

La Seguridad Social y su futuro: ¿Ajuste o reconversión?

ANTONIO OJEDA AVILÉS*

1. LAS PROFECÍAS DE FUTURO

Probablemente es J.F. Jimeno quien con más claridad está exponiendo en nuestro país el punto de vista de la no sostenibilidad financiera, a largo plazo, de la Seguridad Social¹, con argumentos ampliamente conocidos en España y en todos los demás países, al ser un punto de coincidencia de numerosos economistas². Los argumentos de la doctrina del «crack» son los siguientes: *rebus sic stantibus*, con el bajo nivel de crecimiento demográfico de nuestro país y el incremento de costos de la Seguridad Social, si en el año 2003 la proporción o *ratio* entre cotizantes y pensionistas era de 0,45, con un 26,8 por 100 de la población total por encima de los 65 años, a mediados de siglo, en el 2050, dicha parte anciana de la población constituirá el 30 por 100 y la proporción entre cotizantes y pensionistas será de 0,70, es decir, poco más de un cotizante por cada pensionista, lo cual puede considerarse como insostenible. Si a ello añadimos otros facto-

res, como el alto desempleo (femenino) y el que la cotización media no alcance a compensar el coste medio de las pensiones, pues mientras aquélla sumaba en 2003 la cantidad de 4.117 €, ésta alcanzaba en dicho año la cifra de 7.673 €, casi el doble, podremos deducir que el porvenir del sistema público de la Seguridad Social ofrece densos nubarrones en su planteamiento actual, que el del reparto de lo que se cotiza cada año entre los pensionistas y derechohabientes del mismo año. Para los economistas independientes y asesores de los organismos internacionales que vienen defendiendo esta postura, sobre todo en Estados Unidos, la solución pasa por una radical transformación del sistema antes de que se produzca su quiebra financiera.

En realidad el debate del que parto en este análisis está acumulando dos problemas bien diversos: uno es el de la relación entre población activa y no activa, esto es, entre quienes tienen más de 15 años y menos de 65 (con independencia entre ellos de quienes tienen empleo o carecen del mismo) y quienes quedan fuera de tal franja por arriba o por abajo (niños y ancianos), y otro problema es el de la relación entre empleados y pensionistas. La quiebra de la Seguridad Social resultaría de una confusa amalgama de ambos planteamientos que lleva a multiplicar el factor de crisis sin marcar las diferencias³.

* Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla.

¹ J. F. JIMENO, «Sostenibilidad financiera del modelo de reparto en la Seguridad Social», Ponencia en el Seminario UIMP sobre *Los retos de la Seguridad Social*, Santander 2004, texto multicopiado.

² Ver en el mismo sentido J. BAREA TEJEIRO, «Las políticas de jubilación», Ponencia al I Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid 2004, texto multicopiado.

³ Mientras que los economistas citados más bien enfrentan a los empleados con los jubilados, algunos

Bien es cierto que la radicalidad de los planteamientos ha quedado bastante mitigada desde mediados de los años noventa, cuando lo apocalíptico de las proyecciones hizo que se firmaran por todos los partidos del arco parlamentario los llamados Pactos de Toledo, cuyas consecuencias y reformas todavía vivimos hoy. Desde entonces se ha sucedido una cadena de años con superávit de ingresos para la Seguridad Social, lo que ha mitigado mucho el mordiente de la crítica, y se ha constituido un Fondo de Reserva que ostenta un pródigo depósito en sus arcas y podría tener bastante más si todo lo que ha obtenido la Tesorería en exceso hubiera ido a parar a él. Al mismo tiempo los modelos alternativos, señaladamente el chileno, hacia el que miraban los economistas a que aludo, han entrado en discusión a su vez, y la panacea del sistema de capitalización ya no lo es tanto. De cualquier modo los economistas mantienen su apuesta por la reforma del sistema público, aunque bastante más matizada por la variedad de ofertas que hacen. En concreto Jimeno apuesta por las siguientes alternativas:

a) Avanzar hacia el sistema de contribución definida, en lugar de mantenernos en el sistema de prestación definida. Que paulatinamente el sistema ofrezca una pensión *per relationem* a lo que se haya cotizado, sin fijar ni un porcentaje ni una cuantía exacta de aquélla, sino meramente lo que corresponda por haber cotizado una determinada suma. Lo cual se acerca bastante, por no decir que es lo mismo, al sistema de capitalización bajo control público.

b) Retrasar la edad de jubilación para que haya menos pensionistas de esta contingencia. En efecto, de los 7.875.000 pensionistas existentes a mediados del año 2004 en nues-

organismos internacionales utilizan cifras globales. Así, en el año 2050, dice la oficina estadística Eurostat, la tasa de dependencia en España se situará en el 89 por 100, y aclara que habrá 9 personas inactivas (menores de 15 años o mayores de 65) por cada 10 personas en edad de trabajar.

tro país, más de la mitad eran jubilados (4.618.742), seguidos por una abundante cantidad de supérstites (2.135.474 viudas), y en cambio un número comparativamente escaso de incapacitados (813.000)⁴. Por lo que, si bien el número de jubilados es el que menos aumenta de entre las pensiones principales⁵, en términos absolutos una operación como la realizada sobre las pensiones de incapacidad en 1997 tendría una incidencia superlativa en el ahorro del Sistema. Volveré sobre el tema más adelante.

c) Aumentar la cotización o disminuir los puntos de aumento de la pensión anuales. Sería la vía clásica ante un déficit, todavía inexistente en nuestro país, el aumentar las cotizaciones, y en verdad que ello habría de hacerse sobre los trabajadores, cuya participación en las finanzas del Sistema es bastante baja en comparación con lo existente en otros países de la Unión Europea. O bien disminuir los puntos, lo que también podría hacerse porque la mayoría de países en la UE exigen para alcanzar la pensión máxima de jubilación un número de años más alto que el español, en concreto cuarenta en lugar de treinta y cinco⁶.

d) Utilizar otras fuentes de ingreso, asimismo una fórmula clásica en situaciones deficitarias, que aquí significaría incrementar la importancia del ahorro privado, posiblemente mediante la congelación de las pensiones públicas del primer pilar para que los complementos del segundo y tercer pilar se vieran forzados a seguir la tendencia de otros países de la Unión Europea, donde cuentan con una relevancia muy superior.

⁴ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Datos de Seguridad Social*, en UIMP, Seminario sobre *Los retos de la Seguridad Social*, Santander 2004.

⁵ En el 2004, los jubilados aumentaron un 0,3 por 100, los incapacitados un 2,1 por 100 y las viudas un 1,4 por 100: MTAS, *op. cit.*, epígrafe sobre incremento interanual.

⁶ Exigen 40 o más años de cotización para la pensión máxima de jubilación Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Portugal, Finlandia, Suecia y Reino Unido. Exigen 35 años Grecia y España.

Las formulaciones y propuestas de los economistas no son descabelladas ni, en la actualidad, demasiado radicales. Salvo la primera propuesta, de cambio desde el reparto a la capitalización siguiendo los pasos del modelo chileno, las demás son fórmulas habituales que han sido utilizadas por el legislador en todos los países cuando ha hecho falta. Sin ir más lejos, no podemos olvidar que el número de años de cotización necesarios para causar derecho a pensión de jubilación era bajo el régimen del «Retiro Obrero» (1919-1939) de unos tres años, pasando bajo el régimen del «Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (1939-1966) a los cinco años, y que bajo el Sistema de Seguridad Social (1967 hasta hoy) alcanzó los diez años primero, y a partir de 1997 los quince años.

Pero el objeto de este análisis no consiste en saber si las alternativas a la situación actual son moderadas o radicales, sino en confirmar si el presupuesto de partida, en base al cual se ofrecen dichas propuestas, son consistentes o no: ¿vamos hacia la crisis del Sistema, como se viene asegurando en los países occidentales, sobre todo desde Estados Unidos, o se trata de la barahunda de los ojeadores para levantar la gran pieza contra la que puedan disparar las compañías aseguradoras?

Alguna diferencia parece advertirse entre Estados Unidos y España, ya de entrada: en este país existe un superávit consistente de tesorería desde 1998, debido a un importante aumento de la población ocupada, que en poco tiempo ha alcanzado desde doce millones en 1996 a más de diecisiete millones de personas en 2004. Sin embargo el argumento no consigue hacer flaquear la postura de los economistas, para quienes se trataría de una diferencia circunstancial, ya que el envejecimiento de la población arrastraría las ventajas objetivas consumiendo a partir del 2020 las reservas financieras en pocos años.

Tampoco la *ratio* entre cotizantes y pensionistas parece muy amenazadora. Recorde-

mos que para el 2003 se daba una distribución de 0,45 pensionistas por cada cotizante. En 2004, si dividimos los 7.875.008 beneficiarios de prestaciones contributivas entre los 17.200.000 cotizantes obtendremos la proporción de 0,46 pensionistas por cotizante, o, lo que es lo mismo, de 2,18 cotizantes por cada pensionista, lo cual entra dentro de los límites de lo tolerable. Sin embargo el número de pensionistas ha aumentado llamativamente en ese año 2004, donde el incremento de cotizantes fue espectacular, una bonanza que no parece vaya a mantenerse indefinidamente, sobre todo por la amenaza de la globalización y los nuevos «tigres» asiáticos, China y la India, con índices de crecimiento asombrosos y una competitividad pasmosa. Las proyecciones de futuro, desde ese ángulo, alumbran un paisaje de deslocalizaciones y despidos bastante desmoralizador para los países europeos. Y como ya sucediera durante las décadas de las reconversiones industriales de los setenta y ochenta, el gobierno puede sentirse tentado de echar mano de la Seguridad Social para aliviar la carga de las empresas saturando las posibilidades de la invalidez, la prejubilación y la jubilación anticipada.

Lo esencial en todo este asunto estriba en la *ratio* activos/pasivos, o más concretamente, empleados/beneficiarios. Y si miramos con atención las reflexiones de los economistas, veremos que las proyecciones de futuro las realizan manteniendo los mismos porcentajes y datos que se han venido produciendo en años anteriores⁷, con una interesante peculiaridad, a saber: que los datos positivos de

⁷ En Estados Unidos, donde la proyección lineal es manifiesta, los intentos de privatizar la Seguridad Social pasan por la afirmación de que el Sistema exhibe un déficit de 11 billones de dólares, «cifra que surge de proyectar en el tiempo la diferencia estimada ente los ingresos que proporcionarán las cotizaciones y lo que costarán las pensiones a cubrir. Si se hace el cálculo a 75 años, el déficit es de 4 billones de dólares; si, en cambio, se proyecta sin límite de tiempo, son los 11 billones mencionados»: cfr. El País 17 de abril de 2005, página 18 de su sección de economía.

los últimos años, como el superávit de caja, el fuerte aumento de afiliados o la disminución del desempleo, se consideran coyunturales, mientras que los datos que podríamos considerar negativos, a saber, el envejecimiento de la población, se consideran estructurales e ineludibles. Ni siquiera el hecho de que la natalidad haya repuntado levemente desde el año 2001 y que la población del país también haya aumentado de manera considerable hasta los 44 millones de habitantes se consideran datos sólidos. La linealidad de los economistas neoliberales contrasta con las enseñanzas de la historia sobre el devenir fluctuante, y sobre todo parece algo sesgada hacia un solo dato, el del envejecimiento. No hay, o al menos no he visto, referencia alguna a los ciclos económicos o a los factores que llevan a los especialistas a afirmar, pese a todo, la supremacía de la Unión Europea sobre Estados Unidos⁸.

Admitamos, con todo, que efectivamente el envejecimiento de la población se produce y va a incidir, antes o después, sobre el Sistema de Seguridad Social. Como el número de pensionistas de jubilación supone la mayoría de los pensionistas, su aumento haría quebrar las finanzas de un universo tan voluble como el que analizamos. Pero en el argumento hay un dato expreso y dos más ocultos, siendo estos últimos bastante menos ineluctables que el del tan repetido envejecimiento. Porque para que aumente el número de pensionistas no basta que aumente la población madura. Hace falta, además, que esa población se *pueda* jubilar, y que se *quiera* jubilar. Junto a ello, la *ratio* empleados/beneficiarios puede también beneficiarse de un aumento del número de activos que no pase exclusivamente por el aumento de la natalidad o de la inmigración, ya que la reserva de mano de obra española –dicho en otros términos, desempleados– es muy alta. Su paso desde la desocupación a la ocupación refuerza el pri-

mer polo y eleva la *ratio* que nos interesa. Por ello avanzaré desde ahora que puede evitarse la crisis de la Seguridad Social porque existen una serie de medidas «normales» para aumentar la capacidad recaudatoria del Sistema. A tenor de lo que detallaré después, consisten en:

- a) Aumentar la población ocupada.
- b) Mejorar la productividad.
- c) Retrasar la edad de jubilación *real*.
- d) Potenciar la jubilación parcial.
- e) Extender la capitalización voluntaria.

La reforma propuesta con tales cambios es de mera administración, vale decir, que no pretende modificar sustancialmente el nivel de prestaciones o los requisitos básicos del Sistema para paliar el empuje del envejecimiento, porque busca una racionalización de los medios en el sentido del buen gobierno o *gobernanza* exigida por los textos comunitarios. Lo veremos en el siguiente epígrafe.

2. LAS PRODIGALIDADES ESPAÑOLAS

España es un país de pensionistas. Cerca de ocho millones de pensionistas (7.875.000), entre jubilados, inválidos y viudas, son demasiados en un país que acaba de trasponer los cuarenta y cuatro millones de habitantes, y que por añadidura ostenta una cifra de parados y de incapacitados temporales por accidente de trabajo de las mayores del ámbito europeo. Pero esta afirmación no la hago solo desde las frías estadísticas, sino, sobre todo, desde el análisis de la legislación vigente. Por cualquier parte por donde miremos surgirán incertidumbres sobre el correcto funcionamiento de nuestras instituciones aseguradoras, pues dan la impresión de que ante la más mínima duda se responde muy generosamente, lo que tiene la doble ventaja de considerarlo adecuado en el momento presente, y de vislumbrar la posibilidad futura de establecer una interpretación más ajustada a los períodos de carestía sin tener que lesionar a quienes se encuentran en real situación de

⁸ Véanse las reflexiones, por ejemplo, de WILL HUTTON, *Europa versus USA*, Roma 2003.

necesidad. A continuación haremos un recorrido por las contingencias más importantes, comenzando por las pensiones contributivas clásicas de invalidez, vejez y muerte, para detectar hasta qué punto el Sistema soporta una carga bastante superior a la exigible desde unos parámetros ordinarios, entendiendo por ordinarios a los habituales en nuestro entorno europeo y considerados como standards por el Código Europeo de Seguridad Social de 1964 y por el Convenio 102 de la OIT⁹.

2.1. Una plétora de inválidos

El largo período de las reconversiones industriales significó la quiebra de multitud de sectores en toda Europa por obra de la *unfair competition* de los países asiáticos y un malestar social durante las décadas de los setenta y ochenta que respondía a la ola de despidos masivos y de rampante desempleo que se vivió apenas terminado el milagro económico de la postguerra. En España coincidió con el cambio de régimen político por el establecimiento de la democracia, y la coincidencia de ambas crisis forzó a los gobiernos a manejar la económica con especial intensidad, acudiendo a todos los mecanismos posibles para atajar las huelgas sectoriales. Las distintas normas dirigidas a solventar el destino de los cientos de miles de trabajadores sin empleo arbitraron un conjunto de medidas que en su conjunto configuraban un privilegio respecto de la solución ordinaria de los expedientes de regulación de

empleo¹⁰. La más notoria pero menos eficaz consistió en los fondos de empleo, y junto a ella actuaron callada e intensamente otras dos de las que se sabe poco: las prejubilaciones y las declaraciones masivas de incapacidad permanente. Si la primera de ellas tuvo un procedimiento claro y un apoyo financiero del Estado¹¹, forjando una práctica que andando el tiempo arribaría a los malos usos de las grandes empresas actuales dirigidos a prescindir de su personal maduro, las declaraciones masivas de incapacidad permanente operaron en la penumbra de los compromisos del poder y el voluntarismo de los equipos de valoración de incapacidades —en aquella época llamados comisiones técnicas calificadoras—, bajo la convicción de que la Seguridad Social contaba con recursos ilimitados. El incremento de las pensiones de incapacidad en aquellas décadas fue pasmoso. Para no aburrir al lector tomaré solo las cifras de los últimos años de aquella difícil transición. En 1981, por ejemplo, el aumento fue del 8 por 100; en 1982, del 9,8 por 100; en 1983, del 9,6; en 1984, en fin, del 6,6. En ese año se promulgó la Ley de Reconversiones Industriales y el panorama cambió radicalmente: en 1985 el aumento bajó al 2,8 por 100, y continuó descendiendo sostenidamente hasta el momento presente, con un promedio de aumento del 1 por 100 anual.

Pero 1985 no quedó marcado únicamente por la aplicación de la Ley de Reconversiones; también fue el año de nuestro ingreso en la Comunidad Económica Europea, la cual no perdió tiempo en criticar el exceso de inválidos que arrojaba el país. En 1996, la Comunidad Europea formalizó su crítica al Estado español: era preciso cortar con las pensiones

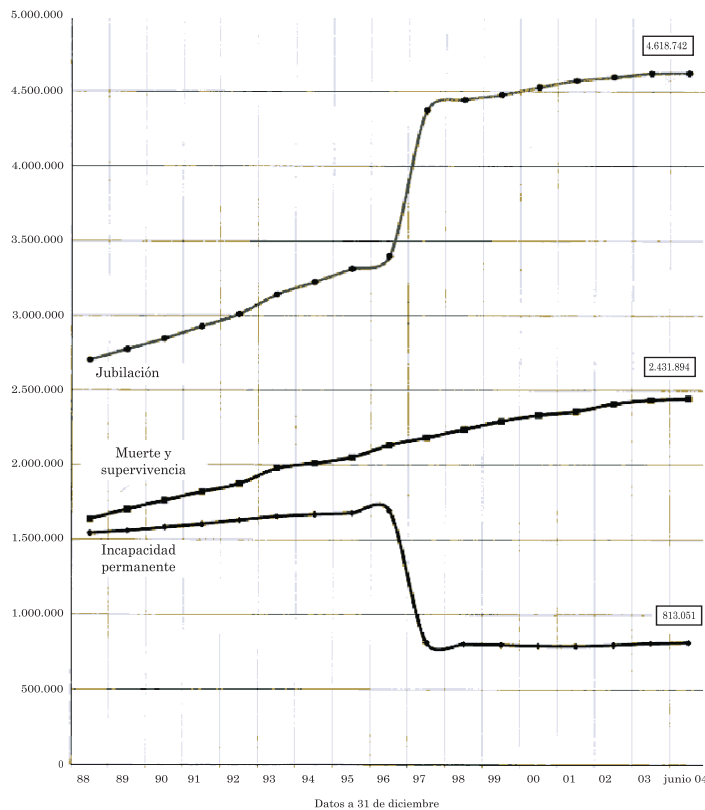
⁹ Contra lo previsible en unos instrumentos tan antiguos como el Código Europeo y el Convenio 102, y a pesar de que sus niveles son efectivamente bajos, no cabe decir que hayan sido superados, sino más bien al contrario, siendo bastantes los países que ratificaron en su momento el Convenio 102 a pesar de plantear bastantes sospechas sobre su voluntad de cumplimiento, y otros países, o los mismos, que aceptaron las partes correspondientes del Código bajo una cierta indulgencia de la comisión de control.

¹⁰ Véase, en tal sentido, mi artículo «Reconversiones industriales: balance provisional de un privilegio», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas no 60 (1988), págs. 531 a 553

¹¹ Leyes 21/1982 y 27/1984, así como a través de la Unidad Administradora del Fondo Nacional de Protección al Trabajo y de los programas de apoyo al empleo derivados de la Orden de 12 de marzo de 1985.

de incapacidad redundantes, porque de otra manera el Sistema no iba a soportarlo. La respuesta del legislador no se hizo esperar, y consistió en una fórmula muy banal pero de innegables efectos visuales: la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del Sistema, ordenó que al cumplir los 65 años los pensionistas de incapacidad permanente pasaran a ser pensionistas de jubilación, sin que la nueva denominación implicara modificación alguna respecto a las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo (hoy artículo 143.4 LGSS). Y digo que los efectos fueron espectaculares porque ese año el número de pensionistas de incapacidad bajó el 52,1 por 100, y en los cuatro años siguientes

continuó bajando, aunque más moderadamente¹². Sin embargo a partir del año 2002 hay un nuevo repunte sostenido, al aumentar las pensiones el 0,9 por 100, seguido con el 1,5 por 100 en el año siguiente y con el 2,1 por 100 en el 2004. Aquellas oleadas de inválidos de los setenta y los ochenta están en su mayor parte «jubilados», y los que no lo están sería muy difícil revisar su pensión a estas alturas, aunque no imposible. Lo que se hizo en 1997 consistió sencillamente en cambiar de denominación a un enorme grupo de pensionistas, que en el capítulo más numeroso de los jubilados representó el aumento de un 28,7 por 100 aquel mismo año. El gráfico a continuación nos da idea de lo ocurrido:



¹² -1,3 en 1998; -0,5 en 1999; -0,8 en 2000; y -0,3 en 2001. Ministerio de Trabajo y Asistencia Social, *Datos de Seguridad Social*, cit., epígrafe sobre «Evolución del número de pensiones».

El exceso de inválidos tiene hoy otro nombre, pero no por ello ha desaparecido la abundancia de pensiones de incapacidad. De nuevo por obra de una práctica demasiado generosa, acabamos de ver cómo en el año 2004 ha existido un incremento de ellas que no se conocía desde 1986, el 2,1 por 100. La demasia tiene un nombre, a mi modo de ver: la incapacidad permanente total cualificada (IPTc). Como sabemos, los trabajadores incapacitados para todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual perciben una pensión consistente en el 55 por 100 de la base reguladora. No obstante, dice el artículo 139.2 LGSS, percibirán un incremento hasta llegar al 75 por 100 «cuando por su edad, falta de preparación general o especialización y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior». A primera vista cabría pensar en que las circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia van a permitir aumentar la pensión..., a costa de desincentivar la movilidad geográfica de los desempleados, a pesar de que los Informes sobre el empleo en el Reino de España de la Comisión Europea señalan como uno de los graves defectos de nuestro sistema de empleo el de la escasa movilidad de los parados. Pero en la práctica el factor residencial no se utiliza a efectos de incremento de la pensión, sino el de la edad: no bien cumple 55 años el incapacitado total, se le pasa automáticamente a la cualificada. La precisión de los 55 años vino introducida por el Real Decreto 1646/1972, a tenor del cual «el requisito de edad exigido en el precepto legal será, como mínimo, de cincuenta y cinco años». Como vemos, ni en la LGSS ni en el Real Decreto se obliga a tal práctica automática de aumentar la pensión un 20 por 100 más por el cumplimiento de una edad concreta, sino únicamente a verificar si con la edad u otras circunstancias va a hallar dificultades en encontrar empleo en otra actividad. Y como la IPTc es incompatible con el trabajo, el pensionista se cuidará mucho de buscar un empleo y, sobre todo, de airear los

servicios que pueda realizar por su cuenta y que, de hecho, van a confluir en el dorado sueño de los ingresos dobles.

Quizá por ello las pensiones de incapacidad permanente, que hasta 1996 eran de cuantía inferior a las de jubilación y se iban quedando más atrás cada año¹³, dan un salto en 1997 hasta casi la igualdad, adelantan a las de jubilación al año siguiente, y emprenden una carrera imparable de distanciamiento que en el 2004 marca una diferencia significativa, de 665 euros mensuales contra 648 de las de jubilación. Claro que también es muy probable que el giro haya recibido una importante ayuda de la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del Sistema, la cual reformó el período de cómputo de la base reguladora de la pensión de jubilación, pasándolo de ocho a quince años –aunque de manera paulatina–, e influyendo así en la pérdida de nivel de dicha pensión.

2.2. El amplio número de jubilados

La gran cantidad de pensionistas de jubilación en nuestro país no solo se debe al impulso recibido en 1997 con la incorporación de los inválidos mayores de 65 años, sino que tiene también causas propias tan poderosas como para poder considerar a la jubilación ordinaria como un eufemismo referido a lo que actualmente es extraordinario, a saber, la jubilación a los 65 años. De manera similar a cuanto sucede con los contratos «típicos» en un país donde la norma es la precariedad, así también la mayoría de los trabajadores abandonan la vida activa mucho antes de cumplir la edad antevista, haciendo que el promedio de la edades de jubilación se sitúe en los 61 años en el Régimen General. De poco nos sir-

¹³ En 1990 la pensión media de invalidez era de 284 euros al mes, contra 308 de la de jubilación; en 1996 eran respectivamente de 428 y 472 euros. Datos del MTAS, *op. cit.*, epígrafe «Evolución de la pensión media mensual total Sistema».

ve que en otros países la media sea aún inferior, como los 59 años de Alemania, Bélgica, Reino Unido o Francia, o en los 60 años de Países Bajos, Japón o Nueva Zelanda, pues de lo que hablamos es de las cargas para la Seguridad Social que suponen más de cuatro millones de pensionistas de jubilación.

Las causas propias de la anticipación de la edad son de tres clases: la primera es la voluntad del propio trabajador, al que se le ofrecen varias posibilidades de dejar de trabajar en un país todavía muy influido por la concepción católica del trabajo como maldición bíblica. Las encuestas indican la mayoritaria aspiración de los españoles a retirarse pronto, en torno a los 57 años, así como su rechazo a retrasar la edad de jubilación actual. Sin embargo no creo que esta sea la causa principal del panorama, pues hay aún otras dos causas de mayor influencia en el asunto: las políticas de empleo del Estado, y los intereses empresariales.

Las políticas de empleo han hecho mucho daño en el mantenimiento de la edad ordinaria de jubilación ya desde la práctica implantada en las reconversiones industriales de subvencionar a las empresas con el 45 por 100 del coste de las que se denominaron inicialmente por la Ley 21/1982 «ayudas equivalentes a la jubilación», que permitían a las empresas incursas en un plan reconvertor a jubilar a los trabajadores a partir de los 60 años. El pago lo efectuaba el INSS en idéntica cantidad a la establecida para la jubilación a los 65 años, y la empresa solo debía aportar el 55 por 100 de las cuantías, después denominadas con la Ley 27/1984 como «ayudas previas a la jubilación ordinaria». Todavía en 1997, cuando habían transcurrido diez años desde que se cerrara la posibilidad de concertar nuevos planes de reconversión, el importe de las ayudas a extinguir suponían 11.800 millones de las antiguas pesetas¹⁴.

¹⁴ Cfr. al respecto OJEDA AVILÉS y MARÍN ALONSO, «Artículo 161», en VVAA (Monereo y Moreno, dirs.),

También desde principios de los años ochenta, con el Estatuto de los Trabajadores, el legislador autoriza a los convenios colectivos a introducir jubilaciones forzosas de los trabajadores en aras de la política de empleo, posibilidad utilizada profusamente y bendecida *ad nauseam* por la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta extremos inverosímiles, permitiendo prescindir de miles de trabajadores durante más de veinte años, hasta quedar suprimida la norma autorizatoria por la Ley 12/2001. Por más que las pensiones así logradas adolecieran de cuantías escasas, pues uno de los efectos de la forzosidad consistía en que los trabajadores eran jubilados sin permitirles completar la pensión máxima¹⁵, la incidencia pedagógica de la medida socavó la moral de trabajo de quienes aún permanecían trabajando más allá de los sesenta años y, desde luego, hizo impensable la continuación en la vida activa de personas por encima de los 65. La Ley 14/2004 autoriza de nuevo las jubilaciones forzosas en convenio con la pensión mínima, alejándonos aún más de los objetivos de envejecimiento activo formulados por la Unión Europea.

Y es que desde finales de los años setenta, casi coincidiendo con la implantación de la democracia, toma cuerpo en los ambientes laborales una filosofía muy fatalista, consistente en renunciar al pleno empleo y en repartir los puestos de trabajo disponibles de una manera que hoy se considera equivocada, y que nos alejó del resto de Europa durante mucho tiempo. Tal filosofía se articulaba en dos argumentos. Así, multitud de normas a nivel de Decreto establecieron subvenciones para impulsar la contratación temporal de los grupos desfavorecidos de trabajadores, en la idea de que la rotación del empleo permitiría

Comentario a la Ley General de la Seguridad Social, Comares, Granada 1999, vol. II, pág. 1486.

¹⁵ Precisamente el debate en torno a la reimplantación de las jubilaciones forzosas, queridas por empresarios y sindicatos, gira en torno a la exigencia sindical de que los así jubilados cumplan el requisito de haber cotizado 35 años y tener así opción a la pensión máxima.

a cada trabajador disfrutar al menos de unos meses o unos años de trabajo. La temporalidad o precariedad fue apoyada inicialmente como un mal menor, en cuanto permitía rotar a los parados en el uso de los pocos puestos disponibles. El segundo argumento nos interesa más, y presupone al anterior: dado que el desempleo juvenil se hizo rampante en aquellos años, el Estado fomentó la salida de los trabajadores maduros de sus puestos de trabajo, con medidas como las acabadas de ver, al objeto de precarizar sus puestos y ofrecerlos a los jóvenes. La rotación se convirtió en generacional, se trataba de sustituir a los maduros por los ubicados al otro extremo de la línea de edad, y la baza en que la operación se apoyaba consistía en el disfrute de la pensión, pues solo si tenían derecho a ella podían ser «jubilados» los trabajadores de edad avanzada. No se consideraba el esfuerzo financiero de la Seguridad Social con aquellas medidas porque lo acuciante en la época era la inestabilidad juvenil, y tampoco existían las nubes en el horizonte contable del Sistema que aparecerían a los diez años de usar y abusar de tales políticas, a principios de los noventa. Justamente desde principios de los noventa, el Estado comienza a recortar la subvenciones a la contratación temporal y da un vuelco hacia la contratación por tiempo indefinido, consciente de que ha desbaratado el mercado español de empleo, donde más del noventa por ciento de los contratos celebrados anualmente eran, y son, de carácter temporal. Los esfuerzos cada vez mayores por reintroducir la contratación por tiempo indefinido solo consiguen todavía hoy una tímida reacción del empresariado, ya hecho a las ventajas inmisericordes de la precariedad. Por su parte, el resto de Europa camina por otra senda, no especialmente milagrosa, pero de una mayor seguridad en el empleo: la contratación a tiempo parcial. A mi modo de ver, ahí reside el mayor porcentaje de empleo [femenino] en Europa respecto de España y sobre todo la mucha mayor estabilidad [parcial] en el empleo de nuestros vecinos de la Unión.

Los intereses empresariales se encuentran también detrás del adelanto de la edad de jubilación. Razones técnicas en las que no voy a entrar llevan a las empresas a reducir el empleo de los mayores. Citaré solo dos: el mayor costo salarial de los trabajadores de edad madura respecto de los jóvenes, y la resistencia al cambio tecnológico de aquéllos, superados de ordinario por las nuevas tecnologías que hoy son moneda corriente en cualquier empresa. Hay también razones de tipo sicosocial, pero a nuestros efectos lo importante consiste en que, llevados a reducir plantillas para beneficiarse del menor costo productivo que implican los avances científicos, los empresarios prefieren extinguir los contratos de los trabajadores de edad madura. Las fórmulas son diversas, y suelen reflejarse en la negociación colectiva porque van dirigidas a convencer a los afectados de la conveniencia de terminar su vida activa. Además de las jubilaciones forzosas, otro instrumento principal, como bien se sabe, es el de las prejubilaciones. A partir de los 52 años las empresas mejoran o complementan las prestaciones y subsidios de la Seguridad Social hasta cantidades que en algunas empresas han llegado a suponer más de lo percibido como sueldo por el afectado.

El Estado, las empresas, los sindicatos, presionan para retirar a los trabajadores no bien cumplen los cincuenta años. La pérdida de energía y de experiencia en la economía española es incalculable, y en todos los casos la Seguridad Social acoge en su amplio seno a los expulsados. Sin duda quedan algunos inmovibles a los señuelos de la jubilación, pero no son bien vistos en las empresas porque se resisten a aceptar una oferta generosa que interesa a todos. La sociedad también se muestra encantada con la rotación intergeneracional. Luego tales complementos de pensiones pueden quedar reducidos o suprimidos por un convenio posterior o por la junta de accionistas de la empresa, y los jubilados no pueden reaccionar contra la licitud de la medida, por lo que el Sistema deberá mante-

nerlos en sus pensiones públicas, esas sí irreductibles.

De nuevo ha sido la Comisión Europea quien ha venido a sacarnos de nuestro error apuntando a la quiebra de la Seguridad Social si continuamos con las jubilaciones masivas. En función de las advertencias, la Ley 35/2002, sobre jubilación gradual y flexible, ha pasado a incentivar la continuación de la actividad laboral cumplidos los 65 años y a permitir la jubilación parcial sin necesidad de contrato de relevo, dos medidas que merecen ser saludadas como un cambio de tendencia fundamental. Aunque los datos sean provisionales, la jubilación parcial parece haber sido bien acogida, aunque desafortunadamente una cierta cantidad de casos encubren en realidad jubilaciones anticipadas en las que el trabajador retiene el 15 por 100 de actividad de acuerdo con la empresa, percibiendo de tal modo el sueldo proporcional y la jubilación del 85 por 100, sin coeficientes reductores y sin atender a los demás requisitos de la anticipada, que pueden faltar. El trabajo es creación y legítima socialmente a quien lo ejerce, por lo que debería ahondarse en las fórmulas incentivadoras de quienes desean continuar vinculados parcialmente a la actividad productiva, un colectivo cada vez mayor a medida que desaparecen las formas más fatigosas y mecánicas del esfuerzo laboral.

2.3. Abundancia de viudas

Al entrar en la viudedad pasamos a un tema sumamente delicado, pues si los inválidos no son comparativamente muchos en número y los jubilados no son tenidos en cuenta, las viudas en cambio forman una masa de 2.400.000 pensionistas que añaden al dolor de haber perdido al cónyuge la precariedad de las cuantías establecidas. Detrás de los jubilados componen, pues, el mayor colectivo pensionista de la Seguridad Social.

Dos grandes ampliaciones sufrió el colectivo en épocas algo lejanas. Ya en 1972 queda-

ron suprimidas una serie de limitaciones para las viudas, que el Decreto 1646/1972 explicitaba de la siguiente forma: «las viudas que reúnan las condiciones exigidas para ser beneficiarias de prestaciones por viudedad tendrán derecho a pensión, cualquiera que sean su edad y capacidad para el trabajo y aunque no tengan a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad». Hasta entonces la Ley de Seguridad Social de 1966 había requerido alternativamente que la viuda fuera mayor de cuarenta años, que estuviera incapacitada para el trabajo, o que tuviera a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad¹⁶. De esa forma una joven viuda de, pongamos, veinte años, pasaba a gozar de una pensión para toda la vida mientras no contrajera nuevo matrimonio, pensión que era además compatible con las retribuciones de un empleo (artículo 179 LGSS). Una pensión que, además, en breve tiempo ha pasado del 46 por 100 al 52 por 100 de la base reguladora.

El impacto de la reforma no es excesivo, pues por debajo de cuarenta años son escasos los supuestos de viudedad, unos treinta mil¹⁷, aunque tampoco pueda desdeñarse su cuantía económica. En países más desarrollados que el nuestro la tendencia es justamente la contraria a la que ese Decreto de 1972 y los Pactos de Toledo de 1995 suponen: Dinamarca suprimió la pensión de viudedad ya desde la Ley 248/1983, y reconduce la viudedad a las situaciones de desempleo, incapacidad y jubilación: solo las viudas de quien pierde la vida por accidente de trabajo tienen derecho a una pensión del 30 por 100 durante diez años. Por su parte el Código Europeo de Seguridad Social (1964) permite condicionar la pensión a la situación de carencia de medios en su artículo 60, y suspenderla cuando encuentre

¹⁶ Artículo 160, Decreto de 21 de abril de 1966.

¹⁷ Cfr. MTAS, *Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales 2001*, Madrid 2002, pág. 865. En el año 2001 había más de cuatrocientos pensionistas de viudedad menores de 25 años.

un trabajo, y la carencia exigida es de quince años de cotización, en vez de los 500 días de nuestra legislación, para una pensión del 40 por 100 de la base reguladora. La solicitud del legislador español hacia las viudas, algunas de las cuales pueden estar ganando magníficos sueldos y hallarse en la flor de la edad, recibe un inesperado apoyo por parte del Tribunal Supremo respecto a la pérdida de la pensión por convivencia *more uxorio*: si el legislador exige legítimo matrimonio para concederla, también habrá de pedirse legítimo matrimonio para quitarla, arguye en una reflexión de perfecto equilibrio lógico, pero que ha impulsado el concubinato con mayor eficacia que cualquier propaganda al uso. El Código Europeo determina por el contrario que la pensión podrá ser suspendida «en las prestaciones de supervivencia, tanto tiempo como la viuda viva en concubinato» (artículo 68.j). Y evidentemente los Estados ratificantes hace uso de tal posibilidad –por ejemplo, Reino Unido–.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional determinó a principios de los ochenta que era discriminatorio establecer requisitos adicionales a los viudos para acceder a la pensión¹⁸, de manera que pasaron a disfrutar la protección aseguradora en igualdad de condiciones que las viudas. Afortunadamente no suman demasiados, pues constituyen en torno a 200.000 frente a más de dos millones de viudas. Los pronunciamientos del TC llegaron demasiado pronto, pues con el cambio de siglo habrían sido diferentes, una vez consolidada la doctrina de las acciones positivas en toda Europa. Un trato favorable a las mujeres tiene ciertas justificaciones que ya no se discuten en su licitud. Como sucedió también con las madrugadoras sentencias sobre negociación colectiva de los funcionarios públicos o sobre el empleo de esquiroleros internos duran-

¹⁸ Sentencias TC 103 y 104 de 1983. El «viudo discriminado», como gráficamente escribía ALONSO OLEA, debía estar incapacitado para todo trabajo y depender económicamente de la causahabiente.

te una huelga, el argumentario de entonces se ha desgastado con el tiempo, e incluso ha quedado desbordado por la realidad, pero ha cerrado el paso a otras interpretaciones más actualizadas.

El resultado de cuanto acabamos de ver nos lleva a unas bolsas de pensionistas de viudedad que no necesitan de ellas y drenan gratuitamente las finanzas del gigante de pies de barro. Solo las viudas con necesidades económicas merecen la pensión, en tal caso en su modalidad no contributiva, al lado o en sustitución de la existente del 70 por 100 de la base reguladora para viudas con carencia de medios e hijos a cargo¹⁹. Para las restantes –los viudos habrían de quedar excluidos de la prestación– debería seguirse la orientación del Código Europeo: solo deberían merecer pensión contributiva del 40 por 100 cuando el causante hubiera cotizado quince años de carencia. Probablemente en tal caso obtendríamos una reducción de las pensiones similar a la ocurrida con el famoso cambio de nombre de las de invalidez en 1997. Lo cual habría de hacer frente, supongo, a la enconada oposición de las Asociaciones de Viudas.

Por otro lado, son plenamente ciertas las críticas de Tortuero y Gutiérrez-Solar a la exuberante generosidad del legislador para con toda persona que haya estado vinculada matrimonialmente en algún momento de su vida con el causante. Aunque el supuesto de hecho no sume cantidades elevadas, carece de sentido repartir la pensión con quienes estuvieron casadas *in illo tempore* y se divorciaron o anularon el matrimonio posteriormente, entre otras razones porque no pueden considerarse viudas o viudos si el vínculo conyu-

¹⁹ A favor de su naturaleza no contributiva, TORTUERO PLAZA, J.L., «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobreza», *Tribuna Social* 154 (2003), seguido por GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., «Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del artículo 174 LGSS (Comentario a la STS 4ª de 26 de mayo de 2004)», *Relaciones Laborales* 7 (2005), 66.

gal quedó disuelto. Y al cabo, «se reparte miseria», como indican los autores citados. De igual forma cabe poner en cuestión las irrisorias prestaciones para hijos menores de 18 años, que se amplían a los menores de 22 o 23 en ciertos casos, si tenemos en cuenta que el Código Europeo de Seguridad Social solo obliga a proteger de la muerte del causante a los «niños», entendiendo por tales a los menores de 15 años o en edad escolar²⁰.

2.4. Otras demasías de nación opulenta

Nos complace ser hidalgos y generosos a expensas del patrimonio de la Seguridad Social por la vía de adoptar soluciones radicales que nadie en Europa comparte. En un Sistema con grandes carencias que no pueden venir resueltas ante la falta de medios, el legislador avanza resueltamente a enfrentarse como Don Quijote con los molinos de viento marginando las grandes injusticias, llámense seguro de dependencia, carencia por maternidad o elevado umbral de la pensión de jubilación.

Veamos algunos casos que merecen una reforma.

1. El gasto sanitario se encuentra por las nubes, tanto en la vertiente farmacéutica como en la médica. Aunque la Sanidad detenta Sistema y legislación propios, y depende de un Ministerio distinto, atiende a una de las contingencias más importantes de la Seguridad Social y es visualizada por el gran público como parte de ésta. Paradójicamente se adopta ante sus dos vertientes una postura diametralmente opuesta en cuanto al copago, pues mientras que respecto a la atención farmacéutica se comprende y no se critica en absoluto la existencia de una muy elevada participación del beneficiario en el costo del producto —el 40 por 100 de ordinario—,

todo el mundo se rasga las vestiduras ante la mera posibilidad de implantar el copago en la atención médica y hospitalaria.

Vayamos por partes, porque el asunto lo merece. Acabo de mencionar la elevada participación del beneficiario en el gasto farmacéutico, y ello no es plenamente cierto, pues hay grandes lagunas de gratuidad por donde se cuela la yatrogenia hasta los niveles máximos. Los ocho millones de pensionistas gozan de exención, así como los enfermos hospitalizados en la red pública, y también respecto a los fármacos necesarios en la curación de riesgos profesionales, o a los requeridos por los minusválidos y los enfermos del síndrome tóxico. No es aceptable defender la participación de estos últimos, pero ¿nos hemos parado a pensar en el significado de la gratuidad para los demás grupos antecitados? En especial el enorme colectivo de pensionistas consume medicinas con precario control, no solo para sus necesidades, sino también para las de los familiares a cargo. El Real Decreto 945/1978, a pesar de las reformas sufridas, mantiene el ímpetu generoso de la transición a la democracia varias décadas después, cuando la normalización política está consolidada. Una aportación del 10 por 100, idéntica a la solicitada para las medicinas de uso frecuente, aplicada a pensionistas, inhibiría las tendencias hacia la yatrogenia que manifiesta el colectivo y reduciría una buena parte del gasto en cuestión.

La opinión pública rechaza enérgicamente cualquier participación del afectado en el gasto sanitario. En paralelo con ello, las consultas de los centros de salud rebosan de posibles pacientes que desean consultar la menor molestia al especialista, los hospitales ven colapsadas las urgencias y las plantas con multitud de pacientes y sus familiares, y las listas de espera en determinadas especialidades vanifica la necesaria eficacia del servicio público.

No sucede lo mismo en los demás países de la Unión Europea, donde junto a los defenso-

²⁰ Artículo 1.1.h, en relación con los artículos 60 y siguientes del Código mencionado.

res de la gratuidad a ultranza, como Dinamarca, Grecia, Irlanda, Países Bajos y Reino Unido, aparecen aquellos otros donde existe una participación del beneficiario, como Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo, Austria, Portugal, Finlandia y Suecia. En algunos casos la participación se limita a la medicina ambulatoria o a la hospitalaria, pero lo habitual consiste en el copago de ambas. Así, mientras Italia y Portugal solo requieren una aportación por acto médico (ambulatorio), Alemania en cambio solo pide una contribución durante los primeros catorce días de hospitalización, y los demás países del copago la requieren tanto para unos casos como para otros, aunque en la hospitalización haya un límite al cabo de los primeros días (Alemania y Austria), o sea para las enfermedades graves (Francia), o el montante se hace más liviano al cabo de tres meses de estancia (Bélgica, Finlandia), o, en fin, debe abonarse durante todo el proceso hospitalario (Suecia, Luxemburgo)²¹.

Creo que no debe asustarnos implantar el copago en España para mejorar el servicio tanto como para lograr el equilibrio financiero. Una participación mínima de un euro, o quizá proporcional en función de los ingresos ahuyentaría a los falsos enfermos que, como los falsos autónomos en el Derecho del Trabajo, oscurecen la visión y dificultan el diagnóstico. Nos ubicaríamos con la mayoría de países de la Unión, y no precisamente con los menos serios o antisociales, pues hablo de Suecia, Finlandia, Francia o Alemania, entre otros.

2. Las bajas temporales por enfermedad o accidente, el absentismo por morbilidad en la empresa, alcanza elevadas cotas en nuestro país, a lo cual se une un dato inquietante: ocupamos el primer lugar europeo en acci-

dentos de trabajo²², a despecho de una legislación muy moderna en la que, después del Decreto de coordinación de actividades preventivas, poco ha quedado por regular. Un tercer dato empeora todavía más el panorama: aunque haya descendido en los últimos tiempos²³, desde 1993 aumenta el porcentaje de accidentes laborales en un 9 o un 10 por ciento más, excediendo de la increíble cifra del millón de accidentes de trabajo con baja por año, que asciende a cerca de los dos millones de accidentes de trabajo si contabilizamos los sin baja²⁴, y a una cifra indescriptible si tratamos de ponderar todo el conjunto de accidentes, laborales y no laborales.

Desde la perspectiva de la Seguridad Social, la consideración de las bajas (incapacidad temporal) como de una u otra clase no resulta neutral, desde el momento en que las debidas a riesgo profesional obtienen una mayor cobertura económica. En el importante Informe Durán aparecen una serie de propuestas de reforma, en su mayor parte acertadas, mirantes a reducir la siniestralidad laboral tanto desde su incidencia real como desde la consideración jurídica de los *in itinere*, las enfermedades del trabajo, las intercurrentes, etc.²⁵. La idea consiste en derivar a la consideración como riesgos comunes una buena parte de los laborales, amén de tratar de evitar la producción de estos últimos. Dicho en otros términos, una buena parte de la siniestralidad laboral depende de la calificación jurídica, que ya desde la legislación o

²¹ Los datos pueden verse en Commission Européenne, *La protection sociale dans les États membres de l'UE et de l'Espace économique européenne*. MISSOC, *Système mutuel d'information sur la protection sociale*, Luxemburgo 2000, 163 ss.

²² Consejo Económico y Social, *España 2003. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*, Madrid 2004, pág. 375. Sin embargo hasta 1996 ocupaba el segundo lugar, detrás de Portugal: CES, *ibidem*, págs. 123 y 125.

²³ En el 2002 y 2003, aunque continúa el ascenso en los accidentes *in itinere* y las enfermedades profesionales.

²⁴ MTAS, *Anuario 2001*, cit., pág. 568.

²⁵ DURÁN LÓPEZ, F. (Coord.), *Informe sobre los riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, Presidencia del Gobierno, Madrid 2001, págs. 240 ss.

desde la jurisprudencia se ha ido ampliando como consecuencia del mejor trato de que se benefician. Un mejor trato, parece innecesario apostillar, cargado a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Una de tales motivaciones jurídicas de la alta siniestralidad laboral española está pasando desapercibida a pesar de influir, en mi opinión, de manera sobresaliente en el incremento de las cifras y los costos. Una reforma del artículo 131.1 LGSS por obra del Real Decreto-Ley 5/1992, de Medidas Presupuestarias Urgentes, introdujo una notable distorsión en el mecanismo recaudatorio al determinar la obligación del empresario de abonar directamente los días cuarto al decimoquinto de la baja cuando la misma fuera debida a riesgos comunes. Aparentemente la fórmula allegaba recursos al Sistema, y las sentencias TC 37/1994 y 129/1994 la respaldaron al declararlas conformes a la Constitución. En otros países, como Alemania o Reino Unido, el pago directo por el empresario alcanza todavía un mayor espacio temporal. Sin embargo el elemento de distorsión comenzó a influir desde el principio, cooperando a los aumentos porcentuales de los años noventa y siguientes. Se trata de que el pago directo del empresario ocurre cuando el riesgo causante es común, no cuando es profesional. Y como en tal caso el empresario debe pagar doce días de prestación de su bolsillo, tendrá un fuerte interés en que se declare el accidente o la enfermedad como de trabajo, y no al revés, en lo que confluirá con el trabajador ante la perspectiva de una más elevada prestación, como hemos visto. Como dice el Informe Durán, «estas diferencias en el régimen protector son susceptibles de provocar un incremento interesado de los accidentes declarados como laborales, dado que, por las razones expuestas, de dicha declaración pueden extraer ventajas tanto el trabajador como el empresario»²⁶.

²⁶ Informe cit., pág. 243.

La respuesta adecuada no parece ir en el sentido de repartir a partes iguales el pago directo del empresario entre las bajas laborales y las comunes: si hay alguna razón para imputar el costo por encima de la cobertura aseguratoria general, esa debe estar en la mayor conexión del empresario con un tipo de ambiente, o si de quiere en otras palabras, como objetivación de la *culpa in vigilando*. No tiene sentido hacerle pagar por un accidente común ocurrido fuera de su empresa y del trabajo, cuando el trabajador se disloca un tobillo haciendo deporte. Por el contrario, si el tobillo se lo ha dislocado en la fábrica, en tal caso cobra plena significación el obligar al empresario a pagar los primeros días de baja. Los doce días abonados por el empresario, en consecuencia, deben ir íntegramente a las incapacidades por causa laboral, y será entonces cuando veremos descender en alguna medida la alta siniestralidad en el trabajo. Sin duda que correlativamente aumentará la siniestralidad común, pero como ya hemos visto es bastante más barata y, sobre todo, corresponde más a la realidad.

3. Las prestaciones y subsidios por desempleo no llegan a proteger al 60 por 100 de la población activa en paro, por lo cual muestran un agujero en la cobertura de más del 40 por 100. La elevada carencia mínima, de 360 días en los últimos seis años, parece incidir en el fenómeno, desde que vino duplicada por la actual LGSS 1/1994²⁷. Por ello, no cabe afirmar el gasto excesivo, sino el gasto desviado de los recursos disponibles. El cual procede de

²⁷ Claro que la Ley 31/1984, de Protección por Desempleo, y su Reglamento 625/1985, otorgaban por 180 días de carencia solo 90 días de prestación: cfr. la versión original del art. 3 de este último RD. Sin embargo un año es la carencia habitual en la Unión Europea, pues la tienen Alemania, Austria, Dinamarca, Italia y Gran Bretaña, frente a países con menor carencia como Bélgica (312 días), Finlandia (43 semanas), Francia (4 meses), Grecia (125 días), Holanda (seis meses y medio), Irlanda (diez meses), Luxemburgo (seis meses y medio), y Suecia (6 meses), o con carencia superior, como Portugal (540 días): MISSOC, cit., págs. 534 ss.

la frecuencia con que las empresas acuden a extinguir la relación laboral para aumentar sus márgenes de beneficio, o dicho en palabras del artículo 51 ET, para «garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos», o en el texto del artículo 52 ET, «para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos». A pesar de las resistencias que el INEM opone al uso distorsionado de sus mecanismos protectores, las empresas ofertan la extinción de los contratos mediante indemnizaciones suplementarias a la prestación y al subsidio por desempleo en la manera de todos conocida, forzando a un gasto superfluo de la Seguridad Social. La obligación de suscribir un convenio especial financiado por tales empresas para los trabajadores mayores de 55 años incurso en los expedientes de regulación de empleo parece simplemente haber repercutido en un descenso de las cantidades adicionales pagadas al trabajador para su cese²⁸.

3. LAS INSUFICIENCIAS ESPAÑOLAS

De producirse las economías sugeridas en las páginas anteriores, no todo habría de ir a engrosar el Fondo de Reserva o el déficit de los Presupuestos Generales del Estado. Cuanto he tratado de demostrar hasta ahora consistía en visualizar que la Seguridad Social goza de buena salud, aunque sufra cargas inapropiadas. Si le quitamos lastre podríamos avanzar por el buen camino para hacerla aún más saludable y vigorosa en su función, que es la de proteger al ciudadano frente a las contingencias sociales. Un gran alivio proviene ya del fuerte aumento de las afiliaciones y del

fuerte descenso del paro²⁹. Todavía resuenan en nuestros oídos las palabras de los expertos comunitarios en su informe de 1993, cuando aseveraban en la versión inglesa –la española vino convenientemente edulcorada– que España, Portugal y Grecia tenían una Seguridad Social *still in its infancy*³⁰. Veamos algunos posibles destinos de los excedentes:

3.1. El carácter contributivo de las prestaciones por maternidad y riesgo por embarazo

En un país con uno de los índices de natalidad más bajos del mundo, donde la población envejece tanto por la longevidad de sus ancianos como por la falta de nacimientos, las prestaciones por maternidad tienen carácter rigurosamente contributivo y solo se conceden previa cotización de 180 días en los últimos cinco años. Los cuatro meses de descanso por maternidad, o los nueve por riesgo durante el embarazo, merecerán una cobertura económica solo, y en tanto que, la trabajadora haya realizado dichas contribuciones. De otra forma se dará la paradoja de que habrá de descansar para cuidar del hijo o para no perder el feto, pero sin otra fuente de ingresos que la obtenible de sus ahorros, su entorno familiar o la caridad. Los estudios especializados sobre esta contingencia pasan de puntillas sobre la pregunta de si, acuciada por las necesidades alimenticias tanto de ella como del niño o niños, podría volver al trabajo a pesar de todo, dejando al niño en la casa o aceptando implícitamente el aborto por las contrarias condiciones del empleo. El artículo

²⁹ Que en 1993 suponía el doble de gasto en prestaciones por desempleo que en los demás países de la UE, suponiendo el 20 por 100 del gasto total de la Seguridad Social, según Comisión Europea, *Europe Social Protection Report*, Luxemburgo 1995, pág. 11.

³⁰ En la versión española se decía que «el sistema se encuentra todavía en su fase inicial»: Comisión Europea, *La protección social en Europa*, COM(93)531 final, Luxemburgo 1993, pág. 16.

²⁸ Artículo 51.15, introducido por la Ley 35/2002, y Disposición Adicional 31 LGSS.

48.4 ET utiliza una redacción imperativa al referirse al permiso de cuatro meses por maternidad, pues dice que «en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciseis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo».

Sin duda existe la posibilidad de transferir al padre el cuidado del recién nacido, si el padre se presta a ello o meramente se encuentra disponible. Cabe también negociar con el empresario el disfrute a tiempo parcial del permiso, aunque supeditado a la aceptación de la contraparte y excluyendo las seis semanas de descanso *obligatorio* posterior al parto³¹. De cualquier modo siempre quedarán una serie de casos en donde la madre tendrá que optar entre subvenir al sustento o atender al nasciturus o al nacido. El régimen de las familias monoparentales, a pesar de la Directiva 92/85/CEE, se encuentra todavía en un estado embrionario en algunos países de la UE y el EEE, como lo demuestra la exigencia de cotizaciones previas, todavía más en un país con el mínimo índice de natalidad de España. Por ello que deba defenderse la exoneración del requisito de carencia y del de alta, de manera similar a como ocurre en Países Bajos o en Italia, o quizá exigir algún período de residencia, como en Finlandia o Islandia, o en fin, distinguir al menos entre una prestación contributiva y otra no contributiva (subsidio) como en Suecia, Noruega o Luxemburgo.

3.2. El seguro de dependencia

En España queda garantizada una parte de la prestación por gran invalidez para el

³¹ La expresión «descanso obligatorio» durante las seis semanas posteriores al parto se encuentra tanto en el art. 48.4 ET como en la Disposición Adicional 1ª RD 1251/2001, donde se encuentra la prohibición de disfrutar a tiempo parcial en ese período el descanso por maternidad.

pago de un tercero que cuide de los 24.000 afectados³², como también sucede para los grandes minusválidos, pero el reto se encuentra en los 1,6 millones de ancianos dependientes de sus familiares que a lo sumo reciben una pensión de jubilación y no pueden acogerse a una residencia adecuada a sus necesidades³³. El proyecto de Ley de Dependencia prometido por el Gobierno habrá de superar el enorme problema financiero de mantener una asistencia digna para estos mayores dependientes, que en la mayor parte de la UE-15 obtienen algún tipo de prestación económica o en especie.

3.3. El umbral de carencia para la pensión de jubilación

Aun cuando pueda parecer adecuado exigir quince años de carencia previa para la pensión contributiva de jubilación, en no pocos casos supone un nivel inalcanzable para los peticionarios, que pueden haber cotizado, por ejemplo, catorce años y ver que su derecho a prestaciones es nulo. Las dificultades aumentarán a medida que el legislador pierda el sentimiento de culpa por haber pasado a duplicar tal carencia a cinco años en 1939 (SOVI), de nuevo duplicarla a diez en 1966 (LSS) y aumentarla un 50 por 100 en 1985 (Ley 26/1985). Las ventajas concedidas a quienes trabajaron bajo el régimen del Retiro Obrero, el SOVI o las leyes antecitadas, bien bajo la figura de cotizaciones ficticias, cotizaciones asignadas, jubilaciones especiales o jubilaciones anticipadas, cada vez afectarán a menos afiliados y los demás habrán de enfrentarse a la dureza de tan elevado umbral sin peldaños de ayuda. Precisamente la crítica de los informes de la Comisión Europea sobre España, Portugal y Grecia consiste en advertir de la relativa generosidad de las pensiones pero al mismo tiempo de la existencia de amplias lagunas de cobertura, tan-

³² Cfr. MTAS, *Anuario 2001, cit.*, pág. 863.

³³ Datos del El País de 11 de octubre de 2004.

to por no disponer de un régimen de renta garantizada general, como por los elevados requisitos de algunas prestaciones. En la Unión Europea solo España, Austria y Portugal exigen quince años, siendo lo común entre tres y cinco años de cotizaciones o de residencia en el país³⁴.

A mi juicio el umbral es excesivo porque puede dar al traste con muchos años de cotización sin obtener a cambio lo más importante de un sistema público como el que comentamos, esto es, una pensión. No en balde la mayor parte de los países de nuestro entorno establecen una carencia muy inferior, a la que asignan desde luego una pensión proporcional, escasa si se quiere, pero dentro de la filosofía del sinalagma. Algo se ha avanzado, empero, con la trampa saducea de la carencia específica en las Leyes 26/1985 y 24/1997 al ampliar el período de cómputo. Así como en la transcripción legislativa de la doctrina del paréntesis («desde que cesó la obligación de cotizar»), aunque todavía podemos encontrar sorpresas como la contemplada por la sentencia TS 15 de marzo de 2004 (recurso 332/2003) para la carencia específica de la incapacidad permanente³⁵.

Desde otro punto de vista, la pensión de jubilación presenta otro flanco débil en la cadencia de los aumentos de pensión a segundas de los años cotizados. Me refiero al momento en que el afiliado, después de los quince años de espera, comienza a generar un derecho a pensión a tenor del período de carencia. En la situación actual el incremen-

to por años cotizados adopta la fórmula numérica, si se me permite la filigrana aritmética, de 03202, es decir, después de quince años de espera, un 3 por 100 por cada año cotizado de los 16 a los 25, un 2 por 100 de los 26 a los 35, nuevamente una espera desde los 36 años de cotización, y, eventualmente para quienes continúan trabajando con 65 años de edad, un 2 por 100 otros cinco años más. Tengo para mí que la cadencia adquisitiva indicada produce el efecto de desincentivar la continuidad en la vida activa, pues si suponemos que un afiliado ha comenzado a trabajar con veinte años, alcanzará la plena cotización y el 100 por 100 de la pensión con 55 años de edad, de donde todavía seguirá cotizando diez años más sin que ello repercuta lo más mínimo en la cuantía de su pensión. Por supuesto que las cotizaciones afectarán a su derecho a otras prestaciones y pensiones, pero la de jubilación permanecerá inalterable en el porcentaje alcanzado con los 55 años. Junto a ello, el afiliado advertirá que su mejor período adquisitivo se encuentra entre los 36 y 45 años de edad, justamente cuando la cotización le ha proporcionado un 3 por 100 de aumento cada año. Pero a partir de los 46, cuando el trabajo comienza a hacerse sentir, solo va a generar un 2 por 100 de aumento cada año, y a cesar en absoluto de repercutir, como decía, no bien cumpla los 56.

A mi modo de ver habría que conjugar el adelanto del umbral del derecho con el mantenimiento del aliciente, progresiva, y no regresivamente concebido, a una cuantía mayor de la pensión. Por eso una fórmula adecuada podría ser la de 01231, en donde el derecho naciera con los cinco años cotizados, otorgando con tal mínimo una cuantía del 25 por 100 y aumentado un 1 por 100 durante los diez primeros años, un 2 por 100 en los otros diez, un 3 por 100 en la década siguiente, y un 1 por 100, para terminar, en el resto de vida activa.

Los comentados hasta aquí no son los únicos desafíos del Sistema de Seguridad Social,

³⁴ Vide Comisión Europea, *La protection sociale dans les États membres de l'UE et de l'Espace économique européen*, Bruselas 2000, y Ojeda Avilés, *El Sistema Común Europeo de Seguridad Social*, Tirant, Valencia 1997.

³⁵ Incapacitado permanente absoluto al que el INSS revoca la pensión por no haber cubierto la carencia específica, dado que siete de los últimos diez años los había pasado en prisión. El TS aplica la doctrina del paréntesis para rebatir la aplicación literal del artículo 138 LGSS.

obviamente. Junto a muchos otros de índole interna, habría de mencionar los relativos a nuestra pertenencia a la Unión Europea, como por ejemplo las repercusiones del nuevo Reglamento europeo de Seguridad Social 883/2004, o nuestra pertenencia al Consejo de Europa y el grado de cumplimiento del

Código Europeo de Seguridad Social, varias veces mencionado en las líneas anteriores. Pero como ya dijo Berenstein, lo importante es el camino, no la meta, y con estas líneas espero haber contribuido con mis modestas fuerzas a aclarar algunos aspectos del futuro de la Seguridad Social.

RESUMEN Las proyecciones económicas sobre el futuro de la Seguridad Social insisten en la quiebra del Sistema pensionístico en torno al 2050 a causa del envejecimiento imparable de la población de nuestro país. En el presente estudio se llega a la conclusión de que, con independencia de lo acertado o no de las proyecciones lineales y las rigideces legales que sustentan el pesimismo, nuestro Sistema presenta holguras cuyo ajuste permitiría equilibrar la financiación sin necesidad de acudir a reformas sustantivas como la abolición del principio de reparto.