

**LUCES Y SOMBRAS EN RELACIÓN AL FUTURO DE LAS PRESTACIONES.
A PROPÓSITO DE LA LEY DE GARANTÍA DEL PODER ADQUISITIVO DE
LAS PENSIONES Y DE OTRAS MEDIDAS DE REFUERZO DE LA
SOSTENIBILIDAD FINANCIERA Y SOCIAL DEL SISTEMA PÚBLICO DE
PENSIONES**

Javier León Iglesias

Abogado. Doctor en Medicina

Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

Abstract

La nueva reforma del sistema de pensiones, retoma su revalorización a partir de la evolución de la inflación e introduce el “mecanismo de equidad intergeneracional”, a la vez que pretende desincentivar diferentes modalidades de jubilación anticipada, con epicentro en la voluntaria, y fomentar los tipos legales que retrasan la edad de jubilación ordinaria. Un modelo basado en estadísticas económicas, pero que da la espalda a otros condicionantes: características de los puestos de trabajo o perspectiva de género. Finalmente, se equiparan parcialmente las parejas de hecho con los matrimonios, a efectos de la pensión de viudedad.

The latest reform of the pension system brings back the revaluation rate for pensions in line with the rate of inflation and introduces the “mechanism of intergenerational equity factor”, while discouraging all the different forms of early retirement, focusing on the voluntary retirement option, and promoting those state allowances that help delay the ordinary retirement age. This is a model based on economic statistics, but a model that turns its back on other requirements needed to ensure the extension of working life (i.e., characteristics of the job itself or gender perspective); the benefits of common law partnerships are partially equated with those of married couples when calculating bereavement support (previously known as the widow’s pension).

Title: Lights and shadows of the future of government benefits. Considerations on the Law to guarantee the purchasing power of pensioners and other measures to reinforce the financial and social sustainability of the public pension system

IUSLabor 1/2022, ISSN 1699-2938, p. 297-324

DOI. 10.31009/IUSLabor.2022.i01.10

Fecha envío: 11.2.2022 | Fecha aceptación: 25.2.2022

Palabras clave: reforma de pensiones, mecanismo de equidad intergeneracional, jubilación, factores ocupacionales, mujer, viudedad, parejas de hecho.

Key words: pension system reform, mechanism of intergenerational equity, retirement, occupational factors, women, widowhood, common law partners

Sumario

1. Introducción: el problema viene de lejos
2. Superando el factor de sostenibilidad: el mecanismo de equidad intergeneracional, y la revalorización y garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones
3. Incentivos a las cuotas de cotización vinculados al factor edad
4. Jubilación anticipada en sus modalidades de “por razón de la actividad” y “discapacidad”. La esperanza de vida de las personas con el 45 % o más de discapacidad
5. La jubilación anticipada en sus tipologías de forzosa y voluntaria. Aspectos de salud laboral y ocupacionales de la mujer trabajadora, que no se han tenido en cuenta en el ámbito voluntario
6. Fomentando el retraso en el acceso a la jubilación más allá de su edad legal. Especial atención a la jubilación demorada
7. Prohibición dirigida a los convenios colectivos
8. Parejas de hecho y viudedad
9. Conclusiones
10. Bibliografía

1. Introducción: el problema viene de lejos

En cumplimiento, por parte de nuestro país, de aquello a lo que se comprometió con la Unión Europea en el marco del Plan de recuperación, transformación y resiliencia, y fruto del acuerdo con los principales agentes sociales -CEOE, Cepyme, CC.OO. y UGT-, el 19 de noviembre de 2020 el Congreso de los Diputados aprobó el informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, que dio lugar a la actual Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones¹, la cual entró en vigor el 1 de enero de 2022.

Desde la aprobación de su anteproyecto, los medios de comunicación ya se habían hecho eco del problema que, para la sostenibilidad futura de las pensiones, suponía la irrupción de los llamados *baby boomers*, que cita expresamente la exposición de motivos de la nueva ley, que son aquellas personas nacidas entre 1958 y 1977, y que previsiblemente se jubilarán entre 2040 y 2050², a pesar de que hay trabajos que matizan la alarma que tal circunstancia demográfica puede producir en el Estado español, en contraposición con el problema suscitado en otros países como Estados Unidos, Canadá, Australia o Noruega³. De cualquier forma, son dos los riesgos a los que se enfrentaría el sistema público de la Seguridad Social⁴: a) el demográfico, consistente en la disminución de la tasa de fertilidad -y, por ende, de natalidad-, con un promedio que no llega a 1,5 hijos por mujer desde mitad de la década de los ochenta⁵, así como en el incremento de la esperanza de vida y, también, de dependencia; y b) el que trae causa en la insolvencia financiera del sistema -desfase entre las cotizaciones y los potenciales beneficiarios-.

Para intentar solventar la problemática planteada, el legislador ha recurrido, en primer término, a la reforma de la jubilación anticipada voluntaria, revisando sus coeficientes reductores aplicables, para -se indica expresamente en la exposición de motivos-, promover la jubilación a edades más próximas a la edad legal de jubilación, a la vez de favorecer las carreras de cotización más largas. A su vez, se ofrecen distintos incentivos en el marco de la jubilación demorada -que serán debidamente analizados en este trabajo-

¹ BOE de 29 de diciembre de 2021, nº 312.

² CÓRDOBA BUENO, Miguel, FERNÁNDEZ-AVILÉS CALDERÓN, Gema y GARCÍA CENTENO, María Carmen, “¿Se está adelantando el sistema español de pensiones en zona sísmica?”, *Estudios de economía aplicada*, nº 33-3, 2015, p. 741.

³ GARCÍA PÉREZ, José, “La jubilación de la generación baby boom: una realidad coyuntural”, *Revista de derecho de la seguridad social, Laborum*, nº 24, 2020, p. 81.

⁴ SIMOES MATOS DOS SANTOS, Tania Cristina, “Solvencia financiera de los sistemas de pensiones de la Unión Europea”, Universidad de Extremadura (tesis doctoral), 2010.

⁵ ESTEVE, Albert, DEVOLDER, Daniel, RENTERÍA, Elisenda *et al*, “La sostenibilidad demográfica del sistema de pensiones en España”, *Panorama social*, nº 28, 2018, p. 162.

y se prohíben cláusulas en los convenios colectivos que establezcan la jubilación forzosa de los trabajadores antes de los 68 años.

La doctrina no es, sin embargo, unánime a la hora de considerar tales medidas tendentes al retraso en el acceso a la prestación de jubilación, como las más óptimas, o -al menos- como las únicas posibles para reconducir la situación. La opinión mayoritaria pone en valor la innovación social y política⁶, avanzar en la previsión social privada como complemento de las pensiones públicas⁷ -lo que genera muchas dudas a los expertos-⁸, y distintas mejoras en las relaciones laborales, con repercusión en la cuantía de las cotizaciones⁹ -incremento de la productividad y de los salarios, o creación y estabilidad en el empleo-, cuestionándose los autores, además, si no sería factible financiar las cotizaciones sociales con cargo a los presupuestos públicos, como ocurre ya con las pensiones no contributivas y las derivadas de la dependencia.

A todo ello debe añadirse un principio básico, cual es que, en nuestro sistema público de Seguridad Social, el eje fundamental y protagonista del sistema contributivo de protección se asienta, principalmente, en la jubilación¹⁰. La evidente y abrumadora mayoría de potenciales beneficiarios de esta prestación -anudada a los problemas que nos ocupan-, comparada con el resto de las pensiones, avala tal conclusión y, por tanto, de la incesante labor legislativa en este sentido.

Cualquiera que fuera el modelo de financiación-protección que se pudiera adoptar *de lege ferenda*, lo cierto es que los datos actuales muestran cambios evidentes que requieren de regulación legal: en solo una década, el número de pensionistas se incrementó en un

⁶ FERNÁNDEZ CORDÓN, Juan Antonio, “La demografía de las pensiones”, *Temas para el debate*, nº 263, 2016, p. 28.

⁷ GUTIÉRREZ BENGOETXEA, Miguel, “La sostenibilidad de las pensiones públicas en un estado de bienestar social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 2, 2017, p. 92.

⁸ A este respecto, SÁNCHEZ NAVARRO, Domingo, “La gestión de la Seguridad Social en España”, Madrid, Consejo Económico y Social, 2003, p. 86 y 87, quien transcribe los resultados de una encuesta realizada, ya en 1982, a catedráticos y profesores de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, quienes respondieron mayoritariamente que los principios de lucro que persigue el sector privado casa mal con el principio de solidaridad de las pensiones, lo que supondría una medida regresiva, que, de materializarse, debería estar presidida por la prohibición del lucro mercantil.

⁹ RIQUELME PEREA, Prudencio José y MANZANARES GUTIÉRREZ Ángel, “La viabilidad del sistema público de pensiones: cuestiones actuales”, *Revista de Derecho social y empresa*, nº 10, 2019, p. 214-230.

¹⁰ LEÓN IGLESIAS, Javier, “Seguridad Social. Metodología para el estudio de su acción protectora”, Madrid, Tecnos, 1ª ed., 2020, p. 131.

13,97%¹¹, o, incluso, en estadísticas realizadas en el período 2012-2014¹², se previó que la cobertura del desajuste entre el número de cotizantes y de pensionistas, originaría el agotamiento del fondo de reserva en 2019, lo cual -afortunadamente- no se cumplió, pues, como bien es sabido, el citado fondo cerró 2020 situado en los 2138 millones de euros, según el informe anual sobre el mecanismo remitido al Congreso.

Un problema de claro origen multifactorial. Como acertadamente recuerda el profesor Alfredo MONTOYA MELGAR¹³, *“pocos temas de Seguridad Social como el de la jubilación, aparece como encrucijada de las diversas perspectivas que pueden adoptarse para estudiar un fenómeno humano: Historia, Psicología, Economía, Sociología, Medicina, Religión, Política, Demografía, Geografía Humana, etc.”*.

El resto de medidas que contempla la norma, no guardan tanta relación con la sostenibilidad del sistema, y sí con la ampliación de supuestos de acceso a determinadas modalidades prestacionales -jubilación anticipada involuntaria- y de mantenimiento del poder adquisitivo de los perceptores de la pensión correspondiente -actualización anual a partir de la inflación del ejercicio anterior-, cuestión ésta que ha estado sometida a continuo debate, con indudables tintes políticos, desde la anterior reforma de la Ley General de la Seguridad Social -Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, en adelante LRFS¹⁴-, de la que tratará el apéndice correspondiente del presente artículo. Eso sí, se construye el controvertido mecanismo de equidad intergeneracional, que traslada la carga de la subsistencia del sistema a empresarios y cotizantes.

Se abordarán, además, algunas circunstancias que se introducen sigilosamente en el texto legal, en lo concerniente a la mujer trabajadora. En el ámbito de la jubilación anticipada, se atiende al cómputo de los períodos dedicados al servicio social sustitutorio, para cumplir con los períodos de cotización requeridos. En cambio, se obvia la regulación de las dificultades que, determinadas cotizantes mujeres, vienen presentando para cumplir con el requisito legal de superación de la cuantía mínima, previsto para la pensión de jubilación anticipada voluntaria, a pesar del reciente debate judicial al respecto. Se efectúa, asimismo, una reforma de la pensión de viudedad, dirigida a las parejas de hecho, introducida en trámite parlamentario, y sin siquiera mención en la exposición de motivos.

¹¹ *Ob cit.* RIQUELME PEREA, Prudencio José y MANZANARES GUTIÉRREZ, Ángel, “La viabilidad del sistema público de pensiones: cuestiones actuales”.

¹² *Ob cit.* CÓRDOBA BUENO, Miguel, FERNÁNDEZ-AVILÉS CALDERÓN, Gema y GARCÍA CENTENO, María Carmen, “¿Se está adentrando el sistema español de pensiones en zona sísmica?”.

¹³ MONTOYA MELGAR, Alfredo (Dir.), “Curso de Seguridad Social”, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 3ª ed., 2005, p. 667 y 668.

¹⁴ BOE de 26 diciembre de 2013, nº 309.

Se cuestionarán, finalmente, distintas variables que no ha tenido en cuenta el texto legal, centrado en la sostenibilidad financiera del sistema: tienen que ver con las aptitudes físicas y psicológicas con las que previsiblemente contarán los trabajadores al alcanzar las edades a las que se pretende prolongar su trabajo, las tareas y requerimientos de la modalidad profesional que se desempeña en cada caso, las condiciones de penosidad que pudieran conllevar, etc.; datos, todos ellos, en los que asumiría un papel protagonista la disciplina de Salud Laboral. Parece que la regulación actual de la jubilación anticipada por razón de la actividad, no resulta suficiente a tales efectos, máxime cuando se traslada su regulación a futuro -remisión a lo que reglamentariamente se determine, se expresa en la exposición de motivos-.

2. Superando el factor de sostenibilidad: el mecanismo de equidad intergeneracional, y la revalorización y garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones

En el contexto del que bien puede considerarse el epicentro de la reforma, se otorga un nuevo contenido al artículo 58 del Real Decreto-legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹⁵ -en adelante LGSS-, cuyos apartados segundo y tercero determinan que *“las pensiones de Seguridad Social, en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del índice de precios al consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior”*; *“si el valor medio al que se refiere el apartado anterior fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año”*. Tales previsiones se extrapolan a las clases pasivas del Estado.

De esta forma, se supera -y deroga expresamente- el anterior sistema de revalorización, asociado al factor de sostenibilidad, incorporado a la LGSS a través de la LRFS -suspendido desde 2018-, el cual incluía una compleja regla matemática encaminada a contribuir, por los pensionistas, a la sostenibilidad financiera del sistema, en función de los ingresos que recibe el sistema público de Seguridad Social, así como de la estadística de pensiones contributivas y del gasto que éstas acarrearán.

Ahora la disposición final cuarta prevé su sustitución por el denominado “mecanismo de equidad intergeneracional”, que operará a partir de 2023, y que conllevará una aportación de 0,6 puntos porcentuales a la cotización por contingencias comunes, distribuida entre

¹⁵ BOE de 31 octubre de 2015, nº 261.

empresa y trabajador -y no con cargo al pensionista, como ocurría antaño-, que irá a parar al fondo de reserva de la Seguridad Social, en orden a paliar las desviaciones en el gasto prestacional. Con ello, se pretende repartir entre las generaciones el esfuerzo por reforzar a largo plazo el sistema.

Ahora bien, este modelo poco tiene de novedoso, teniendo en cuenta que, ya a mitad de la década pasada, empezaban a valorarse sus ventajas de cara a la recaudación (si bien proponiendo una subida superior de los tipos de cotización -2 %-)¹⁶, pero también sus inconvenientes (repercusiones negativas sobre el empleo).

El mecanismo se mantendrá hasta 2032, y, a partir de ese año, se comprobará de manera trienal si, en atención a distintas previsiones europeas, el nivel de gasto en 2050 supera los umbrales correspondientes. De esta forma, en el año siguiente -2033-: a) si no los supera, no se seguirá aplicando el mecanismo, proponiéndose la utilización de los recursos del fondo de reserva para reducir cotizaciones o mejorar la cuantía de las pensiones, y b) si los supera, se aplicarán dichos recursos, con un límite del 0,2 % del producto interior bruto, para la financiación de las prestaciones contributivas y, de desviarse el anterior límite, o agotados los montantes del fondo de reserva, se planteará minorar el gasto en pensiones, aumentar los tipos de cotización o ambas fórmulas.

El sistema de revalorización primigenio fue valorado por la doctrina de manera disímil. Así, para algunos autores¹⁷ la citada sostenibilidad financiera se enmarcaba en un modelo de capitalización propia del seguro privado, que no se ajustaba a la idea de reparto que inspira nuestro sistema, mientras que otros no mostraban un rechazo tan frontal, bien haciendo referencia a lo operado en otros países (Finlandia, con un sistema mixto basado en el incremento de salarios o la evolución de los precios, o Austria, que optó por revalorizar las pensiones de mayor importe con una tasa menor respecto a las pensiones más reducidas)¹⁸, o bien proponiendo la financiación de las pensiones de orfandad y viudedad con impuestos¹⁹.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ BERNAT, Juan Antonio, “La sostenibilidad de las pensiones públicas”, Madrid, Tecnos, 1ª ed., 2014, p. 42, 166 y 167.

¹⁷ GALA DURÁN, Carolina, “Un nuevo modelo de pensión de jubilación: el impacto del índice de revalorización anual y del factor de sostenibilidad”, *IUSLabor*, nº 1, 2014, p. 9; La autora pone el siguiente ejemplo que redundaría en detrimento del pensionista de jubilación: una persona que, por ejemplo, se jubile en 2035, recibirá una prestación equivalente a la de las personas que se jubilaron antes (v.g. en el año 2020).

¹⁸ *Ob cit.* SIMOES MATOS DOS SANTOS, Tania Cristina, “Solvencia financiera de los sistemas de pensiones de la Unión Europea”.

¹⁹ DEVESA CARPIO, José Enrique, DEVESA CARPIO, Mar, MENEU GAYA, Robert *et al*, “El índice de revalorización de las pensiones (IRP) y su impacto sobre el sistema de pensiones español”, *Revista de Economía aplicada*, nº 68, 2015, p. 122.

A esto último parece que deja una puerta abierta el legislador, pues la disposición adicional sexta dispone de que en el plazo de un mes, desde la aprobación de esta ley, el Gobierno encargará la elaboración de un informe de auditoría, en el lapso temporal comprendido entre 1967 y 2019, en relación a los ingresos procedentes de cotizaciones sociales y a los gastos en pensiones, en su modalidad contributiva y no contributiva -v.g. para la transferencia económica del Estado al presupuesto de la Seguridad Social, en orden a la financiación del coste de la jubilación anticipada voluntaria, por remisión a la disposición adicional trigésimo segunda de la LGSS, en su nueva redacción-. Desde esta perspectiva, nuestro modelo seguiría una línea continuista con lo operado en otros países de la Unión Europea, como Alemania (la financiación vía impuestos llega a casi el 30 %) o Dinamarca (en torno al 60 %)²⁰, y ello a partir de las directrices de la Unión Europea -con claros criterios de austeridad desde 2010-, que instan a los Estados miembros a realizar reformas que garanticen pensiones adecuadas con carácter sostenible, afrontando así los cambios demográficos²¹.

Otros países de la Unión, han dado un paso más. Polonia o Italia, han seguido un modelo diseñado originariamente por Suecia²²: el denominado como de cuentas nocionales y mecanismos de balance automático. Aprobado en 1998, y de naturaleza mixta (contribución-reparto, público-privado), consiste en que, de las cuotas de cotización, se destina un porcentaje importante (un 16% del total de la cuota del 18,5%, en el ejemplo sueco) a una cuenta nocional que gestiona el Estado (en el marco de su sistema público de pensiones), mientras que el 2,5% restante se dirige a un sistema de capitalización privada (planes de pensiones privados, admitiéndose, también, a elección del asegurado, el destino de tal montante económico a un fondo público, en el que será el propio Estado el que realizará las inversiones oportunas). Consecuencia de todo ello es que el importe de la pensión correspondiente, será, de una parte, el resultado de la división de lo que aparece anotado en las denominadas “cuentas nocionales”, y los años de esperanza de vida de la generación de que se trate, y, de la otra, lo que deriva de la capitalización del fondo de pensiones privado.

Este último sistema mixto, que también se promueve desde las instituciones de la Unión, tiene a día de hoy difícil encaje en nuestro país, pues la previsión privada complementaria sigue siendo de suscripción voluntaria, y todo parece indicar que las futuras reformas

²⁰ *Ob cit.* MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ BERNAT, Juan Antonio, “La sostenibilidad de las pensiones públicas”, p. 43.

²¹ MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ BERNAT, Juan Antonio, “El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?”, *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013, p. 217.

²² MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, “El factor de sostenibilidad en Europa y España”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 3, 2018, p. 118-120.

legales, actualmente en fase de anteproyecto, únicamente ampliarán los colectivos de trabajadores que podrían formalizar planes de pensiones privados, pero ninguna modificación efectuarán en cuanto a su régimen de obligatoriedad para los asegurados.

Finalmente, se propone en el nuevo texto legal -sin fecha- la revisión de los criterios para la fijación de las cuantías mínimas de las pensiones, en atención a la evolución del salario mínimo interprofesional, en orden a garantizar su suficiencia por mandato Constitucional y de la Carta Social Europea.

3. Incentivos a las cuotas de cotización vinculados al factor edad

En efecto, se introduce ahora, de una parte, un nuevo párrafo al artículo 144, 4º de la LGSS -el segundo-, el cual dispone que *“(l)as empresas tendrán derecho a una reducción del 75 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal, de aquellos trabajadores que hubieran cumplido la edad de 62 años”*.

Por otra parte, el artículo 152, 1º, enmendando previamente el lenguaje no inclusivo que contenía la ley -se sustituye el término *“los empresarios”* por el de *“las empresas”*, y el de *“trabajadores”* por el de *“personas trabajadoras”*-, exime, como antes, de cotización a ambos colectivos por contingencias comunes -excepto por incapacidad temporal-, una vez se haya alcanzado la edad legal de jubilación del artículo 205, 1º a). Se suprimen dos condicionantes que, a tal efecto, se establecían en la regulación primigenia: a) carencias necesarias para acceder al beneficio, y b) la necesidad de que los contratos de trabajadores por cuenta ajena lo fueran con carácter indefinido. Dichos períodos exentos de cotización se tendrán como cotizados para el cálculo de la cuantía de las pensiones, remitiendo al artículo 161, 4º en orden al cálculo de la base reguladora.

En similares términos, para el caso de los trabajadores encuadrados en el régimen especial de trabajadores autónomos -artículo 311 de la LGSS-, la citada exención recaudatoria conserva las dos excepciones previstas anteriormente: la incapacidad temporal y las contingencias profesionales. Se suprimen, eso sí, las carencias requeridas.

Nos encontramos, obviamente, ante dos reformas tendentes a incentivar, a empresas y trabajadores, para que estos últimos permanezcan en el activo laboral, reduciendo el número de expedientes de jubilación anticipada y aumentando, por el contrario, los de jubilación demorada.

Resta por saber, sin embargo, si tales medidas son suficientes a los efectos que se pretenden, obviando otras circunstancias como la salud de las personas o las

características del trabajo que se desarrolla, de lo que se tratará al abordar la reforma de la jubilación anticipada voluntaria.

4. Jubilación anticipada en sus modalidades de “por razón de la actividad” y “discapacidad”. La esperanza de vida de las personas con el 45 % o más de discapacidad

En un interés del legislador por conferir un orden sistemático a estos tipos legales de jubilación, divide las previsiones de cada uno de ellos en dos artículos (el originario y el nuevo 206 bis).

En el caso de la jubilación anticipada por razón de actividad, a la vista del nuevo contenido del artículo 206 de la LGSS, sigue estando asociada a los Reales Decretos que se aprueben, si bien contempla las siguientes novedades: a) al término “*requerimientos físicos*” se añade ahora el disyuntivo “*o psíquicos*”, los cuales bien pueden estar presentes en aquellas actividades profesionales penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres que protege la norma, b) se determina quiénes podrán instar el procedimiento -organizaciones empresariales y sindicales más representativas, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, asociaciones representativas de trabajadores autónomos y organizaciones empresariales y sindicales más representativas, en el marco de los trabajadores por cuenta propia, y organizaciones sindicales más representativas y la Administración, en lo que concierne al personal de las Administraciones Públicas-, c) se especifica que, a la solicitud, a formalizar por vía telemática, se acompañará la identificación de la actividad laboral a través de la categoría CNAE, a la que se acompañará la descripción de las tareas que determine las condiciones penosas, tóxicas, peligrosas, insalubres o generadoras del elevado índice de morbilidad o mortalidad, d) se establece un incremento de la base de cotización por contingencias comunes, a cargo tanto de la empresa como del trabajador, y e) se restringe la aplicación de la revisión de los coeficientes reductores de la actual normativa, a las personas trabajadoras que hubiesen desarrollado su actividad con anterioridad a la aprobación de la misma, y “*por los períodos de ejercicio de aquélla*”, de lo que se colige que la anterior regulación se aplicaría únicamente respecto a los trabajos previos a la reforma legal, y, por ende, un sistema mixto de coeficientes para quienes alternaron desarrollos profesionales antes y después de 2022.

Quizá la principal novedad radica ahora en dotar de la mayor objetividad posible a la aplicación de los coeficientes de reducción de la edad de jubilación, invocándose expresamente la incidencia -estadística prestacional, se sobreentiende-, persistencia y duración de los procesos de baja laboral, las incapacidades permanentes o los fallecimientos. Se desarrolla así la tímida mención que se hacía en la regulación legal previa a la incidencia de este tipo de trabajos “*en los procesos de incapacidad laboral*”.

En lo referente a la jubilación anticipada en los casos de personas con discapacidad, llama la atención, tras la introducción del nuevo artículo independiente de referencia -el 206 bis)-, que en el mismo se añada, a las “*discapacidades reglamentariamente determinadas*” para tener acceso al derecho con discapacidades iguales o superiores al 45 %, ya mencionadas en la redacción primigenia, el requisito de que, en relación a las mismas, deban existir evidencias “contrastadas” que determinen de forma generalizada una reducción “significativa” de la esperanza de vida.

Entiende este autor que, con ello, se pretende limitar de forma más estricta el acceso a esta modalidad de jubilación, pero sólo en los supuestos del grado de discapacidad reconocido de, al menos, el 45 %, quizá porque los casos del 65 % cuentan con una mayor relevancia lesional, funcional y de factores sociales complementarios. Debe entenderse, por tanto, que, a partir de ahora, no bastará con la declaración de tal grado de discapacidad, por parte del órgano administrativo correspondiente, ni siquiera la acreditación de que las patologías causantes están expresamente recogidas en la relación lesional excluyente del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre²³, por el que se desarrollaba el entonces artículo 161 bis) de la LGSS -en vía de revisión, como luego se dirá-.

Por el contrario, todo parece indicar que en lo sucesivo se deberá, además, “contrastar” con estudios, que la citada discapacidad reduce “significativamente” la esperanza de vida del sujeto en cuestión, lo que muy probablemente obedece a que las mismas razones de mayor longevidad, por las que se pretende alargar la vida activa de la población cotizante, son aplicables a las personas con este tipo de discapacidad.

Sin embargo, introducir más incertidumbre en la valoración de las personas con discapacidad, podría generar problemas adicionales, como aquellos derivados de la extinción contractual, que se mencionan en el trabajo de José Luis GOÑI SEIN y Beatriz RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO²⁴, quienes se hacen eco de la tutela antidiscriminatoria del Tribunal de Justicia de la Unión, persiguiendo el efecto contrario, es decir, el de la extensión del concepto de discapacidad a enfermedades crónicas que supongan limitaciones en la vida diaria, ante una definición de discapacidad, en efecto, excesivamente genérica.

Y todo ello sin perjuicio del informe que elaborará el Gobierno, en cumplimiento del tenor literal de la disposición adicional cuarta de la ley, para ser remitido a la comisión

²³ BOE de 22 diciembre de 2009, nº 307.

²⁴ GOÑI SEIN, José Luis y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2015, p. 47-52.

de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo en el plazo de 6 meses, centrándose en las personas con discapacidad que tienen mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo -afectados de parálisis cerebral, trastorno de salud mental o discapacidad intelectual, incluido el autismo o discapacidad igual o superior al 65 %-; verificado el cual, y en el plazo de otros 3 meses, el ejecutivo promoverá una reforma de los Reales Decretos que regulan los coeficientes reductores de la edad de jubilación de las personas con discapacidad, también los del grupo que tienen declarado un grado igual o superior al 45 %.

5. La jubilación anticipada en sus tipologías de forzosa y voluntaria. Aspectos de salud laboral y ocupacionales de la mujer trabajadora, que no se han tenido en cuenta en el ámbito voluntario

Las modificaciones realizadas sobre este particular se entroncan con las directrices impuestas por la Unión Europea²⁵: 1) endurecer los requisitos para el acceso a algunas pensiones y 2) aminorar las cuantías prestacionales. La segunda de ellas es la que inspira con mayor claridad la modalidad voluntaria de retiro anticipado, como luego se explicará.

Antes de entrar en el citado análisis, se observa, en primer término, que las reformas de los artículos 207 y 208 de la LGSS, a efectos de cumplir con el período de cotización exigido, para ambas modalidades de jubilación anticipada forzosa y voluntaria, de 33 y 35 años, respectivamente, incluyen *ex novo* el servicio social femenino obligatorio.

Dicho servicio, regulado por Decreto de 7 de octubre de 1937²⁶, no se computaba hasta fechas recientes por la entidad gestora, a los efectos de cumplimiento de la carencia requerida para estos tipos de jubilación anticipada, zanjando la controversia la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en cuya Sentencia de 6 de febrero de 2020 -Rº. 3801/2017-²⁷, y en aplicación del artículo 4º de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, llega a la conclusión de que no computar tales períodos no cotizados, supondría un trato discriminatorio de las mujeres respecto a los hombres, cuyos períodos de servicio militar obligatorio sí que se sumaban para configurar la carencia. Ahora bien, la jurisprudencia -Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 8 de mayo de 2020 (Rº. 97/2019)²⁸, y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de junio de 2018 (Rº. 2402/2018)²⁹- niega

²⁵ *Ob cit.* MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ BERNAT, Juan Antonio, “La sostenibilidad de las pensiones públicas”, p. 163.

²⁶ BOE de 11 de octubre de 1937, nº 356.

²⁷ EDJ 2020/507527.

²⁸ EDJ 2020/573664.

²⁹ EDJ 2018/549508.

la citada adición en cuanto a la pensión SOVI, habida cuenta de que las cotizaciones exigidas para causar derecho a la misma, tampoco son complementadas con los días dedicados al servicio militar obligatorio realizado por los hombres.

Pues bien, comenzando con el estudio de la jubilación anticipada forzosa, el nuevo texto amplía los supuestos en los que se podrá causar esta jubilación previa a la ordinaria, incluyendo, además, aquellos otros que no sufren variación. Son los previstos en los siguientes artículos del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -en lo sucesivo ET-³⁰: 40, 1º -movilidad geográfica-, 41, 3º -modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual-, 50 -extinción por voluntad del trabajador- y 52 -causas objetivas de ineptitud sobrevenida, falta de adaptación del trabajador a condiciones técnicas y despido colectivo de menos de 10 trabajadores-. Asimismo, se especifica el artículo de dicha normativa, en el que se prevé el supuesto de extinción del contrato por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género (el 49, 1º m), *versus* la redacción legal originaria, que no hacía remisión expresa al Estatuto.

Por lo demás, los períodos de cotización legalmente exigidos son los mismos que antaño, transformándose, eso sí, los tradicionales coeficientes reductores trimestrales en mensuales, contribuyendo así a que el potencial beneficiario de jubilación pueda programar su retiro de forma más flexible. Ahora bien, los citados porcentajes de reducción no son ahora más altos que en la regulación hasta ahora vigente, de lo que se infiere, junto a la ampliación de los supuestos de acceso, descritos en el párrafo anterior, que el legislador no quiere poner más trabas para poder causar esta jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador.

Lo contrario de lo que ocurre en el ámbito de la jubilación anticipada voluntaria, que se analiza a partir de ahora. No plantea aquí el legislador nada nuevo que no se haya hecho ya en las reformas estructurales realizadas en otros países, de contenido similar³¹, penalizando, en forma de reducción, la cuantía de la pensión, cuando la anticipación de la edad de jubilación se produce a iniciativa del asegurado. De hecho, en la mayoría de los países europeos se advierte una diferencia de más de un año entre las edades de jubilación (la legal y la real)³².

³⁰ BOE de 24 octubre de 2015, nº 255.

³¹ BENAVIDES VICO, Antonio, “Análisis práctico de las prestaciones de la Seguridad Social”, Valladolid, Editorial Lex nova, 2006, p. 517 y 518.

³² *Ob cit.* MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ BERNAT, Juan Antonio, “La sostenibilidad de las pensiones públicas”, p. 40.

En nuestro caso, se apuesta por la mayor flexibilidad planificadora que supone establecer unos coeficientes reductores mensuales, como ocurría con la jubilación anticipada forzosa, si bien, a diferencia de ésta, para la modalidad que ahora analizamos, el legislador configura unos coeficientes que reducen más la cuantía de la pensión, en comparación con los vigentes antes de la modificación del texto legal. En las nuevas escalas, se observa que es así en los grupos de trabajadores con menos de 38 años y 6 meses cotizados, menos de 41 años y 6 meses cotizados y menos de 44 años y 6 meses cotizados, respectivamente, no ocurriendo lo mismo con el asegurado con la vida laboral más larga (44 años y 6 meses o más). Es en este último grupo, donde nos encontramos con una paradoja, cual es que, partiendo de un porcentaje reductor idéntico respecto a la disposición legal previa, cuando se anticipa la edad de jubilación en 24 meses, a medida que se reduce la diferencia mensual hacia la jubilación, la penalización es menor en relación a las tablas anteriores y, sorprendentemente, se incrementa cuando los meses de anticipación son escasos. La lógica del sistema implicaría que el efecto debería ser el inverso, es decir, que la reducción fuera más desfavorable para el jubilado, cuantas más mensualidades anticipara su jubilación.

Incorpora el artículo 208 de la LGSS un nuevo apartado -el tercero-, que remite, a modo de minoración de la penalización, a la aplicación de los coeficientes previstos para la jubilación anticipada por causas no imputables al trabajador, si éste, al momento de solicitar la prestación, estuviera percibiendo el subsidio de desempleo durante al menos tres meses. Se colige que sería sobre todo aplicable al subsidio para mayores de 52 años, a la vista del importante número de años de cotización que se exigen para acceder a esta jubilación anticipada voluntaria, lo que supondría, a la postre, un ahorro en el abono de este tipo de subsidios. Entendemos que el legislador no incluye la prestación contributiva de desempleo, por ser, en general, de mayor cuantía, optando el solicitante por agotar el período reconocido, antes de solicitar la jubilación anticipada.

Finalmente, en el ámbito exclusivo de esta jubilación anticipada voluntaria, la redacción conferida a la nueva disposición transitoria trigésimo cuarta de la LGSS, en su apartado segundo, prevé una aplicación gradual de los coeficientes reductores entre 2024 y 2033, para aquellos supuestos en los que el solicitante obtiene una cuantía de la pensión superior al tope máximo del sistema, en cuyo caso los coeficientes previstos para cada mes o fracción de mes del año en cuestión, se aplicarían sobre el citado límite. Ahora bien, esto solo será de aplicación cuando la pensión reconocida resulte superior a la que le hubiese correspondido al asegurado con la aplicación de las normas vigentes en 2021, es decir, solo si la pensión máxima del sistema absorbe completamente el efecto de los nuevos coeficientes más “penalizadores”. Ninguna modificación se efectúa, en este contexto, en la jubilación anticipada forzosa.

De cualquier forma, fundamentar esta modalidad de retiro en factores exclusivamente económicos, no nos parece lo más oportuno, sin atender a otros parámetros, en los que la perspectiva de género asume un papel protagonista.

Y es que el nuevo texto legal podía haber zanjado la controversia jurisprudencial suscitada por la mayor dificultad que tiene el colectivo de mujeres, a la hora de cumplir con uno de los requisitos para causar derecho a la jubilación anticipada voluntaria. No la ha hecho, al revés de lo que ocurrió con el servicio social femenino obligatorio, en los términos más atrás expuestos. La diferencia es que, en este último caso, la contienda se resolvió a favor de la mujer trabajadora, mientras que en el supuesto que ahora nos ocupa, el criterio que asumieron los Tribunales fue el manifestado por la entidad gestora INSS.

Todo comenzó cuando, a través de Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 12 de noviembre de 2019 (R°. 320/2019)³³, se elevó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se le preguntaba si el artículo 208 c) de la LGSS, que exige, para poderse jubilar anticipadamente de manera voluntaria, que la prestación a percibir ha de ser al menos igual a la pensión mínima que correspondería a los 65 años, se trataba de un requisito discriminatorio indirecto hacia las mujeres, al ser éstas las que mayoritariamente no podían acreditar dicha condición, en comparación estadística con los hombres, lo cual afectaba, especialmente, a las antiguas afiliadas del servicio doméstico, trabajadoras a tiempo parcial -de mayoría femenina- y las de escasa cualificación. El debate se circunscribía a determinar si esas circunstancias contravenían lo dispuesto en el artículo 7º de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación³⁴.

La sentencia del Tribunal europeo trasladaba la comprobación de la discriminación al Tribunal catalán, en especial en lo relativo a si el hecho controvertido quedaba justificado o no *“por objetivos legítimos de política social, ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”*; terminando el órgano judicial de Cataluña por estimar el recurso de suplicación interpuesto por el INSS (Sentencia de la Sala de lo Social de 21 de abril de 2021 - R°. 320/2019³⁵), al hacerse eco de la fundamentación jurídica que contenía la resolución de la superioridad europea, que ponía de manifiesto que el requisito legal analizado -en perjuicio de una parte importante de las mujeres trabajadoras- *“tiene por objeto preservar la situación financiera del sistema de seguridad social español y tiende a prolongar la vida activa de esas personas”*.

³³ EDJ 2019/811975.

³⁴ EDL 2006/98500.

³⁵ EDJ 2021/633931.

La polémica sigue vigente, a pesar del pronunciamiento judicial, al plantearse, incluso, que la solución hubiese sido disímil, de formularse la cuestión prejudicial de otra manera, es decir, preguntando por el número de trabajadoras del hogar familiar que acceden a la pensión de jubilación anticipada voluntaria, en relación a los trabajadores que lo hacen encuadrados en el régimen general³⁶.

De cualquier forma, parece claro que el ámbito jurisdiccional antepone las cuestiones financieras de saneamiento del sistema de Seguridad Social español, en detrimento de un importante sector productivo de mujeres. Y lo sorprendente es que, acogiendo la ley esta misma línea argumentativa -omisión legislativa-, contraviene la recomendación 17 del Pacto de Toledo (mujeres y Seguridad Social).

Tampoco toma en consideración la nueva redacción legal los factores ocupacionales relacionados con la mujer, que originan que ésta tenga más dificultades que el hombre para prolongar su vida laboral, al menos hasta su edad legal de jubilación. Pongamos como ejemplo la feminización del personal sanitario, que alcanza a más del 75 %, y respecto al cual, un estudio reciente llega a la conclusión de que el 100 % de quienes tenían un índice de capacidad para el trabajo deteriorado, tenían intención de jubilarse de manera anticipada y voluntaria, especialmente las auxiliares de enfermería, con desempeño profesional en turno rotatorio³⁷.

A ello se añaden problemas de salud relacionados con el binomio edad-mujer: menopausia y, en conexión con ello, la aparición de enfermedades como la osteoporosis, la osteoartritis o el cáncer de mama³⁸.

Todo ello pone de manifiesto la necesidad de conjugar la actual reforma en materia de penalización económica, como consecuencia de la anticipación de la edad de jubilación por voluntad de la mujer trabajadora, con futuras normativas apoyadas en estudios a plantear desde la Medicina Preventiva y la Salud Laboral, y que contribuyan a la permanencia como cotizante de la población activa femenina, pero en condiciones de seguridad, rendimiento y bienestar. Para ello deberán ser tenidos en cuenta factores como el uso no abusivo de la turnicidad, el ajuste de los horarios a las circunstancias patológicas diferenciales, o la adaptación de los puestos de trabajo que desempeñan mayoritariamente

³⁶ GUTIÉRREZ CANEDA, Beatriz y PITICA, Daiana Ana María, “Jubilación anticipada y discriminación indirecta por razón de género: una solución a la carta según los objetivos de política social de cada Estado de la Unión Europea”, *Temas laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 157, 2021, p. 300.

³⁷ LEÓN ROBLES, Caridad, “Índice de capacidad de trabajo (ICT) en personal sanitario de edad avanzada e intención de jubilación anticipada”, *Medicina y Seguridad del trabajo*, nº 65, 2019, p. 49 y 54.

³⁸ VALLEJO DACOSTA, Ruth, “Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos”, Albacete, Editorial Bomarzo, 2019, p. 24.

las mujeres, previo análisis de los riesgos psicosociales. Se ha de poner, además, en valor la experiencia de la mujer trabajadora, y su lucha incesante de superación profesional.

Cabe indicar, finalmente, que los beneficiarios de ambos tipos de jubilación -forzosa y voluntaria-, causadas entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021, tendrán derecho, con efectos al 1 de marzo de 2022, a un complemento económico resultante de la diferencia entre la cuantía obtenida tras aplicar los actuales coeficientes reductores y la pensión inicialmente reconocida, para lo que habrán de acreditar los siguientes requisitos: a) tener 44 años y 6 meses de cotización o más, o, al menos, 40 años cotizados, si la cuantía prestacional es menor a 900 euros, y b) que la cuantía resultante de la pensión hubiese sido superior, de haberse aplicado los actuales coeficientes reductores. El reconocimiento del complemento se efectuará de oficio, en el plazo de 3 meses a partir de la entrada en vigor de esta ley, y está sujeta a revisión por el Gobierno. Todo ello regulado en las disposiciones adicionales primera y segunda.

6. Fomentando el retraso en el acceso a la jubilación más allá de su edad legal. Especial atención a la jubilación demorada

En efecto, parece evidente que con los tipos de jubilación demorada y activa, se aumentan las cotizaciones destinadas al pago de las prestaciones, a la vez que se reducen los años durante los cuales habrán de ser pagadas³⁹.

En consecuencia, y como era previsible, la nueva redacción del artículo 210, 2º de la LGSS, dedicado a la jubilación demorada, introduce una mejora consistente en la elección, por parte del interesado, de una de las siguientes tres opciones:

- a) El reconocimiento de un porcentaje adicional del 4 % por cada año completo que se cotice entre la edad legal de jubilación y el hecho causante de la pensión. Repárese en que se opta por introducir el porcentaje más alto de los 3 existentes en la regulación legal anterior, y que no se condiciona el mismo a la acreditación de un concreto período de cotización, como ocurría hasta ahora, lo que entendemos que se solventa negando el acceso al derecho a quienes están en situación asimilada al alta, y que es de entender que cuentan con vidas laborales más cortas.

³⁹ Así se pone de manifiesto en el trabajo de ARSUAGA, Ainara, DE LA PEÑA, Iñaki y LLORENTE, Ander, “Efecto de la jubilación demorada y activa en el sistema de pensiones de la Seguridad Social española”, *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, nº 26, 2020, p. 49 y 67, quienes concluyen que es su aplicación a trabajadores con bases de cotización mínimas y con vidas laborales más cortas, lo que más beneficia al sistema, y que, en cualquier caso, ambos tipos de jubilaciones -demorada y activa- constituyen “una buena estrategia desde el punto de vista de la Seguridad Social, pues el gasto extra se ve compensado con los ingresos”.

- b) Una cantidad a tanto alzado, también por cada año completo cotizado entre la edad legal de jubilación y el hecho causante, si bien su cuantía -aquí sí- variará en función de los años de cotización acreditados (menos de 44 años y 6 meses, o, al menos, dicha carencia). El cálculo se realizará a partir de unas complejas reglas matemáticas.

En la siguiente tabla⁴⁰ figuran las cifras que corresponderían a cada supuesto:

PROPUESTA DE PAGO ÚNICO EN SUSTITUCIÓN DEL AUMENTO DEL 4 %								
IMPORTE PENSIÓN €/AÑO	9.569	13.300	15.000	20.000	25.000	30.000	35.000	37.567
Propuesta de pago único/año €/año	4.786,27	5.843,25	6.285,14	7.482,31	8.565,82	9.566,60	10.503,43	10.963,74
Supuesto carreras de cotización con más de 44 años y medio								
Propuesta de pago único/año €/año	5.264,89	6.427,58	6.913,65	8.230,54	9.422,40	10.523,26	11.553,78	12.060,12

- c) Una combinación de las fórmulas anteriores, conforme se determine reglamentariamente.

La citada elección podrá realizarse por el potencial beneficiario por una sola vez, y no podrá modificarse posteriormente, aplicándose la regla prevista en la letra a), para el supuesto de no ejercer el derecho de opción. Asimismo, se dispone que quienes se acojan al nuevo sistema, no tendrán acceso al envejecimiento activo, y el mismo no será de aplicación a los casos de jubilación parcial y flexible.

Por su parte, en cuanto a la jubilación y al envejecimiento activo, las principales novedades de la ley, radican en: a) retrasar el acceso al mismo, al menos, un año después de alcanzar la edad legal de jubilación, b) clarificar la redacción original, en el sentido de que el trabajo compatible con la jubilación lo podrá ser por cuenta propia o ajena (a tiempo completo o parcial), y c) se suprimen los anteriores requisitos limitativos que se imponían

⁴⁰ Fuente: INSS.

a las empresas, es decir, que no existieran decisiones extintivas improcedentes previas, debiendo mantener durante la vigencia del contrato del pensionista, el nivel de empleo existente en dicha mercantil antes de iniciar la nueva relación laboral.

7. Prohibición dirigida a los convenios colectivos

Las redacciones anteriores de la disposición adicional décima del ET -inicialmente quinta, en la versión de 1980-, han venido acarreado, a los órganos judiciales, múltiples dificultades aplicativas, las cuales se explican oportunamente en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2016 -R°. 1624/2014⁴¹-, con remisión a resoluciones anteriores del mismo órgano judicial. En efecto, ya en aquella versión original de 1980, en la que se consignaba como edad máxima de trabajo los 69 años, si así se establecía en convenio colectivo (aun cuando el Tribunal Constitucional lo declaró inconstitucional), se permitía tal exclusión del mercado de trabajo, cuando la medida se vinculaba al fomento del empleo y en sectores con problemas de desempleo. Criterio éste que se plasmó en la redacción legal operada en 1995 -ya disposición adicional décima-, pero condicionado a lo que estableciera, además de la negociación colectiva, el Gobierno.

En 2001 se derogó el precepto y, por consiguiente, la redacción contenida al momento de aprobarse el ET de 2015, ninguna excepción establecía respecto a la nulidad de las cláusulas de los convenios, que posibilitaran la extinción contractual a la edad de jubilación ordinaria. A partir de entonces el Alto Tribunal, redujo su criterio aperturista hacia la posibilidad extintiva, a sectores específicos (v.g. controladores de tráfico aéreo), en los que existía una normativa específica que permitía su jubilación forzosa al llegar a los 65 años de edad -Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 noviembre de 2021 -R°. 4801/2018-⁴².

Más tarde se recuperará la línea aperturista, a partir de la modificación de la tan reiteradamente aludida disposición adicional, a través de Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo⁴³, que, en contra de lo dispuesto en 2015, permitía incorporar cláusulas en los convenios colectivos que permitieran extinguir el contrato de trabajo a la edad legal de jubilación, siempre y cuando se tuviera derecho al 100 % de la pensión ordinaria de jubilación ordinaria, y la citada medida estuviera vinculada a políticas de empleo contenidas en los convenios. La redacción se limitaba, sin embargo,

⁴¹ EDJ 2016/9730.

⁴² EDJ 2021/760100.

⁴³ BOE de 29 de diciembre de 2018, nº 314.

a incorporar ejemplos –“(…) o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo”, de lo que se colegían indudables notas de inseguridad jurídica.

Dicho todo lo cual, la actual modificación de la disposición adicional, que no es aplicable a los convenios colectivos suscritos con anterioridad, cuyas cláusulas de jubilación forzosa seguirán rigiendo hasta un máximo de 3 años desde que aquéllos perdieron vigencia, y cuya finalidad última se expresa con claridad -promover la prolongación de la vida laboral activa-, sólo permite las cláusulas convencionales sobre la posibilidad de extinción del contrato de trabajo, cuando el trabajador tiene 68 o más años -edad superior a la fijada previamente-.

El resto de las disposiciones limitativas van en la línea de exigir, como en la previa reforma, que la base reguladora de la pensión ordinaria de jubilación, en su modalidad contributiva, supere el 100 % conforme a la normativa vigente, y que la medida vaya vinculada a la contratación indefinida y a tiempo completo de, cuando menos, un nuevo trabajador o trabajadora. Se consigue así, con este último condicionante, la deseada concreción.

Se indica, además, que la edad de jubilación prevista anteriormente podrá rebajarse hasta la ordinaria, cuando el número de trabajadoras por cuenta ajena, en alguna de las actividades económicas del ámbito funcional del convenio, sea inferior al 20 % en su cómputo global con los hombres. Y ello en aras -se indica- a “*superar la segregación ocupacional por género*”. En tal supuesto, cada extinción de la relación laboral, conlleva, también, la exigencia de formalización de un nuevo contrato, indefinido y a tiempo completo, de, por lo menos, una mujer en el sector de actividad de referencia. Y no se atenúa la exigencia legal de que la pensión de la solicitante se sitúe en el 100 % de la prevista para la jubilación ordinaria contributiva.

Si bien se comprueba en el nuevo precepto una mayor concreción preceptiva, respecto a la reforma, meramente ejemplificadora, de 2019, lo cierto es que, pretendiendo incentivar las políticas activas de empleo, se opta ahora por proteger únicamente a las mujeres, y no a otros sectores que generan especial preocupación en el ámbito del Derecho del Empleo -trabajadores mayores de 45 años, jóvenes, personas con discapacidad o trabajadores migrantes-, lo cual sorprende sobremanera, a la vista de que a los últimos tres colectivos citados, van dirigidas, precisamente, las recomendaciones 14, 18 y 19 del Pacto de Toledo.

8. Parejas de hecho y viudedad

En orden a evitar las diferencias en el acceso a esta pensión, en los supuestos en los que causante y beneficiario formaban una pareja de hecho, la nueva regulación contiene varias novedades, algunas de las cuales se acomodan y zanján las cuestiones debatidas jurisprudencialmente durante años, mientras otras generan una clara incertidumbre, por su invariabilidad legal, pero con expresa remisión a lo que se analice en el futuro.

En primer lugar, resulta clara la eliminación de los requisitos económicos de ambos -fallecido y superviviente- previstos en la redacción original del artículo 221, 1º de la LGSS, para causar derecho a la prestación, y, por lo tanto, ésta será compatible con cualesquiera rentas del trabajo.

Por su parte, se colige una equiparación con los requisitos ya previstos para la unión a través de matrimonio, en lo referente a la existencia de hijos comunes en el seno de las parejas de hecho, en cuyo caso ya no será preciso, a partir de la nueva redacción legal, el cumplimiento de los condicionantes del artículo 221, 2º, párrafo 1º de la LGSS -que no los del párrafo segundo-.

Se observa, sin embargo, que desde el momento en el que la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social⁴⁴, incorpora, por primera vez, la regulación de las parejas de hecho al previo Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio -en adelante LGSS de 1994-⁴⁵, las contiendas judiciales han venido de la mano, más bien, de la falta de acreditación de este otro requisito -el del párrafo segundo en el actual artículo 221, 2º, y que se refiere a la formalización de la pareja en los registros que se indican o a través de documento público-, a buen seguro por la mayor flexibilidad existente -y, por tanto, con mayor posibilidad de cumplimiento- del condicionante para acreditar convivencia ininterrumpida durante, al menos, los cinco años anteriores al fallecimiento. Y es que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en distintas Sentencias -por ejemplo, la dictada con fecha 9 de diciembre 2010, Rº. 3914/2009⁴⁶-, recordaba que el certificado de empadronamiento al que alude la norma, tiene la condición de “*un medio de prueba más*”, en cuanto a la prueba de la convivencia. En efecto, el debate ha estado centrado, en la mayoría de las ocasiones, en la acreditación del requisito formal de inscripción -*ad solemnitatem*-, procediéndose a desestimar, por su inexistencia, las pretensiones de las personas viudas, recordando que la situación matrimonial es, por definición, contraria a la situación de pareja de hecho, pues en la primera se presume que viven juntos los

⁴⁴ BOE de 5 de diciembre de 2007, nº 291.

⁴⁵ BOE de 29 de junio de 1994, nº 154.

⁴⁶ EDJ 2010/290726.

cónyuges, mientras que en la pareja de hecho la convivencia es voluntaria -Sentencia de 16 de febrero de 2016, R°. 33/2014-⁴⁷.

Se procedió, incluso, a interpretar el antiguo artículo 174, 3º de la LGSS de 1994. En efecto, el Tribunal Constitucional dictó Sentencia de 11 de marzo de 2014 -R°. 932/2012⁴⁸- por la que se declaraba inconstitucional y nulo el citado precepto por el cual se podía acreditar la pareja de hecho, en cuanto al requisito de inscripción de dos años, por lo que estableciera el Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma correspondiente. Se entendía así que hacer depender el derecho a la pensión de viudedad, responsabilidad del Estado, de la residencia o de la vecindad, producía situaciones de desigualdad.

De cualquier forma, la diferencia de trato entre los matrimonios y las parejas de hecho, a los efectos de esta materia de Seguridad Social, se atribuye en algunos trabajos⁴⁹ al ahorro en pensiones que dicha circunstancia legal produce.

Dicho lo cual, y volviendo al tema de análisis, es decir, el de la existencia de hijos, no se exime, tampoco ahora, de la inscripción -ad solemnitatem-, lo que ha conllevado, y conllevará, en la práctica, a situaciones injustificadas de desprotección, a salvo de esa expresión ambigua que contiene la disposición adicional tercera del nuevo texto legal, cuando dispone que en el plazo de un año se analizará la configuración de la pareja de hecho *“desde el punto de vista de la Seguridad Social, a efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional”*.

Y es que, si lo que se pretende es elaborar una normativa estatal reguladora de las parejas de hecho en materia civil -actualmente inexistente-, ello no casa con la coletilla empleada *“desde el punto de vista de la Seguridad Social”*. Si, por el contrario, lo que se estudia es la posibilidad de incluir unas pautas de configuración de las parejas de hecho a los exclusivos efectos de Seguridad Social -quizá flexibilizando los requisitos de convivencia y, sobre todo, a la hora de la inscripción de referencia-, lo normal hubiese sido mantener la redacción original del artículo 221, 2º de la LGSS -con las modificaciones actuales- a través de una disposición transitoria a introducir en la misma LGSS, y a la espera de los cambios normativos. Esta última es la vía que, a juicio de quien suscribe, debería haberse seguido, en orden a proseguir en la línea de equiparación -que no completa, mientras no se modifique, a la vez, la antigüedad de la inscripción, conforme se explicará más tarde- entre ambas realidades jurídicas, máxime cuando las últimas sentencias dictadas por el

⁴⁷ EDJ 2016/15810.

⁴⁸ EDJ 2014/35435.

⁴⁹ LAMARCA I MARQUÈS, Albert y ALASCIO CARRASCO, Laura, “Parejas de hecho y pensión de viudedad”, *Indret, revista para el análisis del derecho*, nº 4, 2007, p. 12 y 30.

Tribunal Supremo, dejan abierta esta vía. En primer lugar, la de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 7 de abril de 2021 -R°. 2479/2019-⁵⁰, que, en un supuesto de clases pasivas -con regulación similar en materia de viudedad-, da por acreditado el requisito de inscripción, a través del certificado de empadronamiento acreditativo de convivencia estable de larga data y de declaraciones fiscales conjuntas. Ello en “*muy excepcionales circunstancias*”, como se recuerda en el reciente trabajo de Antonio Vicente SEMPERE NAVARRO⁵¹. La cuestión no queda, sin embargo, tan clarificada en la Sentencia dictada por el Sala Cuarta del mismo Tribunal -fecha del 10 de septiembre de 2020, R°. 1191/2018⁵²-, por cuanto que la desestimación del recurso interpuesto por la gestora INSS, y, por tanto, confirmación de la pensión de viudedad reconocida, obedece a que la recurrente no había combatido procesalmente la acreditación de la inscripción a través de la suscripción, por parte de la recurrida, de un préstamo hipotecario, con el consentimiento expreso del causante.

Pero la conclusión a fecha actual, es que en el nuevo texto legal a examen no existe una completa identidad de supuestos, por más que en los últimos años se vengán exponiendo acertados criterios doctrinales en contra⁵³, pues ha de tenerse en cuenta que, en lo que al matrimonio se refiere, basta con su existencia al momento de devenir la muerte o estar constituido con, al menos, un año de antelación a la misma, en los casos de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal; mientras que, en el caso de las parejas de hecho, se mantiene la exigencia de su formalización con una antelación mínima de dos años, unida a la convivencia ininterrumpida no inferior a cinco años (salvo que existan hijos en común, como se ha dicho).

Se produce una equiparación, entre ambas figuras jurídicas -eso sí- respecto a la extinción de la pareja de hecho y todos los requisitos legales que lleva asociados, también en lo relativo a las beneficiarias víctimas de violencia de género -en consonancia con la Sentencia reciente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020, R°. 2753/2018, que deja claro que “*si las mujeres separadas o divorciadas víctimas de violencia de género pueden acceder a la pensión de viudedad, lo mismo debe poder*

⁵⁰ EDJ 528683.

⁵¹ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Acreditación de la pareja de hecho a efectos de pensión de viudedad”, *revista de jurisprudencia laboral*, nº 5, 2021, p. 10.

⁵² EDJ 2020/660975.

⁵³ UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, “Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 29, 2015, p. 385 y 386. La autora concluye que “*probablemente en el momento actual ya no tenga sentido dispensar una protección jurídica mayor a las personas casadas respecto de las que no lo están, por más que el Tribunal Constitucional se empeñe en recordar que dichas instituciones jurídicas no son realidades equivalentes y está justificado su tratamiento jurídico desigual*”, y ello porque la pensión analizada se fundamenta en el derecho Constitucional de protección a la familia.

sucedan con las mujeres que forman uniones de hecho y que son igualmente víctimas de violencia de género”⁵⁴; y otro tanto cabe decir en cuanto al acceso, en igualdad de condiciones, a la prestación temporal de viudedad.

Finalmente, cabe destacar que la nueva disposición adicional cuadragésima de la LGSS permite, excepcionalmente, que se reconozca la prestación con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley, y con solicitud al respecto dentro de los doce meses siguientes, en los casos de fallecimientos producidos con anterioridad a la misma, siempre y cuando la persona viuda, a) cumpla con los requisitos legales, incluida la acreditación de la pareja de hecho, y b) no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

9. Conclusiones

Al margen de las reformas en materia de viudedad -extramuros a los objetivos centrales de la ley-, resulta incontrovertida la necesidad imperiosa que existía, en aras a reformar nuestro sistema de pensiones -con epicentro en la jubilación-, tanto por la proximidad temporal de que la generación de los *baby boomers* soliciten en masa su retiro, con el gasto prestacional que ello desencadenará, como por el incremento paulatino del número de pensionistas que viene advirtiéndose en los últimos años -buena parte de los cuales accede a la jubilación a una edad inferior a la ordinaria-, el cual es inversamente proporcional al índice de natalidad y, por ende, de población activa.

Para amortiguar el previsible impacto negativo que todo ello acarreará, la reforma legal se asienta, fundamentalmente, en cinco pilares básicos:

- a) Desincentivar las jubilaciones anticipadas, a excepción de las que no obedecen a la voluntad de la persona solicitante de pensión -supuesto éste en el que, incluso, se amplía cobertura prestacional a nuevos supuestos-. Y, si bien es verdad que es la jubilación anticipada voluntaria en la que la voluntad legislativa ha puesto todo su empeño por minorar las cuantías de las pensiones, aplicando coeficientes reductores más desfavorables para sus titulares, todo parece indicar que, incluso, el colectivo de personas con discapacidad está en el ojo de mira de la reforma, al menos los que tienen reconocido un porcentaje del 45 % o más, pues sus deficiencias, suficientemente tasadas reglamentariamente a juicio de este autor, ahora han de condicionar una evidencia “contrastada” de que su esperanza de vida se va a reducir significativamente. Y ello sin perjuicio de lo que se derive de la reforma de su marco regulador, que parece que se acometerá en breve.

⁵⁴ EDJ 2020/697052.

- b) Fomentar el retraso en el acceso a la jubilación, más allá de la edad legal, con el papel protagonista que representa la llamada jubilación demorada, dotada de un sistema de triple incentivo económico, pero también a través del envejecimiento activo o las restricciones a la negociación colectiva.
- c) Contribuir a la permanencia en el mercado de trabajo, a partir de ventajas económicas en las cotizaciones sociales, siendo la novedad la reducción del 75 % de las cuotas empresariales, durante las bajas en incapacidad temporal, por contingencias comunes, de trabajadores con 62 o más años.
- d) Hacer partícipe al asegurado en la gestión de su futura pensión. Ello se colige, por ejemplo, del cálculo que podrá hacer de su cuantía, previendo en cuánto se reducirá su importe por cada mes o fracción de mes de anticipación respecto a la edad legal de jubilación; o de la elección que podrá efectuar por uno de los tres sistemas de incentivos económicos asociados a la jubilación demorada, a su conveniencia.
- e) Incrementar el importe de las cotizaciones sociales, a través del denominado “mecanismo de equidad intergeneracional”; y, con ello, no acceder, o hacerlo parcialmente, a la financiación de las pensiones con cargo a los presupuestos, y, por supuesto, no hacerla recaer en el pensionista. Tampoco se observan indicios de una voluntad por seguir avanzando en las fórmulas basadas en la previsión complementaria privada.

La voluntad legislativa es clara: trabajar más tiempo, retrasar el abono de la pensión de jubilación, y recaudar más cotizaciones sociales. Ahora bien, ante el nuevo horizonte se nos plantean varios interrogantes: ¿Compensará el ahorro obtenido el desempleo de los jóvenes, a quienes se cerrará el acceso a los puestos de trabajo de quienes tardarán más tiempo en jubilarse?, ¿Solventa esta reforma los “acuerdos” de despido encaminados a la percepción de la prestación contributiva de desempleo, por el tiempo necesario hasta alcanzar la edad de jubilación ordinaria, como forma de evitar las penalizaciones de la jubilación anticipada?

O, lo que es más importante, ¿Trabajar más tiempo, implica que se pueda hacerlo en condiciones mínimas de rendimiento y calidad del servicio prestado?, ¿Resulta, en este sentido, suficiente con compensar al empresario por el coste de los seguros sociales, en el ámbito de los subsidios de incapacidad temporal a los que, a buen seguro, irán abocados este tipo de trabajadores a los que se les obliga, salvo penalización económica, a permanecer en sus puestos de trabajo?

Pero es que, además, no es lo mismo desarrollar un puesto de trabajo de contenido eminentemente físico que otro de corte sedentario o intelectual. El análisis particularizado de las características de las funciones a desarrollar en cada caso -y su eventual penosidad- nos podrán llevar, también, a distintos escenarios a la hora de valorar la conveniencia o no de alargar la vida laboral. Serían de indudable ayuda los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), en combinación con aquellos documentos que describen las tareas y requerimientos laborales de cada puesto o profesión -v.g. guía de valoración profesional del INSS-. Y qué decir, también, de las características diferenciales de la mujer, tanto a nivel fisiológico, como de los trabajos a los que mayoritariamente se han ido incorporando en nuestra historia reciente, aspectos ignorados en la ley.

Se echa de menos, además, en el nuevo texto legal, la reserva de un espacio destacado para la intervención de los órganos encargados de la Prevención de Riesgos Laborales, quizá obligándoles a la valoración de los puestos de trabajo, en orden a la adaptación de los mismos o, en su caso, a la reubicación de los trabajadores, una vez estos alcanzan edades próximas a la de su jubilación ordinaria.

Parece claro que esta ley se habrá asentado sobre datos estadísticos a nivel económico, pero cualquier regulación legal no puede ser ajena a la realidad social, laboral y personal a la que ha de aplicarse.

A juicio de quien suscribe, solo la incorporación *de lege ferenda*, de todo cuanto acaba de exponerse, lo que exige, indudablemente, de un mayor esfuerzo normativo, a modo de clasificación de las distintas variables planteadas, puede ofrecer como resultado un sistema de pensiones más eficaz, solidario, dirigido a proporcionar el bienestar de los asegurados, y, a la postre, más justo.

10. Bibliografía

ARSUAGA, Ainara, DE LA PEÑA, Iñaki y LLORENTE, Ander, “Efecto de la jubilación demorada y activa en el sistema de pensiones de la Seguridad Social española”, *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, nº 26, 2020, p. 47-70.

BENAVIDES VICO, Antonio, “Análisis práctico de las prestaciones de la Seguridad Social”, Valladolid, Editorial Lex nova, 2006.

CÓRDOBA BUENO, Miguel, FERNÁNDEZ-AVILÉS CALDERÓN, Gema y GARCÍA CENTENO, María Carmen, “¿Se está adentrando el sistema español de pensiones en zona sísmica?”, *Estudios de economía aplicada*, nº 33-3, 2015, p. 735-757.

DEVESA CARPIO, José Enrique, DEVESA CARPIO, Mar, MENEU GAYA, Robert, DOMÍNGUEZ FABIÁN, Inmaculada y ENCINAS GOENECHEA, Borja, “El índice de revalorización de las pensiones (IRP) y su impacto sobre el sistema de pensiones español”, *Revista de Economía aplicada*, nº 68, 2015, p. 103-125.

ESTEVE, Albert, DEVOLDER, Daniel, RENTERÍA, Elisenda y BLANES, Armand, “La sostenibilidad demográfica del sistema de pensiones en España”, *Panorama social*, nº 28, 2018, p. 161-172.

FERNÁNDEZ CORDÓN, Juan Antonio, “La demografía de las pensiones”, *Temas para el debate*, nº 263, 2016, p. 28-30.

GALA DURÁN, Carolina, “Un nuevo modelo de pensión de jubilación: el impacto del índice de revalorización anual y del factor de sostenibilidad”, *IUSLabor*, nº 1, 2014, p. 1-10.

GARCÍA PÉREZ, José, “La jubilación de la generación baby boom: una realidad coyuntural”, *Revista de derecho de la seguridad social, Laborum*, nº 24, 2020, p. 81-97.

GOÑI SEIN, José Luis y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2015.

GUTIÉRREZ BENGOETXEA, Miguel, “La sostenibilidad de las pensiones públicas en un estado de bienestar social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 2-2, 2017, p. 92-113.

GUTIÉRREZ CANEDA, Beatriz y PITICA, Daiana Ana María, “Jubilación anticipada y discriminación indirecta por razón de género: una solución a la carta según los objetivos de política social de cada Estado de la Unión Europea”, *Temas laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 157, 2021, p. 283-303.

LAMARCA I MARQUÈS, Albert y ALASCIO CARRASCO, Laura, “Parejas de hecho y pensión de viudedad”, *Indret, revista para el análisis del derecho*, nº 4, 2007, p. 2-42.

LEÓN IGLESIAS, Javier, “Seguridad Social. Metodología para el estudio de su acción protectora”, Madrid, Tecnos, 1ª ed., 2020.

LEÓN ROBLES, Caridad, “Índice de capacidad de trabajo (ICT) en personal sanitario de edad avanzada e intención de jubilación anticipada”, *Medicina y Seguridad del trabajo*, nº 65, 2019, p. 49-58.

MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, “El factor de sostenibilidad en Europa y España”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 3 (1), 2018, p. 110-134.

MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ BERNAT, Juan Antonio, “La sostenibilidad de las pensiones públicas”, Madrid, Tecnos, 1ª ed., 2014.

MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ BERNAT, Juan Antonio, “El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?”, *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013, p. 209-237.

MONTOYA MELGAR, Alfredo (Dir.), “Curso de Seguridad Social”, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2005.

RIQUELME PEREA, Prudencio José y MANZANARES GUTIÉRREZ, Ángel, “La viabilidad del sistema público de pensiones: cuestiones actuales”, *Revista de Derecho social y empresa*, nº 10, 2019, p. 214-230.

SÁNCHEZ NAVARRO, Domingo, “La gestión de la Seguridad Social en España”, Madrid, Consejo Económico y Social, 2003.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Acreditación de la pareja de hecho a efectos de pensión de viudedad”, *revista de jurisprudencia laboral*, nº 5, 2021, p. 1-12.

SIMÕES MATOS DOS SANTOS, Tania Cristina, “Solvencia financiera de los sistemas de pensiones de la Unión Europea”, Universidad de Extremadura (tesis doctoral), 2010.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, “Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 29, 2015, p. 347-388.

VALLEJO DACOSTA, Ruth, “Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos”, Albacete, Editorial Bomarzo, 2019.