "si los salarios reales (con descuento de la inflación) han ido creciendo con el tiempo, cuanto mayor es el período de cómputo de la pensión, menor será la pensión resultante porque los salarios de hace 15 ó 20 ó 30 años eran menores que los actuales y, por tanto, se ajustó al sistema". Empero, conviene reconocer cómo "esta nueva fórmula afecta de modo distinto. Las personas cuyo salario ha crecido más rápidamente en los últimos años de su carrera laboral porque es ascendente con la edad, van a resultar más perjudicados que aquéllos cuya carrera laboral sea más estable y ello con independenicade su nivel absoluto de salario". De cualquier manera, y en conjunto, es de constatar "una pérdida neta del derecho a pensión, tanto más importante cuanto más hayan crecido los salarios a lo largo del período de cómputo", GONZALEZ I CALVET, J.: "Reforma y futuro del sistema de protección social", *Mientras tanto,* núm. 67, 1996-1997, *apud* DESDENTADO BONETE, A.: "La protección de la in-

queño margen de ahorro para el sistema de tal medida[60], aventurando cómo "no pasará mucho tiempo sin que el período de carencia supere los quince años, aunque haya de adivinarse el nuevo escalón y la cortesía instalada en la correspondiente norma transitoria"[61]; desde otro punto de vista, sin embargo, cabe criticar su "carácter limitado", en tanto únicamente resulta de aplicación a las pensiones de jubilación, quedando al margen las pensiones de incapacidad permanente y de supervivencia: en caso de tratar de reforzar una mayor correspondencia o proporcionalidad entre contribuciones y prestaciones, como uno de los principios sobre los cuales debe encontrar asiento el sistema, parece lógico —"e impecable técnicamente"— que este mismo objetivo —y sus consecuencias sobre la base reguladora— se hubiera extendido a todas las pensiones, y no a una sola de ellas, pues todas participan de la misma naturaleza y de iguales mecanismos de determinación[62].

Como contrapartida, aparece modificado in mellius el período de carencia cualificada[63] (ahora al menos dos años de cotización, los cuales podrán seguir siendo discontinuos y habrán de estar comprendidos, no ya dentro de los ocho inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho, sino dentro de los quince últimos —cuestión de mera coordinación entre la ampliación del período de la base con el de referencia de la carencia cualificada cuya implantación ha sido graduada en el tiempo—), buscando así evitar que la falta de cotización en los años inmediatamente anteriores al hecho causante pueda impedir el disfrute de la pensión cuando en otros momentos de su vida el interesado hubiera contribuido significativamente al sostenimiento del sistema[64]. El legislador ha sido sensible a la situación de trabajadores de edad, cuyos problemas laborales en el último tramo de vida profesional pueden afectar notablemente a la cuantía y al acceso a la pensión[65]; es más, la Ley consagra ahora el criterio jurisprudencial del "paréntesis"[66], consistente en entender que el requisito de la inmediatez debe quedar referido al momento del cese de la obligación de cotizar, no al de la solicitud de la pensión[67]. Con ello evita el efecto de exclusión en aquellos supuestos en los cuales no ha tenido lugar un apartamiento voluntario de la actividad profesional y existe imposibilidad de mantener la cotización, efecto indeseado con especial interés para quienes acceden a la jubilación, bien desde una situación de no alta —posibilidad reconocida desde la Ley 26/1985—, bien desde una situación de alta o asimilada sin obligación de cotizar[68].

LEJOS DE LOS CÁLCULOS TEÓRICOS, LA REALIDAD CONFIRMA CÓMO APENAS UN 50% DE LAS JUBILACIONES ANTICIPADAS SON SUSTITUIDAS POR NUEVOS EMPLEOS, ACENTUÁNDOSE, ADEMÁS, EL ÍNDICE DE PREJUBILADOS QUE, LEJOS DE LIBERAR SUS EMPLEOS, CONTINÚAN TRABAJANDO EN EL MERCADO PARALELO COMO TRABAJADORES CLANDESTINOS

El nuevo criterio de proporcionalidad busca evitar la "compra" de pensiones y, para ello, penaliza los perí-

capacidad permanente en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social", *RMTASS*, núm. 4, 1997, pág. 65, nota 25, quien añade: "el problema no es tanto quién gana y quién pierde, sino cuál es el criterio más equitativo de distribución y un cómputo de toda la carrera de seguro —con las correcciones adecuadas en orden a la evolución del coste de la vida y a la compensación de los períodos de desempleo— sería al menos más neutral que el sistema de selección aleatoria de una serie de años más o menos próximos al hecho causante. La ampliación de la base reguladora reduce la aleatoriedad, aunque es un sistema de gestión complejo. El problema es cómo compensar dentro de la lógica contributiva a los parados, a los trabajadores con empleo precario y a los que tienen que aceptar un empleo marginal. La respuesta actual —integración de lagunas por bases mínimas y aplicación de bases reducidas en todo caso— podría ser mejorada".

[60] GONZALO GONZALEZ, B.: "El atajo de Maastricht: convergencia económica y divergencia social (Comentarios al Proyecto de la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social)", *RL*, núm. 10, 1997, pág. 50.

[61] DE LA VILLA GIL, L.E.: "Las pensiones sociales: problemas y alternativas", en AA.VV.: *Pensiones sociales...*, cit., pág. 11.

[62] ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: "Los principios de organización...", cit., pág. 153.

[63] Su exigencia persigue reforzar el carácter profesional y contributivo de las prestaciones, con objeto de impedir el acceso a las mismas a quienes han abandonado la vida laboral activa y no mantienen, mediante la cotización, su contribución financiera. DESDENTADO BONETE, A.: "Régimen jurídico, garantías. Responsabilidades en materia de prestaciones" en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E. Dir.).: *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª ed., Valencia, 1999, pág. 299.

[64] GARATE CASTRO, J.: "Algunas coordenadas...", cit., pág. 16.

[65] RODRIGUEZ BEA, E. y ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Diversas líneas de actuación legislativa...", cit., pág. 49.

[66] Entre otras, SSTS 22 abril 1992 (Ar. 2669); 1 julio 1993 (Ar. 6879); 14 abril y 24 octubre 1994 (Ar. 3241 y 8106) y 11 junio 1996 (Ar. 5057).

[67] GETE CASTRILLO, P.: "La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la persona interminable del sistema de la Seguridad Social", cit., pág. 436.

[68] SALVADOR PEREZ, F.: "La racionalización de la pensión...", cit., pág. 61.

odos cortos de cotización, decisión ésta capaz de afectar de forma negativa, sobre todo, a los autónomos y trabajadores del régimen agrario[69].

VI.

La intención —y evolución de futuro— parece obvia: con la sola propuesta de conjugar la reducción de la cuantía de la pensión (clara en las carreras de seguro de menos de veinticinco años) con el endurecimiento progresivo en las condiciones determinantes para su acceso, cabe observar un efecto expulsión del nivel contributivo que afecta a buena parte de los colectivos de nuevos pensionistas asistenciales, con un nivel de renta de subsistencia. En efecto, al disminuir con carácter general las cuantías de un determinado número —probablemente elevado— de pensiones, seguramente tendrá lugar un incremento considerable de los complementos por mínimos, en tanto ha de ser más elevado el número de beneficiarios que no alcancen, tras la modificación, las cuantías mínimas fijadas anualmente. Si tal llega a suceder provocaría un efecto justamente contrario al deseado por la LCR, a saber, la reducción del gasto público mediante la disminución de la cuantía de las pensiones[70].

Los colectivos más afectados serán así los trabajadores con peores condiciones de trabajo, para quienes no han sido previstas —en paralelo— medidas capaces de compensar su déficit de protección[71], con lo cual la reforma incorpora a España dentro de la tendencia general a reducir el Estado de Bienestar clásico, evolucionando hacia el modelo de Estado de Bienestar "marginalista", o asistencial en grado mínimo, entendido como reducción paulatina de las prestaciones sociales a mínimos de subsistencia.

VII.

Al lado de tales previsiones, y completándolas, pueden ser destacadas otras cinco de significativo interés, las primeras como aspectos claramente complementarios de aquéllas; las dos últimas como verdadero broche de cierre de fundamental trascendencia.

1.- La norma prevé la integración de las lagunas de cotización presentes en el historial de seguro del pensionista, a resultas de la ausencia de obligación alguna al respecto, con las bases mínimas existentes en cada momento para los trabajadores mayores de dieciocho años.

2.- Las bases habrán de ser actualizadas de conformidad con la evolución experimentada por el IPC desde el mes al cual correspondan aquéllas[72], teniendo en cuenta la incorporación por el RD 1647/1997 de una regla nueva que permite computar por entero el último mes de cotización efectiva, aun cuando el hecho causante hubiera tenido lugar antes de finalizar dicho mes.

3.- La mencionada actualización ha de tener lugar siempre dentro de unos límites temporales dados: si se trata de las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores a aquel en que tenga lugar el hecho causante, habrá de ser computado en su valor nominal; si de períodos anteriores, sólo alcanzará hasta el comienzo de aquel de dos años, pesando sobre el jubilado el coste de la erosión monetaria correspondiente a tal período inmediatamente anterior.

4.- Como cuestión verdaderamente "estelar" prevé la conversión de las pensiones de incapacidad permanente de las personas mayores de sesenta y cinco años en pensiones de jubilación. Más que de conversión procedería hablar de conversiones pues, como

---

[69] PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: "Empleo y protección social agrarios", en AA.VV. (VALDES DAL-RE, F., Dir.).: *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social,* cit., págs. 461 y ss.

[70] SALVADOR PEREZ, F.: "La racionalización de la pensión contributiva de jubilación", cit., pág. 69.

[71] MONEREO PEREZ, J.L.: "El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados (II)", *REDT*, núm. 89, 1998, pág. 474.

[72] En una modificación más formal o aparente que real, habida cuenta las mencionadas reglas de cómputo ya resultaban aplicables bajo el régimen jurídico anterior; si bien, y como consecuencia de la elevación del período de cotización computable, se amplía —necesariamente también— el período sometido a actualización. En consecuencia, actualizar las restantes ciento cincuenta y seis bases de cotización implicará una pérdida de poder adquisitivo de los pensionistas, pues no asume el aumento real del salario del trabajador, sino únicamente el de incremento del IPC. LOPEZ CUMBRE, L. "La pensión de jubilación", en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.).: *Derecho de la Seguridad Social,* 2ª edición, cit., pág. 474.
Además, ahora con un mayor rigor técnico, se reproducen íntegramente estas reglas en el precepto aplicable en exclusiva a la pensión de jubilación (nuevo art. 162.1 LGSS), sin necesidad de reenviarlas al precepto regulador de la base reguladora de la incapacidad permanente, como sucedía anteriormente. SALVADOR PEREZ, F.: "La racionalización de la pensión contributiva de jubilación", cit., pág. 69.

[73] MARTIN VALVERDE, A.: "El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social", *RMTAS,* núm. 4, 1997, págs. 55 y ss.

bien señala la doctrina, el legislador diferencia la conversión "en el origen" o "en la fuente" de aquella otra producida "ex post facto"[73].

Con la primera (art. 138.1 LGSS) impide el reconocimiento de pensiones de incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia en su origen, a quienes hayan cumplido la edad de referencia en el momento de acaecer el hecho causante de la incapacidad y tengan acreditados en tal fecha el resto de los requisitos exigidos para causar derecho a la pensión de jubilación. Trata de evitar "comportamientos estratégicos"[74] y la desviación tradicional en el sistema español que suponía la preferencia por la pensión de incapacidad permanente frente a la jubilación a partir de su superior cuantía (no cabe olvidar al respecto cómo el tipo de la pensión de incapacidad permanente absoluta es siempre del 100% de la base reguladora y, además, si el hecho causante fuera una contingencia profesional habría de ser calculada a partir de los salarios reales del último año y no de unas bases promediadas y de un período más o menos prolongado en el tiempo). Para la LCR la opción de retirada definitiva del mercado de trabajo —y a tal equivale la solicitud de una incapacidad permanente a edad superior a los 65 años— encaja mejor en una prestación de jubilación que de incapacidad permanente, en la cual la falta de capacidad para el trabajo, proyectada como un inconveniente hacia el futuro, deja de serlo cuando el sujeto carece de toda intención o posibilidad de reintegrarse a la actividad laboral[75].

Otro motivo adicional para impedir la calificación de la incapacidad permanente una vez cumplida la edad de jubilación radica en pensar que el padecimiento obedecerá más a razones de edad que a los efectos del trabajo posterior[76], pudiendo evitar fraudes como los derivados de las incapacidades por enfermedad planteadas en dicho momento para causar una pensión de cuantía más elevada[77]; para algún grado, como la gran invalidez, supondría incluso otorgar una protección privilegiada, casi asistencial, para cuidado o protección del "inválido anciano"[78] en relación con los jubilados comunes sin ese tipo de ayudas[79].

EL NUEVO CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD BUSCA EVITAR LA "COMPRA" DE PENSIONES Y, PARA ELLO, PENALIZA LOS PERIODOS CORTOS DE COTIZACIÓN, DECISIÓN ESTA CAPAZ DE AFECTAR DE FORMA NEGATIVA, SOBRE TODO, A LOS AUTÓNOMOS Y TRABAJADORES DEL RÉGIMEN AGRARIO

Sin embargo, al proscribir aquellos reconocimientos benévolos abre a la polémica cuestiones tales como la discutible extensión de la regla a los procesos de incapacidad derivados de riesgos profesionales (pues su cobertura opera con autonomía y, además, cualquier comportamiento estratégico es ciertamente difícil[80]) o la conveniencia de eliminar los incentivos institucionales que fomentan la preferencia por las pensiones de incapacidad permanente absoluta o permanente total cualificada[81]. La decisión resulta totalmente injustificada cuando el inválido ha seguido trabajando más allá de la edad de jubilación, especialmente en el supuesto de incapacidades derivadas de accidentes —sean o no de trabajo— si el beneficiario únicamente acredita un período de cotización próximo al mínimo, pues de una incapacidad absoluta o gran invalidez por accidente de trabajo, con prestaciones sobre salarios reales del último año —salvo topes máximos—, pasará a percibir la pensión mínima de jubilación.

Esta medida contribuye a la paradoja —con indicios de inconstitucionalidad según algunos[82]— de que quien hubiera estado en alta en la Seguridad Social al menos quince años, y por tanto acredite los requisitos necesarios para percibir la pensión de jubilación —amén de la edad—, va a verse perjudicado frente a quien no hubiera alcanzado aquel periodo de carencia, teniendo este último derecho a la pensión de incapa-

[74] FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: "Régimen jurídico de la invalidez", en AA.VV.: *Manual Práctico Laboral*, cit., pág. 674.

[75] ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: "Los principios de organización de las pensiones públicas", cit., pág. 162.

[76] STS 15 diciembre 1993 (Ar. 9960).

[77] Especialmente en caso de obtener una declaración de incapacidad permanente en el grado de absoluta, por las indudables ventajas otorgadas tanto en materia de prestación de Seguridad Social (para la determinación de la base reguladora se tienen en cuenta los últimos ocho años cotizados en lugar de los quince considerados para la jubilación, o los resultantes de aplicar las normas transitorias, y respecto al porcentaje que es del 100% con independencia de los años realmente cotizados), como fiscal (la pensión de incapacidad permanente absoluta no tributa a Hacienda y sí la pensión de jubilación). BENEYTO CALABUIG, D.: *La reforma de la Seguridad Social, 1997*, 2ª ed., Valencia, 1997, pág. 67.

[78] GONZALO GONZALEZ, B.: "El debate actual para la reforma de las pensiones", *TL*, núm. 40, 1996, pág. 115.

[79] SSTS 30 julio y 15 diciembre 1993 (Ar. 5997 y 9960); 15 abril 1994 (Ar. 3246) y 9 mayo 1995 (3756).

[80] DESDENTADO BONETE, A.: "La protección de la incapaciad permanente....", cit., pág. 73 ó MARTIN VALVERDE, A.: "El régimen jurídico de la pensión de jubilación...", cit., pág. 56.

[81] DESDENTADO BONETE, A.: "La protección de la incapacidad permanente...", cit., pág. 73.

[82] CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: "Reforma parcial de la Seguridad Social...", cit., pág. 27.

cidad permanente. Es una más de las paradojas de la justicia contributiva: "quien ha cotizado menos y por ello no puede acceder a la pensión de jubilación, podrá causar una pensión más alta de incapacidad permanente absoluta o de incapacidad permanente total cualificada, porque para él no juega la prohibición"[83].

En fin, impedir el devengo de prestaciones con causa en el propio desarrollo de la actividad profesional a partir de una determinada edad (esta especie de veto a la continuidad en el trabajo de quienes superen la edad normal de jubilación[84]) entra en clara colisión con la voluntariedad en la jubilación prevista en el sistema español de Seguridad Social y con las propias disposiciones que fomentan la permanencia en activo una vez superada la edad ordinaria de jubilación, pues conviene recordar cómo el propio art. 12 LCR faculta al Gobierno para otorgar desgravaciones o deducciones de cotizaciones sociales en aquellos supuestos en los cuales el trabajador opte por permanecer en activo, alcanzada la edad de sesenta y cinco años, con suspensión proporcional de la pensión[85]. Supone, a la postre, "abrir la veda" a través de una primera modificación sobre el, hasta el momento, inalterado requisito de la edad, vaticinando —seguramente— una elevación futura de la edad mínima pensionable, más próxima a la esperanza media de vida de la población española.

Con la segunda ordena que las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasen a ser denominadas pensiones de jubilación. Lejos de quedarse en un mero cambio de denominación a efectos puramente estadísticos —o a lo sumo a efectos fiscales[86]—, una interpretación literal (la ley alude al mantenimiento de las condiciones de protección, y no al de la calificación de la situación de necesidad, permitiendo interpretar que el cambio de denominación, si bien no afectará a las prestaciones, si lo hará a su tratamiento jurídico), y sobre todo una interpretación lógica (pues lógico un propósito puramente estadístico, debiendo existir "algo más detrás del cambio de denominación; y ese algo más sólo puede ser el propósito de modificar no ya la prestación percibida por el pensionista pero sí la condición jurídica del mismo") conduce a considerar que el cambio de denominación "sustituye ipso facto no la cuantía o la duración, pero sí, probablemente, la regulación de lo habitualmente conocido como `dinámica de la prestación periódica'"[87].

5.- En un contexto de flexibilización, de acomodo de la Ley a la coyuntura de cada momento —aun a costa de la justicia, al solo calor de la conveniencia—, cabe profundizar en "una serie de mecanismos que, alterando la estricta relación de aseguramiento en un sistema prácticamente contributivo y profesional..., permiten extender la eficacia protectora del sistema a situaciones en las que dicha relación jurídica de aseguramiento ha dejado de tener efectividad"[88]. Cabe desconocer así la figura del convenio especial, utilizado de forma voluntaria por los afiliados al sistema de Seguridad Social en la última fase de la vida laboral con la finalidad de completar las cotizaciones que le puedan ser requeridas a la hora de acceder a determinadas prestaciones, permitiendo así (y atendiendo también a supuestos especiales de convenios encargados de atender de forma puntual determinadas situaciones que requieren un régimen especial), en unos casos culminar la carrera contributiva en las mejores condiciones posibles para acceder a una pensión; en otros, completar lagunas de seguro en distintas fases de la vida laboral.

---

[83] DESDENTADO BONETE, A.: "La protección de la incapacidad permanente...", cit., pág. 73.

[84] GETE CASTRILLO, P.: "La Ley de Consolidación y Racionalización...", cit., pág. 451.

[85] MARTINEZ BARROSO, Mª.R.: "Una reforma inacabada: la incapacidad permanente", *RTSS (CEF)*, núm. 184, 1998, pág. 58.

[86] Como sostiene, sin embargo, OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones...*, cit., pág. 24.

[87] MARTIN VALVERDE, A.: "El régimen jurídico de la pensión de jubilación...", cit., págs. 57-58.

[88] MAGALLON ORTIZ, M. y PEREZ ALONSO, Mª.A.: *El convenio especial en el sistema de la Seguridad Social*, Valencia, 1997, págs. 15-16.

[89] DE LA VILLA GIL, L.E.: "Las pensiones sociales: problemas y alternativas", cit., pág. 10.

[90] LOPEZ CUMBRE, L.: "Anticipación de la edad de jubilación: El confuso tratamiento jurídico de las jubilaciones anticipadas", *TS*, núm. 94, 1998, pág. 26.

[91] KERSCHEN, N. y REMINIAC, H.: "Les systèmes de `pré-retraite'. Classification juridique et practique", *DS*, núm. 2, 1981, pág. 176; MONEREO PEREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, 1988, págs. 135 y ss. ó GARCIA BECEDAS, G.: *Reconversiones industriales y ordenamiento laboral*, Madrid, 1989, págs. 157-168 y 224-229.

[92] MOLERO MANGLANO, C.: "Régimen jurídico de los planes de prejubilación", *AL*, núm. 5, 1994, págs. 65 y ss.

[93] CASAS BAAMONDE, Mª. E.: *Autonomía colectiva y Seguridad Social (Un estudio sobre la contratación colectiva en materias de Seguridad Social y conexas)*, Madrid, 1977, págs. 145-146, nota 121 *in fine* ó GARCIA MURCIA, J.: "Crisis económica y jubilación anticipada en el ordenamiento laboral español", en AA.VV.: *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80. III Coloquio sobre Relaciones laborales*, Zaragoza, 1983, págs. 343 y ss.

[94] GARCIA BECEDAS, G.: *Reconversiones industriales y ordenamiento laboral*, cit., especialmente págs. 157-169 y 224-230 y MONEREO PEREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, cit., págs. 139 y ss.

VIII.

Por último, procede hacer mención a cómo la Ley 24/1997 no ha retomado la exposición amplia —siempre en términos relativos— dedicada meses antes por el "Acuerdo de Consolidación" a los criterios que debían regir el envejecimiento jurídico, es decir, las jubilaciones anticipadas para "quienes se vean forzados a acceder a la situación de jubilación por razón de pérdida de empleo, por reestructuraciones o reconversiones sectoriales, por crisis de empresa o como consecuencia de la extinción del subsidio asistencial por desempleo".

La vacilación quizá pueda ser justificada por la diversidad tipológica de la jubilación, una vez perdida su univocidad primigenia y convertida en una "figura polivalente", que contrapone la jubilación forzosa a la voluntaria, la total a la parcial, la temporánea a la extemporánea, la surgida de la edad a la surgida del empleo y, "por no agotar el catálogo con otras categorías más exóticas", la legal a la contractual[89].

Conviene recordar al respecto cómo el mayor número de medidas de este tipo han sido adoptadas 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[90], con la garantía de unos recursos cercanos a los correspondientes cuando aquélla hubiera tenido lugar[91] (medidas de "prejubilación", concedidas a cargo de la empresa, de una entidad o fondo privado o de una entidad o fondo público[92]; "jubilación anticipada"[93] propiamente dicha, de la cual se sigue la percepción de una pensión de jubilación de la Seguridad Social antes de cumplir la edad prevista; en fin, las denominadas "ayudas equivalentes a la jubilación ordinaria"[94], 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 ocupacion cotizados)[95]. Todos estos mecanismos de protección son extraordinarios y están destinados a amortiguar los efectos de los ajustes de plantillas[96] y a facilitar su aceptación por los afectados en el seno de una política de reconversión que ha afectado a sectores diversos[97] (y, ciertamente, si bien de manera indirecta, llegan a sustituir 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), ventajososos o no para los afectados, pero gravosos en todo caso para las finanzas públicas[98], incluidas las de la Seguridad Social: cambio de expectativas de los futuros pensionistas por beneficios reales de quienes, ante tempus, acceden a tal condición con el placet de los interlocutores sociales y de una Administración en este caso más preocupada de evitar conflictos sociales que de velar por la equidad del sistema público.

Lejos de los cálculos teóricos creados[99], la realidad confirma cómo apenas un 50 por 100 de las jubilaciones anticipadas pactadas son sustituidas por nuevos empleos, acentuándose, además, el índice de prejubilados que, lejos de liberar sus empleos, continúan trabajando en el mercado paralelo como trabajadores clandestinos. De esta manera, cabe cuestionar abiertamente la utilización de la jubilación anticipada como política de empleo, pues, primero, es una solución a corto plazo de nefastas consecuencias en el intento de dotar de racionalidad al sistema (se traducen habitualmente en un aumento contínuo del tipo impositivo)[100]; segundo, se trata de una medida no simétrica, en tanto la simetría exigiría que en épocas de escasez de mano de obra fuera posible aumentar los topes de jubilación forzosa y voluntaria[101]; por último, tal política, además de injusta, presenta la nota más negativa que en la actualidad cabe predicar de una medida gubernativa: es impopular, frente a la popularidad relativa, medida en votos en las elecciones generales, de la cual siempre han disfrutado las jubilaciones anticipadas, hasta la fecha mayoritariamente acompañadas de garantías de complementos oportunos. ●

[95] Por todos, LOPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación,* Madrid, 1998, págs. 195 y ss.

[96] SAGARDOY BENGOECHEA, J.A.: "Medidas laborales y de Seguridad Social en la reconversión industrial", *DL,* núm. 12, 1984, págs. 7 y ss.

[97] NAVARRO ARANCEGUI, M.: *Política de reconversión: balance crítico,* Madrid, 1989, págs. 30, 66, 92, 143 y 228 y ss.

[98] MTSS.: *Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. Pacto de Toledo,* Madrid, 1996, págs. 75 y 76.

[99] Que en un modelo de ciclo vital y en un sistema con prueba de medios y penalización actuarial inferían un efecto sustitución de la mano de obra de mayor edad por otra más joven, así LOPEZ GARCIA, M.A.: "Efectos de las pensiones de la Seguridad Social sobre la oferta de trabajo en España: un comentario", *Investigaciones económicas,* 2ª época, XIV, 2, 1990, pág. 305 ó GOMEZ SALA, J.S.: *Pensiones públicas, ahorro y oferta de trabajo. Análisis en el caso español,* Madrid, 1989, pág. 124.

[100] CASAHUGA VINARDEL, A.: "Análisis económico, reforma del sistema de pensiones de la Seguridad Social", *HPE,* núm. 70, 1981, pág. 228.

[101] MONASTERIO ESCUDERO, C. y SUAREZ PANDIELLO, J.: "Gasto social en pensiones", *HPE,* núms. 120-121, 1998, págs. 119 y ss.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA ENCRUCIJADA DE UN CAMBIO ESTRUCTURAL GENÉRICO

DR. Alberto PALOMAR

Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social. Magistrado

LA DENOMINADA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESTÁ NECESITADA DE ENCONTRAR UN NUEVO MODELO DE GESTIÓN. EL ACTUAL MODELO ES TRIBUTARIO DEL DISEÑADO EN LOS AÑOS SETENTA, Y ESTÁ CARACTERIZADO POR UNA SIGNIFICATIVA DISPERSIÓN ORGÁNICA Y POR MANTENER UN FACTOR DIFERENCIAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MISMA QUE LA HA ALEJADO DEL RÉGIMEN COMÚN Y HA IMPEDIDO UNA ADAPTACIÓN E INCORPORACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN DE LOS FENÓMENOS DE DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL DEL ESTADO.

Este factor de aislamiento y diferencialidad se debía, en gran parte, a un proceso histórico que en lo organizativo se había mantenido en las formas autoorganizativas (mutualidades) y que debían evolucionar hacia esquemas jurídico-públicos convencionales cuando pierde la esencia estructural inicial de ser auténticas mutualidades.

La publificación organizativa de finales de los años setenta[1] supuso una profunda transformación que se caracteriza, como se acaba de apuntar, por la superación del esquema autoorganizativo en favor de otro más acorde con la transmutación real del sistema de financiación ya, en esa época, muy influenciado por la necesidad de una fuerte financiación pública. Este hecho permitió una aproximación a un esquema de regulación similar al de las personificaciones públicas convencionales con alguna característica diferencial como la que se representa por un esquema institucional y de participación de los sectores sociales que, en aquel momento, no tenía muchos precedentes y que, sin embargo y con las limitaciones competenciales que tienen dichos órganos, puede ser positivamente evaluado.

Este proceso se completa con una transformación del régimen jurídico de la gestión que se va apartando, paulatinamente, del esquema laboral, indisolublemente unido al contrato del trabajo, en favor de una relación jurídico-pública plenamente inserta en el marco del Derecho Público[2]. Este proceso se plasma en una serie de normas que, paulatinamente, declaran aplicables al ámbito de la seguridad social las <<grandes leyes>> que configuran el Ordenamiento Jurídico-público, dejando a salvo las peculiaridades del Sistema que, en la mayor parte de los casos, son, de carácter orgánico exclusivamente.

Esta tendencia se mantiene tras la publicación de la LOFAGE que se ha empeñado en diferenciar el esquema organizativo y no incluirlo dentro de las fórmulas que la misma regula.

Se aprecia así un factor continuista, poco meditado, poco reflexionado y que cuestiona la capacidad innovativa que durante mucha parte de nuestra historia del siglo pasado llegó a convertirse en un factor claramente identificado con la Seguridad Social.

Es probable que los nuevos tiempos puedan suponer un avance y un desarrollo de la esperanza que, en su momento, supuso contemplar la cláusula 7 del denominado <<Pacto de Toledo>>[3] y que permitía pensar que, por fin, había coincidencia en la necesidad de la reforma administrativa para servir mejor a un marco de protección social más avanzado.

La necesidad de la reforma es un lugar común y una evidencia. Socialmente cuesta entender la estructura organizativa actual llena de interacciones y trámites sucesivos en la que participan órganos diferentes que, además y desde una perspectiva práctica, se caracterizan, en muchos casos, por estar situados en sitios diferentes.

La simplificación real, la facilitación del proceso y, en suma, la evolución tecnológica como fórmula aproximativa al ciudadano ,se configuran como un reto insoslayable al que no da respuesta el esquema actual.

La concreción en el ámbito del régimen jurídico y de la gestión de los recursos humanos de la Administración de la Seguridad Social

Cuanto acaba de indicarse con carácter general puede prácticamente repetirse con un carácter más concreto respecto de cada uno de los ámbitos secto-

---

1.- El instrumento normativo esencial de esta publicación se plasma en la publicación del Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978, de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo.

2.-A esta cuestión nos hemos referido ya en otra ocasión a la que nos remitimos en este momento. Vid nuestro trabajo "Las normas de seguridad social y las normas jurídico-administrativas". Revista de Administración Pública Nº 126. Sept.-dic. 1990. Págs. 409 y ss.

3.- El citado apartado 7º que establecía "Integración de la gestión. Reafirmar la eficacia gestora del sistema a través de una mayor integracion de las funciones de afiliación, recaudación y gestión de prestaciones que facilite nuevos avances en este ámbito"

De una forma incidental también se refiere a esta cuestión el apartado 6 cuando señala "Simplificación e integración de Regímenes Especiales. La experiencia nos demuestra que existen ciertas disfunciones en cada uno de los regímenes especiales que se apartan de los fines para los que fueron creados. Pore ello, y desde la previsón legal existente desde la unificación de la estructura del sistema, la Ponencia recomienda que se continúe el proceso reduciendo de manera gradual el número de los regímenes actualmente existentes y logrando la plena homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por cuenta propia, contemplando, no obstante, las particularidades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como los trabajadores eventuales del campo..."

Referencias tomadas de la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados del Texto Aprobado por la Comisión de Presupuesto en relación con el Informe de la Ponenciapara el análisis de los problemas estructurales del sistema de la seguridad social y de las principales reformas que deberán acometerse. BCG. Serie E, 12 de abril de 1995.

riales que configuran el régimen jurídico al que se somete la Administración de la Seguridad Social. En el presente supuesto nos corresponde centrarnos en uno de ellos: el régimen de su personal.

Debe indicarse, a este respecto, que muchas de las disfuncionalidades actuales del modelo de recursos humanos tiene una explicación histórica que, adelantémoslo ya, hoy no justifican nada y están completamente superadas.

El esquema que anteriormente hemos denominado de autoadministración condujo, en la práctica, a un personal desigual y a un esquema jurídico de referencia que también lo era. Al lado de auténticos expertos perfectamente comparables con el resto de la Administración convivía un núcleo que no lo era tanto, que carecía de las cualificaciones académicas y que acabó proyectando sobre el conjunto una imagen – numéricamente irreal - de falta de simetría con el conjunto del empleo público[4]. Esta imagen es más perceptible cuando se produce la integración de cuerpos que si como medida organizativa era indiscutible como elemento simbólico acabó identificando la excepción con la regla.

Que esa fuera una parte de la realidad, en su momento, no justifica que aquélla imagen se proyecte aun hoy sobre un esquema que hace ya bastante tiempo se ha superado eliminando cualquier mácula o vestigio que pudiera quedar de aquel momento.

Esta afirmación puede hacerse, incluso, respecto de épocas bastantes anteriores a la unificación de formas del régimen jurídico del empleo público que se produce con la publicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (artículos 1 y D.A.16) y en el plano reglamentario con el Real Decreto 2664/86, de 19 de diciembre, que concretó el proceso aplicativo y homologador prevista en la misma[5].

Es lo cierto que, superadas las deficiencias históricas, probablemente magnificadas, siguen apreciándose diferencias claras en este régimen de empleo público que condicionan su aptitud y su operatividad como se analiza seguidamente.

Algunos puntos referenciales del régimen de empleo público del personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social

A nuestro juicio estos elementos referenciales que condicionan el sistema de empleo público actual son las siguientes:

1.- Ausencia de auténtica responsabilidad de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social en el diseño de las políticas propias de las mismas: el régimen de tutela sectorial de la AGE.

2.- Ausencia de una política ligada a una concepción global del esquema organizativo de la Administración de la Seguridad Social.

3.- Tendencia a la aproximación retributiva genérica de los costes de personal ligada únicamente retribuciones por productividad.

4.- Indefinición endémica del modelo: la selección por cuerpos de funcionarios.

5.- El mantenimiento en el esquema convencional del empleo público como elemento disfuncional respecto de la adquisición de mejoras en el tratamiento del empleado sectorial.

Las líneas esenciales de cada uno de los apartados anteriores pueden cifrarse en las siguientes:

1.- Ausencia de auténtica responsabilidad de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social en el diseño de las políticas propias de las mismas: el régimen de tutela sectorial de la AGE.

En este sentido es necesario partir del R.D 530/1985 por el que se configura la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social[6] y se crea en la misma una denominada Dirección General de Personal, dependiente de la Subsecretaria del Departamento (representante por tanto de la AGE) que tiene las siguientes competencias:

4.- No debe olvidarse a este respecto que, una constante en nuestra historia del empleo público son las disposiciones adicionales y transitorias de las normas de función pública que han producidocontinuas integraciones en cuerpos superiores a quienes no poseían la titulación académica correspondiente y, sin embargo, habían prestado un número de años de servicio a la Administración correspondiente.

5.- Para un análisis más detenido de esta cuestión nos remitimos a nuestro trabajo "El proceso de aplicación a los Funcionarios de la Administración Pública". Nº 122. Mayo-agosto 1990 Págs. 453 y ss.

Debe recordarse que la Disposición Adicional 16 de la Ley 30/1984 fue objeto de una modificación parcial en la Ley de Presupuestos para 1988,

6.- Posteriormente se han ido publicando diversas normas reguladoras de la estructura orgánica del citado Ministerio.

En concreto se han dictado las siguientes: la norma organizativa en vigor se encuentra en el Real Decreto 1888/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el que las competencias a las que anteriormente nos hemos referido pasan a ser desempeñadas por la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de una subdirección general.

...<< es el Centro Directivo que tiene como cometido, sin perjuicio de las competencias atribuidas a los órganos superiores de la Función Pública, la elaboración y ejecución de la política de personal del Departamento, organismos autónomos, Entidades Gestoras de la Seguridad Social y demás entidades adscritas o dependientes del mismo, la programación de efectivos y dirección de todo el proceso de homologación del personal de la seguridad social, asumiendo el titular las competencias que en relación con esta materia tengan atribuidas otros Centros Directivos del departamento... >>

Una interpretación no demasiado estricta de esta Real Decreto permite aludir a una *<< auténtica desapoderación>>* de las propias competencias de personal de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

Esta facultad tiene un tinte de ejecutividad que no se correspondía, en general, con las facultades de tutela que la Administración General del Estado tiene respecto de los entes públicos.

En este sentido las dudas se acrecientan con la publicación la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en el que las competencias de los órganos de tutela quedan representados, de conformidad con lo indicado en el artículo 47 de la misma de la forma siguiente *<< El titular del máximo órgano de dirección del Organismo Autónomo tendrá atribuidas, en materia de gestión de recursos humanos, las facultades que les asigne la legislación específica...>>*[7].

Al margen de las consideraciones generales que en orden al principio de eficacia y lo que supone la influencia del mismo en relación con la gestión pública de las Entidades Gestoras es lo cierto que la ubicación de un control en el ámbito del órgano tutelante siendo éste de una Administración formalmente diferenciada constituye una regulación excesivamente rígida de las competencias que, en general, atribuye a la misma (Administración de tutela) la Organización administrativa general.

Siendo la política de recursos humanos una política general que enlaza de forma directa con los objetivos de cualquier organización una limitación o una facultad de tutela de este orden debe considerarse como un freno a la capacidad de gestión que no se corresponde con las facultades generales que el Ordenamiento Jurídico tiende a otorgar a los órganos que ejercen las funciones de tutela.

LA ACTUAL ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DISEÑADA EN LOS AÑOS 80, ES ACTUALMENTE UN MODELO MÁS QUE DUDOSO COMO SISTEMA DE ORGANIZACIÓN PERO TAMBIÉN COMO SISTEMA DE OPTIMIZACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

2.- Ausencia de una política ligada a una concepción global del esquema organizativo de la Administración de la Seguridad Social.

Indicar que la seguridad social necesita actualmente un modelo diferente de gestión pública no es un <<desideratum>> sino ,probablemente, una simple consideración que puede ser compartida con carácter general. Es difícil que los ciudadanos se sienten cómodos en el marasmo administrativo que representa actualmente la afiliación, la cotización, las prestaciones y la asistencia sanitaria en un ámbito competencial diferente y con responsabilidades organizativas en órganos, también, diferenciados y lo que, en muchos casos, es más importante, situados en lugares distintos.

El mecanismo organizativo que se diseñó en los años ochenta y que, como se ha visto, respondía a otra lógica es un modelo que en el momento actual resulta más que dudoso como sistema de organización pero también como sistema de optimización de los recursos humanos. En el momento actual la dispersión organizativa supone en la práctica un modelo de personal claramente inflacionista que debe atender las necesidades mermadas de organismos que en lo sustancial y en su representación externa se presentan como órganos claramente diferenciados. Una optimización funcional permitiría una política de recursos humanos más clara y más centradas en objetivos esenciales como la atención al público que en muchos casos pueden resultar desvirtuados por una política que tiende a la satisfacción y cobertura de bajas vegetativas y meramente operativas que sólo se entienden en un ámbito de diversificación organizativa como la que en los momentos actuales se da en la actualidad.

Este fenómeno que puede predicarse con un alcance general es aun más perceptible en el ámbito territorial o periférico en el que la coexistencia de hasta cuatro redes territoriales referidas a mecanismos de protección social, en muchos casos interconectadas y dependientes de los datos que proporciona una de ella, es una medida organizativa más que dudosa desde una perspectiva de operatividad y de funcionalidad pero también desde la perspectiva de la eficacia de las Administraciones Públicas en su funcionamiento.

7.- El artículo 55 de la LOFAGE contiene un régimen similar respecto del personal al servicio de la Entidades Públicas Empresariales.

3.- Tendencia a la aproximación retributiva genérica de los costes de personal ligada únicamente retribuciones por productividad.

La importancia de la protección social en nuestra sociedad actual ha determinado una cierta tentación de las estructuras de la Administración de homologar el entorno retributivo del personal de la Seguridad Social con el resto del personal al servicio de la AGE. Esta tendencia equiparativa se ha realizado en la historia sobre la base de estructuras retributivas diferenciadas como podían ser las representadas por la antigüedad o el denominado complemento especial de homologación que se preveía en el Decreto – Ley 36/1978, de 16 de noviembre y que curiosamente y pese a lo que resulta una técnica habitual en el ámbito de la Administración no resultó absorbible sino consolidable y percibible como factor diferencial entre los colectivos que procedían de los cuerpos propios y diferenciados y aquellos que se enmarcan en la estructura general de la Administración del Estado.

Es lo cierto que la consolidación del proceso de homologación con el régimen jurídico del personal al servicio del Estado hizo declinar estas diferencias. En ese punto no quedaba más remedio que efectuar una homologación real. La homologación real no puede ser nominal sino que tiene que ser real. Para ser real se necesitaba que los puestos de trabajo de la Administración de la Seguridad Social tuviesen una clasificación semejante – desde una perspectiva práctica y real – a la del resto de la Administración.

En este esquema es necesario indicar que la aproximación clasificativa se produjo realmente pero en el marco de una horquilla amplia y muy centrados en lo que pudiéramos identificar con los extremos superiores e inferiores de la pirámide laboral. En el resto de la pirámide el intento aproximativo se centró no en una recalificación generalizada y homogenizadora de los puestos de trabajo sino en la aproximación real sobre la base de complementos y bolsas que priman la productividad en un ámbito en el que claramente la misma es susceptible de medida, sobre todo, en el ámbito de la recaudación de cuotas de la seguridad social.

Esta tendencia aproximativa sobre la base de complemento de producción produce finalmente una equiparación real de lo percibido por los funcionarios de la Seguridad Social es una política posible dentro de las técnicas de administración y gestión de los recursos humanos pero es lo cierto que no evita la sensación que produce el trato diferencial ni los efectos naturales de una política de este orden como es la tendencia natural de los funcionarios a buscar entornos menos inestables a favor de otros más estables en los que el conjunto de lo percibido no dependa de valores ligados a los de producción sino que se identifiquen con la provisión del los respectivos puestos de trabajo.

Este factor nos presenta un conjunto organizativo en el que puede no haber diferencias groseras en cómputo genérico pero evidentemente sí se dan en la estructura retributiva y su aplicación.

Una cuestión como ésta tiene, se quiera o no, una influencia definitiva en la estructuración de la política de recursos humanos. Los cuerpos de funcionarios se presentan ante la sociedad como poco atractivos en lo económico y en lo profesional. Comparativamente en su tratamiento no resultan bien considerados, aunque desde una perspectiva estrictamente económica se produzcan unos efectos igualatorios que no cabe desconocer.

Siendo posible configurar un régimen de personal sobre la base de la prima a la producción o la productividad y siendo cierto que el mundo del trabajo se aproxima más a estas técnicas que a las que se refieren a la consolidación retributiva desprovista de la medición del trabajo efectivo, es lo cierto, también y no cabe negarlo que la implantación de estas técnicas en la Administración está muy lejos se ser un esquema con implantación en la Administración de nuestros días. Su implantación debería ser generalizada para no producir un efecto desigulatorio – en términos generales – que redunda en el importancia y la presentación general de la propia Organización en un contexto comparativo.

4.- Indefinición endémica del modelo: la selección por cuerpos de funcionarios.

Al margen de los anteriores defectos y dentro de lo que podríamos configurar como defectos estructurales se plantea la proyección sobre el modelo de los defectos generales: en concreto, la cuestión central es la que se refiere a la política de cuerpos de funcionarios.

La estructuración tradicional en cuerpos generalistas y especialistas exige ser repensada. La primera cuestión es la determinar sí la Administración de la Seguridad Social necesita o no un cuerpo propio de generalistas o si por el contrario lo que necesita son gestores y administradores públicos con independencia de su procedencia. Es lo cierto que las peculiaridades de administración han dejado de existir y la gestión presupuestaria, administrativa, de contratación, patrimonial o de recursos humanos se encuentra en una regulación genérica sometida al Derecho Público convencional conforme al cual gestiona el resto de la Administración.

La cuestión central está en determinar si las peculiaridades aplicativas centradas en el conocimiento experto de la seguridad social justifica la existencia de cuerpos específicos o si por el contrario podría consistir mejor en una especialidad a conseguir desde una conjunto de cuerpos generalistas. Esta es, sin duda, la parte esencial del futuro mantenerse en cuer-

pos o evolucionar hacia especialidades de cuerpos genéricos.

El planteamiento no es, claro está, un planteamiento situable únicamente en el entorno de la política de recursos humanos de la Seguridad Social sino que es una reflexión de contexto más amplio y del conjunto de la Administración.

Otro tanto puede decirse de los cuerpos especiales. El mantenimiento de gestores específicos de informática o de intervención, o de asesoramiento jurídico es una cuestión sobre la que es necesario iniciar un debate no para producir un subsunción incondicionada a favor de otros cuerpos sino para determinar cual es la mejor forma de provisión y servicio de estos puestos de trabajo.

Una reflexión sosegada y de conjunto produciría una reducción y una diferenciación funcional que no es necesariamente negativa si con ello se produce un tratamiento homogenizado con los el resto de los que existen en el ámbito de la Administración.

5.- El mantenimiento en el esquema convencional del empleo público como elemento disfuncional respecto de la adquisición de mejoras en el tratamiento del empleado sectorial.

En este apartado se trata únicamente de reflejar una realidad que comienza a resultar evidente: la Seguridad Social es uno de los últimos reductos de aplicación incondicionada del Derecho Público.

Se trata, solamente, de poner de manifiesto que la Administración institucional en su conjunto ha buscado fórmulas organizativas cuya línea genérica es la aplicación del Derecho Privado en su régimen de funcionamiento. Esto ha permitido un sistema ciertamente laxo de directivos, de determinación del régimen del personal incluido en convenio colectivo y del que está fuera de él y, finalmente, del propio régimen del personal.

Una cuestión de este orden cuyo alcance es de tal magnitud que no merece una mayor explicación al tratarse de un hecho evidente y notorio, en términos procesales, puede hacer cundir una impresión según la cual el mantenimiento y la persistencia en la aplicación del Derecho Público se acaba convirtiendo en un tratamiento desfavorable e inferior respecto de los que han tenido el acierto, la suerte o la justificación necesaria para conseguir << escaparse >> del sistema común para situarse en un entorno claramente más favorable o, cuando menos, no tan rígido.

Obtener la flexibilidad del régimen jurídico del personal con una argucia organizativa es la línea común de nuestra organización administrativa de los últimos años. En este esquema el que no tiene o no alcanza esta flexibilidad es aquel al que le acaban resultado plenamente aplicables todas las rigideces de un esquema de administración de personal que genera una inquietud y una insatisfacción generalizadas.

LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESTÁ NECESITADA DE ENCONTRAR UN NUEVO MODELO DE GESTIÓN ACORDE CON LAS NECESIDADES DEL SIGLO QUE ACABA DE EMPEZAR

El hecho de que unidades con funciones similares en el ámbito de la AGE hayan conseguido el status de flexibilidad es lo que ha generado esta sensación que tienen algunas organizaciones de que en el marco convencional no es posible seguir gestionando seriamente los recursos humanos en el ámbito público.

En algún momento debe determinarse un punto de equivalencia entre lo funcional y lo organizativo, de forma que las formas de éste vengan determinadas por las necesidades funcionales de los distintos sectores de la vida Administrativa.

En suma, un problema fruto de una indefinición general y de la necesidad de encontrar un nuevo modelo de gestión.

Las consideraciones generales que sucintamente acaban de apuntarse y que estarían necesitadas de una mayor profundización no hacen sino poner de relieve que la Administración de la Seguridad Social está necesitada de encontrar un nuevo modelo de gestión acorde con las necesidades del siglo que acaba de empezar.

Los avances tecnológicos, las necesidades sociales, la adaptación territorial y, previsiblemente, europea son factores justificativos de un cambio organizativo que de solución adaptativa a las demandas actuales.

En este nuevo esquema organizativo será necesario replantearse la opción del régimen jurídico de su personal. Superadas las deficiencias históricas es necesario repensar si el modelo debe seguir siendo el convencional de cuerpos de funcionarios para todas las áreas funcionales, si es necesario extender las especialidades funcionales más allá de lo estrictamente necesario y generar un modelo diferenciado o, incluso, la aproximación real a otros sectores que realizan funciones similares.

Sí es cierto que la Administración Pública en general se realiza estas y otros preguntas similares es lo cierto también que su análisis específico en el ámbito de la seguridad social presenta perfiles y peculiaridades propias cuya reflexión merece un análisis detenido. ●

CÁRITAS Y LA INMIGRACIÓN

José SÁNCHEZ FABA
Presidente de Cáritas Española

En los últimos tiempos, millones de hombres y mujeres, carentes de la más mínima posibilidad de acceder a una vida digna en sus países de origen, presionan de manera incontenible sobre las fronteras de la Unión Europea. Europeos del Este, iberoamericanos, magrebíes, turcos, subsaharianos y orientales, se juegan la vida a bordo de pateras, ocultos en barcos pesqueros o en camiones o camuflados como turistas por las mafias que trafican en carne humana, tratando de encontrar salida a situaciones insoportables y desesperadas.

Ante este hecho, la postura de Cáritas, en coherencia con los principios de la Doctrina Social de la Iglesia, es la de que la inmigración constituye un hecho complejo que debe abordarse desde el máximo respeto, comprensión y apoyo a la persona del inmigrante . De otra parte, hay que admitir que los países del Norte no pueden absorber e integrar el inmenso número de personas que intenta franquear sus puertas. Por eso, Cáritas no puede, a pesar suyo, preconizar una apertura indiscriminada e ilimitada de las fronteras, que, dado el volumen inmenso y creciente del fenómeno migratorio, no sólo no salvaría de la miseria a los inmigrantes sino que hundiría las economías de los países de acogida.

Pero, si bien admitimos la dolorosa necesidad de controlar la inmigración dentro de ciertos límites, hay que ir mucho más allá de las medidas de carácter restrictivo . No se puede abordar la regulación del fenómeno migratorio como hecho estructural, si no es teniendo presentes sus múltiples causas y conjugando los distintos factores e intereses en juego. Especialmente ha de tenerse en consideración la desigualdad creciente entre los países del Norte y del Sur como la principal causa de las migraciones actuales. Cualquier regulación que pretenda acometerse sobre los fenómenos inmigratorios en España será incompleta si desconoce esa compleja realidad. La armonización de las justas aspiraciones de los inmigrantes con las limitaciones de acogida de los países de destino ha de hacerse, no exclusiva ni siquiera principalmente mediante controles policiales, sino con una política apoyada en tres ejes perfectamente articulados: 1º.-Control racional y tan generoso como sea posible de los flujos migratorios; 2º.-Que los inmigrantes de toda condición y origen reciban un tratamiento humano, jurídico y social, absolutamente respetuoso con su dignidad, que les permita avanzar hacia la plena integración y la total equiparación jurídica con los nacionales; y 3º.-Una ayuda sistemática y generosa al desarrollo de los países de origen de los inmigrantes, para que sus habitantes no se vean en la triste necesidad de abandonarlos, aunque esa política conlleve necesariamente sacrificios para todos nosotros, ciudadanos del mundo desarrollado, al favorecer las producciones y exportaciones de países potenciales competidores de nuestras economías. Marco, por lo demás, perfectamente concorde con los esbozos del futuro Derecho comunitario de la inmigración que se dieron en el Consejo de Tampere.

Más allá de la Ley

Además, ha de tenerse en cuenta que la ley no es ni lo puede todo. Su éxito como instrumento de integración social queda condicionado a su aplicación posterior por los órganos de la Administración, que ha de hacerse de forma coordinada, funcional y territorialmente, flexible y ajustada a las fluctuantes condiciones sociales. La gestión de la inmigración, muchos de cuyos factores escapan a la determinación de los poderes públicos, es de extraordinaria dificultad. Por eso, en el marco de una política de integración social de los inmigrantes adquiere especial relevancia la constitución de una estructura administrativa que permita una eficaz gestión de la materia.

También en el proceso de integración social de los inmigrantes constituye un factor determinante la actitud de la sociedad española respecto de la inmigración y sus consecuencias sociales. Finalmente, ha de apreciarse la propia actitud del inmigrante ante la sociedad de acogida. Así, pues, la integración social de los que acceden a nuestro país con propósito de residencia supone un proceso dialéctico, de mutua interrelación y recíprocas influencias.

La ley Orgánica 4/2.000

La todavía vigente Ley de Extranjería, LO 4/2000, pone el énfasis en las medidas de integración social,, especialmente de los inmigrantes irregulares cuyo número aumenta sin cesar por la ineficacia relativa del sistema de control migratorio establecido por la LO 7/1985. Orientación favorable a los inmigrantes irregulares que se pone de manifiesto en que se prescinde generalmente de la regularidad de la residencia como presupuesto de la titularidad o/y disfrute de los derechos propios del Estado del Bienestar, se introduce el mecanismo a la regularización singular permanente para supuestos de arraigo social y la exclusión de la expulsión como sanción ad hoc para reprimir la infracción del sistema de control administrativo de la inmigración ilegal. Éste énfasis de la LO 4/2000 deja en segundo plano el propio sistema legal de control de flujos migratorios.

Si a esta opción de política legislativa, se le une la deficiente técnica jurídica del texto legal y su general desenfoque, por no expresar claramente la diferencia entre extranjero e inmigrante, no ha de sorprender que el actual Gobierno proponga la reforma de la Ley, ya anunciada en el programa electoral del Partido que sustenta al Gobierno . No cabe dudar de la legitimidad ni de la coherencia del Gobierno al abordar esa tarea. Con todo, hemos de preguntarnos por la justificación de la reforma tal como está planteada.

Se imputa a la LO 4/2000 que causa un "efecto llamada" por su generosidad. Tal efecto llamada habría de probarse con los datos disponibles —no siempre precisos— y siempre que el aumento de los flujos migratorios no pudiera ser imputado también a otros factores —bonanza económica, acumulación de crisis en países africanos e iberoamericanos o incluso las propias expectativas que crea un cambio legislativo que se estima favorable y, que lleva aparejada una regularización extraordinaria excepcional y limitada en el tiempo-.

Por otra parte, el proceso de reforma propuesto abre un impasse en la aplicación y ejecución del régimen legal común de extranjería introducido por la LO 4/2000. La intención gubernamental parece ser la de acortar ese período transitorio mediante la tramitación por el procedimiento de urgencia. Pero una legislación de tanta transcendencia jurídico–social como es la de extranjería e inmigración no merece que se lleve a cabo deprisa y sin un amplio y sosegado debate .

Los términos del Borrador de Anteproyecto ponen de manifiesto un cambio profundo en la orientación de la política legislativa seguida hasta ahora en materia de inmigración. Se pone intensamente el énfasis en las técnicas y mecanismos de control de inmigración para limitar su número a las posibilidades concretas del país. Tal objetivo es razonable; pero afrontar el fenómeno inmigratorio, acudiendo casi exclusivamente a medidas de control y de policía, aparte de su probada ineficacia, puede dar lugar a una espiral de represión que ponga en cuestión los mínimos ético-jurídicos (derechos fundamentales, garantías) sin los cuales nuestro ordenamiento legal perdería el fundamento ético sobre el que descansa. Por otra parte, abordar los fenómenos inmigratorios desde una perspectiva integradora exige un conjunto de políticas de diversa naturaleza y alcance: medidas de control, sí, pero no sólo las externas aplicables a los inmigrantes sino también las internas aplicables a los agentes económicos de la economía sumergida; la configuración de un sistema de acceso al mercado de trabajo nacional flexible y diferenciado, adaptado a los requerimientos de la economía española y sensible a las necesidades de desarrollo de los

países de origen, en el que se combinen permisos de trabajo conducentes a la inserción definitiva del inmigrante, con un sistema de trabajo de temporada o, incluso, de inmigración temporal en el que se incentive el regreso del inmigrante a su país de procedencia para que juegue allí un papel de agente de desarrollo económico; el fomento de programas de cooperación; la realización de campañas de información; la implementación de un servicio exterior de gestión de la emigración a España en los propios países de origen, que faciliten su canalización legal; la cooperación internacional en la represión de las mafias de traficantes de mano de obra ilegal, etc.

Por otro lado, en relación a las deficiencias técnicas de la LO 4/2000, la propuesta de reforma solventa muchas de las existentes; sin embargo, no resuelve otras (por ejemplo, las autorizaciones para trabajar de los empleadores) e introduce otras tantas (por ejemplo, la falta de coordinación de las garantías jurídicas del capítulo III con el régimen sancionador del Título III; el conjunto de previsiones sobre los transportistas introducidas en el Título III, en el que se recogen en totum revolutum obligaciones, incumplimiento de obligaciones, infracciones, sanciones y medidas cautelares); en fin, las últimas reglas de la Disposición adicional segunda (relativas a las propuestas que puede elevar la Comunidad Autónoma de Canarias), que no se acierta a comprender en que han de consistir, a pesar de que la disposición incluya su propia Exposición de Motivos.

Finalmente, si la LO 4/2000 adolece de la falta de un correcto enfoque técnico–jurídico por no distinguir suficientemente la extranjería de la inmigración, no es posible que la propuesta de reforma mejore la ley si se limita primordialmente a una revisión artículo por artículo del texto vigente. De abordarse una reforma de tanto calado, hubiera sido preferible elaborar una LO con una sistemática enteramente nueva, siguiendo el ejemplo de la ley italiana, cuya primera parte se dedica a la extranjería y la segunda, a la integración social de los inmigrantes.

Estas son básicamente las razones que nos llevan a disentir del Borrador del Anteproyecto presentado, en su conjunto. No obstante, ofrecemos algunas líneas de reflexión sobre aspectos concretos del mismo, con la finalidad de evitar los, a nuestro parecer, más graves errores del Texto propuesto, observaciones que creemos deberían tomarse en consideración si sigue adelante el proceso de reforma en los términos pretendidos.

Contenido del texto consolidado de reforma de la Ley Orgánica 4/2000

El texto consolidado de reforma de la LO 4/2000 objeto de análisis supone un cambio sustancial respecto del hasta hoy vigente. Han sido modificadas las dos terceras partes de su contenido, y aunque algunos cambios contienen evidentes mejoras técnicas, gran parte de ellas suponen una vuelta al principio de política legislativa de carácter controlador, en detrimento del principio de carácter integrador.

Sin ánimo exhaustivo, dadas la profundidad y extensión de la reforma, expondremos a continuación las principales observaciones formuladas por el Consejo General de Cáritas Española, basándose en parte sustancial en el estudio realizado por prestigiosos juristas de la Universidad de Comillas y por los propios Servicios técnicos de la Institución.

1) PRINCIPIO DE EQUIPARACIÓN. Art. 3 del Texto consolidado de reforma de la LO 4/2000.

La lógica de la extranjería, desde un punto de vista jurídico, es la determinación de la diferencia entre nacionales y extranjeros Por ello, cuando se aborda su regulación es conveniente tener en cuenta que, sentado el fundamento objetivo de la posible diferencia de trato jurídico entre el nacional y el extranjero —la no pertenencia del segundo a la comunidad nacional—, todo ordenamiento jurídico habrá de afrontar las siguientes cuestiones:

■ Qué principio preside el sistema, el de la equiparación o el de la desigualdad. Según se afirme uno u otro, en la regulación concreta de cada tipo de derecho o situación de poder individual en que se quisiera singularizar la situación al respecto del extranjero, habría que o bien excluirle expresamente —en caso de regir básicamente el principio de equiparación—, o bien incluirle también expresamente —en caso de afirmarse como regla general la desigualdad—.

■ Si cabe admitir ulteriores criterios de índole subjetiva como fuente de discriminación y con qué alcance. Por ejemplo, la procedencia nacional diversa del extranjero o la condición de regularidad o irregularidad de su permanencia en el territorio nacional.

Atendiendo a las cuestiones reseñadas, el todavía vigente art. 3 de la Ley de Extranjería enuncia el principio general de equiparación en el trato jurídico entre españoles y extranjeros en los términos expresados en la propia LO, al establecer: "1. Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus Leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica".

El precepto recoge explícitamente el principio de equiparación (la rúbrica del artículo es rotunda: igualdad con los españoles), es aplicable de forma inmediata y tiene un alcance muy amplio, pues el texto no sólo se refiere al Título I de la CE cuya extensión y amplitud en el panorama constitucional comparado es de todos sabido, sino que también se refiere —incluyéndolas— a sus leyes de desarrollo.

La amplitud de esos términos provoca, por sí misma, la desaparición de todas aquellas previsiones de discriminación que afectan a los derechos de configuración legal del Título I y que no reciban cobertura en los artículos siguientes de la presente LO, o, naturalmente, de la CE. Se deroga así, cualquier discriminación añadida anterior y se deja establecido hacia el futuro que sólo por Ley Orgánica podrán introducirse otras nuevas

Por el contrario, el art. 3 del Texto consolidado establece literalmente lo siguiente: "1. Los extranjeros gozarán en España, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos".

El alcance de la reforma pretendida es significativo. En efecto, no se asume plenamente el principio de equiparación, por lo que se acepta y consagra la desigual titularidad de derechos entre españoles y extranjeros. Situación diferencial que podrá establecerse, no sólo en esta LO, sino también en los Tratados Internacionales y en las leyes (orgánicas u ordinarias) que regulen el ejercicio de un derecho determinado. Afirmación que no se ve desmentida por la declaración contenida en el final de dicho artículo, dados los términos tan imprecisos que se han utilizado en su redacción, al afirmar que "Como criterio interpretativo general se entenderá que los extranjeros ejercitan los derehos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles". Pues ese "criterio interpretativo", utilizado, como todo instrumento hermeneútico, sólo en caso de duda sobre la intención del legislador, no elimina la inseguridad jurídica y la discriminación que pueda contenerse, sin posibilidad de benévolas interpretaciones, en leyes reguladoras del ejercicio de los derechos a que se refiere el precepto.

Por ello, se considera imprescindible mantener la redacción del vigente artículo 3, si bien, y con la finalidad de salvaguardar compromisos adquiridos en el ámbito internacional, se propone la adición del "respeto a los compromisos asumidos por España en la Unión Europea" y "en los términos establecidos en esta Ley Orgánica y en los Tratados Internacionales, si fuesen más favorables".

2) Derechos y libertades de los extranjeros.

La regulación contenida en la LO 4/2000 es resultado de la combinación de cuatro principios implícitos en la Ley:

- Respeto a los límites constitucionales a la equiparación de derechos entre españoles y extranjeros (ej. art. 23 en relación con el art. 13) .

- El ya enunciado principio de equiparación de trato jurídico entre los españoles y los extranjeros.

- Relativización de la irregularidad del extranjero como criterio para excluirle de la titularidad de ciertos derechos, apartándose de lo que prescribía la LO 7/1985 y es normal en el Derecho comparado. En ello se manifiesta la finalidad reformadora de la LO 4/2000, cuya pretensión es plasmar más intensamente los principios y valores del art. 10 de la CE, pórtico de todo su Título I, de un lado, y, de otro, evitar situaciones de gran precariedad social a los extranjeros irregulares, mediante el reconocimiento de derechos sociales básicos.

- Adopción de la inscripción en el Padrón Municipal como presupuesto del reconocimiento de ciertos derechos para los irregulares (por ejemplo, arts. 12, 13, 29...). De ello es posible deducir una división dentro de la irregularidad entre aquéllos inscritos en el Padrón Municipal y los que no se encuentran en dicha situación, dado que la LO utiliza la inscripción en el Padrón como causa de especial trato jurídico, concretado en una diferente titularidad y goce de los derechos. La idea subyacente parece ser que el empadronamiento manifestaría el "arraigo" del extranjero irregular en España, lo que pondría de relieve su condición de inmi-

grante, y, de acuerdo con la finalidad de la LO, se trataría de remover los obstáculos legales que le excluyen de los medios necesarios para su integración social. Constituye éste el criterio básico (y casi único) en que el legislador asume explícitamente que el concepto "extranjero" no coincide con el de "inmigrante".

En este ámbito, las modificaciones que pretende introducir el Texto consolidado son numerosas e importantes.

1ª. Con carácter general, habría que destacar la vuelta al criterio de la residencia legal como determinante de la atribución sin limitaciones de determinados derechos, suprimiendo, salvo en el caso del derecho a la asistencia sanitaria, el criterio del empadronamiento en el municipio correspondiente como condición de atribución y ejercicio de los mismos.

2ª. En concreto, y sin ánimo exhaustivo, habría que reseñar en cuanto al derecho a la participación pública, la supresión del controvertido "padrón de extranjeros", la asunción de la reciprocidad como determinante de la atribución del derecho político de sufragio en las elecciones municipales y la eliminación de la posibilidad de que los extranjeros residentes empadronados en el municipio elijan de forma democrática a sus propios representantes, sustituyéndola por la posibilidad de que puedan "ser oídos" en los asuntos que les afecten. Tratándose de cuestiones de régimen local que afectan directamente a los intereses de los extranjeros empadronados consideramos imprescindible que, al menos, esta última posibilidad no se encuentre condicionada sino que constituya un auténtico trámite de "audiencia", previo a la adopción de cualquier acuerdo.

3ª. Respecto a las libertades de reunión y manifestación, el texto consolidado pretende reconocerlas exclusivamente a los extranjeros "que se hallen" en España, conforme a lo dispuesto en el Título II de la LO 4/2000. Esta redacción respeta la doctrina constitucional contenida en la STC 115/1987, que declaró inconstitucional la exigencia de solicitud de autorización previa, pero no impedía el establecimiento de límites razonables que no socavaran su contenido esencial, entre los que se puede considerar incluido el criterio de la residencia legal, si bien, como la propia Sentencia declaró, las modulaciones que al ejercicio de este derecho imponga la ley, además de ser objetivas y razonables, han de respetar en todo caso el régimen general previsto para ambos derechos en los arts. 21 y 22 de la Constitución.

4ª. En cuanto al derecho a la educación, se mantiene, lógicamente, el reconocimiento del mismo a los extranjeros menores de 18 años, en iguales condiciones que los españoles (en consonancia con lo previsto en la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor). Sin embargo, es importante llamar la atención sobre dos cuestiones: primera, la norma debe pronunciarse acerca de la enseñanza infantil; segunda, supedita el derecho a la educación no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles a la residencia, cuando debería reconocerse este derecho fundamental sin distinción alguna de la situación administrativa en que se encuentre el extranjero

5ª. Por lo que respecta al derecho al trabajo y a la Seguridad Social, las modificaciones introducidas comprenden mejoras técnicas, pues se mantiene la exigencia de la autorización para trabajar como presupuesto para el ejercicio de tales derechos.

6ª. Habría que realizar una matización en cuanto a la libertad de sindicación y de huelga: el afán de imponer el requisito de la residencia como factor determinante del reconocimiento de ciertos derechos lleva al legislador a reconocer éstos a los "extranjeros que se encuentren legalmente en España" -art. 11.1 y 11.2-, cuando tanto la CE como las normas que regulan ambos derechos sólo lo reconocen a los "trabajadores"; por tanto, tendría que referirse a los trabajadores extranjeros y no a los extranjeros residentes .

7ª. En cuanto al derecho a la asistencia sanitaria, el Texto consolidado mantiene excepcionalmente el criterio de y la inoperancia de la situación administrativa del extranjero, habida cuenta del bien que se encuentra en juego -la salud- en supuestos de asistencia sanitaria de urgencia, menores y mujeres embarazadas.

3) Reagrupación familiar.

La novedad más importante que pretende introducir el Texto consolidado se refiere a la titularidad del derecho, pues la Ley todavía vigente reconoce por primera vez en una norma interna tanto el derecho del extranjero residente a reagrupar a sus familiares como el del familiar a obtener la condición de residente en España. La redacción propuesta elimina esta segunda posibilidad y, en consecuencia, la situación administrativa del familiar "rea-

grupable" dependerá necesariamente de la facultad reconocida al extranjero residente, reducción que se considera inadmisible. En este sentido también es criticable que para el supuesto del cónyuge reagrupable se remita al futuro Reglamento.

4) Garantías jurídicas

La propuesta de reforma modifica dos de los tres apartados del art. 18, al permitir en el tercero la intervención en los procedimientos contencioso- administrativos sobre extranjería de las entidades que resulten afectadss en los términos del art. 19.1.b. de la Ley reguladora de dicha jurisdicción y no meramente de las organizaciuones representativas constituídas legalmente en España para la defensa de los emigrantes, como dispone el texto todavía vigente, lo que supone una indudable mejora procesal.

En cuanto al número 2 del mismo artículo, el régimen jurídico de garantías procesales en materia de extranjería se subordina a lo dispuesto en el art. 25 del mismo texto legal en cuanto a los casos de expedición o denegación de visados, con lo que la proclamación de dichas garantías será puramente teórica en dichos supuestos.

En el art. 19 se introducen modificaciones de estilo en la declaración de que el régimen de ejecutividad de los actos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente

Resulta de interés indicar que, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, en todo procedimiento, por urgente y preferente que sea, siempre es posible que el Juez o el Tribunal que conoce del mismo pueda suspender la ejecutividad de la resolución, como medida cautelar, si la misma pudiera hacer perder la finalidad legítima del recurso sin que cause perturbación grave de los intereses generales o de tercero (LJCA, art. 130).

En el art. 20.1 el texto de la reforma restringe la protección del extranjero en el siguiente sentido: en el texto vigente se establece el derecho a la asistencia letrada de oficio en aquellos procedimientos de denegación de entrada, de expulsión, salida obligatoria o asilo; en el texto propuesto, se refiere en cambio a la asistencia letrada gratuita si se acredita la insuficiencia de recursos económicos. Con lo cual este número 1 del artículo 20 propuesto añade respecto del 20.2 la posibilidad de recurrir a la justicia gratuita en los procedimientos administrativos relativos a la expulsión y al asilo. Entendemos que es conveniente mantener la asistencia letrada de oficio —con independencia de su gratuidad—, dada la transcendencia de los procedimientos contemplados (denegación de entrada, expulsión, salida obligatoria, asilo).

5) Entrada y permanencia.

El régimen de entrada y permanencia contenido en el texto de la reforma se endurece considerablemente, lo cual se encuentra en consonancia con el marcado carácter policial del nuevo texto, ya señalado

En primer lugar, y en cuanto a la entrada, el primer párrafo del art. 23 del texto de reforma no sólo es restrictivo sino incoherente, al añadir como requisito la presentación de los documentos justificativos del objeto y condiciones de la estancia. Ello se ha tenido que valorar en el procedimiento de concesión de visado pero, si no es así, porque, por ejemplo, exista un Acuerdo de supresión de visado, ¿pretende la norma que en estos casos el funcionario encargado de revisar los documentos de entrada asuma un control de elementos o circunstancias que en virtud de un Acuerdo internacional se ha suprimido? Sin duda es un despropósito inadmisible. Asimismo, debe ponerse de manifiesto la imprecisión de los términos "medios de vida suficientes"; ¿Qué se entenderá por "suficiente"? ¿Lo que cada agente estime libre e indiscriminadamente? Se echa de menos la enunciación de un criterio objetivo no susceptible de las más variadas interpretaciones.

En segundo lugar, el art. 25.3 del Texto consolidado incorpora en materia de otorgamiento o denegación de visados una discrecionalidad incompatible con la seguridad jurídica, al afirmar que "...se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España.y de otras políticas españolas o de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana" . A lo que se añade en el número 4 del mismo artículo la previsión de que "para supuestos excepcionales" puedan fijarse "por vía reglamentaria " otros criterios a los que haya de someterse el otorgamiento y denegación de visados. Como puede verse, la inseguridad jurídica y la indefensión de los solicitantes de visados es total

Asimismo, al tratarse de un acto administrativo limitativo de derechos, la denegación de

visado debería ser siempre motivada y no limitar la exigencia de motivación, como hace el Texto consolidado, a los visados de residencia para reagrupación familiar y para el trabajo por cuenta ajena.

Tampoco se resuelve en el borrador el grave problema que plantea al inmigrante irregular, para regularizar su situación, la necesidad de obtener visado de entrada en España en su país de procedencia, desconociendo los perjuicios económicos que esto conlleva para trabajadores con escasos recursos económicos y las dificultades y dilaciones que encuentran a veces, por diversas causas, para obtener el visado, en las oficinas consulares y diplomáticas españolas. Y aunque enjuiciamos favorablemente el mantenimiento de la excepción de exigencia del visado por motivos humanitarios en el art. 29, nos parece que dicha excepción, cuando se acredite el arraigo del inmigrante,debería ser la norma general. Tampoco se prevé, como podría hacerse, la posibilidad de un visado con vigencia plurianual para temporeros, con validez sujeta sólo al requisito de acreditar en cada una de las sucesivas y regulares entradas anuales la existencia de un contrato de trabajo de temporada. Solución a la que parece apuntar tímidamente el art. 41.1, remitiéndonos a una futura disposición reglsmentaria.

En tercer lugar, y en cuanto al supuesto de acceso a la situación de residencia temporal desde una situación de residencia de hecho, contenido en el art. 30.3 LO 4/2000, el Texto consolidado amplía a cinco años el plazo de permanencia en territorio español como presupuesto para la concesión del permiso de residencia temporal. Lo verdaderamente sobresaliente, no obstante, es el reconocimiento de este derecho a la residencia regular como vía alternativa al sistema legal ordinario de control de extranjería, cual es el visado, desde la consideración de que determinadas circunstancias -no sólo o no siempre un período de permanencia en el territorio español- manifiestan un "arraigo" del extranjero en España de tal naturaleza que le puedan hacer "merecedor" de la residencia legal. Aplaudimos que se prevea en el ap. 2 del art. 30 la posibilidad excepcional de que no se exija ese plazo de cinco años en supuestos que se establezcan reglamentariamente; pero nos preocupa encontrarnos con un concepto que no garantiza suficientemente, por su inconcreción, el ejercicio del derecho que teóricamente se concede

6) Trabajo.

Si lo que se pretende es la integración del extranjero, la regulación del trabajo resulta una cuestión clave. Debe partirse de la premisa de que algún tipo de autorización administrativa para el trabajo -cualquiera que sea su denominación- es adecuada y conforme a la Constitución según la doctrina del Tribunal Constitucional (S. de 23 de abril de 1984); es más, que la concesión de dicha autorización se haga depender de la situación nacional de empleo resulta asimismo una premisa constitucional (art. 35 CE, entre otros). No obstante lo anterior, resulta incuestionable, y así se desprende del Texto consolidado, que una vez obtenida la autorización, el extranjero debe disfrutar de idénticas condiciones laborales que el español y favorecerse su integración sucesiva en el mercado de trabajo,

Desde esta perspectiva, la regulación que al trabajo de extranjeros otorga el Texto consolidado que ahora se comenta no introduce ninguna modificación sustancial, si bien incorpora ciertas mejoras técnicas. Aún así, resultarían objeto de comentario las siguientes cuestiones:

1ª. Se mantiene la regulación independiente del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, si bien se unifica la denominación de las autorizaciones, retomando con carácter general el término "permiso de trabajo", y clarificando el permiso de trabajo por cuenta propia.

2ª. Sigue sin resolverse el alcance de la "autorización de los empleadores" (art. 34.3 Texto consolidado) para los trabajos por cuenta ajena.

3ª El permiso de trabajo por cuenta ajena se configura como una autorización temporal (inferior a cinco años), susceptible de renovación que- en algunos casos mediante remisión al desarrollo reglamentario- se producirá de manera automática.

4ª. En clara consonancia con la regulación de la residencia permanente se establece que ésta habilitará para la realización de cualquier tipo de trabajo.

5ª. Se mantiene un sistema combinado de acceso al trabajo mediante los contingentes y el acceso directo a través de una solicitud individualizada. Así se regula con carácter prioritario el contingente de trabajadores extranjeros, aspecto fundamental en materia de inmigración. El establecimiento de un sistema de contingentes se arbitra como un instrumento eficaz del control del flujo migratorio, valorando, a priori, la capacidad de absorción de mano de obra ex-

tranjera del país de acogida (para ello se establecerá el número y las características de las ofertas de empleo con indicación, pues no resulta discriminatorio, de sectores y actividades profesionales). A este respecto, el Texto consolidado incorpora la posibilidad -la vigente LO 4/2000 lo establece obligatoriamente- de su establecimiento con carácter anual. No obstante, se prevén excepciones al contingente (de hecho, actuarán como preferencias para la concesión de permisos de trabajo) en los que no se tendrán en cuenta la situación nacional de empleo- art. 39.

6ª. Especial atención merecen los regímenes especiales de los trabajadores de temporada y los transfronterizos. En primer lugar, debe advertirse que la regulación independiente del trabajo de temporada resultaba absolutamente necesaria y que tanto la vigente LO como el Texto consolidado se remiten al desarrollo reglamentario. La novedad más destacable es que el Texto consolidado traslada al empresario la garantía de las condiciones de dignidad e higiene adecuadas que deben disfrutar los temporeros. En cuanto a los trabajadores transfronterizos, el Texto consolidado limita, desde nuestro punto de vista inadecuadamente, -pues resultaría oportuno acometer otras fórmulas de trabajo-, sus presupuestos de aplicación, aunque deberán concretarse en el desarrollo reglamentario.

7) Régimen sancionador.

Resulta indudable que el Texto consolidado, en esta materia tiene un carácter «más duro» que el contenido en la norma vigente. Ese endurecimiento se manifiesta en la recuperación de la expulsión como sanción ad hoc del núcleo duro de la extranjería: el control administrativo de la entrada y permanencia en el territorio español del extranjero, así como de su trabajo (art. 52 a y b en relación con el 56).

Bien es verdad que, al igual que ocurrió con el texto aprobado por el Senado, la reforma trata de salvar alguna deficiencia técnica que se había puesto de manifiesto respecto al texto elaborado por la Comisión constitucional; pero no es menos cierto que el procedimiento de expulsión por la vía de urgencia que ahora se intenta recuperar hace referencia a una cuestión tan relevante como son las garantías jurídicas en un procedimiento sancionador de suma trascendencia como el que puede conducir a la sanción de la expulsión.

La recuperación del supuesto de la condena penal como infracción que motiva la expulsión (en el art. 56.2) plantea serias dudas de constitucionalidad tal como está formulada por infracción del principio "non bis in idem".

Por lo demás, es excesivo el uso de conceptos jurídicos indeterminados.,

En fin, las previsiones legales respecto de los transportistas de personas, si bien introducidas con la loable finalidad de evitar el tráfico ilegal de inmigrantes, constituyen un ejemplo de pésima sistemática legal

Conclusión

En resumen, Cáritas, que ha hecho llegar sus opiniones y reservas al Gobierno de la Nación y a los Grupos Parlamentarios, entiende que la reforma propuesta, aunque necesaria, adolece de precipitación y deficiente técnica jurídica y que, si bien admisible en determinados aspectos, restringe en otros excesivamente los derechos básicos de los inmigrantes, especialmente de los irregulares, culpables sólo del "delito" de aspirar a sobrevivir en condiciones mínimas de dignidad y bienestar en un mundo injusto que les condena a la exclusión y a la muerte. ●

LA SITUACIÓN DE LOS EXTRANJEROS ANTE EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOL*

Carlos GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA**

Se fue en el viento,
quedó en mi sangre.
Volvió en el aire.

José Ángel Valente
Homenaje a Rosalía Castro

I Consideraciones generales

1.Si la aportación doctrinal y científica, en relación con la Seguridad Social de los trabajadores emigrantes españoles en el extranjero, no brilla precisamente por su profusión y fecundidad, los estudios y análisis doctrinales sobre la situación de los extranjeros en España, en el campo de la protección social, son por su rareza, objetos preciosos, piezas de colección a conservar[1]. Y no es que el tema sea baladí. De ningún modo. Lo que probablemente esté aconteciendo es que necesitamos un proceso de maduración y adaptación para aprehender que nuestro país es ahora, lisa y llanamente, un país de inmigración, término éste que debe ser entendido en su concepto más amplio, es decir, comprendiendo y abarcando tanto la inmigración por razones laborales como la de cualquier otra naturaleza o motivación. Baste para apoyar esta afirmación unos datos significativos: Si en 1975 estaban registrados 165.289 extranjeros, este número se multiplica, veinte años más tarde, por 4, alcanzándose a 30 de junio de 1997, la cifra de 659.599[2]. Pues bien, si a estos datos añadimos los 224.959 nuevos solicitantes de permiso de trabajo y residencia[3] como

* *Mi agradecimiento a Ana González, Blanca Guzmán Gómez, Ana Lagares Pérez, Gema López Menéndez, Esther Maestro Rodríguez y Elena García-Tenorio Usano por la ayuda prestada en la realización de este trabajo.*

** *Funcionario del cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social. Las opiniones expresadas en este texto son estrictamente personales.*

resultado del proceso de regularización de la mal llamada Ley de Extranjería, cuya denominación oficial, no se olvide, es Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y cuantificamos, como hacen algunas ONG's de reconocido prestigio, en más de 150.000 los extranjeros que no han podido acogerse a los beneficios de la referida Ley, el conjunto de extranjeros, legales y no regularizados, o "sin papeles" (el término ilegales a veces utilizado ya comporta una cierta criminalización) supera el millón de personas. No obstante más que el impacto de las cifras, lo que resulta más revelador es la constatación de una tendencia, de una evolución que parece mostrarse imparable.

2.El sistema español de seguridad social que había venido operando, a lo largo de su historia, en su contacto con el elemento extranjero, con parsimonia y cautela, ha sufrido en los últimos 4 años un proceso de aceleración vertiginoso que ha trastocado su hasta ahora plácido panorama normativo.

Los países que forman parte del inexistente pero siempre presente modelo social europeo, (el modelo social americano o australiano apenas privilegia la nacionalidad) concibieron, en sus orígenes, sus sistemas de seguridad social como fortalezas nacionalistas (en la nación, de los nacionales y para los nacionales), reforzándose esa tendencia, especialmente en los Estados denominados Bismarkianos, con su progresiva configuración como servicio público esencial y con el establecimiento de las prestaciones no contributivas en las que el vínculo cotización/prestación se debilita y difumina. Nuestra Seguridad Social no es ajena tampoco a esta vocación, si bien, a diferencia de algunos otros Estados del marco comunitario, ha primado más, hasta hace algunos años, el carácter de nacionalidad sobre el de territorialidad, principio éste que, con excepción de lo referente a prestaciones no contributivas, no ha tenido la intensidad, extensión, rotundidad y fundamentalismo existente en otras legislaciones.

3. La transformación de una seguridad social "aria" en una seguridad social "mestiza" han sido fruto de un largo proceso evolutivo, errático muchas veces, asistemático y emocional en otras, en el que la intencionalidad quedaba a menudo oculta o encubierta y en el que puede detectarse algunos elementos de desidia y estancamiento sazonados y/o a veces compensados, con ciertos componentes de voluntarismo ideológico.

Además, el desarrollo legislativo en este ámbito, ha optado por la gradualidad y por la sectorialidad, dando preeminencia a los lazos históricos y culturales o primando determinados tipos de relaciones laborales, en una actuación simultánea de doble ámbito, nacional-internacional que, al margen de su efectividad, ha obstaculizado el tratamiento y el análisis global de este tema.

II Evolución legislativa

4.Históricamente, la primera aproximación explícita a la protección del trabajador extranjero, se remonta, en nuestro ordenamiento interno, al Decreto de 29 de diciembre de 1958, en cuyo artículo 1º se establecía:

"Quedan comprendidos obligatoriamente en el campo de aplicación de los Seguros Sociales de Vejez e Invalidez y Enfermedad,

a...

b...

c. Los residentes hispanoamericanos, portugueses, filipinos y andorranos que ejerzan actividades laborales en España, o convenio[4] sobre el particular o una reciprocidad pactada o expresamente reconocida".

Este texto, más perfeccionado, ampliado e inteligible, va a ser una constante en nuestra legislación. Así la Ley de Bases 193/1963, de 28 de diciembre, en su base segunda, disposición ocho, ofrece una redacción similar más "aggiornada"[5].

Sucesivas extensiones de hecho, que no totalmente de dere-

1. Ver en especial, Bernardo Gonzalo González "Apuntes sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº2 (1997), pp 97-110

2. Anuario de Migraciones 1998. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Dirección General de Ordenación de las Migraciones.

3. EL PAÍS. Jueves 3 de agosto de 2000. Pág. 6

4. Aunque lo parezca, no hay error, la redacción es original.

5. "Quedarán equiparados a los españoles, en los términos y condiciones que en cada caso acuerde el Gobierno, los súbditos de países hispanoamericanos, los andorranos, filipinos, portugueses y brasileños que residan en territorio español. Con respecto a los súbditos de los restantes países se estará a lo que se disponga en los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuanto les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida".

cho (inclusión de una forma "sui generis" de los ecuatoguineanos), desemboca en la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, que "altera con severidad", BERNARDO GONZALO dixit, el precedente régimen general de garantía de los derechos de Seguridad Social de la inmigración.

5. Ya se ha apuntado en párrafos precedentes que la regulación normativa en este ámbito se caracteriza por su dispersión y fragmentación. Por ello no hay que sorprenderse que si se bucea en el laberíntico e intrincado "corpus jurídico" de la Seguridad Social, puedan encontrarse algunos diferencias apreciables, no por sutiles carentes de importancia, que se constituyen como excepciones a la regla general. Así, el Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956[6], que en numerosos preceptos ha sido declarado en vigor por la jurisprudencia[7], extiende sus beneficios y protección a todos los trabajadores extranjeros, (con independencia de su nacionalidad)[8]. Asimismo el artículo 14 del Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre reconoce la asistencia sanitaria por maternidad a todas las trabajadoras extranjeras[9]. ¡Paradojas de nuestro ordenamiento!.

III El derecho internacional

6. Las constantes referencias de nuestro legislador, a la hora de equiparación de derechos en materia de seguridad social entre españoles y extranjeros, a los Convenios y Acuerdos, ha obligado a derivar el estudio de este tema al Derecho internacional, lo que comporta un análisis pormenorizado y minucioso de los distintos Instrumentos, emanados de las Organizaciones Internacionales, ratificados por España, y de los Convenios Bilaterales y Multilaterales suscritos en materia de coordinación de regímenes de seguridad social.

La fórmula utilizada por el legislador español de trasladar la solución y regulación de la problemática de los nacionales extranjeros a los foros internacionales, hurtándola en parte del derecho nacional, es explicable si se tiene en cuenta el aislamiento y la reprobación al que nuestro país se vio sometido hasta 1975. Las Organizaciones Internacionales podían actuar como caja de resonancia de las reivindicaciones y teóricas excelencias de nuestros Gobiernos. España ha sido y todavía es el paladín, el mayor firmante, por número, de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Además, la existencia de un gran contingente de trabajadores migrantes españoles en el extranjero y el deseo de nuestra Administración de eliminar, a través de contactos bilaterales, el bloqueo o rechazo diplomático y de paso garantizar una protección adecuada a nuestros ciudadanos, entonces súbditos, tuvo su reflejo en una actividad febril encaminada a la negociación de Convenios Internacionales. Si a esto añadimos que la transformación de España en país de inmigración ha generado un nuevo bloque de normativa convencional, podemos esbozar un panorama complejo, que no caótico, con pocas líneas generales y muchas reglas específicas adaptadas a las exigencias y diferencias de las legislaciones extranjeras a coordinar.

Por último, ya dentro de la etapa de normalización democrática, los Reglamentos comunitarios 1408/71 y 574/72 sobre Seguridad Social, los Acuerdos de Cooperación y Asociación firmados por las Comunidades Europeas[10] y la producción normativa del Consejo de Europa, asumida y acogida con anhelo y fervor por una España deseosa de recuperar, a toda velocidad, el tiempo perdido, completan el paisaje internacional español en el ámbito de la Seguridad Social.

7. Consecuentemente, el principio de igualdad de trato configurado en los instrumentos internacionales vinculantes para

6. Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes de Trabajo y Reglamento para su aplicación (B.O.E. número 197 de 15 de julio de 1956; corrección de errores en B.O.E. números 200 y 247, de 18 de julio y 3 de septiembre).

7. Ver sentencia del T.C.T. de 26 de octubre de 1983 que reconoce la extensión de la protección de accidentes de trabajo a los extranjeros.

8. Art. 5 "Los trabajadores portugueses, hispanoamericanos, brasileños, andorranos y filipinos que ejerzan sus actividades en territorio nacional o plazas de soberanía quedan equiparados a los trabajadores españoles. Los restantes trabajadores extranjeros gozarán de los beneficios de esta Ley, así como sus derechohabientes que residan en territorio español al ocurrir el accidente. Los derechohabientes que residan en el extranjero al ocurrir el accidente obtendrán dicho beneficio en el caso de que la legislación de su país los otorgue en análogas condiciones a los súbditos españoles, o bien cuando se trate de ciudadanos de un país que haya ratificado el Convenio Internacional de Ginebra sobre igualdad en trato en materia de reparación de accidentes de trabajo (Convenio nº19, 1925, ratificado por España en 1928), o bien cuando se haya estipulado así en Tratados especiales".

9. Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el régimen general de la Seguridad Social. BOE nº284 de 28 de noviembre de 1967. Artículo 14. "Beneficiarias. Tendrán derecho a la asistencia sanitaria por maternidad e) Las trabajadoras extranjeras, cualquiera que sea su nacionalidad, al servicio de empresas comprendidas en el régimen general de la Seguridad Social".

España, no es único y unívoco ni en las técnicas para su aplicabilidad, ni en su campo de aplicación objetivo, ni en su extensión subjetiva, ni en su ámbito temporal. Concurren disposiciones de aplicación automática (Reglamentos Comunitarios, Convenios Bilaterales, o el Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo[11]), con otros de aplicación directa más dudosa que en algunos supuestos exigen, para su activación, de otros Convenios complementarios (Convenio Europeo de Seguridad Social del Consejo de Europa de 14 de diciembre de 1972[12]); instrumentos con un ámbito material limitado a las ramas clásicas de la seguridad social, con otros que ya incluyen las prestaciones no contributivas de tipo mixto (Reglamentos 1408/71 y 574/72, Acuerdos de Cooperación y Asociación, Convenios Bilaterales ratificados en los últimos años); Convenios aplicables a los trabajadores migrantes sin distinción de nacionalidad, con otros solamente aplicables a los nacionales del Estado signatario del Convenio; Convenios que incluyen a todos los trabajadores, con otros que excluyen algunas categorías (autónomos, gente del mar, fronterizos, etc.)..., y esto no es todo, porque a su vez existen combinaciones entre las distintas posibilidades apuntadas, que obliga, en cada caso, a un prolijo estudio para conocer si un instrumento internacional reconoce el principio de igualdad de trato, a quién, a partir de cuándo, en qué condiciones y con qué extensión.

IV Reciprocidad

8. Pero nuestro legislador, amante de las dificultades y la complejidad, todavía nos tenía reservada una última sorpresa. A falta de inclusión explícita en nuestra legislación o a falta de Convenio y Acuerdo Bilateral o Multilateral, todavía restaba una última vía: la reciprocidad expresa o tácita. Abrumaría a los lectores, sobre la dificultad del análisis comparado de las legislaciones, máxime cuando en muchos ordenamientos de otros países no existe una normativa "ad hoc" para los extranjeros, produciéndose la equiparación entre nacionales y no nacionales por prácticas administrativas o consuetudinarias, variables según las prestaciones, la naturaleza del trabajo, la nacionalidad del posible beneficiario o simplemente, el humor o las ganas del funcionario de turno.

V La situación hasta la Ley 13/1996

9. No aspiro en este artículo realizar un análisis exhaustivo del contenido del haz de instrumentos internacionales y de las implicaciones directas o indirectas de la reciprocidad tácita o expresa en relación con el principio de igualdad de trato. Tamaña probatura podría producir en el autor de este artículo desvarío y sinrazón, y lo que es peor todavía, transmitir estas insanias a los lectores más devotos y entregados de esta publicación, produciéndose bajas significativas en nuestra Asociación.

Sin embargo, estaría obligado a ello, si no hubieran venido en mi ayuda, y en la de los lectores, dos disposiciones cardinales, la Ley 13/1996[13], de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social y la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social[14] de 11 de enero de 2000, que han convertido la situación descrita en los párrafos precedentes, en antecedentes históricos, evolución legislativa, retrospectiva normativa y poco más. El cataclismo se ha producido. La simplificación y normalización está servida y garantizada. Queda por discutir el precio pagado o a pagar.

10. No obstante, me veo moralmente obligado a efectuar un resumen del tratamiento del "extranjero" en nuestro ordenamiento de seguridad social hasta la aprobación de la Ley 13/1996.

Después de una primera época que BORRAJO describe como "Equiparación absoluta a favor de los trabajadores iberoamericanos; reciprocidad preferentemente diplomática más que legislativa, respecto de los demás extranjeros no iberoamericanos; y criterio especial en supervivencia por accidentes de trabajo para los últimos", pasamos a una etapa, a partir de la Ley de

10. Acuerdo de Cooperación entre la CEE y la República Democrática y Popular de Argelia, del 26 de abril de 1976 (DOCE L 263, de 27 de septiembre de 1978). Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos del 27 de abril de 1976 (DOCE L 264 de 27 de septiembre de 1978). Acuerdo de Asociación entre la CEE y la República de Turquía del 12 de septiembre de 1963 (DOCE L 217 de 29 de diciembre de 1964). Convenio de la LOMÉ, de 15 de diciembre de 1989 (DOCE L 229 de 17 de agosto de 1991).

11. Convenio 97 sobre Trabajadores migrantes revisado, 1949. Ratificado el 23 de febrero de 1967 (BOE de 7 de junio).

12. Ratificado por España el 24 de enero de 1986. (BOE 12 de noviembre de 1986).

13. BOE de 31 de diciembre de 1996

14. BOE de 12 de enero de 2000

Bases de Seguridad Social, en la que cohabitan y coexisten múltiples disposiciones de procedencia y naturaleza diversa que se completan entre sí, se solapan o se confunden. Hagamos un esfuerzo de abstracción, siguiendo la línea y criterios fijados por ALMANSA PASTOR[15] y la graduación del propio artículo 7[16] de la Ley General de Seguridad Social vigente hasta la referida Ley 13/1996.

- Equiparación absoluta a favor de los trabajadores de estirpe o influjo ibérico, es decir, nacionales de países hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses, brasileños (art. 7.5 Ley General de la Seguridad Social), a los que han de añadirse los nacionales ecuatoguineanos (Ley 58, de 15 de noviembre de 1980). (SS.T.S. 23 de enero de 1983, 3 y 5 de noviembre y 22 de diciembre de 1982).

- Equiparación absoluta respecto a los nacionales de países comunitarios europeos, en virtud de la normativa comunitaria directamente aplicable como derecho supranacional en España (Reglamentos 1408/71 y 574/72).

- Equiparación absoluta para trabajadores inmigrantes nacionales de Turquía, Marruecos[17], Túnez y Argelia (Convenios de Cooperación o Asociación de las Comunidades Europeas con dichos países).

- Equiparación de los trabajadores nacionales de un Estado ACP que ejercían actividad asalariada, en relación con las prestaciones de seguridad social ligadas al empleo[18].

- Equiparación absoluta para inmigrantes nacionales de los restantes países, a excepción de trabajadores autónomos, fronterizos, artistas con estancia en territorio español y marinos. (Convenio nº 97 de la OIT).

- Equiparación relativa por reciprocidad diplomática (Convenios Bilaterales) o por reciprocidad legislativa tácita o expresa para los trabajadores autónomos, fronterizos, artistas y marinos. La reciprocidad en estos supuestos es considerada presunta, en todo caso, respecto de la protección por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

- Equiparación absoluta para los apátridas, en virtud de lo dispuesto por el Código civil, que atribuye como ley personal de los que carecen de nacionalidad o la tienen indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual y para los refugiados, conforme a la ratificación por España de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

VI La Ley 13/1996

11. Muchos de los grandes hitos en la regulación de la situación de los extranjeros dentro del marco de la seguridad social, han tenido su fundamento en "corpus normativos" ajenos o al menos no vinculados directamente con la propia Seguridad Social. Así, el primer escalón, la equiparación de nacionales de determinados Estados, se realiza como consecuencia de la Ley 118, de 30 de diciembre de 1969, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad iberoamericana y filipina empleados en territorio nacional. El segundo paso, más bien una revolución, la igualdad de trato de todos los trabajadores nacionales y extranjeros en el ámbito de las prestaciones contributivas, se efectúa como un mero "cambio de redacción" con la Ley 13/1996 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. El tercer acto, ¿desenlace?, lo constituye la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social de 11 de enero de 2000, todavía no traspuesta a nuestra Ley General de Seguridad Social, por la que se elimina, de forma parece ser que absoluta, toda discriminación por razón de nacionalidad en relación con las prestaciones no contributivas.

---

15. José María Almansa Pastor. Derecho de la Seguridad Social. Editorial Tecnos.

16. Artículo 7: "Extensión del campo de aplicación: 5. Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, que residan y se encuentren legalmente en territorio español, se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el presente artículo. Con respecto a los nacionales de otros países, se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos, o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o a cuanto le fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida".

17. Ver sentencia del Tribunal Constitucional número 130/1995 de 11.9.95

18. Convenio de Lomé. Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº L 299/7 de 17 de agosto de 1991. Nacionales afectados de los siguientes Estados: Angola, Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Benín, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camerún, República Centroafricana, Chad, Comoras, Congo, Costa de Marfil, Djibouti, Dominica, República Dominicana, Etiopía, Fiji, Gabonesa, Gambia, Ghana, Granada, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, Jamaica, Kenia, Kiribati, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Mali, Mauricio, Mauritania, Mozambique, Níger, Nigeria, Nueva Guinea, Ruanda, Saint Kitts y Nevis, Islas Salomón, Samoa Occidental, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe, San Vicente y Granadinas, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Surinam, Swazilandia, Tanzania, República Togolesa, Tonga, Trinidad y Tobago, Tuvalu, Uganda, Vanaatu, Zaire, Zambia, Zimbabwe.

12. No coincido con la valoración de algunos expertos sobre la improcedencia, precipitación y falta de rigor de la modificación introducida por la Ley 13/1996 de 30 de diciembre. Al contrario, aplaudo al promotor y ejecutor de esta idea. Si alguna crítica puedo verter es que ha pecado de pacatería y empecinamiento al no extender el principio de igualdad de trato asimismo a las prestaciones no contributivas, evitándose y dificultando una solución global de la problemática antes expuesta. Y no se crea que las motivaciones que me han llevado a esta conclusión están basadas en la equidad y en la ética. En parte sí, pero son otras las razones que considero fundamentales: necesidad, equilibrio, orden y justicia. En efecto, con la redacción anterior a la Ley 13/1996 de 30 de diciembre y teniendo en cuenta, sobre todo, lo previsto en el Convenio de la OIT nº 97 sobre trabajadores migrantes y la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968[19], sin olvidar el piélago de Convenios Bilaterales y Multilaterales ratificados por nuestro país o a los que por su adhesión a Organismos Internacionales se encontraba vinculado, y la famosa "reciprocidad expresa o tácita", pocos trabajadores finalmente quedaban excluidos de los derechos, también de los deberes, no lo olvidemos, de la Seguridad Social española. En realidad artistas, con cortos períodos de tiempo en territorio español, trabajadores del mar (colectivo éste susceptible de los mayores abusos por las particularidades y peculiaridades de su relación laboral) y sobre todo, y por encima de todos, los trabajadores autónomos. Precisamente estos trabajadores, quizás los más sujetos al riesgo y al vaivén económico, dependían, en sus relaciones con la Seguridad Social española, siempre que no fueran de estirpe o ibérica o asimilados, o nacionales de un Estado de la UE o del EEE, de la existencia de un Convenio Bilateral o de la reciprocidad. El resultado final es que los pertenecientes a los Estados más pobres del orbe, y con menos desarrollo, de sus sistemas de seguridad social, eran los más perjudicados. Difícilmente puede concebirse que en muchos Estados de Africa o de Asia se haya configurado un sistema completo de seguridad social, o si existe que prevea un régimen de trabajadores autónomos, y si lo tiene, que contemple la afiliación y protección de los trabajadores españoles en dicho país. Se pretendía, de otros Estados, con la técnica jurídica de artículo 7 (reciprocidad), que fueran éstos los que dieran el primer paso, cuando en principio debería ser nuestro propio sistema de seguridad social, orgullo y emblema de un país perteneciente al club de los más ricos y sociales, el competente y adecuado para ello. En fin, se esperaba de la legislación de un Estado que puede ser del Tercer Mundo, lo que nuestra legislación no reconocía de pleno derecho y sin condicionantes.

La reciprocidad se define caso por caso y prestación por prestación. Parte de la base de Instituciones de protección similares. Necesita de un examen comparativo de los derechos y beneficios reconocidos por los sistemas teóricamente recíprocos de seguridad social. Puede ser válida en relación con determinados Estados en un marco económico, político y social equivalente. Ahora bien, no puede actuar como regla general "erga omnes".

Por otra parte, la exclusión por razón de nacionalidad de algún trabajador, puede implicar, por ejemplo, en un mercado libre, que el nacional extranjero autónomo esté sujeto a menos cargas sociales (cotizaciones) que su homólogo español, lo que a corto plazo podría beneficiarle, sobre todo, en determinadas zonas, produciéndose una distorsión real de la competencia. Coincido en este punto con PALMERO ZURDO cuando señala *"En la perspectiva de la dimensión social del Mercado Único, un espacio sin fronteras interiores es incompatible con la no aplicación del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social a los trabajadores que residen legalmente en el territorio de la Comunidad. Nada justifica tal frontera"*[20]. Pero no es eso todo, una regla de un Estado que excluye a una persona, legalmente establecida en su territorio, de la protección de seguridad social, le está condenando en caso de infortunio, o simplemente por razones biológicas, a la marginalidad, a la indigencia, a la delincuencia o a la expulsión policial o repatriación. En la red social no debería jugarse frívolamente con agujeros intencionados.

La única razón imaginable y ¿aceptable? para el mantenimiento de las restricciones a la total equiparación es lo que denomina NETTER, "razones po-

19. BOE de 6 de mayo de 1968.

20. JAVIER PALMERO ZURDO "El principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y su aplicación a los trabajadores no comunitarios que residen en España". Relaciones Laborales: Revista crítica de Teoría y Práctica nº1995.

líticas", es decir, que la atribución de prestaciones de seguridad social a los trabajadores extranjeros puede ser objeto de negociación internacional con el consiguiente beneficio para los propios nacionales emigrantes y con la obtención de compensaciones y contrapartidas entre los Estados. Pues bien, lo que en el pasado, recuérdese España país de emigración, podría considerarse justificación suficiente y hasta necesaria, ha devenido en el presente en obsoleta y superada. Téngase en cuenta que los trabajadores españoles en los países típicos de inmigración ya están cubiertos por la legislación interna de dichos Estados o por Convenios Bilaterales o Multilaterales. Pero es que los restantes españoles migrantes no protegidos, en la mayoría de las ocasiones porque ejercen una actividad laboral en un Estado con una seguridad social muy precaria o primitiva, pueden reclamar con mayores motivos su plena equiparación de derechos en el Estado de empleo, alegando precisamente la ausencia de discriminación, por razón de nacionalidad, en nuestra legislación. Además, no lo olvidemos, en dichos Estados puede existir una normativa que haga referencia también a la "reciprocidad tácita o expresa", por lo que con la modificación introducida por la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, nuestro país pasa de una actitud pasiva y expectante a otra mucho más dinámica y comprometida. Y no creo que pueda ser argumento de mucho peso, a día de hoy, la posibilidad barajada por algunos teóricos históricos de la Seguridad Social Internacional, de que prestación y contraprestación deben ser simultáneas o lo que es lo mismo, que la igualdad de trato en materia de seguridad social debe ser bilateral y sinalagmática. Teóricamente es posible. En la práctica cotidiana, al haberse convertido España en un país netamente de inmigración, las cifras de emigrantes juegan a nuestro favor por lo que se ha pasado de ser demandantes de Convenios Bilaterales a receptores de solicitudes de suscripción de Convenios.

Para terminar esta línea de exposición, un último apunte. La regulación del principio de igualdad de trato en nuestro propio ordenamiento, sin transferencias o desviaciones al Derecho internacional, dota al mismo de mucha más transparencia y visibilidad. Ya no es necesario explicar, exculpatoriamente, en los foros internacionales, que aunque nuestra legislación no contemple el principio de igualdad de trato, al remitirse indirectamente al Convenio nº 97 de la Organización Internacional de Trabajo, finalmente dicha igualdad es una realidad... Ahora ya basta con nuestra propia legislación. El Derecho internacional debe operar como garantía adicional, como una segunda red de seguridad, pero no debe ser la única e inevitable vía. Olvidemos la época en la que en las Organizaciones Internacionales España anhelaba su reconocimiento como alumno modélico y ejemplar. En la actualidad debería ser suficiente con pasar como buen alumno y para ello, las tareas y deberes, en casa.

VII Las prestaciones contributivas

13. El vigente artículo 7[21] de la Ley General de Seguridad Social traspone el contenido del artículo 91 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre. ¿Problema resuelto?. Me temo que no. Bien es verdad que éste se reduce y circunscribe al separar la regulación de las prestaciones contributivas, de las no contributivas. Y este mérito, la minoración del problema, sí debe ser reconocido a la nueva redacción del artículo 7. Sin embargo, aunque sea de forma

21. Artículo 7. Extensión del campo de aplicación. 1.- -"Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional".... 5.- Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 (prestaciones no contributivas) de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida",

22. El Convenio nº 97 de la OIT reserva del principio de igualdad de trato las prestaciones no contributivas.

Artículo 6. "Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes: .... b) la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social), a reserva: i)... ii) de disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal...y de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición".

Los Convenios Bilaterales actualmente vigentes no incluyen, con excepción de Canadá, Ucrania, Federación Rusa, Uruguay y Chile estas prestaciones.

El Convenio de Lomé se refiere únicamente a prestaciones vinculadas de empleo.

más limitada, se trasladan y mantienen las dificultades e incógnitas expuestas en párrafos precedentes. Todo lo dicho sobre Acuerdos y Convenios multilaterales y bilaterales o sobre la "reciprocidad expresa o tácita" seguiría estando de plena actualidad en el ámbito de los beneficios no ligados directamente al empleo y a la cotización. La única ventaja, desde la perspectiva de técnica jurídica, es que al ser esta rama de seguridad social tan novedosa para los sistemas que siguen el modelo Bismarck y cuya implantación presupone un desarrollo profundo de los mismos, son muy poco numerosos los instrumentos internacionales[22] que incluyen, en su ámbito objetivo, estas prestaciones, siendo la "reciprocidad expresa y tácita", mucho más clara y definida, simplemente por inexistente, al no contemplar estos beneficios la mayor parte de las legislaciones extranjeras.

Consecuentemente, el panorama es más despejado. De hecho se puede, sin demasiadas posibilidades de riesgo, trazar un esquema de la protección que nuestra legislación ofrece, en relación con las prestaciones no contributivas, a los nacionales de los distintos Estados,. A tal efecto, se sigue, con algunas libertades, la publicación "Régimen jurídico de pensiones no contributivas y prestaciones LISMI. Criterios de aplicación". (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales). Extranjeros incluidos:

a Iberoamericanos, andorranos, filipinos ¿ecuatoguineanos?.

b Ciudadanos comunitarios y del Espacio Económico Europeo (Reglamentos 1408/71 y 574/72).

c Trabajadores[23] de Marruecos, Argelia, Túnez y Turquía (Acuerdos de Cooperación y Asociación)[24].

d Trabajadores refugiados o apátridas[25].

e Nacionales de Canadá y de la Federación Rusa y trabajadores de Ucrania[26].

Además, habría que añadir a este listado algunos nacionales de otros Estados (Australia, Estados Unidos, por ejemplo), cuyos sistemas de Seguridad Social incluyen prestaciones no contributivas y que extienden su protección a todos los residentes (reciprocidad). No obstante los inmigrantes de países del primer mundo[27], disfrutan generalmente de un bienestar económico superior al del propio ciudadano español. Son otros, los migrantes de Europa Oriental[28] y de África y Asia[29] los más afectados, por necesitados, de la discriminación, posiblemente razonable y justificada, pero discriminación a la postre, contenida en el artículo 7, apartado 5 de la Ley General de Seguridad Social. En efecto, los desti-

23. La diferencia del texto entre ciudadanos y trabajadores marroquíes queda perfectamente expuesta en la sentencia de 1.4.1998 del Tribunal Supremo recaida en recurso de casación para la unificación de doctrina nº 588/1997 y por la que una nacional marroquí se le niega el acceso a las prestaciones no contributivas por no ser trabajadora ni beneficiaria de un trabajador "strictu sensu".

24. Ver entre otras, sentencias del TJCE recaidas en los asuntos C-18/90 KZIBER; C-58/93 YOUSFI y C-103/94 KRID. Muy recomendable la lectura del trabajo de HELENE GAÇON ESTRADA "Los nacionales de países terceros y Europa". Noticias de la Unión Europea nº 157 CISS nº 157. Febrero 1998. Asimismo ver ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO "La problemática extensión de las prestaciones españolas no contributivas a los ciudadanos del Magreb". Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Noveno. 1998. Madrid). Pensiones sociales: Problemas y alternativas, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección (1999).

25. España ha ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de junio de 1951. BOE nº252 de 21 de octubre de 1958. Igualmente ha procedido a la ratificación de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954. BOE nº159 de 4 de julio de 1997. No obstante, estos dos Estatutos no aseguran totalmente el principio de igualdad de trato en relación con las prestaciones no contributivas. En efecto, contienen una disposición similar a la del artículo 6 del Convenio nº97 de la OIT. (Ver nota 22). Con respecto a los apátridas podría entenderse que están totalmente equiparados a los españoles por el Código Civil "se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuviesen indeterminada la ley del lugar de su residencia habitual". Con respecto a los refugiados y también para los apátridas, la equiparación se ha realizado a través del Reglamento 1408/71 y 574/72, que reconocen igualdad de trato a los refugiados y a los apátridas. Ahora bien, aunque esta es la tesis defendida por la Administración española, no está unánimemente reconocida por otros Estados. De hecho, se han planteado al Tribunal de Justicia varios asuntos: C-95/99, C-96/99, C-98/99 y C-180/99, que como cuestión prejudicial interroga si el principio de igualdad de trato es aplicable a los refugiados y apátridas aunque éstos no tengan derecho a la libre circulación o no la hayan ejercido de facto con anterioridad El TEJC todavía no se ha pronunciado al respecto.

26. Protocolo al Convenio sobre Seguridad Social entre España y Canadá, de 19 de octubre de 1995. BOE nº34, de 8 de febrero de 1997. Entrada en vigor, 1 de mayo de 1997. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la Federación de Rusia. BOE nº48 de 24 de febrero de 1996. Entrada en vigor, 22 de febrero de 1996. Convenio sobre Seguridad Social entre el Reino de España y Ucrania de 7 de octubre de 1996. BOE nº81 de 4 de abril de 1998. Entrada en vigor, 27 de marzo de 1998.

27. Existen más de 200.000 ciudadanos comunitarios en España. La mayoría de ellos no realizan actividad laboral. Son no activos a los que se aplican algunas normas de nuestra Seguridad Social, aunque no perciban pensión española.

28. Los Convenios de Cooperación y Asociación de esos Estados, como secuela de la interpretación extensiva efectuada por el TEJC sobre los Acuerdos de Marruecos, Túnez y Argelia en relación con las prestaciones no contributivas, no incluyen un pronunciamiento expreso sobre el principio de igualdad de trato.

29. El Convenio de Lomé, se recuerda, solamente contempla las prestaciones "ligadas al empleo".

natarios de las prestaciones no contributivas son, siguiendo a BERNARDO GONZALO, los inasegurables (pobres y marginados), los no asegurados (economía sumergida) y los infraasegurados (períodos de seguro intermitentes o parciales). Pues bien, estas tres categorías se nutren de nacionales extranjeros, trabajadores regulares o irregulares, y de sus familiares, y en especial y dentro de los trabajadores extranjeros, de los provinientes del Tercer Mundo, sin hogar o refugio a donde retornar.

Comparto la tesis de MARGARITA TARABINI-CASTELLANI AZNAR cuando señala: *"Los extranjeros están sujetos a los mismos deberes, obligaciones y cargas que los españoles y por tanto obligados a pagar impuestos, fuente de financiación de las prestaciones no contributivas. La función redistributiva, por otra parte, de este tipo de prestaciones dejaría fuera de su circuito a los extranjeros, incidiendo quizá en la creación de una ciudadanía de segunda clase"*[30].

El no reconocimiento de los beneficios no contributivos a los trabajadores migrantes extranjeros y a sus familiares sería comprensible desde la premisa básica de una política policial efectiva de expulsión de los extranjeros sin recursos (valores éticos al margen) y/o como medida disuasoria para frenar o entorpecer la inmigración masiva (efecto llamada), eliminando alguna de las ventajas sociales que podrían intervenir como núcleos de atracción y de captación. Ahora bien, en el supuesto de que existiera dicha política, ésta debería actuar con carácter general, sin excepciones o con la única excepción de la reciprocidad diplomática, legislativa o consuetudinaria para beneficiar indirectamente a nuestros ciudadanos en el exterior. Sin embargo, los datos sobre los residentes extranjeros a 30 de junio de 1998 arrojan unas cifras significativas: De los 659.599 extranjeros residentes en España[31], alrededor de 550.000, más del 80%, son ciudadanos, (¿extranjeros de primera clase?) que tenían reconocidos, por su origen, Instrumentos internacionales o reciprocidad, su plena equiparación con los nacionales españoles. Además, muchos de estos extranjeros proceden de zonas geográficas, Iberoamérica y Magreb, que son ya precisamente las que ejercen mayor presión migratoria y para las que España es su destino más natural y favorable, por lo que las tesis desincentivadoras apuntadas no operarían en estos casos. Además, si se desease priorizar y primar unas nacionalidades sobre otras, dirigiendo y encauzando el flujo migratorio, resulta más adecuado el sistema de cupos por nacionalidad, que actúa "ex ante" y no "ex post".

Por último, si se descartan las medidas de expulsión masiva, poco populares en el marco nacional y menos todavía en el internacional, la presencia de personas legalmente establecidas en territorio español, sin recursos económicos suficientes, no protegidos por la Seguridad Social ni por la Asistencia Social, comporta un fracaso en la esencia del Estado del Bienestar, una de cuyas características es, y debe seguir siendo, la universalidad.

VIII. La Ley Orgánica 4/2000. Seguridad Social

14. La Ley 13/1996 de 30 de diciembre probablemente perdió la gran oportunidad de ofrecer una solución global (protección integral, contributiva y no contributiva) a la problemática de los nacionales extranjeros. De todos modos, preparó el camino e indicó la dirección a seguir. El testigo fue recogido por otra norma, ajena en principio a la Seguridad Social, la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social de 11 de enero de 2000 que ¿de forma definitiva e irrevocable? se pronuncia, con una redacción muy imprecisa, reiterativa y confusa, por la equiparación entre españoles y extranjeros residentes en nuestro territorio.

15. No parece que puedan subsistir dudas sobre el deseo del legislador (la expresión de dicho deseo es lo que puede ser equívoco), de conceder a los extranjeros, en el ámbito de la Seguridad Social, el mismo trato que a los españoles. Bien es verdad que el texto de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social de 11 de enero de 2000, al menos en lo que se refiere a los artículos 10, 12, 14 (Seguridad

30. *MARGARITA TARABINI-CASTELLANI AZNAR "La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996". Actualidad Laboral nº 39 (1998).*

31. *Fuente: Dirección General de la Policía. Datos recogidos en Anuario de Migraciones 1998. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.*

32. *"Los extranjeros tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como el acceso al sistema de la seguridad social, en los términos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que desarrollen"*

Social, Asistencia Sanitaria, Asistencia Social) no es un dechado de técnica jurídica, pero no creo que sea ahora (agosto de 2000) el momento más idóneo para cebarse en la forma, cuando el fondo, al menos, aparece claro y definido si se examina en su totalidad. Así, si el artículo 10[32], Derecho al Trabajo y a la Seguridad Social, parece vincular ésta al ejercicio de una actividad remunerada (Seguridad Social – Empleo) con lo que se limitaría su campo de actuación a los trabajadores y a las prestaciones contributivas, el artículo 14[33] elimina cualquier incertidumbre al proclamar el derecho de los extranjeros residentes[34] a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles, equiparación ésta que, a mi entender, engloba tanto a las prestaciones contributivas como a las no contributivas. Consecuentemente se extienden estos beneficios a todos los residentes legales extranjeros, cualquiera que sea su condición o situación laboral (trabajadores activos, desempleados, no activos, etc.). Fin del problema.

IX La Ley Orgánica 4/2000. Asistencia Social

16. Como el título de este trabajo hace referencia a la protección social, concepto éste más amplio que el de la Seguridad Social, debo hacer una inmersión al respecto. Nuestra Constitución diferencia entre Instituciones de Seguridad Social y de Asistencia Social y Pública, estableciendo un régimen competencial claramente definido (Seguridad Social, básicamente centralizada; Asistencia Social autonómica o descentralizada), lo que evita o debería evitar interferencias normativas entre ellas. Así debe interpretarse el artículo 14[35] que trata del "derecho a la seguridad social y a los servicios sociales", distinguiendo, aunque el léxico utilizado sea defectuoso, entre seguridad social (apartado 1) y servicios y prestaciones sociales, términos estos últimos que podríamos considerar como Asistencia Social o Pública (apartados 2 y 3).

17. Puede considerarse realmente generosa, que no pródiga, la Ley Orgánica 4/2000 en lo referente a la asistencia social o pública. En efecto, se otorga plena equiparación en este ámbito a los extranjeros residentes, con mención expresa de "servicios y prestaciones sociales generales básicos y específicos".

Pero todavía ofrece más. Consciente de que la realidad no se termina con los extranjeros legalmente residentes, garantiza "Los servicios y prestaciones sociales básicas" a todos los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, lo que implica un avance considerable en el deseo de extender, en lo posible, el Estado de Bienestar a todas las personas que se encuentren en territorio español, aunque estas personas no cuenten con las autorizaciones administrativas pertinentes. Ahora solamente queda por dilucidar qué se entiende por prestaciones sociales básicas, tarea ésta que va a ser ardua y que va a exigir la elaboración, por parte de las Comunidades Autónomas, de criterios comunes a la hora de proceder a una clasificación y catalogación de las distintas prestaciones existentes, máxime teniendo en cuenta el distinto tratamiento que cada Comunidad ha venido estableciendo hasta ahora. Así, los convenios de inserción, los ingresos mínimos, las ayudas de emergencia social, las rentas de integración social, los programas de desarrollo integral comunitario, los programas de acogimiento familiar de personas mayores y minusválidas, las pensiones por ancianidad, etc., términos distintos para prestaciones similares, pueden, según las distintas Comunidades, presentar un campo de aplicación subjetivo realmente heterogéneo: nacionales únicamente; ciudadanos extranjeros residentes durante x años en España o en la Comunidad de que se trate; extranjeros empadronados; extranjeros de conformidad con los Tratados, Acuerdos, Convenios Internacionales; extranjeros "potestativamente"..., es decir, una paleta de posibilidades

33. "Artículo 14.- Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales.

1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.

34. Entendemos que el término residente debe interpretarse como "residentes legales", temporales y permanentes, figuras estas que se recogen en los artículos 29 y 30 de la referida Ley. Sin embargo debería haberse hecho mención asimismo a los que se "encuentren legalmente", supuestos de estancia, artículo 28, de la Ley. No creemos que el legislador haya querido excluir estos supuestos.

35. Artículo 14.

1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la seguridad social en las mismas condiciones que los españoles.

2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.

3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas".

36. La Conferencia Sectorial podría ser el foro más adecuado a este respecto.

no sistematizada ni uniformizada o armonizada. Por ello, con la Ley Orgánica 4/2000, va a unificarse la regulación de las prestaciones asistenciales para los extranjeros no regularizados o sin papeles, quedando solamente por despejar qué beneficios asistenciales van a quedar cubiertos con la etiqueta "prestaciones básicas"[36].

X La Ley Orgánica 4/2000. Asistencia Sanitaria

18.Si el avance en materia de Seguridad Social y Asistencia Social puede considerarse como sustancial, la regulación que hace la Ley Orgánica 4/2000,en su artículo 12[37], sobre el derecho a la Asistencia Sanitaria (prestación ésta que en la Ley parece configurarse como algo distinto a la Seguridad Social y por ello su tratamiento separado en este artículo), es lisa y llanamente, espectacular.

Tan espectacular, que si se realiza una interpretación literal del precepto, podrían encontrarse indicios de discriminación positiva, de un trato y de una protección para el extranjero que sobrepasa la del ciudadano español. Y aunque no creo que sea ésta la orientación finalista del legislador, nunca se sabe...

Vayamos por partes. Los apartados 1 y 3 reconocen el derecho a la asistencia sanitaria al extranjero que se encuentre en España inscrito en el padrón del municipio en el que reside habitualmente (supongo que la residencia es "de facto" y no "de iure", es decir, no se exige estar en posesión de un permiso de residencia temporal o permanente) y a los extranjeros menores de 18 años (sin más requisitos) en las mismas condiciones que los españoles. Hasta aquí, nada que objetar al fondo aunque formalmente el texto podría mejorarse considerablemente. Ahora bien el legislador opta por la equiparación expresa en determinados supuestos y utiliza una técnica distinta para la regulación de otras situaciones de hecho y de derecho (extranjeros no empadronados y extranjeras embarazadas), evidenciando unas diferencias (¿queridas no queridas?) que pueden dar lugar a una serie de interrogantes, más bien prácticos que teóricos, sobre el posible reconocimiento absoluto, sin contraprestación económica o condicionantes de recursos, a la atención de urgencia o con motivo de embarazo, parto y postparto, de los extranjeros y extranjeras. Bien es verdad que el principio de la universalidad para los españoles está recogido en el artículo 1 de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, pero este derecho, en cuanto a su ejercicio práctico, puede estar sujeto, para su efectividad y gratuidad, a determinados requisitos que, lógicamente también deberían cumplir los extranjeros. Por ello hubiera sido preferible una única formulación, equiparación entre españoles y extranjeros, que elimine incertidumbres e inseguridades.

De todos modos, en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, presentado por el Gobierno en el mes de agosto de 2000, se añade un nuevo apartado 3 al artículo 3, "Derecho de los Extranjeros e interpretación de las normas" en el que se establece que, como criterio interpretativo general, debe entenderse que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce la Ley "en condiciones de igualdad con los españoles". La aplicación de este precepto podría evitar el peligro, ya apuntado, del reconocimiento de unos derechos, para extranjeros, superiores a los que ya se benefician los españoles.

Lo que sí entiendo como digno de elogio, en relación con el artículo 12, es el pragmatismo y valentía de un legislador que acomete su tarea desde una realidad incuestionable: Existen, aunque no se quiera, extranjeros no regularizados, sin papeles o ilegales que deben ser también sujetos de unos derechos, aunque no necesariamente con la misma extensión y contenido que el de los extranjeros denominados legales. El reconocimiento que se otorga a estos extranjeros se realiza a través de una graduación de la protección, total, media o parcial, que depende no tanto de su situación administrativa (ninguno en principio cuenta con permiso de residencia temporal o permanente), como de su situación personal, primándose a menores

37. Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria.

1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

2. Los extranjeros que se encuentren en España tiene derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto".

y embarazadas y a otros extranjeros que aunque no sean poseedores de título de residencia, optan, a través del empadronamiento, por salir de la clandestinidad y hacer pública su presencia (no exenta de riesgos por su localización y consecuente posible expulsión) en territorio español. Parece lógico y responsable. Una Política Nacional de Salud no puede dejar desatendidos a seres humanos en base a su situación administrativa. Ahora bien, y para evitar el "efecto llamada" y los posibles abusos intencionados (turismo sanitario) que de la Ley pudieran derivarse, habría que empezar con unos enunciados claros sobre el fondo y con una forma precisa e irreprochable.

Solamente resta por regular otra categoría de extranjeros: los que no residen en territorio español pero se encuentran legalmente en el mismo (situaciones de estancia, artículo 28 de la Ley). Estos extranjeros, por coherencia y congruencia legislativa quedarían integrados en el artículo 12, siéndoles reconocidos plenos derechos si son menores de 18 años o mujeres embarazadas o la Asistencia Sanitaria pública de urgencia en otros casos. Con ello se cierra el círculo y ningún extranjero queda desprotegido en este ámbito por nuestro Ordenamiento.

XI El desarrollo autonómico de la asistencia sanitaria para extranjeros

19. Si de innovadora y valiente puede considerarse la ordenación legislativa de los derechos de los extranjeros en materia de asistencia sanitaria, el desarrollo legislativo efectuado por algunas Comunidades Autónomas, con las competencias transferidas, supera y rebasa con creces el modelo y marco normativo. Basten dos ejemplos a título meramente indicativo. La Ley Foral 2/2000 de 25 de mayo de la Comunidad Foral de Navarra[38] establece en su artículo primero: *"La asistencia sanitaria pública dentro del territorio de la Comunidad Foral se extiende a todos los ciudadanos y ciudadanos residentes en cualquiera de los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa"*. De forma algo menos rotunda, pero igualmente espléndida, la Comunidad Valenciana señala en el Decreto 26/2000[39], Artículo 2, apartado 2.2: *"Los extranjeros no empadronados que se encuentren en la Comunidad Valenciana tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.* ***No obstante lo anterior, la Consellería de Sanidad ampliará la cobertura sanitaria para este colectivo, cuando carezca de recursos económicos, a las condiciones señaladas en el apartado 2.1, mientras normalizan su situación administrativa".***

El Gobierno Vasco hace una interpretación, por el contrario, más ajustada a la letra de la Ley 4/2000 y más acorde con el espíritu de la misma. Así, en las Directrices Generales 1/2000 por las que se dicta instrucciones provisionales sobre la extensión de la tarjeta sanitaria a extranjeros al amparo de la Ley 4/2000, incluye como colectivo afectado, en virtud del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, a los extranjeros sin permiso de residencia o de trabajo, empadronados en la Comunidad Autónoma del País Vasco, carentes de recursos económicos o sin protección social por cualquier otro título. Asimismo se exige con respecto a los extranjeros no empadronados, el mismo requisito de carencia de recursos, limitándose el contenido de las prestaciones a lo establecido en los artículos 12.2 y 12.4 de la Ley Orgánica 4/2000.

XII El proyecto del gobierno sobre modificación de la Ley Orgánica 4/2000

20 Lo que me parece más destacable de los artículos 10, 12 y 14 ha sido el consenso total, sobre el contenido de los mismos, alcanzado entre los grupos parlamentarios. De hecho, la Ley 4/2000 ha levantado polémicas realmente virulentas y se ha utilizado, entre las formaciones políticas, como arma arrojadiza. La demagogia en muchas manifestaciones, pro o contra, ha sustituido a la serenidad y a la cordura.

Y sin embargo, los debates en el Congreso y Senado sobre los artículos 10, 12 y 14 han sido positivos y enriquecedores. La

38. Ley Foral 2/2000 de 25 de mayo de modificación de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de salud, para extender la cobertura de asistencia sanitaria del sistema sanitario público de Navarra a todos los inmigrantes en la Comunidad Foral. Boletín Oficial de Navarra nº66 de 2000.

39. Decreto 26/2000 de 22 de febrero, del Gobierno valenciano, por el que se establece el derecho a la asistencia sanitaria a ciudadanos extranjeros en la Comunidad Valenciana y se crea la tarjeta solidaria.

confrontación en el ámbito de la Sanidad y de la Seguridad Social, a diferencia de otros campos, ha brillado por su ausencia. Baste un ejemplo. El nuevo proyecto de Ley Orgánica modificativa de la Ley 4/2000, que introduce cambios en el 80% del articulado, deja intacta la redacción de los artículos 12 y 14. De todos modos como la dicha no puede ser completa se ha insertado una pequeña alteración en el artículo 10, apartado 1[40] que parece limitar el acceso a la Seguridad Social a "los extranjeros autorizados a trabajar" olvidando que pueden existir extranjeros sin autorización para trabajar, o sin deseo de hacerlo, pero que sean residentes legales en territorio español y que, por tanto, puedan estar cubiertos por el sistema español de Seguridad Social. Como el fuego sobre este proyecto de reforma está muy avivado, mejor no extenderlo con mis comentarios.

XIII Derecho europeo comparado

21. El proceso de mestizaje de nuestra Seguridad Social se ha ultimado con la aprobación de la Ley 4/2000. Ha desaparecido en nuestro sistema de protección social la presunción, suspicacia y recelo contra el extranjero. Los versos "Vinieron los sarracenos / y nos molieron a palos / que Dios ayuda a los malos / cuando son más que los buenos /, han quedado, como parte del Romancero popular, grabados en la memoria histórica pero desactualizados y sin vigencia. En pocos años, el tratamiento de extranjero en nuestra Seguridad Social, ha pasado de ser furgón de cola a locomotora, colocándose nuestro país en los primeros lugares del ranking de ordenamientos de la Unión Europea. Y para ilustrar esta afirmación, nada mejor que planear por el Derecho de nuestros vecinos.

Todavía existen países en el área comunitaria, que no tienen reconocida la plena equiparación de derechos (en especial en relación con las prestaciones no contributivas) entre extranjeros y nacionales[41]. Otros Estados comunitarios, por el contrario, han proclamado, con distintas intensidades, dicha igualdad. Portugal, en la Ley 130/99 de 28 de agosto considera prácticas discriminatorias el rechazo o limitación de acceso por razón de nacionalidad a los cuidados de salud prestados en establecimientos públicos o privados. Dinamarca, no cuenta al respecto con una disposición expresa en materia de seguridad social o de asistencia pública. Sin embargo tampoco existe un tratamiento diferenciado en razón de nacionalidad, ya que las prestaciones sociales o de seguridad social están condicionadas por la residencia y no por las cotizaciones. Por tanto, toda persona con residencia legal en el país adquiere automáticamente los mismos derechos que los ciudadanos daneses. No obstante, en el pasado, se limitó el acceso a una prestación equivalente a nuestro "salario social" a los extranjeros con menos de 3 años de residencia en Dinamarca, restricción ésta que se ha superado a día de hoy. Holanda también condiciona los derechos en materia de protección social a la residencia legal. De todos modos atribuye algunos efectos a los extranjeros no residentes legales, en relación con las prestaciones contributivas, mientras estén autorizados provisionalmente a permanecer en territorio holandés hasta que se resuelva su solicitud de residencia, o en espera de su expulsión. No obstante, esa equiparación no juega totalmente en los niveles asistenciales cuando ya se haya decidido de manera definitiva sobre la solicitud de residencia o se haya ordenado la expulsión del extranjero. Alemania recoge en el artículo 120 de la Ley Federal sobre la Asistencia Social (BUNDESSOZIALHILFEGESETZ – BSHG -)[42] un tratamiento parcial de la protección asistencial al extranjero. A destacar la asistencia sanitaria para los no residentes, cuando sea necesario, por presentar el extranjero un cuadro crónico o por urgencia vital. Quizás lo que llama más la atención del ordenamiento alemán es que a los extranjeros no comunitarios o no incluidos en un Convenio bilateral, solamente se les exporta el 70% de su pensión, reducción ésta que no opera en relación con los alemanes. Italia diferencia, en relación con el sistema sanitario, entre nacionales y extranjeros que residen legalmente en Italia sin realizar actividad laboral. Estos últimos, si no están cubiertos por un Convenio o Instrumento internacional, deben abonar anualmente la cantidad de 413 euros para darse de alta en el servicio sanitario nacional.

---

0. Artículo 10, apartado 1. "Los extranjeros autorizados a trabajar tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, en los términos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen, así como al acceso al Sistema de Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente".

41. Véase asunto 39/1995/545/631 GAYGUSUZ contra AUSTRIA. Cour Européene des Droits de L´Homme. Recueil des Arretes et Décisions, 1996-IV, págs. 1129-1148. A este respecto, CRISTINA SÁNCHEZ RODAS "La tutela de las prestaciones sociales como derecho de propiedad: el Asunto GAYGUSUZ" Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo nº95 (1999).

Francia, a través de la Ley de 11 de mayo de 1998, extendió el beneficio de algunas prestaciones de carácter asistencial (Allocation spéciale de vieillesse, Secours Viager, Allocation aux mères de famille, Allocation supplémentaire), anteriormente monopolio de nacionales y ciudadanos comunitarios, a los extranjeros residentes legales. En cuanto a la Cobertura Médica Universal, establecida por Ley de 27 de julio de 1999, que abre derecho al seguro de enfermedad y maternidad a todas las personas que residan en Francia, al no pronunciarse sobre la necesidad de poseer un título de residencia válido, posibilita, de facto que no de iure, el acceso a los cuidados sanitarios de los residentes ilegales o sin papeles. En el Reino Unido no existen restricciones por nacionalidad o situación administrativa para los supuestos de urgencia. Los controles y filtros se hacen en las fronteras.

La innovación, por tanto, de la Ley 4/2000 en el campo del derecho comparado, es precisamente el reconocimiento expreso de derechos también a los extranjeros no residentes legales. Con ello se consigue, sobre otros países, un cuerpo de ventaja en la difícil carrera y adaptación del ordenamiento interno a una sociedad cambiante, heterogénea y multicultural.

XIII Conclusiones y algunas consideraciones de futuro

22. Probablemente en fecha próxima se modifique el artículo 7 de nuestra Ley de Seguridad Social para adecuarla a los nuevos mandatos de la Ley 4/2000 o mejor dicho, de su sustituta (pendiente a día de hoy, de debate y aprobación por las Cortes). Es muy posible que se utilice una "Ley saco", aprobada por el procedimiento de urgencia en los últimos días de diciembre, para la reforma del artículo 7 y que contendrá, me temo, numerosas imperfecciones y errores normativos conceptuales. A lo mejor me equivoco y se opta por la eliminación del apartado 5 del artículo 7 y por la sustitución en nº 3, de "todos los españoles residentes en territorio nacional" por "todos los residentes legales en territorio nacional". No obstante, y aunque sea simplemente como mera contribución, tres pequeños apuntes o sugerencias que a lo mejor sirven para el futuro redactor de la modificación:

a El apartado 1 del artículo 7 condiciona la percepción de las prestaciones de modalidad contributiva a la actividad laboral en territorio nacional. No debería olvidarse a los estudiantes extranjeros excluidos del seguro escolar[43], a los que no alcanzaría la protección del sistema por no realizar actividad laboral en territorio nacional. Por ello, y en congruencia con el apartado 1 del artículo 14, de la Ley Orgánica 4/2000, debería modificarse también el apartado 1 del artículo 7 de la Ley General de Seguridad Social para incluir a dichos colectivos.

b Al condicionar el acceso al sistema de Seguridad Social de los extranjeros a la residencia o a la estancia legal y a la actividad laboral en territorio nacional (apartado 1, artículo 7), podrían plantearse dudas en relación con trabajadores fronterizos (trabajan en España, residen en otro Estado), desplazados a nuestro país por períodos de corta duración (no residentes) o destacados a otros Estados (ni residen ni ejercen actividad laboral en España).

c Por último, pueden existir trabajadores extranjeros que prestan sus servicios en nuestras Embajadas y Consulados y que no están protegidos por la Seguridad Social del país del Estado receptor. La redacción actual del artículo 7 tampoco permite la sujeción de dichos trabajadores al sistema de Seguridad Social español.

23. Con la Ley 13/1996 y la Ley Orgánica 4/2000 se ha conseguido, igualmente, eliminar diferencias de trato entre los propios extranjeros. Bien es

42. Artículo 120. Asistencia social a extranjeros.

(1) Extranjeros que residan habitualmente en la República Federal de Alemania se les debe prestar asistencia social, en base a esta Ley, para los gastos de manutención, ayuda por enfermedad, ayuda por maternidad, ayuda para después del parto (seis semanas) y ayuda asistencial (como minusválido). Asimismo se debe conceder ayuda asistencial cuando en casos individuales esté justificado. Las disposiciones legales, según las cuales, además de las prestaciones del punto (1), pueden concederse o son concedidas otras ayudas se mantienen.

(2) Las personas con derecho a prestaciones según Art. 1 de la Ley de Prestaciones a solicitantes de Asilo, no perciben Ayuda Social.

(3) Extranjeros que se desplazan a la República Federal de Alemania para recibir la Asistencia Social, no tiene derecho alguno. Si se desplazan por el motivo de tratamiento o curar alguna enfermedad, se les prestará ayuda sanitaria solamente cuando sea necesario, por presentar un cuadro crónico o por estar en peligro su vida, siendo el tratamiento urgente y no se puede retrasar por tratarse de una enfermedad grave o contagiosa.

43. Los estudiantes de nacionalidad comunitaria están incluidos en el seguro escolar a través del reglamento CEE 307/1999 del Consejo de 8 de febrero que extiende el Reglamento CEE 1408/71 en materia de Seguridad Social a los Estudiantes.

verdad que subsisten todavía algunas motivadas no tanto por la normativa interna como por el Derecho internacional convencional (totalización de períodos para cumplir los períodos exigidos, equiparación de situaciones de hecho, etc.). Quizás las más importantes operen en relación con los trabajadores de nacionalidad comunitaria. Estos pueden computar los períodos de residencia de su Estado de origen para cubrir los requisitos exigidos por nuestra legislación para acceder a las pensiones no contributivas. Asimismo pueden disfrutar de dichas prestaciones aunque no estén en posesión de un título de residencia legal[44]. Sin embargo, estas disimilitudes son nimias y creo que no debe hacerse más hincapié ni profundizarse en las mismas.

24. Lo importante es que nuestro modelo de protección social ha sabido reaccionar al reto de la inmigración y de sus consecuencias. Si a veces, a lo largo de su evolución histórica, ha pecado de parálisis y estancamiento, ha compensado ampliamente (¿excesivamente?) estos errores y vacilaciones, demostrando valor, resolución y entereza. El proceso no se debe dar por terminado. Quizás haya que introducir correcciones a la alta o a la baja. No importa.

Parafraseando a Joan Manuel Serrat , probablemente en el futuro podremos decir de nuestra Seguridad Social lo que él cantaba de su tierra de adopción *"Mil leches tienen tus cenizas"* con lo cual estaríamos trasponiendo y aceptando nuestra propia Historia: *Íberos y romanos, / fenicios y godos: / moros y cristianos*[45]. Bienvenidos al siglo XXI. ●

44. Ver sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de marzo de 1998 recaída en el asunto María Martínez Sala C-85/96. Téngase en cuenta que el derecho de residencia para los nacionales comunitarios no está condicionado a la posesión de un permiso o autorización. El permiso de residencia es un mero título y no configura ni condiciona el propio derecho.

45. "Por las paredes". Joan Manuel Serrat. 1978.

BOLETÍN DE PEDIDO DE NÚMEROS ATRASADOS

Si está interesado en adquirir números atrasados de ***FORO*** *de la* ***SEGURIDAD SOCIAL,*** *diríjase al Apartado de Correos nº 4048 de Madrid*

DOCUMENTOS

Informe de la Ponencia especial para el estudio de la problemática del envejecimiento de la población española

Dentro de la Comisión de Sanidad y Asuntos Sociales del Senado, se acordó la constitución de una Ponencia especial en junio de 1996, cuyo trabajo ha dado como resultado la elaboración de un Informe publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el 26 de noviembre de 1999, informe que sigue metodológicamente los criterios del Plan Gerontológico Estatal 1992-1997.

En sus consideraciones generales se reconoce que el incremento del número de personas mayores, de más de 60 años, producido desde los últimos 3 decenios, tanto en España como en el resto de los países de la Unión Europea, se fundamenta en dos datos notorios: el descenso de la fecundidad y el aumento de la esperanza de vida para la población de más edad.

Este envejecimiento de la población española debe abordarse, por parte de los poderes públicos, con el objetivo de garantizar unas pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, que aseguren suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad y un sistema de servicios sociales que promuevan su bienestar y atiendan los problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio, tal como establece nuestra Constitución.

Asimismo, la actuación de los poderes públicos debe de estar inspirada en la necesidad de no separar a los mayores de su hogar y entorno habitual, situación que conlleva una importante repercusión en los costes económicos, personales, familiares y sociales.

Con estos planteamientos básicos, el informe aborda los ámbitos en los que se hace necesaria la elaboración de una política global: pensiones, asistencia sanitaria, servicios sociales, cultura y ocio, la participación político-social de las personas mayores y los distintos grados de dependencia económica y sanitaria de este sector. Las conclusiones ante la problemática del envejecimiento de la población española recorren cada uno de estos ámbitos, indicando las propuestas de actuación que debe tomar la Administración, en sus diferentes ámbitos, para hacer frente a las situaciones planteadas. En líneas generales, se incide en la realización de estudios de evaluación comportamentales y de situación de las personas mayores; en establecer compromisos entre Administraciones e interlocutores sociales para mejorar su calidad de vida y en la integración y coordinación de los servicios sanitarios y sociales, con el objeto de ofrecer un apoyo integral a los mayores.

El informe concluye con los votos particulares del Grupo Parlamentario Socialista, del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos y del Grupo Parlamentario Catalán de Convergència y Unió.

Población, actividad y paro en España en las últimas tres décadas y proyecciones hasta 2011

Este epígrafe se incluye en el documento: Report monográfico: Mercado de trabajo y consumo privado, publicado por"la Caixa" el pasado mes de marzo, dentro de su Índice de consumo: informe trimestral sobre el consumo privado en España. En él se establecen las proyecciones de población para los próximos años y se estudian los efectos del cambio demográfico sobre el mercado de trabajo.

La elaboración de la proyección poblacional hasta el año 2011 se ha establecido manteniendo las tasas de natalidad por edad y la de mortalidad por sexo y edad, iguales a las de 1997, por ser éstas las últimas cifras disponibles, en ambos casos. El re-

sultado contempla una reducción global de la población, que pasaría de los 39,5 millones en 2001 a los 39,2 en 2011. Por grupos de edad, los cambios más relevantes se reflejan en los más jóvenes, principalmente los menores de 16 años, que se reducen, y en el grupo de mayores de 70 años, que aumenta. La pirámide de población muestra claramente la tendencia a la reducción de la natalidad que se viene produciendo en nuestro país desde la década de los años setenta.

Respecto a la influencia de estos cambios en el mercado de trabajo, son dos los principales factores a considerar. En primer lugar, las modificaciones en los grupos de población potencialmente activos (entre 16 y 70 años), que se verán reducidos en un 1,8%, entre 2001 y 2011, siendo mayor la caída en el grupo de edad comprendido entre los 16 y 30 años y planteando problemas más graves a partir de la fecha final de referencia de la proyección. Y, en segundo lugar, el efecto negativo que arrojará el saldo final del mercado de trabajo, porque para el año 2011 las salidas de personas mayores de 64 años superarán en 42.027 a los jóvenes de 16 que se incorporen a la vida activa.

A estos factores demográficos hay que añadir los crecientes índices de ocupación femenina, como elemento de índole social, que influirá en la configuración del mercado de trabajo, tal y como ha venido sucediendo hasta ahora. Se estima que de los 6,5 millones de mujeres trabajadoras en 1999, se llegará a los 8 en el año 2011.

La reforma de las pensiones ante la revisión del Pacto de Toledo

Joé A. Herce, Javier Alonso Meseguer (FEDEA), con la colaboración de Juan Antonio Fernández Cordón (Instituto de Economía y Geografía del CSIC). Barcelona: Servicio de Estudios de "la Caixa", 2000

La finalización del período de vigencia de los Pactos de Toledo, marca el momento oportuno para realizar un balance de sus resultados y volver a plantear el futuro del sistema de pensiones en España.

El resultado de los acuerdos derivados del Pacto de Toledo no se corresponde, cuatro años después, con las perspectivas creadas. En primer lugar, no se han mantenido las pensiones al margen de las políticas partidistas. Por otro lado, las reformas acometidas han carecido de la entidad económica suficiente, para producir los efectos deseados a largo plazo, punto éste en el que el espectacular desarrollo del empleo, no manifestado en las predicciones de 1995, ha posibilitado crear el fondo de garantía previsto.

Respecto al futuro del sistema de pensiones, las reformas que se propongan deberán tener en cuenta la creciente insuficiencia financiera que se avecina, consecuencia de unas perspectivas demográficas desfavorables, aún cuando se den situaciones de pleno empleo y se multiplique el número de los trabajadores inmigrantes. Según las previsiones de los autores, hasta el año 2015 el sistema español de pensiones contributivas presentará superávit y acumulará un fondo de reserva que podría llegar al 3,7% del PIB. A partir de entonces, se generarán déficits sustantivos, que acabarían en el año 2022 con el fondo de reserva, y llegarían hasta el 6,15% del PIB en el 2050.

Basándose en los hechos analizados y en las previsiones expuestas, los autores abogan por la creación de un sistema mixto de pensiones compuesto por unas pensiones públicas de reparto y otras privadas de capitalización obligatoria. Los cotizantes repartirían sus aportaciones entre ambas partes, siendo la pensión total con la suma de cada una de ellas. La privatización de una parte del actual sistema de reparto aliviaría su tasa de rendimiento y resolvería los problemas que presenta actualmente de politización y territorialización

Se completa el trabajo con un estudio sobre el futuro de la población española..

Vida laboral y prejubilaciones
Informe del CES

El Pleno del Consejo Económico y Social, en su sesión del 21 de junio, aprobó el Informe nº 3 del 2000. En él se contemplan las distintas situaciones que suponen un acortamiento "por razón de edad" de la vida laboral, en España, y se valoran sus efectos sobre el mercado de trabajo, el sistema público de protección social, así como sobre la economía y la sociedad españolas.

El contenido descriptivo se estructura en cuatro grandes grupos. En primer lugar, el envejecimiento de la población en sus tres dimensiones: envejecimiento general, de la población activa y mayor longevidad. El siguiente capítulo se dedica al marco normativo legal y convencional que regula las prejubilaciones en España. En tercer lugar, se contemplan las expectativas de empleo, influidas por las nuevas pautas de organización del trabajo y el cambio tecnológico y, por último, se presentan experiencias y propuestas desarrolladas en los países de la Unión Europea y en Estados Unidos. En este punto, las tendencias actuales son las de flexibilizar la jubilación, incentivar el aplazamiento del cobro de la pensión y una combinación de ambas, realizando trabajos parciales y suscribiendo planes privados de jubilación.

Las conclusiones del Informe indican que no habrá variaciones en el volumen global de la población activa hasta el año 2020, aunque su distribución por edades y género está sufriendo modificaciones. Y, en cuanto al efecto de las prejubilaciones sobre la Seguridad Social, se concluye que el Sistema se ve compensado por el recorte de la prestación, al aplicar los coeficientes reductores sobre la base reguladora, siendo ésta la modalidad de prejubilación más numerosa.

El Consejo Económico y Social propone unas medidas que favorezcan el mantenimiento del empleo y faciliten la transición del trabajo a la jubilación de forma progresiva, con el objeto de garantizar la sostenibilidad futura del sistema de pensiones. Entre estas medidas se encuentran:

- Incentivar el empleo a los trabajadores de mayor edad, garantizando su acceso a la formación continua y cuidando su adaptación a los cambios del mercado de trabajo y a las nuevas tecnologías.

- Establecer una banda de edad de jubilación voluntaria para los trabajadores con largas carreras de cotización al sistema.

- Articular medidas para paliar la situación de los parados de larga duración respecto al recorte en sus cotizaciones.

- Fomentar la previsión social complementaria como instrumento adicional a las pensiones del Sistema.

Se completa el informe con un anexo en el que figuran los principales datos de las jubilaciones anticipadas, totales y parciales, en los países de la UE y en otros países.

ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

PENSIÓN DE ORFANDAD. ALCANCE DE LA APLICACIÓN TRANSITORIA DEL ART. 175.2. DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EN LA REDACCIÓN DADA POR LAS LEYES 24/1997, DE 15 DE JULIO Y 66/1997, de 30 DE DICIEMBRE, SOBRE DERECHO A PRESTACIONES DE ORFANDAD A FAVOR DEL HIJO QUE NO EFECTÚA UN TRABAJO LUCRATIVO POR CUENTA AJENA O PROPIA (O NO OBTIENE POR ELLO RENTAS SUPERIORES AL 75% DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL), Y TIENE CUMPLIDOS LOS 18 AÑOS DE EDAD EN LA FECHA DE ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 24/1997.

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL.

Sentencia de 12-5-1999. Recurso nº. 3717/1998.
Sentencia de 23-9-1999. Recurso nº. 5053/1998.
Sentencia de 14-4-2000. Recurso nº. 3583/1999.
Sentencia de 22-5-2000. Recurso nº. 3468/1999.
Sentencia de 5-6-2000. Recurso nº. 1314/1999.

Marco normativo

La recomendación nº. 12 del Pacto de Toledo, bajo la rúbrica *"Reforzamiento del principio de solidaridad"*, proponía favorecer el principio de solidaridad y de garantía de suficiencia, mediante la adopción, entre otras medidas, de la elevación de la edad máxima de permanencia en el percibo de las pensiones de orfandad.

En atención a esa recomendación, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, en su art. 10, modifica el art. 175 de la Ley General de la Seguridad Social. La principal modificación, aparte de la supresión, en el nº. 1 del artículo, de la trasnochada referencia a la determinación reglamentaria de las condiciones exigibles a los hijos adoptivos para tener derecho a pensión de orfandad, situándolos, en coherencia con la legislación civil, en pie de igualdad con los hijos biológicos, consistió en la introducción de un nuevo número 2 -el 2 anterior pasaría a ser nº. 3- que estableció que *"En los casos en que el hijo del causante no efectÚe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad siempre que, al fallecer el causante, sea menor de 21 años de edad, o de 23 años si no sobreviviera ninguno de los padres"*.

Esta redacción fue actualizada conforme al art. 46 de la Ley

66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, de forma que su versión actualmente vigente es la siguiente: *"En los casos en que el hijo del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad siempre que a la fecha del fallecimiento del causante, fuera menor de 21 años de edad, o de 23 años si no sobreviviera ninguno de los padres".*

La ubicación del art. 175 dentro del Título II de la Ley General de la Seguridad Social, referente al Régimen General, obligó a introducir en la disposición adicional octava la remisión a dicho nº. 2, del art. 175, de la normativa de los Regímenes Especiales, remisión que se mantiene en la redacción actual de esta disposición, además de la que se hace, en virtud de la disposición adicional decimotercera, tres, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, al párrafo segundo del apartado 1 del art. 175, en relación con la posibilidad de obtener pensión de orfandad desde la situación de no alta, introducido por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

Igualmente, la Ley 24/1997, de 15 de julio, introdujo un nº. 4 en la disposición adicional octava de la Ley General de la Seguridad Social, estableciendo que *"Las Disposiciones previstas en el art, 175 de esta Ley serán de aplicación a quienes en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social se encontrasen percibiendo la prestación de orfandad".*

Este número 4 de la disposición adicional octava, que por su naturaleza hubiera sido más apropiado situarlo en una disposición transitoria que en una adicional, contiene una norma de carácter intertemporal cuya interpretación ha sido objeto de las sentencias que se van a comentar.

Asimismo, la Ley 24/1997, incorporó la disposición transitoria sexta bis de la Ley General de la Seguridad Social conforme a la cual *"Los límites de edad determinantes de la condición de beneficiario de la pensión de orfandad, previstos en el nº. 2 del art. 175, serán aplicables a partir de 1 de enero de 1999.*

Hasta alcanzar dicha fecha, los indicados límites serán los siguientes:

a) Durante el año 1997, de diecinueve años, salvo en los supuestos de inexistencia de ambos padres, en cuyo caso dicho límite será de veinte años.

b) Durante el año 1998, de veinte años, salvo en los supuestos de inexistencia de ambos padres, en cuyo caso dicho límite será de veintiún años".

La Ley 24/1997, fue desarrollada por el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, y por lo que se refiere a la pensión de orfandad, y en lo que afecta a la problemática que estamos contemplando, son de tener especialmente en cuenta el art. 9 -con la redacción que le dio el Real Decreto 4/1998, de 8 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1998- y el nº. 2 de la disposición transitoria cuarta.

Supuesto de hecho

En las sentencias que vamos a comentar el supuesto de hecho viene dado por pensionistas de orfandad del sistema de la Seguridad Social, que cumplen los 18 años antes del 7 de agosto de 1997, fecha en que entró en vigor la Ley 24/1997, de 15 de julio.

Por ello, de acuerdo con la normativa vigente en el momento del cumplimiento de los 18 años, las pensiones de orfandad se habían extinguido.

Tras la entrada en vigor de la Ley 24/1997, los referidos pensionistas solicitan la reposición de la pensión extinguida en base a lo dispuesto en el art. 175.2 de la Ley General de la Seguridad Social en su nueva redacción dada por la Ley 24/1997, invocando la prolongación de la edad hasta la que se puede percibir la pensión de orfandad, si no se realizan trabajos lucrativos por cuenta propia o ajena.

La petición fue denegada en vía administrativa.

Análisis de las sentencias

Hasta la fecha se han pronunciado las siguientes sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictadas en Recursos de Casación para Unificación de Doctrina:

- Sentencia de 12-5-1999. Recurso nº. 3717/1998.

- Sentencia de 23-9-1999. Recurso nº. 5053/1998.

- Sentencia de 14-4-2000. Recurso nº. 3583/1999.

- Sentencia de 22-5-2000. Recurso nº. 3468/1999.

- Sentencia de 5-6-2000. Recurso nº. 1314/1999.

Aunque la tesis de todas las sentencias es la misma, para nuestro comentario puede ser interesante centrarse en la primera de ellas, la de 12 de mayo de 1999, y en la última de 5 de junio de 2000, pues así quedará mejor reflejado cómo ha ido reforzando el Tribunal Supremo los argumentos aducidos en la primeramente citada, para llegar a sus pronunciamientos.

La sentencia de 12 de mayo de 1999, enjuicia el caso de una pensionista de orfandad que solicitó la rehabilitación de su pensión el 19 de agosto de 1999.

En aquel momento aún no se había publicado el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre. Quizá por ello, la sentencia no lo menciona aún cuando evidentemente sí estaba en vigor cuando ésta fue pronunciada.

La sentencia utiliza como normativa de referencia el art. 175.2, la disposición adicional octava y la disposición transitoria sexta de la Ley General de la Seguridad Social.

Del relato de hechos de la sentencia se deduce que la pensionista, si se prescindiese del resto de los preceptos citados, cumple los requisitos del art. 175.2. Es decir, es menor de 21 años y no realiza trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena.

Ahora bien, la disposición transitoria sexta de la Ley aplaza, de una parte, la plena aplicacón de lo dispuesto en el nº. 2 del art. 175 hasta 1 de enero de 1999 y, de otra, lo gradualiza durante los años 1997 y 1998, posibilitando el acceso a la pensión de orfandad en dichos años a quienes no alcancen, respectivamente, los 19 y los 20 años (o 20 y 21, en caso de orfandad absoluta).

Combinando este precepto con el art. 175.2 tampoco parece que no haya obstáculo para la rehabilitación de la pensión solicitada.

Sin embargo, hay que tener en cuenta el tercer precepto citado, que es la disposición adicional octava nº. 4 de la Ley, que como se recordará dispone que lo previsto en el art. 175 de la Ley será de aplicación a quienes en la fecha de entrada en vigor de la Ley 24/1997 (5 de agosto) se encontrasen percibiendo la prestación de orfandad.

El Tribunal Supremo viene a decir que *"aunque por aplicación de la normativa vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/1997, la actora perdía su pensión de orfandad al cumplir los 18 años -recuérdese que los cumplía el 23 de junio de 1997-, los efectos de la nueva Ley ampliadora de los beneficios de orfandad le son aplicables si se tiene en cuenta y se armoniza el contenido de las disposiciones anteriormente citadas (adicional octava y transitoria sexta bis de la Ley)"* .

El Tribunal Supremo manifiesta que *"la primera no tendría sentido si no se aplicara el nuevo límite a las prestaciones de orfandad ya causadas antes del 5 de agosto de 1997, y la segunda instaura un régimen transitorio paulatino aplicable a los años 1997 y 1998, respectivamente de 19 y 20 años y, de 20 y 21 en el supuesto de inexistencia de ambos padres. La actora tiene 18 años en 1997 y 19 en 1998, con lo que está dentro de los límites señalados por la disposición adicional sexta mencionada que tampoco se entendería si sólo se aplicara a quienes teniendo 18 años en 1997, como la actora, los cumplieran, sin embargo, a partir del 5 de agosto de 1997"*.

A pesar de la afirmación del Tribunal Supremo, no deja de ofrecer ciertas dudas la interpretación que pudiera darse a la disposición adicional octava, desde la perspectiva de la posible voluntad del legislador. Y es que dicha disposición adicional puede entenderse en dos sentidos. Un primer sentido, que es el que parece que quiere recoger el Tribunal Supremo, sería que, como los nuevos límites de edad para tener derecho a pensión de orfandad se aplican a partir de 1-1-1999, si bien con una implantación gradual en 1997 y 1998 y la Ley 24/1997 entró en vigor el 5 de agosto de 1997, la nueva normativa, en virtud del principio de irretroactividad de las Leyes establecido en el art. 2.3 del Código Civil, sólo se aplicaría a hechos causantes producidos a partir del 5 de agosto de 1997, por lo que la finalidad y significación de la disposición adicional octava es la

de eliminar cualquier restricción por razón de la fecha del hecho causante, de manera que en cada momento lo definitorio tanto para el nacimiento como para el mantenimiento del derecho a la pensión de orfandad es el cumplimiento de los requisitos, entre ellos el del límite de edad, con independencia de cuándo se ha producido el fallecimiento del causante.

Dentro de esta postura hay que hacer una puntualización. ésta consiste en que en cinco de los casos enjuiciados por las sentencias el cumplimiento de los 18 años se produjo dentro del año 1997. Quiere ello decir que la generalización del criterio de las sentencias podría sólo alcanzar a supuestos similares. Es decir, la rehabilitación de la pensión de orfandad sería procedente cuando el pensionista haya cumplido los 18 ó 21 años entre el 1-1-1997 y el 4-7-1997, sin que alcanzase a quienes cumplieron dichas edades antes de 1-1-1997, a pesar de que al menos durante alguno de los meses comprendidos entre agosto y diciembre de 1997 acreditasen el requisito de no tener 19 ó 20 años respectivamente.

En este contexto puede ser significativo el siguiente párrafo del comentario efectuado por el prestigioso Magistrado José Mª. Marín Correa en relación con la sentencia de 12-5-1999, cuando afirma que *"la interpretación conjunta de todos estos preceptos conduce a entender que es durante todo el año, el período a contemplar para la aplicación de la novedad legislativa. Incluso para interpretar rectamente la restricción del número 4 de la disposición adicional octava. Porque la Ley entró en vigor en una determinada fecha del año 1997, fecha aleatoria que depende, como es sabido, de trámites burocráticos, a veces demorados por circunstancias que no deben condicionar la protección de social. Le Ley tiene voluntad de vigencia a lo largo de 1997, como se deduce de la disposición transitoria sexta bis, que no podría ser aplicada en función de establecer la fecha determinante de la extinción de la pension a los veinte años, si se exigiera ser beneficiario en agosto de 1997.*

Tal es el criterio que sigue la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencias de 24 de julio y de 30 de octubre de 1998, que restauran la pensión en favor de quien había cumplido los dieciocho años en el año 1997, antes de la vigencia de la nueva redacción de la Ley". (Actualidad Laboral nº. 34, de septiembre de 1999).

Hay que hacer la salvedad de que el comentario anterior se hace exclusivamente a la vista de la primera de las sentencias reseñadas.

Sin embargo, el supuesto de hecho de la sentencia de 22 de mayo de 2000 se refiere a una pensionista que cumplió los 18 años el 31 de diciembre de 1996, y como se trataba de huérfana absoluta, el Tribunal Supremo le concede la pensión porque durante el año 1997 no alcanzaba la edad de 20 años, límite en ese año cuando no existe ninguno de los padres.

Otra interpretación, que ha sido la inicialmente mantenida por la Entidad Gestora y corroborada por el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, es la siguiente:

> La Disposición Adicional Octava viene a dar a la nueva normativa una retroactividad de grado medio que extiende sus efectos a aquellas pensiones con hechos causantes anteriores al 5 de agosto de 1997 pero que estuviesen añn en vigor en dicha fecha. Por tanto, quedan excluidas de la aplicación de la Ley aquellas pensiones que conforme a la legislación vigente antes del 5 de agosto de 1997 habían quedado extinguidas, sin que proceda su rehabilitación posterior.

Ahora bien las posteriores sentencias ya citadas, dictadas sobre el mismo asunto, introducen nuevos argumentos que refuerzan la tesis mantenida en la primera de las sentencias comentadas y sacan de aquella tesis todas sus consecuencias.

Consideramos que, a estos efectos, sirve de recapitulación la sentencia de cinco de junio de 2000, a la que, como antes se indicó, nos vamos a referir especialmente.

Esta sentencia, se centra primero en la disposición transitoria sexta bis de la Ley General de la Seguridad Social, diciendo: *"El razonamiento que conduce a la solución adoptada debe partir de la interpretación gramatical de la disposición transitoria sexta bis de la Ley General de la Seguridad Social. Esta norma de derecho intertemporal, más oscura de lo que parece a simple vista,*

ordena que la prolongación del límite de edad a huérfanos que no hayan alcanzado los 21 años es de "aplicación paulatina", elevándolo, sin concretar fecha alguna, de 18 a 19 años "durante 1997".

La falta de concreción del día de cómputo de la edad de 19 años obliga a elegir entre dos posibles opciones interpretativas de la disposición transitoria en litigio, que son: a) o bien restringir el círculo de huérfanos a los que se prolonga la prestación de orfandad a los que hayan cumplido 18 años (o lo que es igual: no hayan alcanzado el límite excluyente de 19 años) en el curso de 1997, pero en fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 24/1997; y b) o bien determinar el alcance de los beneficiarios de dicha prolongación de la edad pensionable mediante la inclusión de todos los que, habiendo visto extinguido el derecho a pensión por el cumplimiento de la edad de 18 años antes de la referida fecha de entrada en vigor de la nueva Ley, no hubieran llegado en tal día al límite excluyente de los 19 años fijado en dicha Ley 24/1997.

De estas dos opciones interpretativas es la segunda la que mejor conjuga el enunciado de la disposición con la finalidad de la norma. La interpretación restrictiva reseñada en primer lugar introduce una limitación temporal en el derecho a la prestación que no encuentra apoyo en las palabras de la ley, y que parece romper la cadencia normal de elevación "paulatina" o progresiva del límite de edad -un año por cada año natural o fracción transcurridos hasta 1 de enero de 1999-. A ello debe añadirse que, en buena medida, la interpretación restrictiva convierte virtualmente en innecesario por superfluo el pasaje de la propia disposición transitoria sexta bis de la Ley General de la Seguridad Social cuya interpretación está en juego en este asunto, ya que en los supuestos en que el beneficiario haya cumplido los 18 años al final de 1997 la prolongación "transitoria" del límite de la edad pensionable le serviría de bien poco".

Asimismo, esta sentencia se refiere al Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, de desarrollo de la Ley 24/1997, que en su disposición transitoria cuarta nº. 2 establece, de una parte, que *"si el hecho causante de la pensión de orfandad es anterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social:*

a) El derecho a la pensión no se extinguirá al cumplimiento de los dieciocho años de edad, si éste tiene lugar con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley, salvo que se trate de personas incapacitadas para todo trabajo.

b) El derecho a la pensión no se extinguirá al cumplimiento de los dieciocho años de edad, si éste tiene lugar con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el apartado siguiente".

De otra, el citado Real Decreto, remacha lo anterior disponiendo que *"Una vez extinguido el derecho a la pensión por el cumplimiento de la edad límite fijada en los párrafos anteriores de este apartado, no procederá un nuevo reconocimiento de la prestación por el mismo hecho causante".*

Pues bien, el Tribunal Supremo razona al respecto diciendo que *"No es obstáculo a la conclusión anterior el que la disposición reglamentaria de ejecución de la Ley 24/1997, contenida en el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, haya adoptado la solución contraria a la indicada, considerando extinguido de manera definitiva el derecho a la pensión de orfandad de los que, no alcanzando la edad de exclusión de la misma durante 1997, cumplieron dieciocho años antes de la entrada en vigor de la nueva ley (disposición transitoria cuarta). El desarrollo interpretativo por medio de reglamento no puede servir de ayuda en la presente cuestión por no ajustarse al principio de jerarquía normativa".*

En segundo lugar, el Tribunal Supremo da un razonamiento, hasta cierto punto sorprendente, pues considera que la disposición adicional octava de la Ley General de la Seguridad Social, sí viene a limitar en el ámbito de los Regímenes Especiales la aplicación de la prolongación de la edad pensionable a quienes cumplan los 18 años después de la entrada en vigor de la Ley 24/1997, pero no afecta a los beneficiarios del Régimen General.

Dice el Tribunal Supremo sobre este punto *"Todavía existe una razón más en favor de la solución adoptada, apuntada en nuestra precedente sentencia de unificación de doctrina de 12 de mayo de 1999, y que nos proponemos desarrollar ahora. Este argumento se apoya en la norma*

contenida en la nueva disposición adicional octava de la Ley General de la Seguridad Social, la cual ha sido introducida también en el ordenamiento de la Seguridad Social por medio de la Ley 24/1997. De acuerdo con esta disposición adicional sobre normas de desarrollo y aplicación a Regímenes Especiales, las previsiones del art. 175 de la Ley General de la Seguridad Social en su nueva redacción "serán de aplicación a quienes en la fecha de entrada en vigor de la Ley de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social se encontrasen percibiendo la prestación de orfandad". Interpretada "a contrario sensu", esta norma para los Regímenes Especiales, que sí viene a restringir en el ámbito de los mismos la aplicación de la prolongación de la edad pensionable a quienes cumplan los 18 años después de la entrada en vigor de la Ley 24/1997, limita su alcance a los beneficiarios de dichos Regímenes Especiales, sin afectar a los beneficiarios del Régimen General. Ciertamente no tendría sentido una disposición para los Regímenes Especiales que viniese a reiterar el mandato expreso de vigencia transitoria establecido para el Régimen General; y a este resultado se llegaría si se atribuyera a la disposición transitoria sexta bis el significado restrictivo que pretende la entidad gestora".

Finalmente, el Tribunal Supremo utiliza argumentos metajurídicos extraídos de la propia exposición de motivos de la Ley 24/1997, combinándolos con otros jurídicos obtenidos de las propias precisiones que el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre -al que en algunas de sus partes lo tacha de ir en contra de la jerarquía normativa, como acabamos de ver-, contiene respecto a la dinámica del derecho a la pensión de orfandad, cuando se suceden períodos de trabajos por cuenta propia o ajena y percepción por parte del beneficiario de ingresos superiores al 75% del salario mínimo interprofesional con otros en que no se da dicha circunstancia.

Así, dice la sentencia: *"Debe tenerse en cuenta, además, que la finalidad de la norma de prolongación de la edad pensionable de orfandad es, como apunta la exposición de motivos de la propia Ley 24/1997, la respuesta al notorio fenómeno social de la prolongación de la "formación académica o profesional", de los jóvenes y de la consiguiente permanencia dilatada de los mismos a cargo de la familia. Esta respuesta legislativa se ha producido entre nosotros con evidente retraso, y de ahí que no convenga demorar la puesta en práctica efectiva de la nueva norma más allá de lo que indica la letra de la ley, mediante la introducción artificial de una limitación de vigencia dentro del año 1997 que no está expresamente prevista en la misma. Se trata, en definitiva de que los huérfanos menores de 19 años durante 1997 que carecieron de rentas de trabajo suficientes puedan recuperar la condición de pensionistas de orfandad, al igual que podrán hacerlo en virtud de la nueva legislación, los hu_rfanos en edad pensionable que dejen de prestar trabajo remunerado con rendimiento superior al 75% del salario mínimo interprofesional (art. 9.2. del Real Decreto 1647/1997)".*

Tras todas estas argumentaciones, el Tribunal Supremo falla en las cinco sentencias de referencia condenando a la Entidad Gestora a rehabilitar las pensiones de orfandad que habían venido disfrutando los beneficiarios hasta la fecha en que habían sido extinguidas de acuerdo con la legislación vigente antes del 5 de agosto de 1997. ●

INTERNACIONAL

ALEMANIA

Continúa el debate sobre la reforma de las pensiones. Las modoficaciones propuestas se centran en la reducción progresiva del nivel de previsión del seguro obligatorio, actualmente del 70%, hasta un 64%, y cubrir el resto con planes privados de vejez, de carácter voluntario, cuyas aportaciones serían gravadas impositivamente. Las críticas a esta modificación han surgido de todos los frentes y se solicita la exención fiscal para los planes de previsión privados así como se desaprueba su carácter voluntario, ya que la reducción de la pensión obligatoria forzaría a la creación de compensaciones sociales para los trabajadores con ingresos más bajos. La respuesta del ministro alemán de Hacienda, en el caso de aprobarse la exención tributaria, es la de compensar la pérdida recaudatoria aumentando el impuesto sobre el valor añadido.El consenso en materia de pensiones se encuentra pendiente de la sentencia del Tribunal Constitucional, sobre la legalidad de la imposición fiscal a estas prestaciones, que no aparecerá hasta el año 2001.

PAÍSES BAJOS

Según los datos publicados por el Banco de los Seguros Sociales holandés(SVB), en el año 1999 se produjo un aumento en los casos de fraude de las pensiones de supervivencia, que pasaron de 123 a 199. El origen de este aumento se debe a la reforma de la ley y al tipo de convivencia (pareja o no) del asegurado, para el cálculo de la pensión.

ITALIA

El Ministro de Trabajo ha presentado el informe sobre el sistema obligatorio de pensiones, redactado por el "Núcleo de valoración del gasto de previsión". Según este informe, en 1999 se produjo un aumento del 5,4%, respecto al año anterior, ascendiendo el total del gasto por pensiones a 155.900 millones de euros. Aunque este importe ha supuesto un incremento del 0,4% en relación con el PIB, llegando hasta el 14,2 del Producto Interior Bruto, se prevé una reducción paulatina para conseguir el 13,8% en el año 2004.

PORTUGAL

El nuevo Instituto de Gestión de Fondos de Capitalización de la Seguridad Social, tendrá entre sus competencias la actualización de las pensiones de invalidez, resultantes de accidentes de trabajo, que hasta ahora se encontraban gestionadas por el sector asegurador. Asimismo se prevé que asuma el control de un nuevo fondo, en régimen de capitalización, que ascenderá hasta el 4% de las cotizaciones, siguiendo la propuesta de la Ley de Bases de la Seguridad Social.

REINO UNIDO

Se ha iniciado una campaña para reducir el fraude en las prestaciones de la Seguridad Social, al frente de la cual se encuentra el Ministro de Economía. El objetivo es el de reducir el fraude en un 25%, en los próximos tres años, gracias a lo cual se obtendría un recorte en el gasto por prestaciones, cercano a los mil millones de libras anuales. Entre las medidas que se proponen adoptar, se encuentra la investigación de las cuentas corrientes, fondos de pensiones e incluso las facturas de teléfono, gas y electricidad de aquellos ciudadanos sobre los que se tengan fundadas sospechas de que están cometiendo fraude.

BÉLGICA

El Gobierno ha iniciado una reforma del estatus social de los trabajadores autónomos, con el estudio de un paquete de medidas que afectan a la asistencia sanitaria, las pensiones, las prestaciones familiares y

el seguro en caso de quiebra. En este sentido, se ha propuesto la concesión de una prima de revalorización a los beneficiarios de una pensión de autónomos desde antes del 1 de enero de 1991 y aumentar en 600 FB la prestación familiar de base por el primer hijo o hijo único. El objetivo de esta reforma es el de realizar un acercamiento entre los regímenes de la Seguridad Social de autónomos y asalariados y poner fin a las discriminaciones que sufren los trabajadores por cuenta propia.

NICARAGUA

El nuevo sistema de pensiones, administrado por el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS), se basa en la capitalización individual y en la creación de Administradoras de Fondos de Pensiones. Con ello se pretenden corregir los problemas de financiación de estas prestaciones y asegurar que cada trabajador obtenga una pensión fruto de su esfuerzo de ahorro durante la vida de trabajo.

MARRUECOS

Según un estudio realizado por el Ministerio de Economía y Finanzas, el año 2014 será el límite par reformar el actual sistema de cobertura social, pues la proporción entre cotizantes en activo y pensionistas no permitirá mantener el equilibrio financiero. Esta observación afecta a los distintos sistemas públicos de protección marroquí, tanto para funcionarios como trabajadores del sector privado, debido sobre todo a la evolución demográfica. Conseguir el equilibrio implica una reforma profunda que no puede ser solucionada con un incremento de las cotizaciones.

SUIZA

La Asociación Suiza de Inválidos ha acogido positivamente el proyecto de reforma del seguro de invalidez, cuyo objetivo es el de englobar las diversas prestaciones existentes (indemnizaciones por gran invalidez, por atención de menores inválidos y subvenciones por asistencia) en una única, la llamada indemnización por asistencia, con cuantías oscilantes entre los 400 y los 1.600 francos. A ella tendrían derecho los inválidos que se queden en su hogar, tanto los adultos como los menores y las personas con trastornos mentales leves. El fin último de este proyecto es el de fomentar la vida autonoma del inválido.

AUSTRIA

Continúan las negociaciones en el seno de la Confederación Austríaca de Sindicatos para alcanzar un acuerdo sobre pensiones. Por parte del Gobierno existe el deseo de mantener un clima de consenso con los agentes sociales, pero se ha manifestado la necesidad de equiparar a todos los sectores y acabar con las pretensiones de algunos, como los empleados del ferrocarril, que demandan la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada a los 53 años, mientras que en otros grupos esta edad se encuentra entre los 60 y los 65.

CANADÁ

Un informe del Subcomité del Senado recomienda tomar medidas para pagar prestaciones similares a las de maternidad, a aquellas personas que solicitan permisos con el objeto de cuidar enfermos terminales. Su propuesta es la de establecer prestaciones del 55% del salario durante 26 semanas, dentro de un plan a cinco años, con revisiones anuales, en el que colaboren las provincias y territorios. Con ello pretenden que el Gobierno considere este problema como una máxima prioridad dentro de la reestructuración del Sistema de Salud y ofrecer una ayuda a las familias, sobre las que recaen los costes y las cargas del cuidado de este tipo de pacientes.

PACTO DE TOLEDO: UN ACUERDO POLÍTICO, UN ACUERDO SOCIAL

EN ESTOS DOS ÁMBITOS DE NEGOCIACIÓN: EL POLÍTICO Y EL SOCIAL DESEA EL SECRETARIO DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, GERARDO CAMPS, QUE SE DESARROLLEN LAS CONVERSACIONES QUE DEBERÁN CONDUCIR A UN ACUERDO SOBRE LA RENOVACIÓN DEL PACTO DE TOLEDO, CON EL OBJETIVO DE GARANTIZAR LA VIABILIDAD FUTURA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MEJORAR EL NIVEL DE BIENESTAR, BUSCANDO SIEMPRE UN EQUILIBRIO ENTRE LA EFICIENCIA, LA EQUIDAD Y LA SOLIDARIDAD.

Para el Secretario de Estado el marco del diálogo político debe ser la Comisión no permanente del Pacto de Toledo, constituida el pasado mes de junio en el Parlamento bajo la presidencia del diputado popular, Fernando Fernández de Trocóniz. El diálogo político deberá servir, según Gerardo Camps, para profundizar en las recomendaciones del Pacto de Toledo a fin de posibilitar la consolidación del sistema de pensiones al tiempo que reafirmar, de conformidad con los principios que inspiran la Constitución, la competencia plena del Estado en materia de pensiones, en orden a evitar cualquier tipo de discriminación entre los españoles que pudiera originarse por su lugar de residencia.

Pero el diálogo no puede limitarse al ámbito político, según el máximo responsable de la Seguridad Social, ya que esta incide en el conjunto de la sociedad y es soportada básicamente por las cotizaciones que aportan empresarios y trabajadores por lo que es conveniente entrelazar los diálogos político y social

Tres retos

A punto de empezar ya este otoño los trabajos de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo y las reuniones del diálogo social, el Secretario de Estado de la Seguridad Social ha precisado los tres retos a resolver en el marco del Pacto de Toledo: la culminación de la separación de las fuentes de financiación de la Seguridad Social, el impacto futuro que tendrá el progresivo envejecimiento de la población y el actual papel de la mujer en el mundo laboral.

Sobre este último punto, Gerardo Camps, ha introducido como reflexión el hecho de que la creciente incorporación de la mujer al mercado laboral está modificando el volumen y distribución de rentas de los matrimonios: "la pensión de jubilación femenina será un hecho generalizado en unos años y ello nos debe llevar a realizar una reflexión sobre lo que debe ser el futuro de la pensión de viudedad y orfandad".

Aunque no ha desvelado de que forma podrían modificarse dichas pensiones, de sus declaraciones se desprende que las medidas a abordar serían la disminución de la pensión de viudedad en las mujeres que tengan rentas propias o el establecimiento de un régimen de incompatibilidades para cobrarlas, si se cuenta con otros ingresos.

Debido a lo polémico de esta medida, el Secretario de Estado ya ha advertido que "no habrá recorte en los derechos adquiridos por los actuales beneficiarios y la reforma no se hará sin que sea abordada en el Pacto de Toledo. Los agentes sociales, en especial los sindicatos, ya han manifestado su disposición a revisar las futuras pensiones de viudas con empleo porque consideran que "las pensiones deben ser una garantía de renta y no un

incremento de la renta" y han abogado por la redistribución, de forma que el dinero que se ahorre la Seguridad Social cuando se apliquen estas incompatibilidades se destine a incrementar las pensiones de viudedad más bajas y que suponen la única renta del viudo o la viuda.

No son de igual opinión los colectivos de viudas que, a través de la Confederación de Federaciones y Asociaciones de Viudas, han manifestado su malestar por el anuncio del Gobierno. "Estas medidas supondrían un grave problema para un colectivo que continúa sufriendo dificultades económicas y diversas situaciones de desprotección que les impide hacer frente a su situación específica".

Envejecimiento

Sobre los efectos de la mayor esperanza de vida, el Secretario de Estado de la Seguridad Social es consciente de que las medidas que se adopten ahora tienen que mirar forzosamente hacia el futuro con el fin de garantizar la sostenibilidad del Sistema. Entre las propuestas que ha lanzado Gerardo Camps para discutir en el marco del diálogo político y social está la de arbitrar medidas para permitir la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de los 65 años, fórmula legal ya reconocida pero no utilizada.

Esta cuestión parece preocupar especialmente al Secretario de Estado que ha llegado a afirmar que "en este país hace falta que la gente retrase la jubilación". Sin embargo, no es esta una cuestión que afecte solamente a España. En el entorno de los países de la Unión Europea existe igualmente y a tal fin se ha constituido el "Comité Permanente de Protección Social", que tiene como objetivo diseñar las próximas actuaciones comunitarias para definir un modelo que garantice el pago de las pensiones del futuro.

Donde si se ha manifestado Gerardo Camps especialmente claro y contundente ha sido al pronunciarse sobre las prejubilaciones, que es otra de las cuestiones a debatir en el marco del Pacto de Toledo: "resulta una gran injusticia social que se expulse del mercado laboral, utilizando recursos públicos que provienen de las aportaciones de empresarios y trabajadores, a personas perfectamente válidas, tanto para seguir prestando un servicio útil a la sociedad, como para asumir las tareas que exigen las nuevas tecnologías"

Separación de fuentes

Para consolidar la actual situación de saneamiento con que cuenta en la actualidad la Seguridad Social, según los datos que maneja la Secretaría de Estado, su responsable ha propuesto culminar la separación de las fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social, abordando el gran tema pendiente, que es la ubicación presupuestaria de la partida que se dedica a los complementos de mínimos, un gasto que cada año supera los 600.000 millones de pesetas y que en la actualidad se financia con cotizaciones. Para el responsable de la Seguridad Social está claro que el mandato de la ley es que esa prestación debe tener naturaleza no contributiva y por tanto debe financiarse a costa de los impuestos generales, en un proceso acometido "desde el diálogo y desde la gradualidad", puesto que no parece prudente cargar a los presupuestos una partida tan abultada de golpe y sin un consenso previo entre las fuerzas políticas. En este sentido no le será difícil al Grupo Popular conseguir apoyos, puesto que el portavoz de la comisión del Pacto de Toledo del primer partido de la oposición, el socialista, José Antonio Griñán, se ha manifestado a favor de ese planteamiento.

Discriminación positiva

Por último, otra línea de trabajo para profundizar en el marco del Pacto de Toledo avanzada por el Secretario de Estado es la del reforzamiento del principio de solidaridad. Aunque ya se ha avanzado mucho en este terreno "hace falta dar un paso más y asumir con ambición el reto que supone la implantación de un sistema de Seguridad Social que sea plenamente solidario con los colectivos menos protegidos, y todo ello sin perder el carácter solidario, pero sin olvidar potenciar los elementos de contributividad y equidad en el sistema de pensiones".

En este sentido, Gerardo Camps, ha aludido a la necesidad de "discriminar positivamente a las personas que más tiempo y con más intensidad han cotizado. O dicho en otros términos, debemos invitar a la cotización, a lograr que se produzca en el cotizante la sensación de que las aportaciones que efectúa a lo largo de su vida laboral van a tener un reflejo cierto en la posterior pensión, evitando aquellas fórmulas que puedan conducir a un desánimo o a una disuasión respecto de la cotización"

Adaptarse a la realidad

Pero con ser importante afrontar estos retos, para el Secretario de Estado de la Seguridad Social no lo es menos afrontar el de la revolución tecnológica: "es necesario que la Seguridad Social cambie al unísono con la sociedad, que no reaccione tardíamente, ya que los cambios graduales de adaptación son siempre mejores que los bruscos cambios sin rumbo, evitando que la Seguridad Social pueda afectar negativamente a la competitividad de las empresas y a la creación y mantenimiento del empleo, factores básicos para garantizar la eficacia y la pervivencia de cualquier sistema protector. Y es que la Seguridad Social nunca debe constituir un lastre para la sociedad sino ser uno de los motores de la misma"

Concha HERNÁNDEZ CARAZO

Editada por TASS

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA "FORO DE LA SEGURIDAD SOCIAL"

EL EX DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), FRANCISCO GÓMEZ FERREIRO, ACTUAL DIRECTOR GENERAL DE LA TESORERÍA, PRESENTÓ EL PASADO 25 DE ABRIL, EL PRIMER NÚMERO DE LA REVISTA **"FORO DE SEGURIDAD SOCIAL"**, QUE EDITA LA ASOCIACIÓN PROFESIONAL DEL CUERPO SUPERIOR DE TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. EL OBJETIVO DE LA PUBLICACIÓN ES FACILITAR LA PARTICIPACIÓN DE ESTE COLECTIVO EN EL DEBATE PÚBLICO QUE SE HA ABIERTO EN EL SENO DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA EN TORNO AL FUTURO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, YA QUE ES ESENCIAL PARA EL MISMO LA APORTACIÓN QUE PUEDEN HACER LOS ESPECIALISTAS, ES DECIR, AQUELLOS QUE CONOCEN CON DETALLE LOS PROBLEMAS ORGANIZATIVOS Y OPERATIVOS DE NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y PUEDEN APORTAR SOLUCIONES ALTERNATIVAS, INCLUIDAS LAS DE LA CONEXIÓN EFICAZ ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA GESTORA Y SUS COLABORADORAS PRIVADAS.

El acto de presentación tuvo lugar en la sede del Instituto Nacional de la Seguridad Social y contó con la presencia de casi un centenar de personas, en su mayoría miembros del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social. Entre los asistentes se encontraban también varios subdirectores generales, pertenecientes tanto a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social como del Ministerio de Trabajo.

Intervención de Bernardo Gonzalo, Director de "Foro de Seguridad Social"

En el transcurso del acto el primer ponente en tomar la palabra fue el Director de la Revista "**Foro de Seguridad Social**", Bernardo Gonzalo, quien también es profesor de la Universidad Autónoma de Madrid y Técnico de la Administración de la Seguridad Social. En primer lugar agradeció la hospitalidad del entonces Director General del INSS, Francisco Gómez Ferreiro, quien en la actualidad es el máximo responsable de la Tesorería de la Seguridad Social, así como su presencia y la del profesor Luis Enrique de la Villa y la del resto de los asistentes. El profesor Gonzalo explicó los tres motivos que la Administración de la Seguridad Social, y en particular sus funcionarios especialistas, tienen para intervenir con voz propia el debate público que se sigue en España acerca de la reforma de las instituciones protectoras.

El primero de estos motivos es la desatención o el olvido de las instituciones organizativas y de gestión por parte de los protagonistas principales de ese debate. En opinión de Bernardo Gonzalo, tan sólo el Pacto de Toledo se ha ocupado de esas cuestiones, aunque de forma ambigua y superficial. Y con tan poca convicción que sus dos recomendaciones sobre estructura organizativa del sistema y sobre reordenación institucional y funcional de su Administración permanecen incumplidas.

"*Esa indiferencia* - señaló el profesor Gonzalo - *es el mejor pretexto para quienes, desde posiciones interesadas, reclaman la restitución al mercado de la tarea de administrar la Seguridad Social y la privatización de los servicios*

asistenciales (pensiones, salud, de prevención de riesgos laborales). De hecho, estamos ya en presencia de medidas de transferencia de responsabilidades protectoras desde el sector público al sector privado, incluso de intención lucrativa".

Para el director de la nueva publicación "alguien debía asumir la defensa de la gestión pública de la Seguridad Social y de su estructura organizativa y solidaria unitarias. Pues bien, esa va a ser decididamente la línea editorial de **"Foro de Seguridad Social"** sin perjuicio de dar cobertura en sus páginas a tesis contrarias de autor o de firma tal y como se hace en este primer número con el tema caliente de las "fundaciones sanitarias".

Otro segundo motivo por el que se justifica la salida de la revista es el divorcio existente entre la política legislativa y la política de gestión en materia de Seguridad Social. En opinión de Bernardo Gonzalo *"la tarea de hacer las leyes de Seguridad Social se desentiende de la tara de aplicar esas mismas leyes. Esa desatención dificulta gravemente la función gestora que cumplen el INSS, el ISM, el IMSERSO, el INSALUD y la Tesorería General de la Seguridad Social".* "Foro de Seguridad Social" se propone denunciar sistemáticamente ese divorcio entre la decisión normativa y sus posibilidades de acción o aplicativas.

Bernardo Gonzalo, Director de "Foro de la Seguridad Social".

Finalmente, el tercer motivo editorial de esta publicación es *"la necesidad de denunciar y poner remedio a las severas limitaciones reglamentarias que condicionan -a veces lo anulan- el ejercicio autónomo de la función gestora que las leyes conceden a su Administración especializada hasta el punto de convertir a sus entidades gestoras, el INSS, el ISM, la Tesorería en administraciones cautivas, cuya autonomía está fuertemente condicionada desde el exterior"*

Así pues, **"Foro de Seguridad Social"** además de ocuparse crítica y lealmente de los problemas enunciados va a ser, según su Director, *"un servicio más a los funcionarios técnicos y de su Asociación a los necesitados sociales,*

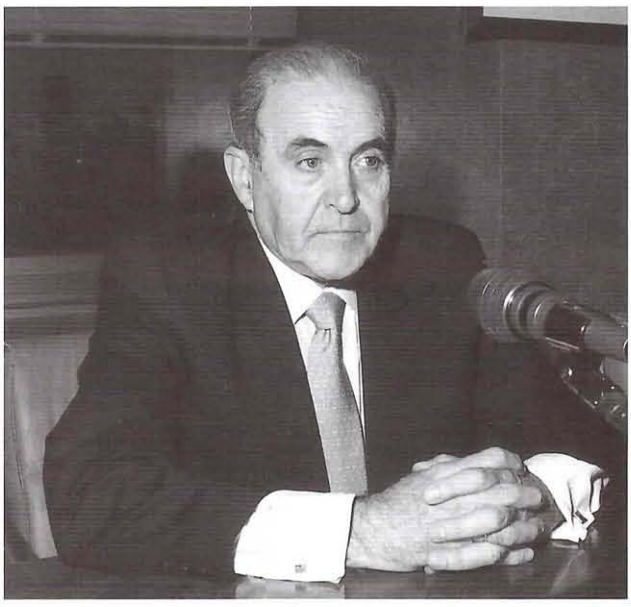
porque, sin duda, la eficacia de cualquier servicio público asistencial depende de la calidad y la índole de la administración que lo gestiona".

De la Villa: *"Un rotundo acierto"*

Intervino a continuación Luis Enrique de la Villa, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social de la Universidad Autónoma de Madrid y miembro del Consejo Editorial de **"Foro de Seguridad Social".** En primer lugar se refirió a la decisiva influencia que el personal dedicado a su gestión ha tenido en el propio desarrollo de la Seguridad Social a lo largo de los cien años que acaba de cumplir. En este sentido destacó que *"son grandes gestores de la Administración de la Seguridad Social los creadores de esta revista, que es el empeño más ambicioso en la gestión de la Seguridad Social en materia de publicaciones muy por encima de otras publicaciones semejantes"*

"Esta revista -continuó- *es la única que como tal se publica en España, puesto que la que edita el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales está dentro de un conjunto en el que existen otros contenidos".*

Francisco Gómez Ferreiro, Director General de la Tesorería.



El catedrático Luis Enrique de la Villa, consejero de la revista.

Desde el punto de vista del profesor de la Villa las tres partes en que se estructura la nueva publicación: Análisis, Debate e Información son ejemplares, ya que considera que son los tres soportes de cualquier técnica o de cualquier ciencia. *"Me parece un rotundo acierto y no es usual en este tipo de revistas especializadas tener esta estructura".*

Elogió también el ponente la abierta línea editorial que mantendrá la publicación porque *"si hay algo incompatible con la Seguridad Social es el dogma o la verdad absoluta"*

Como ya es habitual en los parlamentos del profesor de la Villa introducir metáforas literarias, también lo hizo en esta ocasión, afirmando que *"como en la poesía lo importante no es ser algo sino encontrar un modo de estar".* Para que esta revista lo encuentre es imprescindible *"perder el miedo tanto a las dificultades de comprometerse como a las jerarquías de poca cintura y sobre todo perder el miedo al miedo".* Si esto se consigue, en opinión del profesor de la Villa **"Foro de Seguridad Social"** será una gran revista, que es su gran reto y conseguirá marcar un estilo desde principios del siglo XXI no solo a juicio de los que la hacen sino de los que la utilizan.

Tras insistir en que la nueva revista debe convertirse también en una publicación electrónica acorde con los tiempos que vivimos sin perder su realización tradicional y artesana, de la Villa terminó su intervención aplicando a la actualidad las palabras del escritor Edmundo D'Ory que definió el arte como *"la manifestación de la realidad del hombre"* y dijo que *"la Seguridad Social es la manifestación de la realidad de los problemas del hombre y en este sentido la revista "Foro de Seguridad Social" debe servir incondicionalmente a esa realidad".*

Francisco Gómez Ferreiro: *"Bienvenido el debate y la Revista"*

Francisco Gómez Ferreiro, ex Director General del INSS y actual Director General de la Tesorería de la Seguridad Social, felicitó la iniciativa de crear un órgano de expresión que no existía, *"ya que como Director General de este organismo y como Letrado de la Seguridad Social echaba en falta un medio de información realizado por los propios técnicos de la Seguridad Social".* Y señaló que si bien es cierto que en el ámbito del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales existe una revista dedicada al Trabajo y la Seguridad Social, realizada por técnicos, catedráticos y letrados, *"no trasciende su contenido más que a los especialistas y este va a ser el gran reto de esta nueva publicación que han de llegar sus mensajes a los 15 millones de afiliados que tiene la Seguridad Social, en definitiva a la sociedad. Por ello doy la bienvenida al debate y a la revista "Foro de la Seguridad Social"*

C. H. C.

CON EL FIN DE AMPLIAR LA OFERTA INFORMATIVA DE "FORO DE SEGURIDAD SOCIAL" INCLUIMOS EN ESTE NÚMERO LA SECCIÓN "LEIDO EN.." EN LA QUE SE RECOGE UN RESUMEN DE ALGUNOS ARTÍCULOS APARECIDOS EN LA PRENSA NACIONAL QUE TIENEN COMO TEMA CUESTIONES RELACIONADAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL. LOS ARTÍCULOS COMPLETOS SE ENCUENTRAN A DISPOSICIÓN DE LOS INTERESADOS EN LA PÁGINA WEB DE LA ASOCIACIÓN PROFESIONAL DEL CUERPO SUPERIOR DE TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL : **www.atass.org**

► "La Opinión Pública española y el sistema de pensiones", Juan Carlos Rodríguez. "Expansión", 13 de mayo de 2000

El autor de este artículo analiza los resultados principales de una encuesta sobre pensiones y desempleo realizada a mil españoles de 16 a 80 años en febrero de 2000. La primera conclusión que saca es el notable desconocimiento que sobre el sistema de pensiones, sus presupuestos, su futuro y sus posibles reformas tiene la opinión pública. Según J.C. Rodríguez, este desconocimiento dificulta la incorporación de los ciudadanos al debate público sobre el futuro de las pensiones.

Lo que si ha detectado el autor de este artículo en los datos de la muestra es que una mayoría de los encuestados ocupados estaría dispuesto a un cambio que va claramente en la línea de sustituir el sistema de reparto por uno de capitalización o bien un sistema mixto de ambos. No en vano el 35% de este sector de encuestados tiene un fondo de pensiones, porcentaje elevado si se tiene en cuenta que en otra consulta, realizada en 1996, este era del 21%.

► "En el centenario de la Seguridad Social: desde dentro", Nicolás Martínez Pérez Mendaña. "Expansión" 16 de mayo de 2000.

Nicolás Martínez Pérez Mendaña, funcionario del Cuerpo Superior de Técnicos de la Seguridad Social, rinde, con motivo de cumplirse el I Centenario de la Seguridad Social, un sentido homenaje a todas las personas que, a lo largo de estos cien años, han hecho posible con su trabajo la realización de esta Seguridad Social de la que ahora disponemos: sus funcionarios. "La Seguridad Social son miles de personas que dominan al detalle la abundante y compleja legislación y vuelcan su actividad para dar solución a los problemas que cada día se les plantean.

► **"El CES y las jubilaciones", Juan Francisco Jimeno.** "Expansión", 14 de junio 2000

El informe elaborado por el Consejo Económico y Social sobre "Vida Laboral y prejubilaciones" es analizado por el articulista que le da un serio varapalo, ya que le achaca no dar las fuentes de información en las que se ha basado para hacer el estudio: "Lo que no dice el informe del CES es cuales son los estudios en los que se ha apoyado, donde se pueden consultar y qué metodología, supuestos y datos han utilizado para hacer sus conclusiones. En definitiva,- dice el autor - la propuesta del CES sobre jubilaciones anticipadas, que cuenta con el apoyo de los agentes sociales, aboga por una medida, como es la defensa de las prejubilaciones, que no favorece la creación de empleo, que reduce la generación de riqueza, que es regresiva y que pone en peligro la protección social de las futuras generaciones"

► **"El Pacto de Toledo no garantiza el futuro de la Seguridad Social",** Francisco J. de Palacio. "El Periódico Mediterráneo", 22 de junio de 2000.

El periodista recoge información sobre el contenido del estudio que sobre "La reforma de las pensiones ante la revisión del Pacto de Toledo" han elaborado José A. Herce y Javier Alonso Meseguer para "La Caixa". Según este estudio, ninguna de las medidas que vayan a proponerse en la nueva Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo evitará que, a partir de 2015, las consecuencias de la baja natalidad produzcan una caída en la relación de dos cotizantes por cada pensionista. Según los expertos esta situación se irá agravando hasta el 2050 en que habrá 1'2 contribuyentes por cada beneficiario de una pensión. Para evitar la quiebra del sistema de pensiones los autores proponen aplicar una fórmula mixta para la financiación de las mismas: contributividad y capitalización.

► **"Nunca es triste la verdad",** José Antonio Herce y Simón Sosvilla. "El País", 4 de julio de 2000.

Frente a la postura del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, Juan Carlos Aparicio, de que "hacer previsiones a 50 años es algo escatológico", los autores de este artículo se muestran firmes defensores de las mismas "porque tiene un acusado valor estratégico, ya que pueden movilizar a la acción preventiva si el futuro que se anticipa es preocupante". Tras hacer autocrítica por las equivocaciones de estudios anteriores, que no contemplaron la fuerte creación de empleo de estos últimos años que ha dado un balón de oxígeno a las arcas de la Seguridad Social, los autores recogen una serie de propuestas de cara al futuro para evitar la crisis del sistema de pensiones en el horizonte del año 2050: "En este sentido, creemos que es posible y deseable caminar hacia un sistema mixto que ofrezca mejores y más solventes pensiones en el futuro, al tiempo que se renueva, con más ambición el Pacto de Toledo. Bastaría con permitir que los trabajadores destinaran una porción de sus actuales cotizaciones a la capitalización privada obligatoria de sus pensiones. Al mismo tiempo habría que racionalizar el sistema de pensiones públicas siguiendo cuatro grandes líneas: equiparación total de regímenes, proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones, segregación de contingencias de vida e invalidez hacia el método de seguro y traspaso de todos los elementos de solidaridad a otras instancias del sistema de protección social"

OTROS ARTÍCULOS DE INTERÉS

Otros artículos de interés aparecidos en los últimos cuatro meses en la prensa nacional y recogidos en la web han sido:

- "El futuro de las pensiones", Juan J. Dolado y Juan Rojas. "Expansión", 22 junio 2000
- "Inmigración Planificada", Miguel Sebastián. "Expansión" 22 junio 2000
- "El informe del CES sobre prejubilaciones", Julián Ariza. "Cinco Días", 27 junio 2000
- "Jubilación a la carta" , Carlos Gómez. "El País" , 25 junio 2000
- "¿Deben exteriorizarse los premios de jubilación?", Adolfo Rovira. "Expansión", 1 julio 2000
- "La privatización de las altas médicas laborales", José María Zufiaur. "Cinco Días", 4 julio 2000
- "Cotizaciones sociales, empleo y protección social", Juan F. Jimeno. "Expansión", 9 agosto 2000.
- "Por ejemplo, la sanidad", Julián Ariza. "Cinco Días", 21 agosto 2000

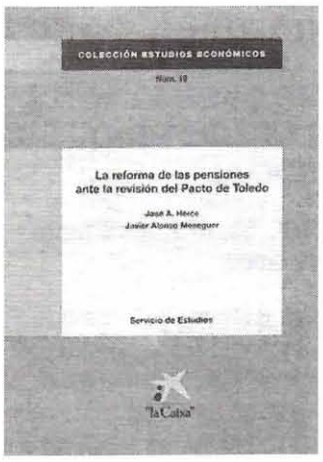
AGENDA

LIBROS

"LA REFORMA DE LAS PENSIONES ANTE LA REVISIÓN DEL PACTO DE TOLEDO"

Autores: *José A. Herce y Javier Alonso Meseguer*

Edita: *Servicio de Estudios de la Caixa*



Visión escéptica y pesimista de los autores sobre el futuro de las pensiones y la percepción de estas por los más de quince millones de trabajadores que hoy cotizan a la Seguridad Social. Para los autores el Pacto de Toledo cuenta ya en su haber con varios fracasos entre los que destacan el no haber conseguido "mantener a las pensiones fuera del debate político con fines partidistas". Tras realizar un análisis sobre el pasado, Herce y Meseguer, no consideran razones válidas que garanticen el futuro de las pensiones el aumento del empleo y la relación cotizante/pensionista y defienden directamente las excelencias de un sistema mixto de pensiones como mal menor

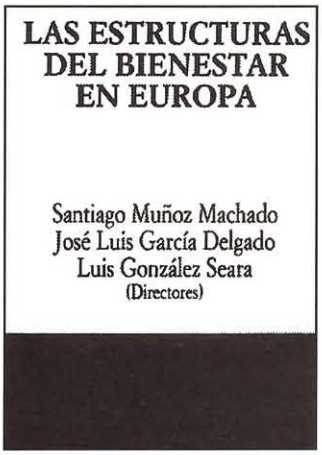
"LAS ESTRUCTURAS DEL BIENESTAR EN EUROPA"

Autor: *Varios*

Dirección: *Santiago Muñoz Machado, José Luis García Delgado y Luis González Seara*

Edita: *Civitas*

Obra colectiva en la que han participado 37 autores de más de una veintena de instituciones entre las que figuran la Universidad Complutense de Madrid y la London School of Economics and Political Science. A lo largo de sus casi mil páginas se analiza el Estado del Bienestar y



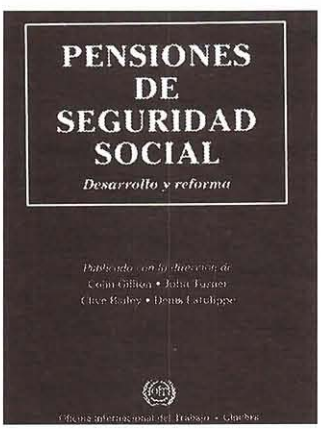
su reforma desde tres disciplinas científicas: el Derecho, la Sociología y la Economía, no realizándose una síntesis entre ellas sino utilizando las herramientas propias de cada campo científico. Tras estudiar el origen del Estado del Bienestar, la desacralización de los efectos negativos que ha tenido su mantenimiento para el desarrollo económico de Europa, entre otras cuestiones, los distintos autores ofrecen visiones , a veces, contrapuestas, respecto a la confianza en los resultados de las Políticas de Bienestar, lo que pone de manifiesto los retos a los que se enfrentan en la actualidad los países europeos de cara al nuevo milenio.

"PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL: DESARROLLO Y REFORMA"

Autor: *Collin Gillion, John Turner*

Edita: *Organización Internacional de Trabajo*

Según esta publicación de la OIT el 90% de la población activa mundial no está cubierta por programas de pensiones que proporcionen ingresos suficientes de jubilación, por lo que sus autores se preguntan si los trabajadores del mundo estarán abocados a un viaje maldito en la vejez. El problema lo hace extensible también a los países más desarrollados como los de la OCDE en los que ya el promedio de



gasto del PIB en prestaciones de jubilación ha alcanzado un 10% superando al de sanidad por lo que se augura que en los próximos años se plantearan importantes problemas para la financiar las pensiones dado el progresivo envejecimiento de la población.. La obra ofrece también una visión de las medidas tomadas en diversos países de todo el mundo, con el fin de ayudar a los responsables de la toma de decisiones a elaborar políticas efectivas y viables en materia de pensiones.

"INFORME 2000. POLÍTICAS SOCIALES Y ESTADO DE BIENESTAR EN ESPAÑA"

Autor: *Varios*

Dirección: *Juan Antonio Garde*

Edita: *Fundación Hogar del Empleado*

Catedráticos, políticos y expertos reflexionan sobre el presente y el futuro del Estado del Bienestar en España y dejan patente la necesidad de hacer un análisis que refuerce la coordinación de todas las partes implicadas en la economía del bienestar con el fin de tomar medidas que corrijan el desequilibrio financiero del estado del bienestar para no renunciar a su supervivencia.

GUÍAS

GUÍA LABORAL Y DE ASUNTOS SOCIALES 2000

Autor: *Subdirección General de Información Administrativa de la Secretaría General Técnica*

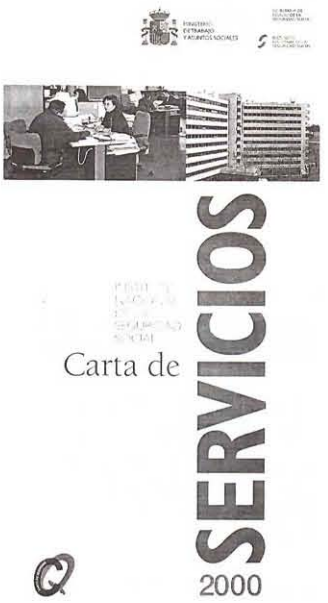
Edita: *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*

Con el fin de facilitar a los ciudadanos el conocimiento de la compleja realidad social y laboral, a través de un lenguaje sencillo y asequible, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha editado, un año más, la "Guía Laboral y de Asuntos Sociales" en la que se recoge la normativa referente a empleo, trabajo, relaciones laborales, seguridad social y migraciones. Incluye, también informaciones correspondientes a ayudas destinadas a jóvenes, mujeres, mayores y otros colectivos con dificultades para integrarse en la sociedad. La Guía está a disposición de los usuarios en la web del Ministerio, cuya dirección es www.mtas.es

"CARTA DE SERVICIOS DEL INSS"

Edita: *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha puesto en marcha la Carta de Servicios del Instituto Nacional de la Seguridad Social, que es un instrumento de calidad e información a los ciudadanos en el que se explicita, entre otros, los servicios que presta este organismo, los derechos de sus usuarios y las formas de colaboración para mejorar este servicio público, al tiempo que se fijan los compromisos e indicadores de calidad de esta Entidad con los ciudadanos. La Carta en su totalidad se encuentra en la Red: www.seg.social.es/inss



REVISTAS

"REVISTA INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL"

Vol.. 53, nº 2, abril-junio de 2000

Los distintos autores que colaboran retoman el tema del número anterior y se analizan diversos planteamientos respecto a la reforma de las pensiones (ver Foro nº1). Se hace una comparación de las diferentes posturas que existen al respecto por parte de los distintos organismos internacionales (OIT, OCDE, FMI, etc) y se concluye que del debate encarnizado se ha pasado a la convergencia y a posturas de coordinación y colaboración.

www.issa.int ("Publications"); correo electrónico.: inlinfo@blackwell.uk

"REVISTA INTERNACIONAL DEL TRABAJO"

Vol.119 (2000), núm.2

Número especial dedicado a "Política Social y Protección Social" . Análisis colectivo de distintos temas como "Trabajo y Derechos"; "Protección Social para todos, pero ¿cómo?"; "Igualdad de trato, protección social y seguridad de ingreso de las mujeres"; "Jubilación parcial y política de pensiones en los países industrializados" o "Reformas de los regímenes de pensiones: fundamentos del debate".

"ACTUALIDAD LABORAL"

Nº 16

"El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social. Las directivas 79/7 y 86/378", por Margarita Tarabini-Castellani Aznar

"ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA"

Nº 18

"Dimensión constitucional de la protección a la tercera edad" por Margarita Retuerto Buades.

Nº 21

"La suspensión del procedimiento recaudatorio de la Seguridad Social como consecuencia de la interposición de recursos administrativos y reclamaciones previas" por José Antonio Martínez Lucas.

DIRECCIONES EN LA RED

BOLETINES OFICIALES

Diarios y Boletines Oficiales en Internet:

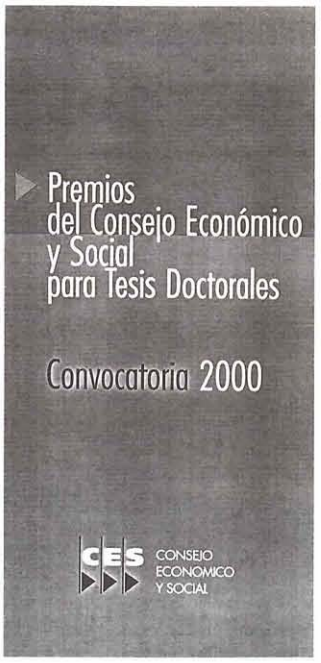
www.fcae.ua.es/cde/legis.htm

PREMIOS

"PREMIOS DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL PARA TESIS DOCTORALES"

Tema: Podrán participar aquellas tesis presentadas para la colación del grado de doctor, leídas y calificadas con sobresaliente "cum laude" por unanimidad, entre el 1 de octubre de 1999 y el 30 de septiembre de 2000, en cualquiera de las Universidades españolas.

Premios: Se otorgarán tres premios de 500.000 pesetas cada uno a tesis relacionadas con las materias socio-económicas y laborales que son



competencia del Consejo Económico y Social

Plazos de Entrega: La presentación de originales finalizará el 31 de octubre de 2000

Información: Dirección de Relaciones Institucionales y Publicaciones del CES. Calle Huertas, 73. 28014 Madrid. Tel.: 91 429 00 18. www.ces.es

RESÚMENES

EN ESTA PÁGINA SE RECOGEN
LOS RESÚMENES DE LOS ARTÍCULOS
PUBLICADOS EN EL Nº 1
DE NUESTRA REVISTA

Fernando Benito Anguita

NUEVOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO: FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS

Foro SS nº 1 (mar. 2000), p. 36-43

Se presenta el contexto legal en el que surge la figura jurídica de la Fundación Pública Sanitaria y se plantean y rebaten los argumentos contrarios a las mismas.
Basándose en el artículo 111 de la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y en el Real Decreto 29/2000, como norma reglamentaria, se da réplica a las imputaciones formuladas sobre el fomento de la privatización de la sanidad , la pérdida de equidad en el acceso a las prestaciones, la fragmentación de la red asistencial, el deterioro de la calidad, la imposición de un régimen laboral, la reducción de plantillas y la menor paticipación de agentes sociales y profesionales. Se considera que la polémica suscitada ha sido superficial y no se ha propuesto un debate riguroso en torno a esa nueva figura.

Bernardo Gonzalo González

REPARTO COMPETENCIAL Y COMPLEMENTARIEDAD DE LAS PRESTACIONES SOCIALES BÁSICAS

Foro SS nº 1 (mar. 2000), p. 18-25

Defensa de la legitimidad en la concesión de complementos autonómicos de pensiones no contributivas, excepto del establecido en Cataluña, con el objeto de mediar en la polémica surgida. En una primera parte se delimitan la complementariedad e interdependencia de los sistemas de Seguridad Social y de Asistencia Social, derivadas de la Constitución y se exponen los argumentos de apoyo de las Comunidades Autónomas implicvadas. Posteriormente se valoran, de forma crítica y en siete apartados, los argumentos contrarios, recogidos en la prensa durante los últimos meses de 1999. En las conclusiones se destaca que la actual distribución de competencias sobre protección social y la insuficiencia de las pensiones no contributivas, legitiman los complementos establecidos.

José Manuel Freire

COMENTARIO CRÍTICO SOBRE LAS FUNDACIONES SANITARIAS PÚBLICAS

Foro SS nº 1 (mar. 2000), p. 26-35

Análisis de la contribución de las Fundaciones Públicas Sanitarias (FPS) en la gestión de los problemas del Sistema Nacional de Salud (SNS). Se comentan, en primer lugar, los problemas de gestión del SNS y la influencia de la reforma sanitaria británica en la génesis de las FPS. En segundo lugar, se presentan la naturaleza y características de estas Fundaciones, basándose en su ley de creación y en el Real Decreto que las desarrolla, para repasar, por último, los problemas que representan para el Sistema Nacional de Salud. En opinión del autor, la sanidad pública necesita soluciones organizativas basadas en la cooperación profesional y entre niveles asistenciales, no en la competencia mercantil, en la que se basan las FPS.

J. Berghman

LOS NUEVOS RIESGOS SOCIALES: INFORME DE SÍNTESIS

Foro SS nº 1 (mar. 2000), p. 11-17

Compendio de las principales aportaciones de las ponencias presentadas a la Reunión Anual del Instituto Europeo de Seguridad Social en 1996.
Se contempla la evolución de los sistemas de protección social a través de los elementos básicos que los han originado, la necesidad, el riesgo y el riesgo social. Basándose en ellos se plantea el futuro de la Seguridad Social, que debe saber adaptarse y ofrecer respuestas a los cambios políticos, sociales y económicos producidos en los entornos familiares y laborales. Estos cambios se ven reflejados en la desintegración de la familia tradicional, en una alteración del mercado laboral, debido a la incorporación de la mujer y al desarrollo de las nuevas tecnologías, y en el aumento de la dependencia de las personas de edad avanzada.

Juan Velarde Fuertes

EL FUTURO DEL ESTADO DE BIENESTAR: UN PANORAMA NOVÍSIMO Y COMPLICADO

Foro SS nº 1 (mar. 2000), p. 5-10

La evolución del estado de bienestar se presenta unida a los cambios experimentados por las sociedades industriales. En el caso de España y, después de los primeros cien años de protección social, estos cambios se centran en aspectos económicos y sociales. En el primer grupo destacan el triunfo de las empresas multinacionales, el avance científico, el desarrollo de las comunicaciones y la informática y el nuevo diseño empresarial. Los cambios sociales se polarizan en los altos niveles de abundancia, consumo y reducción del tiempo de trabajo, por un lado, y la transformación de la familia, por otro. Este último elemento es el que tiene una mayor influencia en el estado de bienestar ya que la baja tasa de natalidad y el aumento de la esperanza de vida pronostican un cuantioso incremento en la atención social y sanitaria a los ancianos. A estos factores hay que añadir el aumento del número de emigrantes, cuya inclusión en el sistema protector incrementará también los costes.